

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

Vol. 67/1 enero-junio 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019)

Sumario

Monográfico

Introduction to the Special symposium "Exploring Inter-Order Territories:

An Application of Carrozza's Teaching to New Topics"

FILIPPO FONTANELLI AND GIUSEPPE MARTINICO

Testing the Stufenbau in International Financial Law

GIUSEPPE BIANCO

Lookin' out my backdoor – The CJEU and the selective acceptance of international tribunals

CARLO M. CANTORE

Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes

PAOLO CARROZZA

Federalism: Tragic Compromise and Conflicts

GIACOMO DELLEDDONNE

Enlarging EU Competence in Criminal Matters through Policies. The Anti-Fraud Directive as a Case Study

LEANDRO MANCANO

Constitutions, Openness and Comparative Law

GIUSEPPE MARTINICO

Estudios

Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

El ensamblaje del arbitraje en la Constitución: lagunas después de 40 años

MARÍA JOSÉ CARAZO-LIEBANA

La transformación de las funciones del Estado mexicano en torno a la dialéctica desarrollo/subdesarrollo: incursiones a la luz de la crisis institucional contemporánea

ISAAC ENRIQUEZ PÉREZ

Globalización, estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas

JOSÉ LUIS GARCÍA GUERRERO

El Derecho a la Seguridad Social ante el Comité Europeo de Derechos Sociales

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del *ius in Officium* en la tramitación de las «leyes de desconexión» de Cataluña

JOSÉ CARLOS NIETO JIMÉNEZ

Régimen de propiedad y trabajo por cuenta propia en Cuba: De 1959 a la nueva Constitución de 2019

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Premio Juan Churruca

El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿Del arbitraje de diferencias Estado-Inversor a un sistema de Tribunales de Inversiones?

SOPHIE RECIO SAN EMETERIO

Implicaciones de la «gig-economy» en las relaciones laborales: el caso de la plataforma Uber

MARÍA SAENZ DE BURJAGA AZCARGORTA

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 67/1 enero-junio 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019)

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
2019

Estudios de Deusto

Vol. 67/1 enero-junio 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019)

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)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

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 Elosegui (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. 67/1 enero-junio 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019)

Sumario

Monográfico

- Filippo FONTANELLI and Giuseppe MARTINICO, *Introduction to the Special symposium “Exploring Inter-Order Territories: An Application of Carrozza’s Teaching to New Topics”* 15
- Giuseppe BIANCO, *Testing the Stufenbau in International Financial Law* 23
- Carlo M. CANTORE, *Lookin’ out my backdoor – The CJEU and the selective acceptance of international tribunals* 41
- Paolo CARROZZA, *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes* 55
- Giacomo DELLEDONNE, *Federalism: Tragic Compromise and Conflicts* 83
- Leandro MANCANO, *Enlarging EU Competence in Criminal Matters through Policies. The Anti-Fraud Directive as a Case Study* 97
- Giuseppe MARTINICO, *Constitutions, Openness and Comparative Law* 111

Estudios

- Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LTGBI, derechos humanos y Naciones Unidas* 127
- María José CARAZO-LIEBANA, *El ensamblaje del arbitraje en la Constitución: lagunas después de 40 años* 165

Isaac ENRIQUEZ PEREZ, <i>La transformación de las funciones del Estado mexicano en torno a la dialéctica desarrollo/subdesarrollo: incursiones a la luz de la crisis institucional contemporánea</i>	185
José Luis GARCIA GUERRERO, <i>Globalización, estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas</i>	223
Verónica Lidia MARTINEZ MARTINEZ, <i>El Derecho a la Seguridad Social ante el Comité Europeo de Derechos Sociales</i>	259
José Carlos NIETO JIMENEZ, <i>Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del Ius in Officium en la tramitación de las «leyes de desconexión» de Cataluña</i>	293
Albert NOGUERA FERNANDEZ, <i>Régimen de propiedad y trabajo por cuenta propia en Cuba: De 1959 a la nueva Constitución de 2019</i>	315

Premio Juan Churruca

Sophie RECIO SAN EMETERIO, <i>El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿Del arbitraje de diferencias Estado-Inversor a un sistema de Tribunales de Inversiones?</i>	353
María SAENZ DE BURUAGA AZCARGORTA, <i>Implicaciones de la «gig-economy» en las relaciones laborales: el caso de la plataforma Uber</i>	385

Recensiones

Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>La gestión para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos</i> , por Alicia Cárdenas Córdón	417
José TUDELA, Josep María CASTELLA, Enriqueta EXPÓSITO y Mario KÖLLING (eds.), <i>Libro blanco sobre calidad democrática en España</i> , por Manuel Fondevila Marón	423
Giacomo DELLEDONNE y Giuseppe MARTINICO, <i>The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession</i> , por Francisco Javier Romero Caro	429
Pablo PÉREZ TREMPES, <i>Las reformas de la Constitución hechas y no hechas</i> , por Cecilia Rosado Villaverde	435

Estudios de Deusto

Volume 67, Issue 1, January-June 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019)

Table of Contents

Special Issue

- Filippo FONTANELLI and Giuseppe MARTINICO, *Introduction to the Special symposium "Exploring Inter-Order Territories: An application of Carrozza's Teaching to New Topics"* 15
- Giuseppe BIANCO, *Testing the Stufenbau in International Financial Law* 23
- Carlo M. CANTORE, *Lookin' out my backdoor – The CJEU and the selective acceptance of international tribunals* 41
- Paolo CARROZZA, *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes* 55
- Giacomo DELLEDONNE, *Federalism: Tragic Compromise and Conflicts* 83
- Leandro MANCANO, *Enlarging EU Competence in Criminal Matters through Policies. The Anti-Fraud Directive as a Case Study* 97
- Giuseppe MARTINICO, *Constitutions, Openness and Comparative Law* 111

Studies

- Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Walker, road is done when walking. LGBTI Community, Human Rights and United Nations* 127
- María José CARAZO-LIEBANA, *The Arbitration in the Constitution: Gaps after 40 years* 165

Isaac ENRIQUEZ PEREZ, <i>The transformation of the functions of the Mexican State around the dialectic development / underdevelopment: incursions in light of the contemporary institutional crisis</i>	185
José Luis GARCIA GUERRERO, <i>Globalization, Budget Stability and Autonomous Communities</i>	223
Verónica Lidia MARTINEZ MARTINEZ, <i>The right to Social Security before the European Committee of Social Rights</i>	259
José Carlos NIETO JIMENEZ, <i>Rights of the parliamentary minorities in the legislative procedure. Analysis of ius in officium in the parliamentary procedure of disconnection rules of Catalonia</i>	293
Albert NOGUERA FERNANDEZ, <i>Property Regime and work for own account in Cuba: from 1959 to the new constitution of 2019</i>	315

Juan Churruca Award

Sophie RECIO SAN EMETERIO, <i>Investment arbitration between the European Union and Singapore: from the Investor-State Dispute Settlement to an Investment Court System?</i>	353
María SAENZ DE BURUAGA AZCARGORTA, <i>Implications of the “gig-economy” in labor relations: The Case of the Uber Platform</i>	385

Book reviews

Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos</i> , by Alicia Cárdenas Córdón	417
José TUDELA, Josep María CASTELLA, Enriqueta EXPÓSITO y Mario KÖLLING (eds.), <i>Libro blanco sobre calidad democrática en España</i> , by Manuel Fondevila Marón	423
Giacomo DELLEDONNE y Giuseppe MARTINICO, <i>The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession</i> , by Francisco Javier Romero Caro	429
Pablo PÉREZ TREMPES, <i>Las reformas de la Constitución hechas y no hechas</i> , by Cecilia Rosado Villaverde	435

**Monográfico:
Filippo Fontanelli,
Giuseppe Martinico (eds).
Special symposium
“Exploring Inter-Order
Territories:
An Application of
Carrozza’s Teaching to
New Topics”**

INTRODUCTION TO THE SPECIAL SYMPOSIUM
“EXPLORING INTER-ORDER TERRITORIES:
AN APPLICATION OF CARROZZA’S
TEACHING TO NEW TOPICS”*

*Introducción al Simposio especial
«Explorando territorios entre-sistemas: una aplicación
de las enseñanzas de Carrozza a nuevos temas»*

Filippo Fontanelli
Senior Lecturer
University of Edinburgh

Giuseppe Martinico
Associate Professor of Comparative Public Law
Scuola Superiore Sant’Anna, Pisa¹

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp15-21](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp15-21)

Recibido: 11.05.2019

Aceptado: 21.06.2019

* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Fontanelli, Filippo and Martinico, Giuseppe. 2019. “Introduction to the Special symposium ‘Exploring Inter-Order Territories: An Application of Carrozza’s Teaching to New Topics’”. *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 15-21. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp15-21](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp15-21).

¹ Filippo Fontanelli is Senior Lecturer at the University of Edinburgh. Giuseppe Martinico is Associate Professor of Comparative Public Law at the Scuola Superiore Sant’Anna, Pisa. This symposium is part of the Project Jean Monnet Module “Eur.Publ.IUS” (European Public Law-IUS), <https://www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius>.

Abstract

Professor Carrozza's thinking is dense and covers comparative constitutional law, public international law and European Union law. The variety of our backgrounds bears testimony to the extraordinary curiosity, intelligence, leadership and eclectic nature of Carrozza.

Keywords

Carrozza; Comparative Constitutional Law; Public International Law; European Union.

Resumen

El pensamiento del profesor Carrozza es denso y abarca aspectos de Derecho constitucional comparado, Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea. Esta variedad es una confirmación de la extraordinaria curiosidad, inteligencia, liderazgo y naturaleza ecléctica de Carrozza.

Palabras clave

Carrozza; Derecho constitucional comparativo; Derecho internacional público; Unión Europea.

To curate this symposium on a recent piece of Professor Paolo Carrozza is a pleasure and a challenge. Professor Carrozza’s thinking is dense with suggestions: it is not a coincidence that it took us more than 100 pages to comment his 20-page article. Like holy texts and badly drafted law, his writing elicits endless commentary.

Besides being an exquisite thinker and an academic titan, Professor Carrozza is an amiable friend and a loyal mentor to us all. The colleagues and friends who joined this symposium have worked with Professor Carrozza, and we owe him a great deal of learning. This is a motley crew: the authors include comparative constitutional lawyers, public international lawyers, European Union lawyers, and several other subdivisions not worth listing. This is not a coincidence: the variety of our backgrounds (foregrounds?) is a confirmation of the extraordinary curiosity, intelligence, leadership and eclectic nature of our mentor, who guided us especially in the early years of our education, encouraging us to explore areas going beyond his vast comfort zone (not to mention ours).

* * *

We have also shared the formative experience of working on the Sant’Anna Legal Studies project (www.stals.sssup.it), born more than a decade ago from an intuition of Professor Carrozza.

STALS launched in 2008, as an online research paper archive; it has since grown significantly. Under the STALS flag, we have organized almost ninety international events, covering a broad range of topics. Over the last few years, the Scuola Sant’Anna has invested greatly to achieve a constant growth in internationalising its action, a process that caught up speed under the Presidency of Prof. Yves Mény. When Paolo Carrozza decided to launch STALS, the editors of this special symposium were first involved as senior assistant editors and later joined him as editors of the research papers series (with Giacomo Delledonne).

Ideally, STALS used the template of the *Italian Studies in Law*, a year-book series edited between 1992 and 1994 by Professor Alessandro Pizzorusso² (the former supervisor of Paolo Carrozza and a true giant in the field of comparative constitutional law) and published by Martinus Nijhoff. STALS was born and grew into a modern evolution of the *Italian Studies in Law* project, only digital.

² Alessandro Pizzorusso (ed.), *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems*. Volume I, Martinus Nijhoff, 1992 and Alessandro Pizzorusso (ed.), *Italian Studies in Law: A Review of Legal Problems*. Volume II, Martinus Nijhoff, 1994.

Eleven years later, we are glad to note that STALS has attracted national and European funds and has become a brand in comparative and European legal studies. It has published countless articles and papers, contributing to the education of many young scholars interested in a variety of legal disciplines. Nothing of this could have happened without the enthusiasm and commitment of Professor Carrozza.

* * *

The symposium consists of six articles. It opens up with Carrozza's essay *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes*, a paper originally published in 2017, and reproduced here with the permission of the publisher.³ This article stresses the enduring importance of Kelsen's theory in contemporary constitutionalism and argues that constitutionalists are considerably more Kelsenian than is generally supposed. Unsurprisingly, this article speaks to the author's evident curiosity about the relations between legal orders and legal actors. The other contributions all build on this piece of writing, each radiating from it into a different legal subject.

Carrozza's teachings on inter-order connectivity range from the tiniest occurrence of inter-legal tinkering to the most universal observations about global legal orders. One single example will suffice to exemplify the *fil rouge* of Professor Carrozza's laborious intuition, and defuse at once the stigma of practical irrelevance that affects much of post-modern constitutional debate.

In 2006, the Italian Region of Sardinia adopted a Regional Law imposing luxury taxes on real estate properties used for tourism or as second houses, and on certain tourism-related services. The Council of Ministers challenged the legality of one of these measures against three different standards of review: the Regional Charter, the Italian Constitution and EU law.⁴ Professor Carrozza, who acted as counsel for the Region Sardinia, was therefore at the center of a perfect inter-order storm. It is not a coincidence that, in that precise dispute, the Italian Constitutional Court lodged for the first time a preliminary question to the Court of Justice of the EU. It sought clarification regarding the compatibility of the local law with the law of the EU Treaties.

³ Paolo Carrozza, *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes*, in Peter Langford, Ian Bryan, John McGarry, (Eds.) *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer, 2017, pp. 75-98.

⁴ The details of this story are more fully accounted in Filippo Fontanelli and Giuseppe Martinico, «Between procedural impermeability and constitutional openness: The Italian constitutional court and preliminary references to the European Court of Justice» (2010) 16(3) *European Law Journal* 345-364.

The preliminary question sought to piece together the various overlapping or mutually referring rules of the various normative level: the regional law might breach the Constitution’s “openness” clause, by dint of a further breach of EU law.

Professor Carrozza has trained his students to navigate deftly across normative plans, to recognize dialogic patterns and collision courses. He is equally likely to muse on theoretical reflections and to plunge into the nuts and bolts of specific measures passed by a municipality. It is just apt that this short homage to his work, revolving around his reflections on Kelsen, starts with a reference to the Sardinian tax on seasonal leisure boat services. Free-wheeling discussions on global constitutionalism and legal micro-management cannot impart any valuable lesson. They mistake fragmentation and multi-level regulation for the law, they confuse the epiphenomenon for the real thing: law’s unwieldy complexity.

Professor Carrozza could see the forest for the trees, and has always taught us all the real thing.

* * *

Carlo Cantore produced a topical and insightful piece, commenting on the restless attempts of the Court of Justice of the EU to find its place in the global legal stage. In the wake of the Court’s stern decisions in Opinion 2/13 and *Achmea*, Opinion 1/17 on the investor-State dispute jurisdiction established in the CETA agreement between EU and Canada comes as an offer of reconciliation for the international legal order. This time around, the Court of Justice decided to engage in some form of dialogue, and Cantore probes the genuine motives of the Court, as well as the convincingness of its reasons. The tendency of the EU legal system to conduct itself as a unique brand of international law has caused its isolation, and caused some concerns about its continuing external relevance.⁵ Openness, whether genuine or strategic, is the right way to avoid self-defeat.

The interaction between national values and EU integration in criminal matters is explored in Leandro Mancano’s article. He paints an uneasy picture of constant struggle between the States and the Union. There seems to be a constant attempt to find the satisfactory balance between the primacy of EU law, the States’ reluctance to forfeit their exclusive competence on these matters, the creeping expansion of the EU’s regulatory power and the domestic courts’ mission to preserve their constitutional core values from external interferences. Unsurprisingly, a perfect balance simply does not exist, and

⁵ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection of 7 May 2019.

the law proceeds by instances of revolution and reaction, conflict and composition. At the center of this legal laboratory work the Court of Justice and the national constitutional courts, whose interaction – once again – is testimony to the difficulty of running “open” legal systems.

The subject-matter of Giuseppe Martinico’s article is constitutional texts. Through a careful comparative analysis, the author points out the devices used by the constitutional drafters of a specific European vogue to open-up their constitutional order to external influences. The article surveys a chronology of equipping constitutions with safety-valves, open hatchets and connection links to supranational and international legal materials. Through legal engineering, constitutions can anticipate, regulate and perform interactions between legal orders.

Giuseppe Bianco’s article focuses on the *Stufenbau*, the pyramidal structure for the ordering of the sources of law, in Hans Kelsen’s work, as reassessed by Paolo Carrozza. It attempts to answer the following questions: How relevant is this theory to today’s international financial law? What insights does it offer? What conceptual challenges does it have to overcome?

The formal, hierarchical theory of the sources of law is presented in Section One. Section Two examines the practical relevance of this theory with regard to hybrid, or private, sources in the field of sovereign debt restructuring law. Section Three casts the Kelsenian concept against the emergence of soft law stemming from public authorities, in the area of financial regulation. Finally, some concluding remarks are proposed.

Giacomo DelleDonne’s essay builds on Paolo Carrozza’s analysis of Kelsen’s contribution to the constitutional theory of federations. His goal is to make some points on its relevance for a proper understanding of the most recent developments in federal systems, including the aftermath of secession crises in Europe. The internal balance of power of federal orders is a major theme in Kelsen’s constitutional thought. His theory of federal conflicts is indebted both to the achievements of his inquiries into legal theory and to his direct involvement in constitutional policy debates in the 1920s and 1930s. In so doing, he took a strong stance at the time of the Prussian coup, a major constitutional crisis in whose handling Carl Schmitt also played a significant role.

* * *

One century after the publication of Santi Romano’s *L’Ordinamento Giuridico*, it is tempting to borrow his cynical view on inter-order interactions, and conclude that nothing is preordained, nothing makes principled sense.⁶

⁶ Filippo Fontanelli, «Let’s Disagree to Disagree. Relevance as the Rule of Inter-Order Recognition» (2018) 4(2) *Italian Law Journal* 315 et seq.

To accept the absence of taxonomy above the legal order of the State, in a sense, is liberating. No dialogue, no multi-level governance, no balancing, no plan: there is no law of inter-law management.

Unfortunately, the lack of a reliable model of inter-order arrangements does not mean that they do not happen – quite the opposite. Lawyers must disentangle, interpret, challenge and monitor how different laws and different institutions interact, even if there is no script to their interactions. If there is no map, let there be at least a compass.

Professor Carrozza’s thinking on inter-order relations is not a map, but it is a compass. We were happy to gather in this symposium and meet in the middle. Each with his Carrozza-branded compass, we took our separate ways to explore some parcel of uncharted legal land.

TESTING THE *STUFENBAU*
IN INTERNATIONAL FINANCIAL LAW*

Probando la Stufenbau en Derecho financiero internacional

Giuseppe Bianco¹
Expert
Banca d'Italia

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp23-40](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp23-40)

Recibido: 11.05.2019

Aceptado: 21.06.2019

Abstract

This article focuses on a specific area of the writings of Kelsen, reassessed by Paolo Carrozza: the *Stufenbau*, the pyramidal structure for the ordering of the sources of law. Section One examines the formal, hierarchical theory of the sources of law. Section Two focuses on the practical relevance of this theory with regard to hybrid, or private, sources in the field of sovereign debt restructuring law. Section Three examines the emergence of soft law stemming from public authorities, in the area of financial regulation.

Keywords

Kelsen; Constitutional Law; sovereign debt; financial regulation.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Bianco, Giuseppe. 2019. "Testing the *Stufenbau* in International Financial Law". *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 23-40. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp23-40](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp23-40).

¹ (PhD Oslo-Sorbonne; LLM, NYU). Expert, Banca d'Italia; *Culture della materia*, LUISS. The opinions expressed and conclusions drawn are those of the author and do not reflect the views of the Bank of Italy.

Resumen

Este artículo se centra en un área específica de los escritos de Kelsen, reevaluada por Paolo Carrozza: la *Stufenbau*, la estructura piramidal para el ordenamiento de las fuentes del derecho. La Sección Uno examina la teoría jerárquica formal de las fuentes del derecho. La Sección Dos aborda la relevancia práctica de esta teoría con respecto a las fuentes híbridas o privadas en el campo del derecho de la reestructuración de la deuda soberana. Y la Sección Tres alude al surgimiento de una ley blanda derivada de las autoridades públicas, en el área de la regulación financiera.

Palabras clave

Kelsen; Derecho constitucional; deuda soberana; regulación financiera.

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. THE *STUFENBAU*, A PYRAMID OF THE SOURCES OF LAW. III. HYBRID SOURCES IN SOVEREIGN DEBT RESTRUCTURING LAW. IV. PUBLIC SOFT LAW IN EUROPEAN FINANCIAL REGULATION. V. CONCLUDING REMARKS.

I. INTRODUCTION

If we are to agree with George Steiner that “a culture advances, spiral-wise, via translations of its own canonic past”², working on legal concepts elaborated by Hans Kelsen is a testimony to the significance of such a scholar for legal theory, in Europe and beyond. This article focuses on a specific area of the writings of Kelsen, reassessed by Paolo Carrozza in his analysis of the continuous presence of Kelsenian themes in contemporary constitutionalism³: the *Stufenbau*, the pyramidal structure for the ordering of the sources of law. It attempts to answer the following questions: How relevant is this theory to today’s international financial law? What insights does it offer? What conceptual challenges does it have to overcome?

The formal, hierarchical theory of the sources of law is presented in Section One. Section Two examines the practical relevance of this theory with regard to hybrid, or private, sources in the field of sovereign debt restructuring law. Section Three casts the Kelsenian concept against the emergence of soft law stemming from public authorities, in the area of financial regulation. Finally, some concluding remarks are proposed.

II. THE *STUFENBAU*, A PYRAMID OF THE SOURCES OF LAW

In continental Europe more than in the Anglo-American world, the legal scholar has a tendency to detach her discipline both from the facts and from other, kindred social sciences such as economics, history, sociology, politics, and the like. At least in part, this attitude is connected with the intellectual aspiration to conceive of a pure theory of law, part of Hans Kelsen’s endeavour.⁴ It is in this sense that Kelsen has become part of the “canons” of

² George Steiner, *After Babel. Aspects of Language and Translation* (Oxford: Oxford University Press, 1975), 459.

³ Paolo Carrozza, “Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes”, in *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, ed. Peter Langford, Ian Bryan, and John McGarry, vol. 118, Law and Philosophy Library (Cham: Springer International Publishing : Imprint: Springer, 2017).

⁴ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law. Translation from the 2d Rev. and Enl. German Ed. by Max Knight* (Berkeley: University of California Press, 1970).

European legal culture, as it were. This is without neglecting the significant criticism, “often justified”, that this piece of Kelsenian work has stirred.⁵

By constructing his pure theory of law, Kelsen sought to sever the link with natural law that had imbued legal norms, notably in the Roman and Christian traditions. His writings were meant to clear legal knowledge from spurious elements which scholars had imported from other fields and which inhibited the understanding, and functioning, of law.⁶ Instead, a positivist-normativist conception of law would be propounded.⁷

Within the legal system so conceived, the sources of law (as sources of law-creation rather than law-cognition⁸) acquire paramount importance. They serve to give order to the norms to be applied to preserve the monopolisation of force (the essential function of law, on which Kelsen dwelled in the first part of his reflection). As the classical derivation of norms from one or another instantiation of natural law was no longer available, as we have seen, a different proposition was needed.

Kelsen resorted to the concept of *Stufenbau*, the hierarchical structure of the legal system elaborated by Adolf Julius Merkl, of the same Vienna School as Kelsen himself.⁹ Although the notion itself had been authored by Merkl, it was Kelsen who aptly integrated it into his pure theory of law so that the two became effectively enmeshed and drew significance from each other.¹⁰ Indeed, as Carrozza points out, the *Stufenbau* presupposes “the essential logical coherence and unity of a system of positive law” as the one erected by Kelsen.¹¹

⁵ Carrozza, “Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes”, 76.

⁶ Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the 1. Ed. of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law* (Oxford: Clarendon Pr., 1992), para. 1.

⁷ Stanley L. Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 12, no. 3 (1992): 312.

⁸ This distinction is known in many legal orders (*fonti di produzione* vs. *fonti di cognizione*, *Rechtserzeugungquelle* vs. *Rechtserkenntnisquelle*, *fuentes de producción* vs. *fuentes de conocimiento*).

⁹ The classical version of the theory is in Adolf Julius Merkl, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, *Gesellschaft, Staat und Recht / Hrg. von Alfred Verdross.*, 1931, 252–94; reprinted in Alfred Verdross and Josef Dobretsberger, *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinem Rechtslehre* (Wien: J. Springer, 1931), 252–94.

¹⁰ Thomas Olechowski, “Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl”, in *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity. From Old Liberties to New Precedence*, ed. Ulrike Müßig, vol. 12, *Studies in the History of Law and Justice* (Cham: Springer, 2018), 354.

¹¹ Carrozza, “Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes”, 87.

The *Stufenbau*, or hierarchical pyramid, is a theory that attempts to study the relationships among norms. It focuses on the relationship of validity, whereby one level of norms provides validity (or justification) to the subsequent layer of norms. This theory sheds light on a dynamic – or *ex ante* – point of view on the nature of law, as it focuses on law as a process, and is complementary to the static– or *ex post* – point of view on law as the issued legal norm and coercion.¹² The dynamic element is clearer when the mechanism is understood in terms of empowerment: the higher level of norms empowers a subject to issue a norm of a lower level. Such empowerment is thus “a necessary (but not sufficient) condition” of the existence of the lower norm as a norm.¹³

This approach is linked to the inherent characteristic of law: to determine the norms for the production of other legal norms. In other words, law regulates its own creation.¹⁴ Some norms directly contain prescriptions for the conduct of human affairs, whereas others define the procedures for lower-level norms to be enacted.

This theory is concerned with the procedural validity of the norms: each level represents the outer boundaries of the field within which the lower norm can arise. Yet, each level also determines, at least in part, the content of the next level of norms:

In governing the creation of the lower-level norm, the higher-level norm determines not only the process whereby the lower-level norm is created, but possibly the content of the norm to be created as well.¹⁵

The definition of the procedure and part of the content of the lower level of norms does not entirely preclude the exercise of a *quantum* of discretion on the part of the norm-issuer. This is due to the more specific character that the norm takes as it is produced at a lower layer: the broader content of the upper-level norm needs to be made more concrete.

The *Stufenbau* clearly involves a certain sense of spatiality: the pyramid is made up of a top level of norms, from which all the others derive validity.

¹² Stanley L. Paulson, “How Merkl’s *Stufenbaulehre* Informs Kelsen’s Concept of Law”, *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 21 (2013): 30.

¹³ Jörg Kammerhofer, “Sources in Legal-Positivist Theories. The Pure Theory’s Structural Analysis of the Law”, in *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, ed. Samantha Besson and Jean d’Aspremont (Oxford: Oxford University Press, 2017), 347.

¹⁴ Hans Kelsen, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, in *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in Der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, by Robert Chr Van Ooyen (Tübingen: Mohr Siebeck, 1929), 2.

¹⁵ Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the 1. Ed. of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, 77–78.

In domestic legal settings, the uppermost layer is represented by the constitution, which acts as the *Grundnorm* of the entire system. The intermediate layers can be exemplified by statutes, ordinances, court decisions and administrative acts. The lowest level of the pyramid is not itself a norm, but a legally relevant fact.¹⁶ The latter is typically the execution (or enforcement) of the legal norm, for instance the bailiff taking property.

Crucial in this design are the empowerment norms, i.e. those that determine the conditions for the legitimate enactment of lower-level norms. They authorize the creation of norms and constitute a specific part of the legal system.¹⁷

The exercise of regression from the lowest to the highest level of norms ends with the *Grundnorm*. The validity of the *Grundnorm* itself is to be presumed.¹⁸ The origin of the constitution in modern States can often be found in the midst of revolutions, from which emerges a *pouvoir constituant*. The basis of the validity of domestic legal systems has been the subject of controversy. One of the theories, expounded by Kelsen's disciple Alfred Verdross, maintains that some norms of international law lie at the foundation of national law.¹⁹ This would create an interesting interrelation between domestic legal orders and the international legal order, which would provide, so to speak, the *Grundnorm* for each of them.

Carrozza highlights that the *Stufenbau* enjoys continuous relevance in today's constitutionalism.²⁰ It is regarded as providing the condition of validity of all lower-level norms in multilevel legal systems in Europe. Differently from 18th-century flexible constitutions, contemporary rigid constitutions determine the procedures for issuing norms both at the level of the central State and at the level of decentralised entities by using the criteria of competence and of hierarchy.

Another aspect emphasised by Carrozza's analysis is the general, indirect character of the legacy of the Kelsenian notion of *Stufenbau*.²¹ Thus, the latter can be understood more in terms of a rationalising device to deconstruct apparent contradictions between different norms than as a mechanical tool of immediate application.

¹⁶ Merkl, "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", 260.

¹⁷ Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien: Manz, 1979), 82–84.

¹⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Wien: Deuticke, 1960), 228.

¹⁹ Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923), 134.

²⁰ Carrozza, "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes", 88. Carrozza also emphasises the undeniable significance of Kelsen's legacy for the judicial review of legislation, which is somehow a "necessary" corollary of the place of the constitution in the legal hierarchy of norms. This aspect, however, lies beyond the scope of the present analysis.

²¹ Carrozza, 89.

This latter point recoups an important characteristic of the *Stufenbau* as elaborated by Merkl and Kelsen: its value lies in its analytical efficacy. The notion is the result of the theoretical study of the structure of a legal system, and the “metaphor follows the theoretical insight, not vice versa”.²² Consequently, if the pyramid is no longer adequate to describe a system, it should be revised.

III. HYBRID SOURCES IN SOVEREIGN DEBT RESTRUCTURING LAW

After providing an illustration of the notion of *Stufenbau* in Kelsen’s (and Merkl’s) scholarship, this Section and the next one seek to appraise its relevance in contemporary international financial law. They will do so with regard to two sets of norms: hybrid, or private, sources of law in sovereign debt restructuring law, and public soft law in European financial regulation.

Sovereign debt restructuring is an area of the law concerned with the solutions for countries that encounter difficulties in repaying their liabilities to other States, international organisations, or private creditors.²³ Despite several proposals to establish a centralised mechanism to restructure sovereign debts,²⁴ no such tool has thus far seen the light of day.

Consequently, the restructuring of sovereign debt is tailored to the particular circumstances of the debtor State and the characteristics of the debt at stake. In the absence of a pre-determined forum for negotiations between debtors and creditors, several informal gatherings have arisen over the years to host such discussions. Their respective success stories have been a mixed record.²⁵

A structural analysis of the legal norms that apply to sovereign debt restructuring stems from the same, basic question from which Kelsen’s

²² Kammerhofer, “Sources in Legal-Positivist Theories. The Pure Theory’s Structural Analysis of the Law”, 346.

²³ For an overview of sovereign debt restructuring from a legal perspective, see: Malcom N. Shaw and Dominique Carreau, eds., *La Dette Extérieure / The External Debt*, The Hague Academy of International Law (Dordrecht: M. Nijhoff, 1995); Rodrigo Olivares-Caminal, *Legal Aspects of Sovereign Debt Restructuring* (Sweet and Maxwell, 2009); Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

²⁴ Anne Krueger, “A New Approach to Sovereign Debt Restructuring. Address by Anne Krueger, First Deputy Managing Director, IMF” (November 26, 2001), <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sp112601>.

²⁵ Michael Waibel, “Bank Insolvency and Sovereign Insolvency”, in *Cross-Border Bank Insolvency*, ed. Rosa Lastra (Oxford: Oxford University Press, 2011), para. 13.73.

enquiry arguably originated: “What is the law (on this point)?”.²⁶ As anticipated, the answer depends on the type of debt subject to the restructuring. Where this is in the form of a bond issued by the debtor State and purchased by a foreign individual, for example, the contractual clauses of the bond will identify the law applicable to the contractual relationship and the competent forum to hear claims related to that bond, as well as other important aspects.

If one were to construe a pyramid structure of the legal norms applying to sovereign debt restructuring, the hierarchy would be dependent on the form of the portion of the debt taken into account. This would result in several, different pyramids corresponding to the various forms of the debt issued by the particular government and the several national laws applicable to them. Therefore, the fragmentation of the real situation would be mirrored in the structural representation of the legal norms presiding over it.

Furthermore, the *Stufenbau* would face the challenge of framing the interrelations with hybrid (or private) forms of law present in sovereign debt restructuring. By hybrid sources of law, we refer to those stemming from non-public bodies, which are of a private nature, but can include public members. We will consider two such instances.

First, the contractual clauses of sovereign bonds are the result of a process of international standardisation. Albeit each government issues bonds and could theoretically draft their clauses in a tailor-made manner, in practice the provisions are greatly aligned across countries.²⁷ As sovereign bonds are financial instruments that circulate on secondary markets, identical or similar clauses reduce transaction costs and thus facilitate circulation.

The evolution of contractual clauses is the result of complex interactions between different marketplaces (notably, New York and London), developments in case law, official pressure, and industry groups.²⁸ Such evolution is not linear: as the parties involved attempt to solve the incomplete contracting problem, the result is that over time, on the one hand, the terms that enable creditors to enforce their debts judicially have been strengthened and, on the other, terms that enable sovereigns to restructure their debts have been inserted.²⁹ A further factor that complicates the analysis is that, in the discussions

²⁶ Jörg Kammerhofer, “Sources in Legal-Positivist Theories. The Pure Theory’s Structural Analysis of the Law”, 344.

²⁷ Stephen J. Choi, Mitu G. Gulati, and Eric A. Posner, “The Evolution of Contractual Terms in Sovereign Bonds”, *Journal of Legal Analysis* 4, no. 1 (2012): 131–79.

²⁸ Anna Gelpert and Mitu G. Gulati, “Innovation after the Revolution: Foreign Sovereign Bond Contracts since 2003”, *Capital Markets Law Journal* 4, no. 1 (2009): 85–103.

²⁹ Stephen J. Choi, Mitu Gulati, and Eric A. Posner, “Political Risk and Sovereign Debt Contracts”, *University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 583*, 2011.

between government debt managers and prospective investors, more attention is paid to purely “financial” terms than to “legal” ones in sovereign bonds.³⁰

In the midst of such complex admixture and stratification of clauses drafted in greatly or slightly differing manners, the search for their meaning and explanation is not straightforward. Sociological enquiries amongst elite law firm partners have brought to the foreground “origin myths” for the birth of some bond clauses, which have proved untenable when subjected to more objective scrutiny.³¹

The significance of hybrid sources in sovereign debt restructuring law can be appreciated in particular with respect to the *pari passu* clause.³² This clause had typically been understood as preventing a sovereign issuer from granting the holders of a different issue of bonds a higher legal ranking than holders of that particular issue.

However, a different interpretation gained prominence in the context of the Argentine crisis. After the government declared a moratorium on its debt in 2001, two bond exchanges took place in 2005 and 2010. In the litigation initiated by several minority creditors against Argentina, the *pari passu* clause was interpreted as requiring a rateable payment by the issuer to all the bondholders, i.e. to both those having participated in a restructuring and those that had held out. This was most apparent with the decisions taken by judge Thomas Griesa of the United States District Court for the Southern District of New York in 2011³³, which *de facto* prevented the government of Argentina from paying the bondholders that had accepted the 2005 or the 2010 debt offers if it did not also pay the hedge funds that had initiated that litigation.

This unexpected development could threaten the functioning of sovereign bond markets on a global scale.³⁴ Consequently, the International Capital

³⁰ Anna Gelpern and Mitu G. Gulati, “How Much Is This Clause? Debt Managers on Pricing Bond Contract Terms”, 2016, 51.

³¹ Mark Weidemaier, Robert Scott, and Mitu Gulati, “Origin Myths, Contracts, and the Hunt for *Pari Passu*”, *Law & Social Inquiry* 38, no. 1 (2013): 72–105.

³² A typical drafting of the *pari passu* clause would be as follows: “The debt securities will be direct, unconditional, unsecured and unsubordinated obligations of [the government] and will rank *pari passu* and without preference among themselves. [The government]’s payment obligations under the debt securities will rank at least equally with all its other present and future unsecured and unsubordinated External Indebtedness”. Example taken from Republic of Argentina. 2010. “Prospectus. Debt Securities, Warrants, Units”, in *PROSPECTUS SUPPLEMENT (to Prospectus Dated April 13, 2010)*: 16, http://www.mecon.gov.ar/finanzas/sfinan/documentos/us_prospectus_%28version_ingles%29_30042010.pdf.

³³ See esp. *NML Capital Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08-cv-6978 (U.S. District Court for the Southern District of New York, December 7, 2011).

³⁴ France, “Brief for the Republic of France as Amicus Curiae in Support of the Republic of Argentina’s Petition for a Writ of Certiorari, in the Supreme Court of the United

Market Association developed a new standard clause. This process took place in the framework of the “Roundtable on Sovereign Debt” promoted by the Treasury of the United States in 2013-2014.³⁵

The International Capital Market Association (“ICMA”) is a private organisation that groups together actors involved in the international debt capital market.³⁶ In particular, investment and commercial banks, securities dealers and brokers, and asset managers are full members, whereas government institutions, central banks, credit rating agencies and law firms are associate members.³⁷

The outcome of the Roundtable process was to steer the interpretation of the *pari passu* clause towards that of non-subordination of bondholders of the series concerned to bondholders of other series. The alternative interpretation (propounded by judge Griesa’s decisions) of the rateable payment obligation was expressly refuted. An important specification was inserted to this end:

no obligation to effect equal or rateable payment(s) at any time with respect to any such other External Indebtedness and, in particular, shall have no obligation to pay other External Indebtedness at the same time or as a condition of paying sums due on the Notes and vice versa.³⁸

Thus, the ICMA clause unequivocally provides that the debtor is not obliged to pay all bondholders simultaneously. In particular, the issuer can decide not to pay creditors that have not taken part in a restructuring offer, whilst paying those that have agreed on it.

The Executive Board of the International Monetary Fund expressed its favour for this new clauses.³⁹ Real “catalysis”, in the sense of adoption by

States, Republic of Argentina, v NML Capital” (No. 13-990, March 24, 2014), <http://www.shearman.com/~media/Files/Services/Argentine-Sovereign-Debt/2014/Arg48-Brief-for-Republic-of-France-as-Amicus-Curiae-in-Support-032514pdf.pdf>.

³⁵ For an insider’s overview on the process, see Mark Sobel, “Strengthening Collective Action Clauses: Catalysing Change – the Back Story”, *Capital Markets Law Journal* 11, no. 1 (2016).

³⁶ Jonathan Law, “International Capital Market Association”, in *A Dictionary of Finance and Banking* (Oxford: Oxford University Press, 2015).

³⁷ International Capital Market Association, “Membership”, accessed November 3, 2017, <http://www.icmagroup.org/membership/>.

³⁸ International Capital Market Association, “Standard Pari Passu Provision for the Terms and Conditions of Sovereign Notes”, August 2014, <http://www.icmagroup.org/assets/documents/Resources/ICMA-Standard-Pari-Passu-Provision-August-2014.pdf>.

³⁹ International Monetary Fund, “IMF Executive Board Discusses ‘Strengthening the Contractual Framework in Sovereign Debt Restructuring’, Press Release 14/459”, October 6, 2014, <https://www.imf.org/en/news/articles/2015/09/14/01/49/pr14459>.

sovereign debtors, took place around October 2014.⁴⁰ In particular, Mexico issued sovereign bonds with the enhanced clauses, governed by New York law, in November 2014. These bonds were sold at favourable pricing and interest rate conditions. This was perceived as an extremely positive reaction, which solved the first mover problem, and could lead the way for other issuers to follow suit.⁴¹

A structural analysis of the sources of law applicable to sovereign bonds containing such clauses would have to decide on the status of the ICMA model clauses. A strictly formalist view would highlight the fact that such standard clauses only become relevant as and when they are incorporated into the terms of a specific bond issued by a given government. Before that point in time, the ICMA model clauses would not be applicable and would thus be irrelevant. After that point, the actual contract terms would be applicable, and their derivation from a model drafting would equally be irrelevant.

The Kelsen-Merklian *Stufenbau* would arguably side with this perspective: the sources of law applicable to the case at stake are concerned with the law effectively governing the contractual relationship. The Constitution (as the *Grundnorm*) allows for freedom of contract, which in turn empowers the government and the bondholder to agree on the bond contract terms. Only these contract clauses need to be reflected in the pyramid structure.

However, the disregard of the *Stufenbau* for the process of standardization of *pari passu* clauses would seem inapposite. The hybrid source of law represented by the ICMA model clause does have a bearing on the drafting of bond terms. The convergence of legal drafting at the international level in a certain direction provides an orientation for the acceptability of such terms to the community of investors, law firms, and debt managers. Such reaction to an unexpected development in the case law signals that relevant actors are ready to overcome the habitual inertia and adopt a change in their contractual relationships.

This important shift in the context in which sovereign debt markets operate undoubtedly has an impact on the individual government's drafting of bond contractual clauses. The choice to adopt the ICMA model *pari passu* clause, to adopt an amended version of the model clause, or to stick to the previous drafting are significant for legal analysis. They can indicate a preference for a certain interpretation of the respective rights and obligations of the debtor and of the creditors. Consequently, they can guide the interpreter (e.g. a judge) and have an impact on the outcome of a case.

⁴⁰ Stephen J. Choi, Mitu Gulati, and Robert E. Scott, "The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate", *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 16-40*, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2835681>.

⁴¹ Sobel, "Strengthening Collective Action Clauses: Catalysing Change – the Back Story", 10.

Therefore, a structural analysis of the sources of law would need to consider the origins of the contract terms in the international model. The ICMA clause, a hybrid source of law, should be recognised as a meaningful part of the *Stufenbau*. To represent it spatially, a horizontal layer could be added to the side of the contractual level of norms to accommodate the international standard.

This remodelling of the *Stufenbau* could provide a more complete and reliable account of the sources of law relevant to depict, and understand, the case. The inclusion of hybrid sources of law, widely present in international standardization, enriches the perspective embodied in the pyramid.

This adjustment to the pyramid begs the further question of the empowerment norm. As we have seen in Section One, the Kelsen-Merkliian model is based on the theory that a higher-level norm empowers the norm-issuer to enact the lower-level norm. With respect to the hybrid source of law, one might wonder about such an empowerment norm. To the extent that the hybrid source of law is relegated to a parallel, horizontal layer, no empowerment norm is arguably needed. The pyramid is still made up of a series of levels vertically ordered, with the contractual layer enabled by the higher-level norm (a statute, or the Constitution itself). The hybrid source (the ICMA standard in our example) would come into play only collaterally, and be understood as one of the forces acting on the discretion of the norm-issuer. The question can thus be put to rest provisionally.

The second instance of hybrid sources in sovereign debt restructuring law concerns the negotiations between a sovereign debtor and its creditors. In the absence of binding rules, the “Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring in Emerging Markets” have been adopted through a drafting process which included several representatives of financial institutions as well as officials from emerging countries. In 2004, the Principles were announced and welcomed by the Group of Twenty (“G20”) in its Berlin Communiqué, in which the Group also expressed its “general support” for them.⁴²

The content of the Principles focuses on transparency, debtor-creditor dialogue, good faith actions and fair treatment. Each of these four objectives is further broken down into more specific rules of conduct which build on best practices. The Principles sometimes include some open-ended wording, such as “as appropriate” or “to the extent consistent with their business objectives and legal obligations”, which makes them flexible and warrants their case-by-case application.

⁴² Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors in Berlin, “Communiqué, November 21, 2004”, 2004, para. 8, <http://www.g20.utoronto.ca/2004/2004communiqu.html>.

The Principles were soon complemented by a light governance structure by one of its drafters, the Institute of International Finance (“IIF”). The IIF is a private association of a hybrid character, as it includes private as well as public financial institutions amongst its members.

Since December 2005, the IIF “Principles Consultative Group” has the mandate to assess countries’ compliance with the Principles. It is composed of senior financial executives and officials from emerging countries.⁴³ The second governance leg is provided by the Group of Trustees of the Principles, established in March 2006 to encourage the implementation of the Principles and promote its development.

The Principles slowly morphed into a legislative enterprise structured around the IIF. Both the Principles Consultative Group and the Group of Trustees benefit from the technical support of the IIF Secretariat.⁴⁴ Thus, the IIF selects the countries to review and prepares the background documents to be discussed by the two groups. In October 2010, the applicability of the Principles was extended to include all sovereign issuers (as well as non-sovereign entities where the restructuring is heavily influenced by the State).⁴⁵ This amendment was reflected in the title, which is currently “Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring”, and makes no reference to emerging countries any more.

The relevance of the *Stufenbau* conception of the sources of law with regard to a phenomenon such as the IIF Principles is problematic. On the one hand, it could be argued that non-binding forms of law do not need (or are not worthy of) being analysed in terms of a structural pyramid. The breach of IIF Principles does not entail an official sanction on the debtor government, and therefore a structural analysis could exclude them altogether. On the other hand, the informal “governance apparatus” illustrated above can exert influence on the debtor and raise expectations on the creditors’ side. To the extent that compliance with the IIF Principles is assessed over time and non-compliance is criticised publicly, governments could be pushed to act in accordance with such a hybrid source of law.

Consequently, the hierarchical pyramid could include this hybrid source of law. Its respective level, however, would need to be determined according to the view of the legal system at stake. As sovereign debt can include forms of

⁴³ Eric Helleiner, “Filling a Hole in Global Financial Governance? The Politics of Regulating Sovereign Debt Restructuring”, in *The Politics of Global Regulation*, vol. Walter Mattli & Ngaire Woods (Princeton University Press, 2009), 114.

⁴⁴ Institute of International Finance, Inc., “Report on Implementation Prepared by the Principles Consultative Group”, October 2015, 6, <https://www.iif.com/file/13103/download?token=ExIBNRKm>.

⁴⁵ Institute of International Finance, Inc., 3.

debt issued under several different domestic laws, a transnational legal sphere is involved, which cuts across private and public dimensions (pertaining to creditors and the debtor, respectively). The resulting *Stufenbau* appears rather indeterminate. A pyramid that sought to remain closer to Kelsen's legal positivism would arguably include only formal, binding sources, but fail to include significant driving forces framing the relationship. A hierarchy that would be more open to other insights (economic, sociological, and political) – and which would thus be more distant from the Kelsenian model – would encompass hybrid sources that influence the actual conduct of the parties.

In the latter scenario, a *Stufenbau* that includes hybrid sources of law would encounter the issue of their empowering norm. Neither public international law nor domestic legal systems would contain a norm that officially empowers a private association as the IIF to enact norms governing sovereign debtors' and creditors' actions. Therefore, an empowering norm in the classic sense cannot be identified.

Rather, a pragmatic approach would point to the endorsement by a prominent actor in international financial regulatory landscape, the G20. Its support for the IIF Principles could be understood as a “weak” form of empowerment norm that would render the IIF a norm-issuer, when taking into account the exercise of (*lato sensu*) normative power in the absence of binding rules. This conclusion would however soften the requirements of the *Stufenbau* structure to a significant extent.

IV. PUBLIC SOFT LAW IN EUROPEAN FINANCIAL REGULATION

This Section seeks to appraise the relevance of *Stufenbau* with regard to public soft law in European financial regulation. The scholarship on the theory of the sources of European law is rich, especially after the adoption of the Lisbon Treaty, and has devoted much attention to delegated legislation.⁴⁶ The latter, from a hierarchical perspective, does not seem to raise insurmountable problems, to the extent that its rank is clearly provided under European law.

A less studied area concerns soft law which several European public bodies are empowered to enact. The focus here is on a disparate body of

⁴⁶ Koen Lenaerts and Marlies Desomer, “Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? : Simplification of Legal Instruments and Procedures”, *European Law Journal* 11, no. 6 (2005); Herwig Hofmann, “Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality”, *European Law Journal* 15, no. 4 (2009): 482–505; Bart Driessen, “Delegated Legislation after the Treaty of Lisbon: An Analysis of Article 290 TFEU”, *European Law Review* 35, no. 6 (2010): 837–48; Paul Craig, “Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation”, *European Law Review* 36, no. 5 (2011): 671–87.

documents which authorities and agencies of the European Union can issue within the ambit of their mandates.

In the area of financial regulation, the demand for convergence among national regulatory and supervisory practices has been steadily increasing. Even in the aftermath of the reforms adopted pursuant to the Lamfalussy Report,⁴⁷ financial actors felt there was fragmentation in the European market which prevented the development of cross-border activities.⁴⁸

The considerable reforms adopted in the wake of the global financial crisis and the De Larosière Report⁴⁹ have created the European Supervisory Authorities.⁵⁰ The authorities have been entrusted, amongst other tasks, with the drafting of implementing and regulatory technical standards to be adopted by the European Commission (which thus become binding). They can also adopt guidelines and recommendations addressed to competent authorities or financial institutions with a view to establishing consistent, efficient and effective supervisory practices within the European System of Financial Supervision, and to ensuring the common, uniform and consistent application of Union law.⁵¹

Although guidelines and recommendations issued by the European Supervisory Authorities are not binding instruments, all parties to the European System of Financial Supervision are required to cooperate with trust and full mutual respect.⁵² Furthermore, competent authorities and financial institutions have to make every effort to comply with those guidelines and recommendations.⁵³ Competent authorities not wishing to comply with them have to explain their reasons to the Authority, which will publish the fact of non-compliance.⁵⁴

⁴⁷ Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Market, “Final Report” (Brussels, February 15, 2001).

⁴⁸ Francesco Guarracino, *Supervisione bancaria europea: sistema delle fonti e modelli teorici* (Milano: CEDAM, 2012), 23.

⁴⁹ The High-Level Expert Group on Financial Supervision in the European Union, “Report” (Brussels, February 25, 2009).

⁵⁰ Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority); Regulation (EU) No 1094/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority); Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority).

⁵¹ Article 16 of the Regulations establishing the European Supervisory Authorities.

⁵² Article 2(4) of the Regulations establishing the European Supervisory Authorities.

⁵³ Article 16(3) of the Regulations establishing the European Supervisory Authorities.

⁵⁴ Matteo De Poli, *European Banking Law* (Milano: Wolters Kluwer, 2017), 63.

It has also been suggested that guidelines and recommendations should be taken into consideration by national courts when interpreting EU binding acts and national legislation, as well as by the European Court of Justice of the European Union.⁵⁵ The argument is that, first, the EU and its Member States should abide by the duty of sincere cooperation and refrain from acts that could endanger the attainment of the Union's objectives,⁵⁶ and, second, that authorities' statements on technical matters could be particularly helpful to interpret EU law.⁵⁷

A further layer of soft law issued by the European Supervisory Authorities is made of "Questions and Answers" ("Q&As"). The European Banking Authority describes this tool as pursuing the objective of ensuring "consistent and effective application of the new regulatory framework across the Single Market, and hence contribut[ing] to the building of the Single Rulebook in banking".⁵⁸ Whilst Q&As are not binding and are not subject to the "comply or explain" procedure mentioned above, the EBA notices their "undoubted practical significance to achieve a level-playing field. Peer pressure and market discipline are also expected to play a driving force in ensuring adherence to and compliance with the answers provided in the Q&A process".⁵⁹

Analysing these forms of soft law through the prism of the *Stufenbau* would place guidelines and recommendations on a lower level than European legislative acts. The empowerment norm is explicitly found in the regulations establishing the European Supervisory Authorities. The latter thus have the power to enact this species of soft law, devoid of binding force, but capable of having the significant effects highlighted above.

With regard to Questions and Answers, the picture becomes more blurred. Formally, they do not represent a form of law enacted by the European Supervisory Authorities. As such, the pyramid could exclude them altogether. Yet, their practical usefulness and their issuance by authorities

⁵⁵ Francesco Guarracino, *Supervisione bancaria europea: sistema delle fonti e modelli teorici*, 113.

⁵⁶ Article 4(3) TEU.

⁵⁷ This latter argument has been made also by the Board of Appeal of the European Supervisory Authorities in *SV Capital OÜ v. EBA*, Decision of 24 June 2013, paras. 55-57. See Anna Gardella, "L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione", in *Unione bancaria europea*, ed. Mario P. Chiti and Vittorio Santoro (Spedaletto (Pisa): Pacini giuridica, 2016), 131.

⁵⁸ European Banking Authority, "Single Rulebook Q&A", <https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa>; Similar wording is used by ESMA European Securities and Markets Authority, "Questions and Answers", <https://www.esma.europa.eu/questions-and-answers>; and by EIOPA European Insurance and Occupational Pensions Authority, "Q&A on Regulation", <https://eiopa.europa.eu/regulation-supervision/q-a-on-regulation>.

⁵⁹ European Banking Authority, "Single Rulebook Q&A".

entrusted with the application of European financial regulation suggest that they are relevant sources to interpret such regulation. Therefore, the *Stufenbau* notion faces a new challenge.

The criteria of hierarchy and of competence, which Carrozza singled out as a legacy of Kelsen's scholarship, are confronted today with the phenomenon of soft law from European Supervisory Authorities. More in general, the interrelations between national legal systems and the EU have brought about serious problems for a hierarchical ordering of sources, so much so that scholars have started talking of a "crisis" of the hierarchy principle.⁶⁰ It has been aptly pointed out that the sources of EU law seem to be characterized by significant forms of overlapping.⁶¹ The latter are the result of the complexity of the composite European legal system.⁶²

A reliable analysis of the functioning of this area, as well as, of European law needs to be based more on a substantive than on a formal perspective. Rather than hierarchy and competence, a horizontal, collaborative framework appears more appropriate to represent the current system of sources of law.⁶³ Integration thus requires ever more loyalty, sincere co-operation and fair play amongst the institutional actors involved in the process.

V. CONCLUDING REMARKS

This article has sought to reappraise the relevance of the *Stufenbau* in contemporary international financial law. It has first revisited the notion of a hierarchical pyramid of the sources of law, as elaborated by Merkl and Kelsen at the beginning of the 20th century. It has then tested it in two different areas.

In sovereign debt restructuring law, sources stemming from hybrid (i.e. semi-private) bodies have been assessed. With regard to hybrid sources of law that represent an international standard, the *Stufenbau* seems flexible enough to accommodate their collateral inclusion. However, where such hybrid sources represent the only applicable norms of conduct, the adherence to the original Kelsenian model seems more problematic.

⁶⁰ Maurizio Pedrazza Gorlero, "L'ordine delle fonti fra crisi del 'sistema' e rischio casistico", in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, ed. Valerio Onida (Milano: Giuffrè, 2011), 1353.

⁶¹ Giulio Stolfi, "Tempi (post-)moderni: Nuovi impulsi normativi europei alla prova delle sovrapposizioni", *SOG Working Papers* 32 (2016): 21.

⁶² Giuseppe Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe* (London: Routledge, 2014).

⁶³ Renato Ibrido, *L'Unione bancaria europea: profili costituzionali* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2017), 205.

With regard to European financial regulation, the resort to several forms of soft law issued by public bodies has been examined. The criteria of competence and hierarchy, that permit a straightforward application of the pyramid, appear to have given way to more flexible, overlapping sources of law in light of the peculiar character of the European process of integration. The erosion of a formal, positivistic framework as envisaged by Kelsen calls for a thorough reconsideration of the pyramidal ordering of the sources of law.

*LOOKIN' OUT MY BACKDOOR – THE CJEU
AND THE SELECTIVE ACCEPTANCE
OF INTERNATIONAL TRIBUNALS**

*Lookin' out my backdoor – El TJUE y la aceptación
selectiva de los Tribunales internacionales*

Carlo M. Cantore¹

Dispute Settlement Lawyer, World Trade Organization
Visiting Lecturer, University of Antwerp

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp41-54](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp41-54)

Recibido: 11.05.2019

Aceptado: 21.06.2019

Abstract

In absence of a global political authority, the dialogue between international, supra-national and domestic courts has played a fundamental role over the years in harmonizing regulations among states and promoting the recognition and enforcement of common rights and principles. In Europe, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has been at the centre of this process. Over the years, the CJEU has acted as a “gatekeeper” in the selection of other judges (whether national or international) with which it engages in a meaningful dialogue. The CJEU’s approach has not always been coherent, as opposite outcomes in two recent decisions demonstrate.

* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Cantore, Carlo M. 2019. “*Lookin' out my backdoor – The CJEU and the selective acceptance of international tribunals*”. *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 41-54. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp41-54](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp41-54).

¹ The views expressed in this article should not be attributed to the WTO Secretariat or to the WTO Members. I am grateful to Petros Mavroidis and Mislav Mataija for extensive discussions on these topics.

Recent developments, however, show that the CJEU can reconsider its inclination and show greater openness to the acceptance of other international tribunals.

Keywords

Constitutional Law; sovereignty; regional or international courts.

Resumen

En ausencia de una autoridad política global, el diálogo entre tribunales internacionales, supranacionales y nacionales ha desempeñado un papel fundamental a lo largo de los años para favorecer la armonización jurídica y el reconocimiento y la ejecución de derechos y principios comunes. En Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha estado en el centro de este proceso. A lo largo de los años, el TJUE ha actuado como “guardián” en la selección de otros interlocutores judiciales para el desarrollo de un verdadero dialogo. El enfoque del TJUE no ha sido siempre coherente. Sin embargo, desarrollos recientes muestran que el TJUE a veces ha reconsiderado su inclinación y mostrado mayor apertura a la aceptación de otros tribunales internacionales.

Palabras clave

Derecho Constitucional; soberanía; Tribunales regionales o internacionales.

SUMARIO: I. INTRODUCTION: GLOBALIZATION, CONSTITUTIONALISM, AND IMPLICATIONS FOR INTERNATIONAL ECONOMIC LAW. II. “DANCING WITH MYSELF”: ACHMEA. 1. *Interim conclusion on Achmea*. III. “DANCE WITH ME, MAKE ME SWAY”: OPINION 1/17. 1. *Autonomy revisited*. 2. *No effects on the operation of eu institutions*. 3. *Equal treatment*. 4. *Access to an independent Tribunal*. 5. *Interim conclusion on Opinion 1/17*. IV. FINAL REMARKS.

I. INTRODUCTION: GLOBALIZATION, CONSTITUTIONALISM, AND IMPLICATIONS FOR INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

Prof. Carrozza characterises the process of globalization, and the ensuing increase in political and legal forums, as one of the causes of the crisis of constitutionalism. In fact, the development of supra-national and international law, in Prof. Carrozza’s view, calls for a rethinking of the notion of constitutionalism, which can no longer be linked with the legal and political space of the state and its absolute sovereignty.

Prof. Carrozza draws three main lessons from this problem. First, in light of its “global” dimension, the crisis of constitutionalism cannot be addressed by focusing exclusively on domestic constitutional reform.² Instead, Prof. Carrozza argues in favour of collaborative development and implementation of coordinated policies among states.³ Second, Prof. Carrozza notes that the crisis of western constitutionalism is also a crisis of judicial review and constitutional adjudication, particularly in legal systems with long and value-oriented constitutions. According to Prof. Carrozza, this has led courts to focus on the specific circumstances of the cases (thus addressing “one case at the time”, à la Sunstein⁴) or on politically neutral constitutional principles (such as reasonableness or proportionality) for the resolution of disputes.⁵ Third, Prof. Carrozza is of the view that these developments call for greater openness of domestic legal systems, which should engage in a dialogue with each other in order to foster mutual understanding. Prof. Carrozza calls this phenomenon “open constitutionalism”, and notes that dialogue is a fundamental component thereof, in light of the transformation of constitutionalism from a

² See Carrozza in this issue. See also Dobner, Petra and Martin Loughlin, eds. 2010. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press.

³ See Carrozza in this issue.

⁴ Sunstein, Cass, 1999. *One case at a time – Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge MA: Harvard University Press.

⁵ See Carrozza in this issue. See also Zagrebelsky, Gustavo. 1992. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi.

domestic to a supra-national issue and the proliferation of regional or international agreements, many of which accompanied by the establishment of regional or international courts.⁶

Quoting from Prof. Carrozza:

The dialogue among international, supra-national and domestic Courts is gradually replacing the lack of a global political authority capable of creating an effective political and legal order (if it will ever assume a concrete existence) common to every people, since this dialogue is directed to the elaboration and development of a new global constitutional law based upon the presumption of equality of citizens' rights⁷.

Prof. Carrozza concludes that a new open constitutionalism (a “global rule of law”, in his words) is emerging as a process of dialogue between different legal systems and their courts, through the recognition of the rights of others.⁸ Interestingly, Prof. Carrozza speaks of a “patient and gradual” construction of common values, which will require compromise and the reciprocal modification of positions and perspectives among international legal orders and tribunals.⁹

The focus of Prof. Carrozza's reflection is mostly related to the development of citizens' social and political rights. However, *mutatis mutandis*, this lesson is useful also in the attempt to capture developments taking place in the domain of international economic law. As economic phenomena have progressively reduced the meaningfulness of the boundaries of Westphalian states, a new set of rules governing the rights of foreign investors and the prerogatives of host states has gradually emerged.

Until recently, this process had only marginally affected the European Union (EU), as “foreign direct investment” (FDI) was traditionally part of the *domaine réservé* of EU Member States. However, the situation changed with the advent of the Lisbon Treaty. The revised version of Article 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) now includes FDI in the common commercial policy, which falls within exclusive competence of the EU. This is clear from the text of the provision and was further reaffirmed by the CJEU in its *Opinion 2/15* on the Free Trade Agreement (FTA) between the EU and Singapore.

The transition was not uneventful and represented a stress-test for the Court of Justice of the European Union (CJEU), which has not always

⁶ Not all of them, however, as masterfully documented in Koremenos, Barbara. 2007. “If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?”. *The Journal of Legal Studies* 36, n. 1: 189-212.

⁷ Carrozza, in this issue.

⁸ See Carrozza in this issue.

⁹ See Carrozza in this issue.

accepted with enthusiasm the idea that it could co-exist with other international adjudicating systems. CJEU judges, in fact, have been routinely referred to as “the gatekeepers” of the autonomy of EU law, both regarding how they “filter” the interaction between the EU obligations under international treaties and EU law¹⁰, as well as in relation to how they engage in a constructive dialogue with lower domestic EU courts and tribunals¹¹. With specific regard to investment protection, two main issues arose. First, in light of the transformation of the TFEU, a conflict between the European Commission and certain Member States emerged as to whether bilateral investment treaties (BITs) among EU Member States concluded before the Lisbon Treaty should be terminated. Second, certain Member States vigorously opposed the inclusion of discipline concerning FDI and investor-state dispute settlement (ISDS) in FTAs between the EU and third countries. In the following sections, this article will discuss these developments before providing conclusive remarks.

II. “DANCING WITH MYSELF”: *ACHMEA*¹²

On 6 March 2018, The CJEU rendered its preliminary ruling in a case brought by the Government of the Slovak Republic against Achmea BV (Achmea), a Dutch insurance company, before German courts. The story started a few years before. The Netherlands and Czechoslovakia concluded a BIT in 1991, which entered into force the following year. At that time, Czechoslovakia was not an EU Member and the Slovak Republic, its successor in the rights and obligations ensuing under the BIT, only became an EU Member in 2004.

In 2004, the Slovak Republic partially opened its private sickness insurance market, so as to allow foreign private suppliers of insurance services to operate. Achmea was one of the foreign companies that applied and obtained the necessary authorizations, and established a subsidiary in the Slovak Republic. In 2006 and 2007, the Slovak Republic partially amended its laws

¹⁰ Snyder, Francis. 2003. “The gatekeepers: The European courts and WTO law”. *Common Market Law Review* 40, n. 2: 313–67

¹¹ Wahl, Nils and Luca Prete. 2018. “The Gatekeepers of Article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings”. *Common Market Law Review* 55, n. 2: 511-48.

¹² This section draws, in part, from Cantore, Carlo M. and Petros C. Mavroidis. 2018. “Another one BITes the dust. The distance between Luxembourg and the world is growing after Achmea”, *EUI Robert Schuman Centre for Advanced Studies – Working Paper* 47/2018. Last accessed on 6 May 2019. http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/59004/RSCAS_2018_47.pdf?sequence=1&isAllowed=y

and prohibited the redistribution of profits generated by private providers in the health insurance market.

Achmea sued the Slovak Republic before an arbitration tribunal, which chose Frankfurt as its seat, as per the applicable United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) rules. Therefore, the arbitral proceedings were conducted under German law, which foresees the possibility to submit the arbitral award to judicial review before German courts under certain circumstances.

The arbitral tribunal upheld Achmea's claim and awarded damages for more than 22 million euros. The Slovak Government challenged the award before German courts and asked that the decision be set aside. The Higher Regional Court in Frankfurt dismissed the action and, subsequent to an appeal, the Federal Court of Justice requested the CJEU to issue a preliminary ruling. In particular, the questions submitted by the referring court concerned the compatibility of the arbitration clause contained in the Dutch-Slovak BIT with the TFEU. In other words, the issue before the CJEU concerned the consistency with EU law of a provision in an international agreement between two Member States pursuant to which a foreign investor can sue the host State before an ISDS arbitration tribunal instead of resorting to domestic court proceedings.

The CJEU recalled its established case law according to which international agreements signed by the EU or its Member States cannot alter the allocation of powers and competences laid down in the EU Treaties and, more in general, the “autonomy” of EU law.¹³ As part of the arsenal that the EU legal order can rely on to preserve the autonomy of EU law, Article 344 of the TFEU establishes that EU Member States cannot submit disputes concerning the application or interpretation of EU Treaties to dispute settlement mechanisms that are not explicitly established in the Treaties themselves. The assumption behind this legal construction is that the Treaties are the primary law of the EU and have primacy over the national law of the EU Member States, which in turn have the duty to loyally cooperate with the EU institutions with a view to ensuring that EU law is fully implemented. As the

¹³ See the judgment in Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea* (Request for a preliminary ruling), para. 32. See also *Opinion 1/91* and *Opinion 2/13*. Lenaerts has defined the notion of “autonomy” of the EU legal order as follows: “[T]he autonomy of EU law is governed by two different, albeit intertwined, dynamics. Negatively, autonomy seeks to define what EU law is not, i.e. it is not ordinary international law. Positively, autonomy seeks to define what EU law is, i.e. an autonomous legal order that has the capacity to operate as a self-sufficient system of norms”. See Lenaerts, Koen. 2019. “The autonomy of European Union Law”. *I Post di Aisdue*, I/2019. Last accessed on 6 May 2019. https://www.aisdue.eu/web/wp-content/uploads/2019/04/001C_Lenaerts.pdf.

CJEU has the monopoly to ensure the consistent interpretation and application of EU law, Article 267 of the TFEU allows the courts of Member States to submit requests for preliminary rulings to the CJEU concerning the interpretation of the Treaties or the validity of acts of the EU institutions. When such courts or tribunals are of last instance, they must submit a request for a preliminary ruling to the CJEU.¹⁴

Not all adjudicating bodies can be a “court or tribunal” of the EU for the purposes of having the right to refer issues for preliminary ruling to the CJEU. Based on established case law, the referring court must be based in a Member State, it must be a “body established by law” that is “permanent”, is vested with “compulsory jurisdiction”, is “independent”, applies “rules of law” and whose procedure is “inter partes”.¹⁵ It follows that a court that is not based in a Member State is under no obligation to refer to the CJEU a question for preliminary ruling. As a result, if a “third” court were to discuss an issue involving interpretation of EU law, the autonomy of the EU legal order would be in danger, as there is no guarantee at all that the “third” court would observe prior CJEU jurisprudence dealing with the same issue.

The CJEU thus examined the content of the Dutch-Slovak BIT and, in particular, Article 8 thereof which includes an arbitration clause, allowing for the establishment of arbitral tribunals to rule on cases concerning the alleged infringement of the BIT.¹⁶ Article 8(6) of the BIT, in particular, provides that arbitrators must take into account the law in force of the parties as well as any other relevant agreements between them. On the one hand, thus, Article 8 specifies that arbitrators would evaluate whether an infringement of the BIT had occurred. On the other hand, the contextual reference to agreements between the states concerned might imply that the arbitral tribunal could interpret or apply EU law in order to solve a matter before it. In fact, EU law is both part of the domestic law of the Slovak Republic and the Netherlands as well as an agreement between the two states.

The CJEU found that the tribunal envisaged in the BIT was not part of the judicial system of the two Member States concerned and, therefore, could not be considered to be a court or tribunal of a Member State for purposes of Article 267 TFEU.¹⁷

The CJEU distinguished between the arbitral tribunal in the Dutch-Slovak BIT and (the relatively few) other mechanisms for the resolution of disputes that had survived its scrutiny before the decision. For instance, the Court had previously ruled that a tribunal common to two or more Member

¹⁴ Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea*, paras. 37-39.

¹⁵ See Case C-394/11, *Belov v. CHEZ Elektro Balgaria AD*, paras. 39 and ff.

¹⁶ Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea*, paras. 45 and ff.

¹⁷ Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea*, para. 49.

States such as the Benelux Court of Justice was not incompatible with the EU treaties.¹⁸ According to the CJEU, whilst the Benelux Court of Justice represents a “step in the proceedings” before the national courts of the three Member States concerned, it is not possible to establish such link between intra-EU BITs and the judiciary of the relevant Member States. As a result, the Benelux Court can submit requests for preliminary rulings, and an arbitral tribunal like the one established under an intra-EU BIT cannot.¹⁹

The CJEU further examined the issue of whether EU courts and tribunals could somehow exercise control over the decisions rendered by an arbitration tribunal such as the one envisaged in the Dutch-Slovak BIT. This question is crucial for two sets of reasons. First, an affirmative answer to this question would have meant that the “controlling” court could ask the CJEU to step in and ensure the uniform interpretation of EU law by means of a preliminary ruling request. Second, it is ironic to note how the matter before the CJEU did originate in a request for a preliminary ruling submitted by a “controlling” tribunal of a Member State. The CJEU was not impressed. The CJEU noted that the decisions of the arbitral tribunal are final. It further noted that the arbitral tribunals can determine their own procedure and choose their seat and the applicable law to the proceedings. The CJEU acknowledged that in the case before it the arbitral tribunal chose Frankfurt as its seat and, as a result, that the German rules on the judicial review of arbitral awards applied to that case. Admittedly, this allowed the Government of the Slovak Republic to bring a case against the decision. However, the BIT did not guarantee that a similar situation would always materialise. Therefore, the CJEU concluded that, in absence of review of the arbitral awards from domestic courts, the arbitral tribunal envisaged in the Dutch-Slovak BIT is not consistent with the EU treaties.²⁰

The CJEU's decision is concluded with the caveat that, in principle, an international agreement establishing a court tasked with the application and interpretation of the rules set forth therein is not necessarily incompatible with EU law. To be accepted, an international agreement must provide guarantees concerning the respects of the autonomy of the EU legal order. The case law cited by the CJEU to support this finding consists of decisions where the CJEU systematically blocked the accession of the EU to international agreements because of aspects relating to the dispute settlement mechanisms laid down therein.²¹

¹⁸ Case C-337/95, *Parfums Christian Dior v. Evora BV*.

¹⁹ Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea*, paras. 46-49.

²⁰ Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea*, para. 57.

²¹ *Opinion 1/91* on the EEA Agreement, *Opinion 1/09* on the Unitary Patent Court, and *Opinion 2/13* on the accession of the EU to the European Convention on Human

1. *Interim conclusion on Achmea*

The *Achmea* decision has been met favourably by a growing share of the EU's public opinion that is very critical of investment arbitration and, particularly, of the possibility for corporations to sue regulating states before tribunals where they can nominate one of the sitting judges. Others have argued that, in the aftermath of *Achmea*, "investors in Europe will suffer from uncertainty, higher legal costs, and less legal protection".²²

The CJEU's decision in *Achmea* did not come as a surprise to many commentators and practitioners. Ever since its Opinion 1/91 on the compatibility of the European Economic Area with EU law, the CJEU has been reluctant to accept the creation of international tribunals that could apply or interpret EU law without guarantees that the CJEU would keep a final word on the uniform interpretation of EU law. Therefore, *Achmea* sounded as the natural consequence of the CJEU's case law. The problem with this approach is that it leads to uncertainty and could have far reaching effects.

The uncertainty derives from the fact that the Court, while routinely holding that the establishment of certain international courts or tribunals would be consistent with Article 344 of the TFEU, had not made clear when that would be the case. Second, although the Court was careful in distinguishing intra EU-BITs from agreements signed by the EU, it was not clear whether the rationale followed in *Achmea* would be transposed in future cases concerning the inclusion of investor-stated dispute settlement clauses in EU FTAs. Commentators were holding their breath until the Court would pronounce itself on the compatibility with EU law of the investment court system (ICS) envisaged in the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the EU and Canada. We will turn to this in the subsequent section. Before we do so, it is important to give account of certain developments in the aftermath of the CJEU's decision in *Achmea*.

Twenty-two EU Member States signed a political declaration on 15 January 2019 whereby they announced their decision, *inter alia*, to terminate all intra-EU BITs and to inform investment tribunals that new proceedings should not be initiated and that pending proceedings should be withdrawn.²³ It may take a while, however, before the dust settles. As long as intra-EU BITs are still in force, in fact, they express the automatic consent to

Rights (ECHR). See also Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea*, paras. 57 and 58.

²² Arp, Björn. 2018. "Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea B.V.". *American Journal of International Law* 112, n. 3: 466-72.

²³ Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the *Achmea* judgment and on investment protection https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

arbitration by the host states. As a result, intra-EU arbitration proceedings were initiated even after *Achmea*. Arp (2018) reports that in *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Spain*, the arbitral tribunal found against the host state (Spain) in a dispute concerning claims under the Energy Charter Treaty (ECT). In that context, Spain argued that, following *Achmea*, the dispute resolution clauses of the ECT were not valid. The arbitration tribunal dismissed the objection, ruling that *Achmea* was of no relevance in that context.

III. “DANCE WITH ME, MAKE ME SWAY”: *OPINION 1/17*

The European Commission has devoted substantial energy and resources in the attempt to reform the international arbitration landscape. As part of these efforts, the EU now includes chapters on investor-stated dispute resolution in its FTAs with third parties that follow the investment court system (ICS) approach, promoted by the European Commission since 2015. The main features of the ICS are, *inter alia*: (a) the reaffirmation of the governments' right to regulate in pursuance of legitimate policy objectives; (b) the entrustment of the adjudicative function to a permanent court, composed of a Tribunal of First Instance and an Appeal Tribunal; (c) the judges of these tribunals are appointed for a fixed term (i.e. they are not nominated on an *ad hoc* basis by the parties to the dispute); and (d) the inclusion of rigid rules to avoid conflicts of interest. The CETA is one of the first FTAs where the ICS is featured. The declared aim of the European Commission is to use these examples as building blocks towards the establishment of a multilateral investment court.

Particularly, it was to be seen how the CJEU would have reacted to the possibility for the CETA Tribunals to interpret EU law in the process of settling the disputes before it. In an Opinion issued on 30 April 2019, the CJEU gave the CETA's ICS the green light, and held that it is fully compatible with EU law. We will now summarise the main conclusions of the Court.

1. *Autonomy revisited*

The Court started its analysis with a reaffirmation of the notion of the “autonomy” of the EU legal order (paras. 106 and ff.). The Court then noted that the CETA Tribunals are separated from the EU judicial system, but that does not necessarily affect the autonomy of the EU legal order adversely.²⁴ To impair such autonomy, an international tribunal would need to: (a) have the power to interpret or apply EU law beyond the provisions of the underlying international agreement; and (b) be able to issue awards whose effects

²⁴ *Opinion 1/17*, paras. 114 and 115.

would limit the prerogatives of EU institutions under the EU Treaties.²⁵ According to the Court, none of the above is true for the CETA.

As regards the applicable law, the CJEU found that the CETA should be distinguished from the Dutch-Slovak BIT scrutinized in *Achmea*, because the CETA Tribunals only have the power to interpret and apply the provisions of the CETA, in accordance of the rules and principles of international law applicable between the parties.²⁶ On the contrary, the Court noted that an arbitration tribunal established under the Dutch-Slovak BIT could be called to interpret or apply the domestic law of the parties and EU law.²⁷ The Court made similar considerations to distinguish the CETA's ICS from the Unified Patent Court, which was found to be incompatible with EU law in *Opinion 1/09*. In that occasion, the Court was concerned with the inclusion in the applicable law of the Unified Patent Court of EU law and the national law of the contracting states.²⁸

In the attempt to accommodate the CJEU's concerns, the EU and Canada had included a narrowly framed language as regards the CETA tribunals' consideration of the domestic law of the parties. Article 8.31 of the CETA establishes that a CETA Tribunal, when determining the consistency of a measure with the CETA, may consider domestic law only "as a matter of fact". This clarification is line with long-established public international law doctrines (See *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*). Elsewhere, we argued that this clarification would not necessarily constitute a sufficient guarantee for the CJEU. Although considered as "fact", EU law could admittedly still be used and interpreted by an international tribunal placed outside the EU judicial system and with no possibility to file preliminary rulings requests to the judges in Luxembourg.²⁹

The CJEU took a different view. The CJEU emphasized the clarification in Article 8.31.2 that, in interpreting the domestic law of the parties "as a matter of fact", the Tribunal is bound to follow "the prevailing interpretation given to the domestic law by the Courts or authorities of that Party", and that any meaning assigned to the domestic law of any of the parties shall not be binding upon the courts of that Party.³⁰

Quoting from the Court's Opinion:

Those provisions serve no other purpose than to reflect the fact that the CETA Tribunal, when it is called upon to examine the compliance with the

²⁵ *Opinion 1/17*, para. 119.

²⁶ *Opinion 1/17*, para. 122.

²⁷ *Opinion 1/17*, para. 126.

²⁸ *Opinion 1/17*, para. 124 and *Opinion 1/09*, para. 89.

²⁹ Cantore and Mavroidis, 2018.

³⁰ *Opinion 1/17*, para. 130.

CETA of the measure that is challenged by an investor and that has been adopted by the investment host State or by the Union, will inevitably have to undertake, on the basis of the information and arguments presented to it by that investor and by that State or by the Union, an examination of the effect of that measure. That examination may, on occasion, require that the domestic law of the respondent Party be taken into account. However, as is stated unequivocally in Article 8.31.2 of the CETA, that examination cannot be classified as equivalent to an interpretation, by the CETA Tribunal, of that domestic law, but consists, on the contrary, of that domestic law being taken into account as a matter of fact, while that Tribunal is, in that regard, obliged to follow the prevailing interpretation given to that domestic law by the courts or authorities of that Party, and those courts and those authorities are not, it may be added, bound by the meaning given to their domestic law by that Tribunal³¹.

Since the CETA Tribunals are only concerned with the provisions of the CETA and stand outside the EU judicial system, the Court saw nothing wrong with the fact that the CETA does not envisage the possibility (or the obligation) for the CETA Tribunals to submit preliminary ruling requests to CJEU.³²

2. *No effects on the operation of EU institutions*

The Court was also satisfied that the right for suing investors to obtain the payment of damages was carefully limited by the provisions of the CETA so as not to call into question the level of protection of public interest chosen by the Parties through democratic processes as well as their right to regulate.³³ According to the Court, this is sufficient to avoid “a situation where, in order to avoid being repeatedly compelled by the CETA Tribunal to pay damages to the claimant investor, the achievement of that level of protection needs to be abandoned by the Union”.³⁴

3. *Equal Treatment*

The Court addressed the circumstance that EU investors would not be given the right to challenge measures of EU law before a CETA Tribunal, a right that is conferred upon Canadian investors. The Court found that the situation does not give rise to problems as regards the principle of equal

³¹ *Opinion 1/17*, para. 131.

³² *Opinion 1/17*, para. 134.

³³ *Opinion 1/17*, paras. 152 and 156.

³⁴ *Opinion 1/17*, para. 149.

treatment, since the same is true for Canadian investors (as opposed to EU investors) in Canada.³⁵

4. *Access to an independent tribunal*

The Court was also satisfied that the CETA did not undermine the right to access an independent and impartial tribunal. The Court first held that, in practice, ISDS might be a privileged avenue only for investors with significant financial resources.³⁶ While the Court expressed its concern in that regard, it further noted that the Commission and the Council made a Statement “on investment protection and the Investment Court System”, in relation to the signature of the CETA (‘Statement No 36’), whereby they committed to ensure the easier access to justice for small and medium sized enterprises and, in general, the most vulnerable users.³⁷ According to the Court, that commitment constitutes sufficient guarantee that the CETA is compatible with the requirement that its Tribunals be accessible.³⁸

5. *Interim conclusion on Opinion 1/17*

As said before, *Opinion 1/17* was not necessarily expected. The CJEU, partially rethinking its prior case law and stretching the differences between the CETA and other international agreements that came under its scrutiny, found a way to reconcile itself with international law. The separation between international law and EU law expressed in the Opinion is a particularly welcome development, as it reinforces the credibility of the EU institutions in their attempt to consolidate and improve the international rules on the protection of investors and ISDS. The decision further contributes to legal certainty, as EU and Canadian investors now know that they can have recourse to these instruments in case they will need in the future.

IV. FINAL REMARKS

One of the most interesting lessons that can be drawn from Prof. Carrozza’s article reproduced in this issue is the idea that the notion of dialogue is intimately connected with the acceptance that renunciation of existing positions and concessions to others could and should be made.³⁹

³⁵ *Opinion 1/17*, paras. 179-181.

³⁶ *Opinion 1/17*, para. 213.

³⁷ *Opinion 1/17*, para. 217.

³⁸ *Opinion 1/17*, para. 219.

³⁹ See Carrozza in this issue.

The CJEU has a unique (and privileged) position in the non-linear evolution of supranational law, because it shares features of both domestic and international courts. In addition, the rules governing its functioning – and specifically, the possibility (or the obligation, depending on the circumstances) for other EU courts and tribunals to refer questions for a preliminary ruling – provide a procedural framework to govern judicial dialogue.

The Court has not engaged in this dialogue consistently. Internally, the Court has not always followed a coherent approach in the selection of the EU courts or tribunals that are entitled submit preliminary ruling requests.⁴⁰ Externally, the Court has routinely found that international agreements providing for a mechanism for the resolution of disputes were incompatible with the EU Treaties, because they would allow non-EU judges to interpret EU law. The Court repeatedly rejected such agreements, based on the idea that the interpretation and application of EU law is a prerogative of EU judges, under the close supervision of the CJEU.

The recent *Opinion 1/17*, whereby the Court concluded that the ICS embedded in the CETA is compatible with the EU treaties, marks a new era in the CJEU's jurisprudence. Although the Court was careful to mark out a line of separation between the CETA and previous international agreements that had come under its scrutiny, *Opinion 1/17* nevertheless accounts for a (partial) *revirement* of prior case law. *Opinion 1/17* shows that is possible to formally distinguish and separate international law from EU law. The provisions of the CETA are international law disciplines, they belong to a different order, and even if the CETA judges were to interpret the domestic law of the parties, they could only do so as a matter of fact and relying on the prevalent interpretation rendered by the relevant domestic courts and tribunals. *Opinion 1/17* allows EU law and international law to recognize each other and to make reciprocal concessions.

By constructively engaging in an open dialogue with other jurisdictions, while at the same time preserving the autonomy of EU law, the CJEU can bolster its contribution to the understanding and evolution of key concepts in international economic law. In light of the unicity of the EU as an experiment of economic integration, this contribution is very much needed. *Opinion 1/17* is, therefore, a positive development.

As a final but equally important point, *Opinion 1/17* is also relevant because it represents a signal to the world that the EU institutions can be trusted as a reliable negotiating partner, and that third countries can sign international agreements like the CETA with the EU without running the risk that the CJEU will eventually block them before they enter into force.

⁴⁰ See Wahl and Prete (2018) for a comprehensive overview of the case law.

KELSEN AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM: THE CONTINUED PRESENCE OF KELSENIAN THEMES*

*Kelsen y constitucionalismo contemporáneo:
la continua presencia de los temas kelsenianos*

Paolo Carrozza¹

Full Professor of Constitutional Law
Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa
paolo.carrozza@sssup.it

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp55-82](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp55-82)

Recibido: 11.05.2019

Aceptado: 21.06.2019

Abstract

This chapter aims to demonstrate the enduring importance of Kelsen's thought in contemporary constitutionalism and contends that constitutionalists are considerably more Kelsenian than generally supposed. The chapter commences with a short reconstruction of three different periods in Kelsen's legal thought: his contribution to Vienna law school under the influence of the German positivism; Kelsen's commitment, from 1918 to 1933, to the newly-born Austrian republic; his forced emigration to the U.S.A. in 1940 and his encounter with the American school of law and political

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Carrozza, Paolo. 2019. "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes". *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 55-82. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp55-82](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp55-82).

¹ Full Professor of Constitutional Law, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. This piece was originally published in an edited volume: Peter Langford, Ian Bryan and John McGarry (eds), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law* (Berlin, Springer, 2017) 75-98. in E-mail: paolo.carrozza@sssup.it

science. Kelsen's contribution to contemporary constitutionalism begins with the great influence of his thought on the Austrian Constitution of 1920, which Kelsen defended in newspaper articles as well as in scholarly papers. The chapter maintains that Kelsenian legal science has continuing significance in two main fields of contemporary constitutionalism, both originated by the consideration of the constitution as a higher law: the first, the Austrian model for the judicial review of legislation, which shaped the European model of constitutional adjudication, nowadays diffused throughout the world; and the second, the 'gradualist' theory of the sources of law (the *Stufenbau*). It is argued that Kelsen's legal thought has enduring import in the present-day crisis of constitutionalism not only for the legal understanding of multi-level government (monism v. dualism) but also for the globalization of constitutionalism and the idea of open-ended constitutionalism.

Keywords

Constitutional Law; Kelsen; globalization; multi-level government.

Resumen

Este capítulo pretende demostrar la importancia perdurable del pensamiento de Kelsen en el constitucionalismo contemporáneo y sostiene que los constitucionalistas son considerablemente más kelsenianos de lo que generalmente se supone. El capítulo comienza con una breve reconstrucción de tres períodos diferentes en el pensamiento legal de Kelsen: su contribución a la Escuela de Derecho de Viena bajo la influencia del positivismo alemán; El compromiso de Kelsen, desde 1918 hasta 1933, hacia la república austriaca recién nacida; su emigración forzada a los EE. UU. en 1940 y su encuentro con la escuela estadounidense de derecho y ciencias políticas. La contribución de Kelsen al constitucionalismo contemporáneo comienza con la gran influencia de su pensamiento en la Constitución austriaca de 1920, que Kelsen defendió en artículos periodísticos y en estudios académicos. El capítulo sostiene que la ciencia jurídica kelseniana tiene una importancia continua en dos campos principales del constitucionalismo contemporáneo, ambos originados por la consideración de la constitución como una ley superior: el primero, el modelo austriaco para la revisión judicial de la legislación, que dio forma al modelo europeo de la adjudicación constitucional, hoy en día difundida en todo el mundo; y la segunda, la teoría «gradualista» de las fuentes del derecho (la *Stufenbau*). Se argumenta que el pensamiento legal de Kelsen tiene una importancia perdurable en la crisis actual del constitucionalismo, no solo para la comprensión legal del gobierno multinivel (monismo contra dualismo) sino también para la globalización del constitucionalismo y la idea de apertura. Terminó el constitucionalismo.

Palabras clave

Derecho Constitucional; Kelsen; globalización; gobernanza multinivel.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. THE PERTINENCE OF IDENTIFYING THREE DIFFERENT PERIODS IN THE HISTORY OF HANS KELSEN'S LEGAL THOUGHT. 1. *The contribution of the Vienna school marked by the influence of German positivist legal thought.* 2. *Kelsen's commitment to the newborn Austrian republic (from 1918 to 1933).* 3. *The forced emigration to the U.S.A.: Kelsen and the problem of democracy.* III. KELSEN'S GOLDEN AGE AND HIS CONTRIBUTION TO CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM. 1. *A committed jurist: the influence of Kelsen's thought on the Austrian constitution of 1920 and its defense.* 2. *The constitution as a higher law and its consequences.* 2.1. *The judicial review of legislation: at the origins of the European model of constitutional adjudication.* 2.2. *The gradualist theory of the sources of law: the stufenbau.* IV. KELSEN AND POST-MODERN CONSTITUTIONALISM. 1. *The importance of Kelsen's thought for the legal understanding of multi-level government (monism v. dualism).* 2. *The globalization of constitutionalism: is an open-ended constitutionalism possible?*

I. INTRODUCTION

The aim of this chapter is to demonstrate that contemporary jurists and lawyers are much more Kelsenian than generally supposed. They remain more Kelsenian than legal and moral philosophers or political scientists particularly when discussing the unconstitutional character of a law; the ascendancy of the superior norm over the subordinate norm; or the jurisdiction of a region or member state (*i.e.*, whether a certain regional norm is valid or not). For a significant body of academic work, the legacy of Kelsen's thought is very important for the growth and elaboration of the European model of the judicial review of legislation² and for the study of the sources of law. Indeed, few would deny that Kelsen's legal philosophy has a critical place in the field of legal reasoning. This appears true especially when considering the challenges to legal thought and reasoning posed by both the functioning of supranational legal orders and by the pluralism typical of the era of globalization, regardless of the often justified criticism concerning the Kelsenian methodological project to elaborate a "pure" theory of law and the many difficulties and ambiguities arising from his purported formalism and the philosophical foundation of his work.

² Pedro Cruz Villalón, «La formación del sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918– 1939)» (1987) Centro de Estudios Constitucionales, 341 et seq.; Alessandro Pizzorusso, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi» (1982) *Quaderni costituzionali* 521, 527 et seq.; Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Milano, Giuffrè, 1973) 101 et seq.

II. THE PERTINENCE OF IDENTIFYING THREE DIFFERENT PERIODS IN THE HISTORY OF HANS KELSEN'S LEGAL THOUGHT

The Vienna School, which emerged in a brief period of existence of the First Austrian Republic, represents a particularly distinctive and significant body of theoretical work concerning law and politics. The School, while centred upon Kelsen, included other important jurists such as Josep Kunz, Felix Kaufmann, Fritz Sander, Fritz Schreier, Adolf Merkl, and Alfred von Verdross, also known as the *jugösterreichische Schule*.³ The School can be considered to represent a centrally important movement or tendency in continental European legal thought which extends beyond the particular field of constitutional law. An engagement with the work of the Vienna School reveals the influence of Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband and Georg Jellinek and the development of a form of legal positivism which breaks with the preceding German tradition of legal positivism of the final decades of the nineteenth century.

1. *The Contribution of the Vienna School Marked by the Influence of German Positivist Legal Thought*

From the perspective of constitutional and public law, the principal contribution of the Vienna School, and of Kelsen's thought in particular, was the sharpening of the existing German positivist legal method in public and constitutional law; this was an abstract and conceptual construction to which Kelsen brought coherence and a logical perfection that remained unsurpassed by the same German scholars. In the second half of the nineteenth century, legal thinking in Germany reflected the ascendancy of positivist method and philosophy: any science and, thus, also law, has its method and this method is governed by principles and concepts elaborated by the logical construction of general and dogmatic rules. These rules, which typify each science, have to be distinguished – methodologically purified – from the rules that govern the other sciences: hence legal reasoning, as the basis for the construction of an autonomous legal science, must be purified of all political, historical and sociological conceptions. The autonomy of a distinctively legal science from the other sciences is then definitively established.

It is pertinent to pose the question of why this originated in Germany and Vienna, and not in France, Italy or Spain, where the German Legal Method

³ Erhard Mock, «Rechtsphilosophie und Rechtsphilosophen an der Wiener Juristen-facultät» (1970) 20 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 373; Mario Patrono, «Presentazione», in Adolf Julius Merkl, Mario Patrono, Carlo Geraci and Wolff Dietrich Grussmann (eds), *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. (Milano, Giuffrè, 1987), viii.

was later exported. It is possible to respond on the basis of two main reasons. The first, a historical reason: the initial political division and fragmentation of Germany (into around 40 small states), the concomitant need for establish both political and legal unification in which the *reconductio ad unitatem* of the legal order is the main framework of *Recht Methoden*. The second is situated in the development of a positivist approach to reasoning in the legal sciences, not only in public law, but also in civil law and administrative law; and the subsequent exportation of this model of legal thought to Italy, Spain and other countries. The development gave rise to a particular tradition in the history of law, the so-called Roman-German tradition.⁴

The definition and delineation of the typical functions of the state (legislative, executive and judiciary) and of the state as a legal order (*ordinamento giuridico*, *Rechtsordnung*, legal system) were the most important achievements of such German legal positivist scholars as von Gerber, Laband and Jellinek. Kelsen and the Vienna School contributed to this tradition with the idea of the constitution as higher law and with the idea of a hierarchical and competency relationship between legal norms (from constitutional norms to parliamentary legislation to administrative regulation and concrete acts, both legal judgments and administrative acts): the *Stufenbau* or gradualist theory of norms. Here, a hierarchical ordering of norms, based upon the necessity of the interconnection of the sources of law with each other, thereby entailing that respect for the superior (and more general) provision is the condition of validity of the inferior (and more concrete) provision. These are the most important aspect of Kelsen's constitutional thought. Although these elements of Kelsen's constitutional thinking are already prefigured in his 1911 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*⁵ they were only provided with a more comprehensive and sophisticated presentation after World War I, during the period of the new Austrian Republic.

2. *Kelsen's Commitment to the Newborn Austrian Republic* (From 1918 to 1933)

In 1919 Hans Kelsen was engaged by the Austrian Premier Karl Renner in order to write some aspects of the new republican constitution and to

⁴ See René David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (Padova, Cedam, 1973) 29 et seq.; Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduzione al Diritto comparato* (Milano, Giuffrè, 1998) 164 et seq. This is a tradition that has been studied deeply by these famous comparativists within the field of private law. However, the tradition has, in contrast, received less attention within the field of public law (see, for example, in relation to Italian administrative law, Sabino Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo* (Bologna Il Mulino, 1971).

⁵ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911).

participate in the work of the constituent assembly. It is generally held that Kelsen's legal theories had a substantial influence on the Austrian constitution of 1920: the predominant interpretation of the relationship between Kelsenian legal science and the Austrian constitution of 1920 is of a direct and unmediated reflection of the application of Kelsenian legal science.⁶ It is possible, however, in contrast to this prevailing position, to consider the relationship as a more complex process in which, after the defeat and collapse of the Hapsburg Empire, the political conflict and negotiation between the Christian Democrat party and the Socialist party at the founding of the Austrian Republic, actively contributed to important modifications and alterations to the initial Kelsenian approach to the conception of a constitutional framework. The effect of this political conflict finds juridical reflection in the federal solution (the compromise between the 'red' Vienna and the 'white' *Länder* of German-speaking Austria); the call for unity and negotiation between the two major parties in establishing new constitutional rules; and the electoral struggle between the same two parties, which was an obstacle in the elaboration and selection of these rules, given that the two major parties had contrasting ideologies and programmes. The overarching contribution of all these factors led to the formulation of a difficult juridical 'compromise' which was probably at the origin of Kelsen's idea of a value-free constitution: the constitution as a system of norms whose function is to establish and to control the fundamental powers and functions of the state and, thus, neither a political programme nor the mere translation of a political ideology into legal norms.

The difficulties encountered in the legislative implementation of constitutional provisions, in transforming the 'long' and complex European post-World War II constitutions into positive and legislative norms, and the implementation of constitutional norms inspired by different and sometimes contradictory principles advocated by diverse constituent parties became the central drama arising from such explicitly value-oriented constitutions as Italy's and, to a certain extent Germany's, following the defeat of Fascism and Nazism, and later with those of Spain and Portugal.⁷ The compromise among different political parties and interest groups, each engaging in a direct trans-

⁶ See, Thomas Olechowski, «Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung», in Robert Walter, Werner Ogris and Thomas Olechowski (eds), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit* (Vienna, Manz, 2009) 212 et seq.; Theo Öhlinger, «The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation» (2003) 16 *Ratio Juris* 2: 206–222, 206 et seq.; Georg Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* (Wien, Manz, 1981).

⁷ For the distinction between 'short' and 'long' constitutions, see Piero Calamandrei, *Questa nostra costituzione* (Milano, Bompiani) 6.

lation of its own ideology and political programme into constitutional norms, becomes effectively inoperative, within the constitutional framework, when this has, as its object, norms concerning the economic regime or welfare rights and even fundamental rights, so that it is then necessary to establish a hierarchy among those rights and norms in order to resolve a case, to engage in constitutional adjudication, or, in short, to remain capable of applying and interpreting legal rules.

If the enforcement of constitutional norms regarding welfare rights and the economic regime is mainly a political question, the first significant legacy of Kelsenian thought for contemporary constitutionalism (and for the many 'long' European constitutions) is that constitutional norms should be considered, firstly, as norms and, thus, that they should be accorded this status by interpreters (such as judges but also citizens, public servants and so on) as such, thereby giving effect to their whole significance and their legal content in the process of legal interpretation. This, in turn, requires the adoption of both a process of constructive interpretation and a process of concrete application of the norms to the facts.⁸

The second significant legacy of Kelsenian thought of this period is the idea of parliamentarism. The ideas of a parliamentary republic and a purely parliamentary form of government were the subject of explicit theoretical reflection, by Kelsen, in several important essays on the relations among political parties, democracy and parliamentarism.⁹ This theoretical work was subsequently combined with Kelsen's involvement in the public constitutional debate, through various pamphlets against the 1929 reform of the Austrian Constitution, defined as semi-fascist, until he broke definitively with the new nationalist government, and voluntarily abandoned Austria. There is a great modernity in this double commitment – the legal scholar and pamphleteer – the emphasis upon the equally important task of public intervention, debate and education regarding the meaning and the risks of the 1929 constitutional reform.¹⁰

⁸ See Paolo Barile, *La Costituzione come norma giuridica* (Firenze, Barbèra, 1951); Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Editorial Civitas, 1981).

⁹ See Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920); Hans Kelsen, *Das Problem des parlamentarismus* (Vienna/Leipzig, Braumüller, 1925).

¹⁰ Kelsen was, perhaps, the first jurist sought to intervene in the existing political debate through both the form of newspaper articles and form of academic writing in the form of books, article and reviews. See Hans Kelsen «Der Drang zur Verfassungsreform» (October 6th, 1929) *Neue Freie Presse*; Hans Kelsen, «Die Grundzüge der Verfassungsreform (I)» (October 20th, 1929) *Neue Freie Presse*; Hans Kelsen, «Die Grundzüge der Verfassungsreform (II)», (October 30th, 1929) *Neue Freie Presse*.

3. *The Forced Emigration to the U.S.A.: Kelsen and the Problem of Democracy*

During the years spent at Harvard and Berkeley, Kelsen's engagement and conceptual framework produces work which is comparatively less substantial than that of the period prior to emigration. In the U.S.A., Kelsen compared his own theories with American common law principles and constitutional philosophies; however, in the most relevant and significant work of this period¹¹ indicates that, from the perspective of constitutional theory, the confrontation with the American academic tradition has the effect of rendering his theoretical framework more ambiguous and contradictory than in the previous writings.¹²

On the other hand, the distinctive *case-based method* dominating American constitutional law (until the profound transformation introduced by the Harvard Law School scholar Lawrence Tribe in his famous *handbook* – and not casebook,¹³ was accompanied by the attendant difficulty of American scholars to engage with Kelsen's conceptual legal method. This led Kelsen increasingly towards the fields of politics and sociology and to a concentration upon the question of democracy and the international legal order, rather than constitutional themes. The few works in which Kelsen engages in constitutional analysis¹⁴ were of marginal interest for contemporary, American constitutional theory and were intended more for describing, to American scholars, the main features of the Austrian model of the judicial review of legislation than for the initiation of a theoretical debate on the utility of the judicial review in U.S.A. and Europe. Kelsen's work on democracy and justice¹⁵ and the international legal order¹⁶ transformed the American aca-

¹¹ See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, Harvard Univ. Press, 1945).

¹² See, for example, Hans Kelsen, «*General Theory of Law*» cit., 165 et seq., 332 et seq.

¹³ See Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (Mineola, The Foundation Press, 1978).

¹⁴ See Hans Kelsen, «Judicial review of legislation. A comparative study of the Austrian and the American Constitution» (1942) 4 *Journal of Politics* 2: 183–200.

¹⁵ See, for example, Hans Kelsen «Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics» (1948) 42 *American Political Science Review* 5: 906–914; Hans Kelsen, «The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science» (1949) 2 *Western Political Quarterly* 4: 481–513; Hans Kelsen, «Foundations of Democracy» (1955) 66 *Ethics* 1: 1–101; Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays* (Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 1957).

¹⁶ See, for example, Hans Kelsen, *Peace Through Law* (Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944); Hans Kelsen, *Law and Peace in international relations*. (Cambridge, Harvard University Press, 1948)

democratic position and definition of Kelsen into that of a political scientist, a scholar of political science, rather than of legal method.

Thus, the most interesting parts of *General Theory of Law and State* are those where he reworks and refines his gradualist theory of the sources of law¹⁷ and the parliamentary form of government,¹⁸ questions which were largely unknown to American scholars. The parts of *General Theory* concerning judicial decision-making are, in contrast, less interesting and have less coherence in relation to Kelsen's previous work.¹⁹ The limited acknowledgement and effect of Kelsen's work, during the period spent in the U.S.A. is also the result of the prevailing insularity of contemporaneous American scholars, manifesting itself in a lack of interest in comparative law or the new European constitutionalism. This was the period of the Cold War, of McCarthyism, when many, highly qualified and distinctive European legal scholars were present in the political science departments rather than the law departments of American Universities. The first courses and books in comparative constitutional law appeared only in the period after the 1970s, due to scholars such as Eric Stein and others.²⁰

¹⁷ See Hans Kelsen, «*General Theory of Law*» cit., 125 et seq.

¹⁸ See Hans Kelsen, «*General Theory of Law*» cit., 274 et seq.

¹⁹ See Hans Kelsen, «*General Theory of Law*» cit., 165 et seq. The emigration of Weimar and Austrian jurists to the U.S.A. still remains largely unexamined in the history of ideas and legal thinking, and the importance and impact that many jurists from Weimar or Austria such as Neumann, Kelsen, Fraenkel, Otto Kahn-Freund, Sinzheimer and Kirchheimer had in their new country could be better investigated: among the few works dealing with the American impact of Weimarian jurists see: on Sinzheimer, Michel Coutu, «With Hugo Sinzheimer and Max Weber in Mind: The Current Crisis and the Future of Labour Law» (2012) 34 *Comparative Labour Law and Policy Journal* 605–626; on Neumann and Kirchheimer, William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (Cambridge, MIT Press, 1997); on Kirchheimer and Fraenkel, Robert C. van Ooyen, *Rechts- und Verfassungspolitologie bei Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer. Kritik und Rezeption des Rechtspositivismus von Hans Kelsen und der politischen "Freund-Feind-Theologie" von Carl Schmitt* (Tyska, Verlag F. Verwaltungswisse, 2014); on Neumann, Samuel Salzborn (ed), *Kritische Theorie des Staates: Staat und Recht bei Franz L. Neumann* (Baden-Baden, Nomos, 2009). In Italy there is only one piece of work which has been studied with more attention: the impact of Otto Kahn-Freund on the United Kingdom's labour law, thanks to Gaetano Vardaro, «Otto Kahn-Freund e l'emigrazione dei giuslavoristi weimariani» (1982) *Politica del diritto* 77–100.

²⁰ Eric Stein, *Un nuovo diritto per l'Europa. Uno sguardo d'oltre oceano* (Milano, Giuffrè, 1991); Eric Stein, *Thoughts from a Bridge: A Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism* (Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000); Mauro Cappelletti and William Cohen, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials* (Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1979).

III. KELSEN'S GOLDEN AGE AND HIS CONTRIBUTION TO CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

The emergence and significant development of Kelsen's theoretical framework can thus be situated in the reciprocal relationship between Kelsen's conception of the constitution and the political events of the newly established Austrian Republic.

Within the Kelsenian theory of constitutionalism, the specific approach to the role of the Constitutional Court became a foundational starting point for continental European scholars and students concerning the discussion of the European model for the judicial review of legislation.

1. *Committed Jurist: The Influence of Kelsen's Thought on the Austrian Constitution of 1920 and Its Defense*

The Kelsenian theory of the constitution was also one which provided the basis for an engagement in a particular defence of both the juridical form of a constitution and the notion of constitutionalism. The defence, in which Kelsen's position became increasingly polemical in character, led to the overlap with a long and well-known cultural debate about the role and the function of defending the constitution. The famous essay *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, published in 1928²¹ prompted a seminal debate between a number of the most significant European scholars of public law (such as, Berthélemy, Carré de Malberg, Duez, Fleiner, Mestre, Mirkine-Guetzévitch, Thoma, though not Eduard Lambert)²² at the *Institut International de Droit Public*.²³

The increasingly polemical tone becomes evident in *Der Staat als Integration*, a long pamphlet edited in 1930²⁴ containing the critique of Rudolf Smend's constitutional theory of 'integration' (i.e., the idea of the overcom-

²¹ Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)» (1928) XXXV *Revue du Droit public et de la Science politique* 197–257.

²² In 1921 Eduard Lambert, the then director of the *Institut de Droit Comparé* in Lyon (which he founded in 1920), published his famous pamphlet *Le gouvernement des juges*, opposing the introduction in France, and Europe as a whole, of the American approach to the judicial review of legislation, see Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1921).

²³ Institut International de Droit Public. «Discussion du rapport de M. Kelsen sur “La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)”» (1929) *Annuaire de l'Institut Internationale de Droit Public* 192–201

²⁴ Hans Kelsen, *Der Staat als Integration. Eine Prinzipielle Auseinandersetzung*. (Vienna, Springer, 1930).

ing of the separation between the state and society through the material integration of citizens in the values and the contents of the constitution):²⁵ the strong critique is centred upon the incoherence of Smend's theories of integration as a theory of constitutionalism. The full intersection of polemic and theoretical analysis is realized in the later essay, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*,²⁶ in which Kelsen, as a direct critique of Carl Schmitt's *Der Hüter der Verfassung*,²⁷ provides the most strenuous defense of the position and role of the Austrian Constitutional Court. The critique centres upon the Schmittian defence of the role of the President, under the Weimar Constitution and, in relation to Article 48, in particular its conferral of emergency powers, as the effective guardian of the constitutional order.

This text is an exemplary instance of Kelsenian thought: the demonstration of sophisticated constitutional analysis combined with a subtle political realism, which maintains the distinction between law and politics while introducing the specific notion of 'Law politics', or the policy of law-making (the notion of 'Law politics' appears in the first page of the essay).²⁸

2. *The Constitution as a Higher Law and Its Consequences*

At the origin of Kelsen's conception of the judicial review of legislation there is the assumption of the rigid character of the constitution, and the belief that the federal organization of the state must be guaranteed by the majorities who govern both the national parliament and the *Länder*.²⁹

In this description, the potential affinity becomes evident with the conception of the constitution in the earlier operation of Marshall's U.S. Supreme Court, expressed in *Marbury v. Madison* (1803). The notion of *constitutional justice* (as continental Europeans call judicial review of legislation entrusted to Constitutional Courts, as a special part of the judiciary) was initially seen, in continental Europe, as an instrument for the solution of federal constitutional litigation: in short, as an arbiter of federal litigation in

²⁵ See Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Munich, Duncker & Humblot, 1928).

²⁶ Hans Kelsen, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?» (1931) VI *Die Justiz* VI 576–628

²⁷ Carl Schmitt, «Der Hüter der Verfassung» ((March 1929) 16 *Archiv für öffentliches Recht* 161–237.

²⁸ See Hans Kelsen, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?» cit., 576. This concept re-emerged among Italian legal scholars, because of the journal *Politica del diritto* (published since 1970 by *Il Mulino*), the primary theoretical journal of the Italian realist legal movement.

²⁹ Pedro Cruz Villalón, «La formación del sistema Europeo» cit., 232 et seq.; Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale* (Bologna, Il Mulino, 1977) 17 et seq.

order to neutralize political conflicts. The most interesting development of *constitutional justice* – the protection of the constitutional and fundamental rights of individual citizens – was a gradual achievement which required a further step.

2.1. The Judicial Review of Legislation: At the Origins of the European Model of Constitutional Adjudication

The form of government of the new Austrian Republic, a purely parliamentary republic, was very different from that of the U.S.A at the beginning of the nineteenth century. A proportional electoral system based upon proportional representation, the role of mass-parties in guiding political struggle, the difficulty of reconciling ‘red’ Vienna and the ‘white’ *Länder*: all these factors required a distinctly different solution than the one adopted in the U.S.A.

Since the French revolutionary Constitution of 1791,³⁰ the principle of the separation of powers was interpreted by nineteenth century European constitutionalism as the exclusion or prohibition of judicial intervention in the conflicts between political bodies (in the French tradition they were entrusted to the government, in the German one – see art. 76 of 1871 federal Constitution – they were entrusted to the *Bundesrat*). The Kelsenian approach, in contrast, distanced itself from the prevailing doctrine of the separation of powers (for Kelsen’s subsequent theoretical reflection on this doctrine),³¹ and recentered itself upon the juridification and political neutralization of such conflicts through the introduction of a new judicial tribunal, the Constitutional Court, whose members were nominated for life by the Federal President on the recommendation of (a) the Federal Government (six members, the President and the Vice-President) and (b) the two legislative bodies of the Federal Parliament (National Council – *Nationalrat* – and the Federal Council – *Bundesrat*), each of which recommends three members (art. 147 Austrian Const.).

The new Austrian Constitutional Court was empowered only to annul legislation declared as unconstitutional. The role of the Constitutional Court,

³⁰ See Chapitre V (Du Pouvoir Judiciaire), art. 3: “*Les tribunaux ne peuvent, ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*” On the question of the origin of the separation of powers doctrine, see Michel Troper, *La separation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle*. (Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1980); Philippe Blachère and Dominique Rousseau, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale* (Paris, Press Universitaires de France, 2001).

³¹ See Hans Kelsen, «Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates» (1924) 17 *Archiv für Rechts – und Wirtschaftsphilosophie* 374–408.

as Kelsen emphasized,³² is that of a *negative legislator*: it may not replace unconstitutional legislation with a new, positive provision. It was, thus, a court, a judicial institution and not a political body: there was no judicial law-making because the substitution of the unconstitutional provision was a task for the Parliament, not for the Constitutional Court.

The Constitutional Court was also distinguished by the manner of the selection and appointment of its judges. The selection and appointment, through a process of direct nomination and election by political bodies, enabled a degree of political regulation and guarantee of the legitimacy of the Court. This process of selection and appointment was a further process of development of the continental Europe tradition. For, since the nineteenth century in continental Europe, judges were appointed as public servants, beginning their *career* in the special, judicial civil service at the conclusion of their initial legal studies, and were chosen by means of a public selection procedure aimed at assessing their professional ability and their knowledge of law. It is the existence of the Constitutional Court which distinguishes the Austrian Constitution from the German Weimar Constitution.³³ The introduction of a Constitutional Court within the framework of the Austrian Constitution remains a central aspect of Kelsen's theoretical reflection during the 1920s. Kelsen explained to his contemporaries the importance of this institution and its centrality to a legal science of positive law in many writings published abroad such as *Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit*³⁴ which was then subsequently enhanced by the broader theoretical exposition in *La garantie juridictionnelle de la Constitution*.³⁵ In contrast, the *Reine Rechtslehre*³⁶ contains a comparatively brief discussion of constitutionalism.³⁷

³² See Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution» cit., Chap IV, sect. I.

³³ See Michael Stolleis, «Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic» (2003) 16 *Ratio Juris* 2: 266–280

³⁴ See Hans Kelsen «Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920» (1923) XLII *Zeitschriften für schweizerischen Recht* 173–217. It. Transl. «Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1 ottobre 1920» in Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale* (Milano, Giuffrè, 1981) 5–45.

³⁵ See Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution» cit., 197–257.

³⁶ See Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934).

³⁷ See Giorgio Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920* (Milano, Giuffrè, 1998) and the 1928 thesis of Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche* (Paris, Economica, 1986). For a critical analysis, see Michel Troper, «Kelsen et le

According to the logic of the Kelsenian notion of ‘constitutional justice’, as Kelsen explained in a famous essay that describes the new Austrian Constitution to his contemporaries,³⁸ the Austrian Constitution entrusts to the *Verfassungsgerichtshof* (the Constitutional Court (C.C.)) the potential to review the following levels of the legal system:

- Statutes enacted by the federal parliament and legislatures of the *Länder* on the claim of central and regional governments (art. 140 Austrian Const.);
- Regulations having the force of law (arts. 139 and 140 Const.). This competence of the C.C. was very important because of its rules: when a tribunal believes that a regulation is unconstitutional and the question is preliminary and necessary to resolve the case, the tribunal must remit the question to the C.C. and suspend the proceedings pending the response of the C.C. The so-called “preliminary ruling” theorized by Kelsen,³⁹ and introduced in the Austrian Constitution of 1920, served as a model for the various forms of preliminary ruling or judgement followed by the numerous constitutions of the post-World War II era, which entrusted the control over the constitutional legitimacy of laws to their Constitutional Courts (such as the Spanish constitution of 1931; the Italian and German constitutions of 1948 and 1949 respectively; the Spanish constitution of 1978; the Portuguese constitution of 1976; and the French constitution, which by its new art. 61, after the reform of 2009, introduced the so-called *exception d’inconstitutionnalité*). This form of access to the judicial review of legislation (and of other quasi-legislative acts of public institutions) has become far more prevalent following the accession of many European states to the European

contrôle de constitutionnalité» in Carlos-Miguel Herrera (ed), *Le Droit et Le Politique: Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt* (Paris, Harmattan, 1995) 157–182. Renato Treves recounts that in September of 1932 he met Hans Kelsen in Cologne, where Kelsen gave him a manuscript of a new work, see Renato Treves, «Prefazione» in Hans Kelsen (ed), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (Torino, Einaudi, 1967) 12. This manuscript was then translated into Italian by Treves and published in the journal *Archivio Giuridico* in 1933, before the publication of the German edition (see Hans Kelsen, «La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali») (1933) XXVI *Archivio Giuridico* 121–171). Kelsen had intended to emigrate from Germany and sought the translation of his works into languages other than German. According to Treves, the first version of *Reine Rechtslehre* in 1933 was published, in addition, in Spanish, Swedish, Flemish and other European languages.

³⁸ See Hans Kelsen, «Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates» cit., 5–45.

³⁹ Hans Kelsen, «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution» cit., Cap. V.

Union. Judges of every Member State of the European Union are aware of this capacity to review national legislation in relation to its conformity to relevant provisions of European Union Treaties: the preliminary rulings originally provided for by art. 177 (then subsequently defined in art. 234, and now, after Lisbon, art. 267 of the Treaty) have the same form (the difference is located in the reference to the Treaties rather than the provisions of the national constitution) as the original Kelsenian conception of preliminary rulings;

- Direct claims of citizens against administrative acts alleging the violation of constitutional rights, conditional upon the previous failure of all ordinary claims (art. 144 Const.): this way of access was also decisive for the development of the European model of constitutional justice, being the prototype for all forms of direct claim (the Spanish *amparo constitucional* in the Constitutions of 1931 and 1978; the German *Verfassungsbeschwerde* introduced in 1949 and other similar forms of access to Constitutional Court which are widespread in Europe);⁴⁰
- Competency and jurisdictional conflicts between judges and administrative bodies and among judges in different judicial fields (civil, administrative, etc.) (art. 138 Const.);
- Criminal charges and proceedings (art. 142 Const.) against the federal president, and the members of national and local government, in order to exclude every form of immunity of the governmental powers from prosecution (the notion of the rule of law (*Rechtsstaat*)).

It is very difficult, if not impossible, to determine, in detail, the direct contribution of Kelsen's thought to each one of these features of the Austrian model of constitutional justice.⁴¹

Beyond the question of filiation, Kelsen's decisive and enduring contribution to the genesis and diffusion of a juridical conception of constitutional justice is evident in the contemporary form of European constitutionalism

⁴⁰ For Kelsen's opinion about the direct claim see Hans Kelsen, «Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates» cit., 29 et seq.

⁴¹ See the spectrum of positions exemplified by Theo Öhlinger, «Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie» in Heinz Schäffer (ed), *Im Dienste an Staat und Recht. Festschrift für Erwin Melichar* (Wien, Manz Verlag., 1983) 125–148; Theo Öhlinger, «The Genesis of the Austrian Model» cit., 206–222; Stanley L. Paulson, «On Hans Kelsen's Role in the Formation of the Austrian Constitution and his Defense of Constitutional Review» in Werner Krawietz, Robert S. Summers, Ota Weinberger and Georg Henrik von Wright (eds), *The Reasonable as Rational? Festschrift for Aulis Aarnio* (Berlin, Duncker & Humblot, 2000) 385–395; Georg Schmitz, «Die Vorentwürfe Hans Kelsens» cit.; Georg Schmitz, «The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920» (2003) 16 *Ratio Juris* 2: 240–265.

whose foundations remain embedded in a Kelsenian form of constitutional justice.⁴² The subsequent creation and practice of different European constitutional courts (including the more recent experience of the European Court of Justice), has led to further, significant developments in European legal thought concerning constitutional justice. Legal scholars considering the notion of constitutional justice in the Constitutions of the interwar era (see, in particular, art. 19 Const. Weimar, arts. 138 and 140 Const. of Austria, arts. 100 and 121 Spanish Const. of 1931) introduced the distinction between the two different functions of constitutional justice: the solution of conflicts among the organs of the State, the so-called *Staatsgerichtsbarkeit*, and the function of the so-called *Verfassungsgerichtsbarkeit*, which was developed in Austria, following Kelsen's initial indications.⁴³

The function of *Staatsgerichtsbarkeit* flows from the conception of the Constitution as a norm of the organization of relations between powers, i.e., the various organs or bodies of the State (this function derives its particular importance from a state which has a federal or regional structure involving the existence of many *legislators* in potential competition one with the other); the function of *Verfassungsgerichtsbarkeit* is derived from a conception of constitutional justice as a means of protecting the constitutional rights of citizens against the legislator and the decisions of the political majority.

In the post- World War II era we witness the diffusion of complete systems of constitutional justice that contain both the functions of *Staatsgerichtsbarkeit* and *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in order to ensure and guarantee an enhanced legitimacy and effectiveness of the constitutional order. This occurred in Italy, Germany and Austria, then in Spain, Portugal, Belgium, France and, more recently, in the initial constitutional frameworks of the former communist countries of Central and Eastern Europe, such as Bulgaria, Czech Republic, Hungary, Poland and Ukraine (followed by those states arising from the collapse of the Federal Republic of Yugoslavia). The increasing generalization of this form of constitutional justice within Europe, centred upon a Constitutional Court, has been accompanied by a migration or transplantation to other continents, especially to Latin and Central America but also Africa and Asia, all countries where the Kelsenian foundation for constitutional justice was preferred to that contained in the U.S. model.⁴⁴

⁴² Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi* cit., 112; Alessandro Pizzorusso, «I sistemi di giustizia costituzionale» cit., 522.

⁴³ Alessandro Pizzorusso «Sub Art. 134 Cost.» in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca e A. Pizzorusso. Garanzie costituzionali* (Bologna-Roma, Zanichelli, 1981) 1–143, 17 et seq.

⁴⁴ Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles* (Paris, PUF, 1986) 11 et seq.; Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi* (Torino, Giappi-

This diffusion of the Kelsenian model of constitutional justice was accompanied by a further development: the recentering of attention upon the enhancement and consolidation of the function of *Verfassungsgerichtsbarkeit* (the decision on the constitutionality of statutes and acts that have to be applied in a pending judicial determination) rather than upon the function of *Staatsgerichtsbarkeit*, in which the constitutional court acts as an *arbitrer* of conflict – cases of litigation – between the institutions and bodies within the existing constitutional framework.

The possibility of this recentering of attention in the future development of constitutional justice is already acknowledged in *La garantie juridictionnelle de la Constitution*.⁴⁵ As he foresaw in this work, the control of the constitutionality of laws undertaken by constitutional courts may have two different objects: formal constitutionality, that is the correspondence of the statute or controlled act to procedural norms contained in the Constitution; and material constitutionality, namely, the correspondence of the statute or controlled act to the material content of the various constitutional norms. It is material constitutionality which reopens the constitution to the potential influence of politics, through general notions of ‘freedom’, ‘equality’ and ‘justice’,⁴⁶ and renders it susceptible to different interpretations typical of the content of the constitutional provisions, even when ‘long’ and more complex, sophisticated constitutions affirm specific fundamental rights (such as economic, labour and welfare rights). The more extensive and detailed the economic and welfare rights (often corresponding to politically opposite views of life) contained in a constitution, the more difficult the process of constitutional interpretation and the use of these constitutional provisions as a basis to determine the unconstitutionality of a statute. This difficulty, created by material constitutionality, is at the origin of the explicit Kelsenian opposition to the presence and expansion of programmatic constitutional norms, which are considered as undermining and rendering incoherent the value-free concept of the constitution.⁴⁷

The position of overt Kelsenian opposition has, however, been displaced through the collaboration of constitutional courts and ordinary judges,⁴⁸ in

chelli, 2015) Chap. II, sect. 1; Alessandro Pizzorusso «Sub Art. 134 Cost.» cit., 22 et seq.; Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe* (Paris, Montchrestien, 1998); Christian Starck, Albrecht Weber, and Otto Luchterhandt (eds), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa* (Baden Baden, Nomos, 2007).

⁴⁵ See Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution» cit., 197–257.

⁴⁶ Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution» cit., 242.

⁴⁷ Carlo Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (Roma, Tipografia Veneziana, 1984) 140 et seq.

⁴⁸ A similar process is evident, as a result of the existence and effect of European Court of Justice (ECJ) preliminary rulings. For evaluation of the relationship between the

which constitutional justice has come to assume a decisive role in implementing the fundamental rights of citizens. The displacement has been conceived as a further development, rather than a fundamental break with the Kelsenian position, by many continental European scholars, such as Alessandro Pizzorusso, Louis Favoreu, and Francisco Rubio Llorente. For them, constitutional justice, in the version originally theorized by Kelsen and its subsequent evolution in many European countries, is the major novelty of European constitutional law in the second half of the twentieth century.⁴⁹

In relation to this further development, German and Italian scholars⁵⁰ introduced an additional classificatory distinction within the juridical framework of constitutional justice when it deals with the control of the constitutionality of legislation: the distinction between *Abstraktenormenkontrolle* and *Konkretenormenkontrolle*. The notion of *Abstraktenormenkontrolle* refers to regulation, by the Constitutional Court, whose object is that of ‘provisions’, i.e., the law as stated by the legislator. In contrast, the notion of *Konkretenormenkontrolle* refers to regulation whose object is a ‘norm’, i.e., the law at the moment of its interpretation and application to a particular case (in this sense, concrete). Thus, the distinction also represents different degrees of potential politicization of constitutional decisions. For situations of *Konkretenormenkontrolle* are less open to political influence than those situations of *Abstraktenormenkontrolle*, when constitutional decisions are not preliminary to a concrete case pending judicial determination, and in which there is there is a substantial risk of politicized decision-making, which would minimize the authority of the Constitutional Court. Hence, the effectiveness and legitimacy of constitutional justice is comparatively greater when the Constitutional Court acts to resolve a concrete controversy. These considerations, however, demonstrate the continued importance and pertinence of Kelsen’s theories of constitutional justice; and, also, they

judges of the ECJ and judges of EU Member States concerning the provisions and application of domestic law within the framework of European law see, Joseph H.H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo* (Bologna, Il Mulino, 1985) 217 et seq.; Giuseppe Martinico, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo* (Napoli, Jovene, 2008) 48 et seq.

⁴⁹ See Louis Favoreu, «Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit» (1990) I *Revue française de droit constitutionnel* 71–99, 73 et seq.; Francisco Rubio Llorente, «El Tribunal Constitucional» (2004) 71 *Revista española de derecho constitucional* 11–33, 11; A. Pizzorusso, *La costituzione ferita* (Roma-Bari, Laterza, 1999) 40 et seq.

⁵⁰ Alessandro Pizzorusso, «I sistemi di giustizia costituzionale» cit., 527 et seq.; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland* (Köln, Heymanns, 1962), It. transl: *La giurisdizione costituzionale della repubblica Federale Tedesca* (Milano, Giuffrè, 1973) 63 et seq., 67 et seq.

explain why continental European scholars often refer to a definition of the European model of constitutional justice as the Kelsenian model.⁵¹

2.2. The Gradualist Theory of the Sources of Law: The *Stufenbau*

The second aspect of the continued relevance of Kelsenian legal theory for contemporary constitutionalism concerns the theory of the *Stufenbau*, the systematic construction of a dynamic hierarchy of legal norms from the sources of law. The notion of the *Stufenbau* is an avowedly theoretical concept and, thus, more abstract than the Kelsenian concept of constitutional justice. The theory of the *Stufenbau* is itself a foundational element of Kelsenian legal science and predicated upon a presupposition of the essential logical coherence and unity of a system of positive law. The influence of this notion upon contemporary constitutionalism has been, as a result, more indirect and reflected in the general orientation of scholars' legal thinking rather than in the indication and formulation of concrete solutions. From this, derives the frequent characterization of Kelsenian legal science – in particular, by those legal scholars orientated by the alternative tradition of legal realism – as the so-called normativist approach distinguished by an excessive, empty formalism.⁵²

The Kelsenian theory of the *Stufenbau*, which is an appropriation of the original theory in the work of Adolf Merkl,⁵³ is provided with its most comprehensive elaboration in three works: the first, the *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), published after the collapse of the First Austrian Republic's constitutional framework, during Kelsen's exile, then, after his encounter with American law, the *General*

⁵¹ See, for example, Louis Favoreu, «*Les cours constitutionnelles*» cit., 11; Alessandro Pizzorusso «Sub Art. 134 Cost.» cit., 23.

⁵² See, for example, Giuseppe Capograssi, «Impressioni su Kelsen tradotto» (1952) 4 *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 767–810; Silvana Castignone, «“Il grande mistero di Hans Kelsen”. Validità ed efficacia nel formalismo kelseniano e nel realismo scandinavo» (2008) 2 *Materiali per una storia della cultura giuridica* 347–356; Angelo Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto* (Milano, Giuffrè, 2008) 274 et seq.; Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit* (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935) It. transl. *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* a cura di Giorgio Agamben, (Vicenza, Neri Pozza, 2005) 253–312, 270 et seq.; Francesco Viola, «La teoria della separazione tra diritto e morale» in *Studi in memoria di Giovanni Tarello* (Milano, Giuffrè, 1990) vol. II, 667–705, 684 et seq.

⁵³ See Martin Borowski, «Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl» in Stanley L. Paulson and Michael Stolleis (eds), *Hans Kelsen – Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts* (Tübingen, Mohr-Siebeck, 2005) 122–159; Stanley L. Paulson, «How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law» (2013) 21 *Revis* 29–45.

Theory of Law and State (1945) and, finally, the revised second edition of the *Reine Rechtslehre* (1960).

The notion of the *Stufenbau* arises from the conception of the legal system of positive law as a system of norms: there is a coherent order in the relationship between the different sources and this order is conferred by the notion of the *Stufenbau* which allows the arrangement of these sources in a hierarchical system. The hierarchy, commencing from the logical presupposition of a final, superior norm (*Grundnorm*), is the condition for the conferral of validity upon each of the subsequent inferior, but increasingly concrete normative orders: a top-down approach from the most abstract, fundamental norm (*Grundnorm*) to the constitution, then to legislative norms or statute law, then to executive regulations and general administrative acts and, finally, to the most concrete level of judicial or administrative decision-making.

The *Stufenbau* theory is fundamental to the comprehension and description of the functioning of European federal and regional legal system, as it is not based on a rigid separation of competences as in American federalism: the constitution is the very condition of validity of all primary norms (both of the central state and of the decentralized entities, whatever their designation, e.g., *Länder*, Regions, member states, etc.), since it has the *Kompetenz-Kompetenz* (the capacity to determine the extent of its own competence), thereby establishing the condition of validity of enacted legislation (generally through the specific enumeration of the matters which are entrusted to the legislative powers of the central state or decentralized entities, or to both).⁵⁴

The theory of the *Stufenbau* enables the understanding of the operation of the system of positive law composed of a number of sources of law, especially in a multilevel legal system characterized by a rigid constitution. During the nineteenth century, when constitutions were characterized by a general flexibility and lack of rigidity, the interpretation of statute law, together with the resolution of the contradictions among different sources, was entrusted to two main principles: the temporal principle (the criterion of the prevalence of the will of the most recent legislator) and the criterion of speciality (that is an exception to the former: special statutes are not abrogated by the subsequent succession of general statutes), with their corollaries (the central principle being that of the prohibition of *ex post-facto* laws). The hierarchy principle was of secondary importance, and it was relevant only in the

⁵⁴ See Paolo Carrozza, «Central Law and Peripheral Law» in Alessandro Pizzorusso (ed) *Law in the Making. A Comparative Survey* (Berlin, Springer, 1988) 238–274; Paolo Carrozza, «I rapporti centro – periferia: regionalismi, federalismi e autonomie» in Paolo Carrozza, Alfonso Di Giovine and Giuseppe F. Ferrari (eds), *Dritto costituzionale comparato* (Roma-Bari, Laterza, 2014) 894–951.

case of contrast between a statute and a regulation, with primacy accorded to the former in recognition of the parliamentary form of government.

However, in multilevel legal systems, based on written and rigid constitutions, the two preceding criteria of interpretation are no longer sufficient because the relationship between the sources of law is dominated by principles of hierarchy and competence. In order to explain the multilevel government and organization of powers, typical of federal and regional states, or the phenomenon of the European Union, the Kelsenian notion of the *Stufenbau* is essential to describe these relationships of the sources of law, and to resolve the apparent contradictions and contrasts in the application and interpretation of the law: this is the general, indirect legacy of Kelsen's thought.

The general, indirect legacy of the Kelsenian notion of the *Stufenbau* is also apparent in the rarity of detailed quotation from Kelsen's work in contemporary handbooks of constitutional law. In relation to the *Stufenbau*, its continued presence is one of general orientation and citation rather than detailed textual analysis and quotation.⁵⁵

The presence of the Kelsenian theory of the sources of positive law in contemporary constitutional law is also to be found in the famous debates which revealed important divergences and disagreements amongst Spanish and French scholars. An example is the pamphlet of Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*,⁵⁶ which contains a series of arguments against his Spanish colleagues who, after the promulgation of the 1978 Constitution, continued to refer to constitutional law as *derecho político*, maintaining both the continuity with the old disciplinary designation of Francoist era and a prevalent political approach to the study of constitutional law. Another example is the struggle of Louis Favoreu for a *Nouveau Droit constitutionnel*, against the so-called *duvergerisme*, designating the approach of the French political scientist Maurice Duverger,⁵⁷ and the revolution in the study of public law introduced in France, in 1954 (*décret* 27 March 1954, n. 343), which sought to merge political science and constitutional law in the new university course of *Institutions de Droit public et de la Science politique*.⁵⁸

⁵⁵ See, for example, Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona, Ariel, 1988); Alessandro Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca* (Bologna–Roma, Zanichelli–Il Foro Italiano, 2011); Vezio Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale* (Padova, Cedam, 1978). See, also, in relation to the comparative survey of the sources of law, Alessandro Pizzorusso, *Law in the Making* cit.: Kelsen is still the most cited author.

⁵⁶ Eduardo Garcia de Enterría, «*La Constitución como norma*» cit.

⁵⁷ Maurice Duverger, *Les partis politiques* (Paris, A. Colin, 1951).

⁵⁸ Louis Favoreu, «*Le droit constitutionnel, droit de la Constitution*» cit., 73 et seq.

IV. KELSEN AND POST-MODERN CONSTITUTIONALISM

The preceding overview has indicated the significant presence and relevance of the Kelsenian position in the constitutional thought of post-World War II continental Europe which extends far beyond the borders of German-speaking countries. The further question which remains to be clarified is the extent to which the Kelsenian position remains a conceptual resource of continued relevance for the future. The question becomes that of the extent to which Kelsen's work continues to provide a set of conceptual instruments with which to confront the crisis of contemporary constitutionalism, which is itself strictly connected to the crisis of state sovereignty and an autonomous domain of state or domestic law, resulting from the emergence and increasing proliferation of supra-national and global law.

1. *The Importance of Kelsen's Thought for the Legal Understanding of Multi-level Government (Monism v. Dualism)*

The continued utility of the Kelsenian approach (and, in particular, of the *Stufenbau* theory) has been an integral element of my work in order to explain that what appears to many international lawyers as a typical matter of international law (the European Union's secondary norms and their relations with the legal orders of member states) as one which could be better explained as a problem of constitutional law.⁵⁹ If one considers the European Union as a complex and composite legal system and the sources of law (both European and domestic) as sources of a unique legal system, Kelsen's *Stufenbau* theory offers a convincing argument to resolve the question of the normative coherence and potential conflict or interference between European law and Member states' law: the European Union legal system is not *superior* to Member states' legal systems but has *supremacy*. The separation among legal systems is defined by a separation of competences contained in the Treaties. Thus, in the event that the European Law is competent, it is valid and it has *supremacy* over the non-competent and, therefore, inconsistent law of the Member states.

It was the European Court of Justice which created, and continues to repeat a mistaken legal definition when it declared as inconsistent with European law any domestic law in potential conflict with the Treaties and applies to European law to the particular case. It would be better for it not to speak about *supremacy* but, rather, about a lack of *competence* of the legislators of Member states, due to the fact that Treaties have accorded competence in the

⁵⁹ Paolo Carrozza, «El "multilevel constitutionalism" y el sistema de Fuentes del derecho» (2006) 19 *Revista española de Derecho Europeo* 341–366, 351.

matter to European law and the Member states have provided consent that (valid, competent) European law has direct effect in their respective legal orders, thus prevailing over their domestic law (regardless of whether this law is enacted through the form of a directive or a regulation).

It is a question of *competence*, not of *hierarchy*;⁶⁰ hence, it becomes a question of constitutional law and not of international law. The adoption of the criteria of competence and of interpretation of the relationship between sources of law enables the unproblematic comprehension of the presence, within the European Union, of the following:

- Three orders of legislators: the European legislators (Council, Parliament); the member states' legislators, the legislators of the decentralized entities of each member state (this depends on the form of state of each country, according to the respective constitution). The competence of each one of these legislators is defined by the rules on competence established by the European Treaties and the Constitutions of Member states.
- Four or five governments: the European government (the Commission); the Member states' national governments, the governments of *Länder*, regions and other decentralized entities; and the governments of local authorities (whose designation is dependent the constitutions of member states).
- Various levels and orders of administrative bodies: firstly, the European Union's (even if European law is executed in the form of administrative acts by the administration of the Member states: the Kelsenian question of *Bundesexecution*,⁶¹ and, secondly, two or three levels of administrative organizations in each state, depending upon their degree of decentralization.
- Two orders of judicial power: that of the European Union and each Member state.

These orders are integrated when the subject matter of the controversy is the application of European law as a result of the operation of the device of the preliminary ruling. In relation to these considerations, it is a purely academic and possibly futile debate to affirm state sovereignty since the Constitution of each member state delegates powers to the European Union,

⁶⁰ Using Kelsen's categories, see Hans Kelsen «Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates» cit., 21 et seq.

⁶¹ See Hans Kelsen, «Die Bundesexecution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung» in Zaccaria Giacometti and Dietrich Schindler (eds) *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag* (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1927) 127–187.

through the adhesion to the Treaties: the question of potential conflict and interference between European law and Member states' law cannot be resolved as a problem of international law and of state sovereignty, because it is entrusted to the judges of each Member state.

Beyond this question, there arises the further one of the nature of a single, legal order, as suggested by Kelsenian monism: this has elicited a significant and varied response.⁶² In relation to these existing responses, it is possible to consider introducing the notion of a *Federalizing process*: a return to, and appropriation of, the notion of Carl J. Friedrich which itself originates from a reflection upon U.S. federalism, orientated to institutional dynamics rather than a static constitutionalism.⁶³ This is, of course, to have recourse to notions of political science and to acknowledge that the definitions of a political scientist are, in certain instances, more useful than those of scholars of constitutional and international law. A process of gradual integration, such as the European one, is correctly defined as a *Federalizing the notion of process*, since it cannot be classified with the classic conceptual figures of constitutional and international law, which is based on a state-centred approach to the dimensions of political and legal power.⁶⁴

The adoption of the Kelsenian position, which insists upon monism in international law and its determination of the approach to the relations among the sources of law, furnishes the theoretical interpretation of the results of this process of normative integration as a unique legal order. This, in turn, constitutes the theory as the description of the presuppositions (legal cognition) of domestic judges, who are obliged, when dealing with a case concerning the application of European law, to ensure that European law necessarily prevails over any domestic law that is inconsistent with it.

2. *The Globalization of Constitutionalism: Is an Open- Ended Constitutionalism Possible?*

The increasing prevalence of the process of globalization and its associated political and legal pluralism constitutes an equally important manner in

⁶² Giuseppe Martinico, *The Tangled Complexity of the UE Constitutional Process*. (London, Routledge, 2013) 19 et seq.

⁶³ Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Politics. Nature and Development* (New York, Harper, 1950) It. Transl. *Governo costituzionale e democrazia* (Vicenza, Neri Pozza, 1950) 274 et seq.

⁶⁴ For Friedrich's later application of this concept to European integration, see Carl J. Friedrich, «Federal Constitutional Theory and Emergent Proposal» in Arthur W. Machmahon (ed) *Federalism. Mature and Emergent* (New York, Russell & Russell, 1962) 510–532.

which the Kelsenian position retains its continued contemporary pertinence. For, the value-free Kelsenian conception of constitutionalism offers valuable insights into the legal pluralism which has emerged from the dynamics of globalization.⁶⁵ In particular, the crisis of constitutionalism resulting from globalization and the development of supranational law, displaces the conventional explanatory framework of a concept of constitutionalism based on the legal and political dimensions of the state and its absolute sovereignty.

The analytical framework is constructed in three stages. First, that a focus upon domestic constitutional reform – an attempt that many countries are pursuing in order to solve the constitutional crisis – is useless and unnecessary, since the great crisis of our societies and economies in the new era of globalization does not have an exclusively national (and, thus, *constitutional*) dimension but a necessarily a global or supra-national dimension.⁶⁶

Rather, the focus should be upon the collaborative development and implementation of long-term and coordinated policies among states (for example, the introduction of the Euro, the inclusion of Eastern countries in the European Union, etc.). The project of a reform, at the level of the national constitution, retains its utility only if it becomes the expression of progressive achievements, namely, as a form of consolidation, the comprehensive representation of a processes of transformation already realized by other (ordinary, non-constitutional) means.

The strictly Kelsenian response would be to consider a new instance of the first stage of concretization of the fundamental or basic norm (*Grundnorm*): a new constitutional (but not state) order. Yet, the question which immediately arises is that of what exactly can be, at present, a new fundamental norm at the state level? For, only a revolution, or the earthquake generated by World War (for democratic constitutions), or a coup d'état (for authoritarian constitutions) or the proletarian revolution (for socialist constitutions) could justify the rise of constituent power and, consequently, of a constituent assembly ... [and of a new constitutional order; so that] ... it is no surprise that the most recent seismic movement in European constitutionalism was precipitated by the demise of communist regimes in East Europe after the fall of the Berlin Wall.⁶⁷

The second stage involves the recognition that the crisis of the classical model of western constitutionalism reveals itself in the form of the crisis of

⁶⁵ Paolo Carrozza, «Constitutionalism's post-modern opening» in Martin Loughlin and Neil Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism* (Oxford, Oxford University Press, 2007) 169–187, 184 et seq.

⁶⁶ See Petra Dobner and Martin Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford, Oxford University Press, 2010).

⁶⁷ Paolo Carrozza, «Constitutionalism's post-modern opening» cit., 174.

value-oriented constitutions, with the consequent crisis of judicial review and constitutional adjudication. This is evident, in particular, in ‘long’ and value-orientated constitutions, in which these values respond to conflicting political programmes, and the legislation cannot be configured as a mere technical implementation or application of the constitution. Here, the pertinence of an element of the Kelsenian position re-emerges in its designation of the essentially problematic character of value-oriented and programmatic constitutional norms.

It is the crisis of constitutional norms *magis ut valeant*, as a system of effective norms directly binding political actors:⁶⁸ at present, the value-oriented constitutions lack a clear framework of values and principles translated into a hierarchically ordered system of positive provisions upon which courts (and political actors) can base their decisions. In order to overcome these difficulties, courts are forced to ground their decisions either on a balancing test (whose validity is restricted to a single case and cannot confer a more comprehensive or general validity) or on politically neutral constitutional principles, such as the rationality of means (reasonableness, proportionality, *Verhältnismäßigkeit*).⁶⁹

The combination of these two stages produces an understanding of contemporary constitutionalism as marked by an essential openness. From this emerges the final stage, the delineation of this phenomenon of openness of contemporary constitutionalism and, in particular, the question of whether it consists in the flexibility of constitutional norms and their ability to be used as open provisions, which requires not an implementation or application, but a continuous integration through the political process. Is this, then, the triumph of Kelsenian relativism, of Kelsen’s value-free idea of the constitution? Or, is this openness one which requires a constitution that adjusts and modifies itself, following Schumpeter,⁷⁰ and Dahl,⁷¹ the theorists of the procedural democracy, merely through an electoral procedure in order to elect the governors?

The response to this dilemma cannot be simple and immediate, but requires considered reflection. For some Italian scholars, such as Zagrebelsky⁷² and

⁶⁸ The maxim is that of Mario Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione* (Milano, Angeli, 1982) 65 et seq.

⁶⁹ Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia* (Torino, Einaudi, 1992) 147 et seq.; Mario Dogliani, «*Interpretazioni della Costituzione*» cit., 75 et seq.; Carlo Mezzanotte, «*Corte costituzionale e legittimazione politica*» cit., 140 et seq.

⁷⁰ Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (London, Allen & Unwin, 1942), Chap. 22.

⁷¹ Robert A. Dahl, *Democracy and its Critics* (New Haven, Yale University Press, 1989) It. transl. (1990) *La democrazia e i suoi critici* (Roma, Editori Riuniti, 1990) 201 et seq.

⁷² Gustavo Zagrebelsky, «*Il diritto mite*» cit.

Spadaro,⁷³ the answer is not constitutional relativism and value-free constitutions but, rather, the diffusion of a continuous aspiration to live together in order to facilitate the cohabitation of principles and values which, if conceived in an absolutist way, would be irreconcilable (Zagrebelsky's 'mild law'); or, alternatively, a re-awakening of the political system to a superior order of justice and equality.⁷⁴

This response, which is beyond the reaffirmation or rearticulation of relativism, represents the idea of a weak constitutionalism; and with it, the potential indication of a broader, fundamental change: the tradition of modern western constitutionalism has been comprehensively relinquished. In relation to the increasing marginalization of this tradition, it is unnecessary to regret the current position of modern constitutionalism or to undertake its transformation into these forms of weak constitutionalism. Rather, it requires a far more significant opening of our constitutionalism to 'others', in particular, when these 'others' have a very different conception of life, cohabitation and a legal order. Thus, an overtly expansive, open constitutionalism encompasses the totality of unwritten norms which furnish the conditions for dialogue among different cultures and perspectives in a globalized society: constitutional norms are thereby redefined as those which enable both recognition of the other and of her/his values and principles.⁷⁵ It is, therefore, dialogue, not relativism (whether Kelsenian or post-modern) which is the path to the conceptual understanding and analysis of the contemporary openness of western constitutionalism. The notion of dialogue contains the elements of modification or renunciation of existing positions and concessions to others. It is a process of integration based on sharing knowledge and acceptance of others, not of assimilation. In this, it marks the explicit rejection of all forms of coercion or forcible imposition, and indicates its break with the history of encounters with other cultures originating in the European 'discovery' of the New World, which Europeans considered only as an object of conquest and subjugation.⁷⁶ The dialogic basis of open constitutionalism is possible since, in a constitutionalism that becomes increasingly less national and more supranational or, rather, transnational and intercultural or global, the most important juridical event is the proliferation of charters of human and fundamental rights, many of which are accompanied by specifically designated supra-national or international courts.

⁷³ Antonino Spadaro, *Contributo per una teoria della costituzione. I. Tra democrazia relativista e assolutismo etico* (Milano, Giuffrè, 1994).

⁷⁴ Antonino Spadaro, «*Contributo per una teoria della costituzione*» cit., 318 et seq.

⁷⁵ Gianluigi Palombella, *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo* (Bologna, Il Mulino, 2012) 151 et seq.

⁷⁶ Tzvetan Todorov, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro* (Torino, Einaudi, 1994) 225 et seq.

The dialogue among international, supra-national and domestic Courts is gradually replacing the lack of a global political authority capable of creating an effective political and legal order (if it will ever assume a concrete existence) common to every people, since this dialogue is directed to the elaboration and development of a new global constitutional law based upon the presumption of equality of citizens' rights.

This is a development whose evolution is still in progress, and it is impossible to predict either when it will be concluded or the final result at the conclusion of the process: but the indications are that it will be very different from Kelsen's conception of a legal order and constitutional justice, strictly connected with the state-centred dimension of the political and legal order, and also very far from the monistic idea of the primacy of international law that Kelsen sought to articulate in his later work.⁷⁷ This is, however, not to subscribe to the increasing redundancy of the Kelsenian position, but to adopt an interpretative stance towards Kelsen's work which is one of selective appropriation.

In relation to the crisis of domestic, state-centred constitutionalism this selective appropriation requires that one relinquish the return to a value-free constitutionalism, but also adherence to the subsequent theory of weak constitutionalism which permits the openness of our societies to 'others' without requiring the maintenance of a political and legal order based upon the belief, or hope, in a superior and common idea of justice.

A new open constitutionalism, a global rule of law, is, instead, emerging through a process of dialogue between very different legal systems and their courts and through the recognition of the rights of the *others*: it consists of all the norms that allow the recognition of the others in order to gradually construct a common order acceptable to all people. If this process of patient and gradual construction of common constitutional values requires compromise and the concomitant reciprocal renunciation or modification of positions and perspectives, then we will continue to be much more Kelsenian than we believe we are.

⁷⁷ See Hans Kelsen, «*Peace Through Law*» cit., Part I; Hans Kelsen, «*General Theory of Law*» cit., 332–367; Hans Kelsen, «*Law and Peace in international relations*» cit.

FEDERALISM: TRAGIC COMPROMISE AND CONFLICTS*

Federalismo: compromiso trágico y conflictos

Giacomo Delledonne

Postdoctoral researcher in Comparative Public Law
Institute for Law, Politics and Development (Dirpolis)
Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa
giacomo.delledonne@santannapisa.it

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp83-95](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp83-95)

Recibido: 11.05.2019

Aceptado: 21.06.2019

Abstract

The internal balance of power of federal orders is a major theme in Kelsen's constitutional thought. His theory of federal conflicts is indebted both to the achievements of his inquiries into legal theory and to his direct involvement in constitutional policy debates in the 1920s and 1930s. In so doing, he took a strong stance at the time of the Prussian coup, a major constitutional crisis in whose handling Carl Schmitt also played a significant role. In my essay I will build on Paolo Carrozza's analysis of Kelsen's contribution to the constitutional theory of federations. My goal is to make some points on its relevance for a proper understanding of the most recent developments in federal systems, including the aftermath of secession crises in Europe.

Keywords

Federalism; Constitutional Law; Kelsen; secession.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Delledonne, Giacomo. 2019. "Federalism: Tragic Compromise and Conflicts". *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 83-95. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp83-95](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp83-95).

Resumen

El equilibrio interno de poder de las órdenes federales es un tema importante en el pensamiento constitucional de Kelsen. Su teoría de los conflictos federales está en deuda tanto con los logros de sus investigaciones sobre la teoría del derecho como con su participación directa en los debates de política constitucional en los años veinte y treinta. Al hacerlo, adoptó una postura firme en el momento del golpe prusiano, una importante crisis constitucional en cuya gestión Carl Schmitt también desempeñó un papel importante. En mi ensayo, me basaré en el análisis de Paolo Carrozza sobre la contribución de Kelsen a la teoría constitucional de las federaciones. Se trata de resaltar su relevancia para una comprensión adecuada de los desarrollos más recientes en los sistemas federales, incluidas las consecuencias de las crisis secesionistas en Europa.

Palabras clave

Federalismo; Derecho constitucional; Kelsen; secesión.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. FEDERALISMO AND TRAGIC COMPROMISE. III. HOMOGENEITY CLAUSES AND CONSTITUTIONAL HOMOGENEITY IN FEDERAL ORDERS. IV. EXISTENTIAL CONFLICTS IN FEDERAL ORDERS. V. CONCLUDING REMARKS.

I. INTRODUCTION

In assessing the significance of Hans Kelsen's contribution to constitutional law scholarship, Paolo Carrozza repeatedly mentions federalism¹. Carrozza hints at three aspects of Kelsen's thought that are of interest in this respect: they have to do both with Kelsen's work as an academic and with his participation in the drafting of the Austrian Federal Constitutional Law (*Bundes-Verfassungsgesetz*) of 1920. First, the emphasis put by Kelsen on a value-free notion of constitution is probably indebted to the peculiar conditions which followed the collapse of the Austro-Hungarian dual monarchy and led to the establishment of an Austrian Republic as a result of compromise between the Socialist and Catholic parties (not to mention the *freiheitlich*, All-German camp). The federal structure of the Austrian Republic was part of this compromise. Second, the very origin of judicial review of legislation and the establishment of one of the first constitutional courts in Continental Europe did not stem from the conception of the Constitution as higher law but, rather, from the federal structure of the Austrian Republic: these innovations were seen as instrumental in providing a "solution of federal litigation", with the Court acting "as an arbiter of federal litigation in order to neutralize political conflicts"². Carrozza builds on Alessandro Pizzorusso's comparative analyses³ and highlights the persistent influence of the tradition of *Staatsgerichtsbarkeit* in Central Europe by the time the Austrian Federal Constitutional Law was being drafted. Finally, Carrozza looks into the relevance of Kelsen's thought, most notably of the *Stufenbau* theory, for a proper understanding of the multilevel hypothesis. On a different note, Carrozza's works on federalism pay great attention to the formal and informal links between the institutional layers of federal and regional orders, the coexistence of legal and

¹ Paolo Carrozza, «Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes», in this issue.

² See also Beniamino Caravita, *Corte "giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, I, *La Corte costituzionale austriaca*, (Padova: Cedam, 1985), 39.

³ See Alessandro Pizzorusso, «Giustizia costituzionale (dir. comp.)», in *Enciclopedia del diritto*, Annali I (Milano: Giuffrè, 2007), 678-679.

political safeguards of federalism, and the difficulty of elaborating reliable classifications of composite constitutional orders⁴.

This paper focuses on the nature of the constitutional compromise underlying federalism and the possible conceptual framework for existential conflicts within federal jurisdictions.

II. FEDERALISM AND TRAGIC COMPROMISE

Some of the most important analyses of federalism are marked by a distinctively optimistic tone. As improper generalisation is not desirable, Elazar's interpretation of federalism can be cited as a paradigmatic example: federalism moves from a realistic view of the human nature but is also marked by a genuine confidence in the possibility of its capacity to reconcile quite diverging elements and to foster further advances:

«Federalism tries to take people as they are “warts and all”, in Abraham Lincoln's felicitous phrase assuming humanity to have the capacity for self-government but the weaknesses that make all human exercise of power potentially dangerous. So the first task of federalism is to harmonize human capacity with human weakness, to create institutions and processes that enable people to exercise their capacity for self-government to the maximum and even grow in that capacity. At the same time federalism attempts to prevent the abuse of power derived from inherent deficiencies in human nature and, wherever possible, direct the results of those deficiencies to useful ends»⁵.

Similarly, an optimistic tone can be detected in Elazar's adaptation of covenant to federalism⁶.

However, very different views of the significance of federalism can also be found: they argue that more often than not the decision to adopt a federal system of government is the hardly desirable product of irreconcilable divergence:

«consociation, decentralization, and democracy can all be plausibly viewed as part of the effort to achieve political optimality under particular sets of circumstances. Their creation and elaboration serve as positive

⁴ See Paolo Carrozza, «Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)», *le Regioni* 17, n° 2 (1989): 473-509; id., «I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie», in Paolo Carrozza, Alfonso Di Giovine and Giuseppe Franco Ferrari (eds), *Diritto costituzionale comparato* (Roma-Bari: Laterza, 2009), 761-818.

⁵ Daniel J. Elazar, *Exploring Federalism* (Tuscaloosa, AL: University of Alabama Press, 1987), 86.

⁶ See Michael Burgess, *In Search of the Federal Spirit: New Theoretical and Empirical Perspectives in Comparative Federalism* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 203.

steps towards the achievement of this much-desired goal. Federalism, in contrast, belongs to a world where there are no optimal solutions, where conflicts are irreconcilable, where political conditions are more likely to get worse than better. It is a grim expedient that is adopted in grim circumstances, an acknowledgment that choices must be made among undesirable alternatives. The instinct to conflate it with other features of government is understandable, for these optimistic strategies obscure the tragic character of federal solutions and provide them with a patina of optimality and optimism⁷.

Under this perspective, the notion of tragedy should be understood in its classic meaning, pointing at contradictions for which there are no viable solutions. Federalising processes both in the 19th and the 20th centuries can be interpreted in light of a tragic conceptual framework. A prime example is the establishment of Canada as a reluctant federation under the British North America Act in 1867. Also because of the events and disputes that had led to the American Civil War, the Canadian Fathers of Confederation did not hold in high regard the federal model of their southern neighbour. Moreover, their main goal was to create a system of government «similar in Principle to that of the United Kingdom», as the Preamble to the BNA reads. In this line, the adoption of federalism was the result of the need to accommodate the claims of the French-speaking community in what is today the Province of Quebec. In its landmark *Reference re Secession of Quebec*, the Canadian Supreme Court explicitly addressed this distinctive character of the constitutional settlement of 1867⁸. At the same time, the Court highlighted that federalism «enable[es] citizens to participate concurrently in differently collectivities and [to pursue] goals at both levels of government»⁹.

Similarly, the fact that five out of the twenty Italian regions are granted special status (*Regioni a statuto speciale*) should be explained having in mind the legal and political scenario in the founding years of the Italian Republic, amid military defeat, secession attempts and pressure from the neighbouring countries¹⁰. In theoretical terms, the peculiar circumstances

⁷ Malcolm M. Feeley and Edward Rubin, *Federalism: Political Identity and Tragic Compromise* (Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 2008), 39.

⁸ Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R. 217, 244.

⁹ Jean Leclair, «Legality, Legitimacy, Decisionism and Federalism: An Analysis of the Supreme Court of Canada's Reasoning in *Reference re Secession of Quebec, 1998*», in Alberto López-Basaguren and Leire Escajedo San-Epifanio (eds.), *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain* (Cham: Springer, 2019), 71.

¹⁰ See Giacomo Delledonne and Matteo Monti, «Secessionist Impulses and the Italian Legal System: The (Non) Influence of the Secession Reference», in Giacomo Delledonne

underlying the recognition of a special status for Sicily, Sardinia and the three border regions also explain why it is still recommendable to make a distinction between special regions and the possible development of the regimes of some of the ordinary regions along asymmetric lines¹¹.

Finally, of course, the federal structure of the newly established Austrian Republic in 1920 was the result of perplexed compromise between the Catholic and Socialist parties. The long-lasting implications of the frail constitutional consensus underlying Austrian federalism are somehow mirrored by the very different interpretations of the rationale of the Austrian federalising process among local constitutional law scholars¹².

These examples show that multiple understandings of federalism are possible. Federal arrangements are often a *grim expedient*, as Feeley and Rubin defined them, and the implications of the *grim circumstances* of the founding moment are often recognisable in the long run. Still, the joint operation of constitutional practice and the interpretation of constitutional provisions sometimes scales down some of the existential challenges inherent in the federal compromise.

III. HOMOGENEITY CLAUSES AND CONSTITUTIONAL HOMOGENEITY IN FEDERAL ORDERS

Homogeneity clauses are among the most typical constitutional tools for addressing existential challenges that threaten the stability or the very existence of federal orders. By homogeneity clauses are meant constitutional provisions that lay down some basic principles of the overarching constitutional order that also apply to the constitutional orders of the constituent units of the federal polity. Among the most important examples, the Guarantee Clause of the United States Constitution (Article IV, Section 4) and the *Homogenitätsgebote* in the successive constitutions of the Paulskirche in Frankfurt (Article 186), the Weimar Republic (Article 17) and the Federal Republic of

and Giuseppe Martinico (eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession: Legacies of the Quebec Secession Reference* (London: Palgrave 2019), 185-207.

¹¹ See Giancarlo Rolla, «Alcune considerazioni in merito al fondamento costituzionale del regionalismo speciale. L'apporto del diritto comparato», *le Regioni* 43, n° 2 (2015). 333-356.

¹² See e.g. Peter Pernthaler, *Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates* (Wien: Wilhelm Braumüller, 1979); Karl Weber, *Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreichs* (Wien: Wilhelm Braumüller, 1980); Rudolf Thienel, «Der Bundesstaatsbegriff der Reinen Rechtslehre», in Robert Walter (ed.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* (Wien: Manz, 1992), 123-136.

Germany (Article 28(1)) can be mentioned. Since the 18th century, the purpose of homogeneity clauses can be described as connecting federalism and constitutionalism and allowing the normative claims of constitutionalism to permeate federal orders¹³. This is particularly true of Germany both in the 19th century and after 1949, with the fight for constitutionalisation and later democratisation inevitably questioning the basic structures of the constitutional orders in the *Länder*. However, the history of homogeneity clauses seems to show that they can only be interpreted as constitutional provisions for the «bad weather»¹⁴: they express a minimalistic constitutional consensus and may offer a last resort for existential crises. In line with Carl Schmitt's thought, homogeneity clauses might be interpreted as a sort of secularised *katechon*. The history of the American Guarantee Clause as an apparently dormant constitutional provision seems to vindicate this claim. On the whole, homogeneity clauses might be described as a permanent sign of the hard-fought compromise underlying federal constitutions. In this respect, existential conflicts lend themselves to be described as a later re-emergence of an utterly unresolvable contradiction.

In my view, this is only one part of the story. Constitutional homogeneity cannot be reduced to its best-known manifestation, namely homogeneity clauses. Rather, constitutional homogeneity in a federal system should be seen as an «ordinating principle»¹⁵, characterising and shaping the constitutional life of the system from its establishment. According to Martinico, federal constitutional homogeneity can be defined as a «stream function»¹⁶ that makes internal diversity sustainable over time: its ultimate goal is «to ensure a virtuous connection between diversity and unity with a series of mechanisms aimed at preserving loyalty and adhesion to the fundamental values of the national system»¹⁷. This has at least two implications: first, the contents of constitutional homogeneity are inherently dynamic, as the oscillating interpretation of the Guarantee Clause over the last two centuries show¹⁸.

¹³ See Giacomo DelleDonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2017).

¹⁴ As defined by Francesco Palermo, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale* (Padova: Cedam, 2005), 144.

¹⁵ Frank Schorkopf, *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV* (Berlin: Duncker & Humblot, 2000), 34; Roberto Miccù, «Proteggere la democrazia, rinnovare il “contratto sociale” europeo», *federalismi.it*, n° 3 (2014), 11.

¹⁶ Giuseppe Martinico, «Le costituzioni come strumento di gestione del rischio. Il caso della secessione», *Governare la paura* (2017), 31.

¹⁷ Giuseppe Martinico, «“A Message of Hope”: A Legal Perspective on the Reference», in DelleDonne and Martinico (eds.), *The Canadian Contribution...*, 252.

¹⁸ See DelleDonne, *L'omogeneità costituzionale...*, 106-112 and 134-143.

Second, homogeneity clauses are the most visible and important manifestation of the ordinating principle of constitutional homogeneity in the legal order: however, they are far from being the only ones to perform this function. The issue of constitutional homogeneity does not only affect the relationship between the constitutions of the two institutional layers, i.e. between the federal layer and the constituent units. Rather, it also applies to those states or territories that wish to join the federation. In *Minor v Happersett*, the Supreme Court held that «All the states had governments when the Constitution was adopted. ... These governments the Constitution did not change. They were accepted precisely as they were, and it is therefore to be presumed that they were such as it was the duty of the states to provide»¹⁹. But things went differently when territories applied for being admitted to the Union or when the Southern states were readmitted to it after the end of the American Civil War, with Congress being granted the exclusive power to «determine whether it is republican or not»²⁰.

Among the comparable cases that deserve mention, the debate about the imminent admission of the five Eastern *Länder* in the run-up to the reunification of Germany: should have they adapted to the core principles of the (West) German Basic Law *before* joining the Federal Republic?²¹ Similarly, attention should be paid to the role of the successive enlargement waves and the conditionality mechanisms in leading the European Communities and then the Union to enucleate its own founding principles (later labelled as values). However, this point should be assessed having in mind the peculiar features of the European federalising process²².

These cases show that constitutional homogeneity requirements do not only apply to the constituent units that are part of one federal order but also to those polities that apply for membership. In this respect, constitutional homogeneity may be invoked not only when existential crises surface: rather, it should provide guidance at all stages in the evolution of a constitutional order.

Over the last few decades, a further element has acquired greater prominence: it has to do with the attempts to address secessionist claims by

¹⁹ U.S. Supreme Court, *Minor v. Happersett* (1874) 88 U.S. 162, 175-176.

²⁰ U.S. Supreme Court, *Luther v. Borden* (1849) 48 U.S. 1, 42. See also Matteo Nicolini, «Regional Demarcation, Territorial Alteration, and Accommodation of Divided Societies», *Revista de Derecho Político*, n° 94 (2015), 69-70; Andrea Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale* (Verona: Ombre Corte, 2016), 88.

²¹ See Josef Isensee, «Staatseinheit und Verfassungskontinuität», in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 49, *Deutschlands aktuelle Verfassung* (Berlin: de Gruyter, 1990), 59; Thomas Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung* (Berlin: Springer, 2003), 427.

²² See Delledonne, *L'omogeneità costituzionale...*, 223-234.

resorting to constitutional law, in the wake of the abovementioned *Quebec Secession Reference*. According to the Canadian Supreme Court, the conduct of the affected parties during the negotiations that may lead to secession and the establishment of a new state «would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the protection of minorities»²³. Although the recognition of a right to secession is very rare in the comparative scenario, the attempts to regulate these processes

«can be read as forms of “exit related conditionality”, by ensuring an axiological continuity between the new order and the old one. This might appear paradoxical, but it is actually a process in which the old system accepts the detachment of the seceding entity by making it conditional upon the adhesion to its fundamental values. According to this scheme, the constituent phase of the seceding legal system is partly guided and influenced by the values of the old constitution. This way the revolutionary character of secession is partly “exorcised”»²⁴.

IV. EXISTENTIAL CONFLICTS IN FEDERAL ORDERS

The preceding paragraphs have looked into views of federalism that are quite foreign to the Kelsenian framework. Quite to the contrary, the notion of constitutional homogeneity, which had been deeply rooted in the political thought since the 18th century, was popularised in the first half of 20th century by public law scholars of the likes of Carl Schmitt²⁵. This paragraph gets closer to Kelsen’s thought and his contribution to a theory of conflicts within federal orders. Again, his writings can both be traced back to his theory of the constitution and to his reaction towards constitutional crises in Central Europe in the late 1920s and early 1930s.

According to comparative scholarship in Continental Europe, homogeneity clauses are not alone in «corroborating» federal sovereignty²⁶: rather, they go hand in hand with other tools, including the power of the federal

²³ Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R. 217, 266.

²⁴ Martinico, «”A Message of Hope”...», 253; see also Delledonne, *L’omogeneità costituzionale...*, 209-214.

²⁵ However, German liberal scholars like Hugo Preuss also played a meaningful role in elaborating constitutional homogeneity as a constitutional law concept (see Dian Scheffold, «L’omogeneità nei sistemi *multilevel*. Cenni sull’attualità di Hugo Preuss tra sviluppo storico, vecchie analisi e nuova terminologia», *Giornale di storia costituzionale*, n° 19 (2010): 141-157).

²⁶ Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* (6th edition, Padova: Cedam, 2004), 306.

government to take action in order to ensure the respect of obligations stemming from the federal constitution. These instruments, e.g. federal execution (*Bundesexekution*) in Germany and state coercion (*coacción estatal*) in Spain, aim to ensure the cohesion of the legal system by enabling the federal government to resort to extraordinary powers. When the federal government decides to trigger the federal execution procedure, conflicts are not potential but actual.

Kelsen was personally involved in the controversy regarding the resort to extraordinary presidential powers under Article 48 of the Weimar Constitution²⁷. This provision, which was used four times in order to face political unrest in specific German *Länder*, played a crucial role in the gradual transition towards authoritarian presidential governance.

In Kelsen's view, federal execution under the Weimar constitution was marked by a tight connection of theoretical and practical issues: this clause showed that legal theory heavily depended on political assumptions²⁸. In line with Kelsen's interpretation of federalism, federal execution is triggered by a violation of the *Gesamtverfassung* of the federal order. Therefore, it is unconceivable that the power to resort to extraordinary powers lies with the federal government: the «objectivity of the organ called to make a decision on the facts that may trigger federal execution is the only safeguard of this principle, stemming from the very idea of the federal state»²⁹. Because of its objectivity, a constitutional court, like the one regulated by the Federal Constitutional Law of Austria, was better placed to do this job: in Austria, «the

²⁷ «1. If a Land does not fulfil the obligations laid upon it by the *Reich* Constitution or the Reich laws, the President of the *Reich* may use armed force to compel it to do so.

2. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the President of the *Reich* may take the measures necessary to re-establish law and order, intervening if need be with the assistance of the armed forces. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153 partially or entirely.

3. The President of the *Reich* has to inform the *Reichstag* immediately about all measures undertaken that are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if the *Reichstag* so demands.

4. If danger is imminent, the *Land* government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended on the demand of the President of the *Reich* or the *Reichstag*.

5. Further details are provided by *Reich* law».

²⁸ See Hans Kelsen, «L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato federale, con particolare riguardo alla costituzione del Reich tedesco e alla costituzione federale austriaca», in *La giustizia costituzionale*. Translated by Carmelo Geraci (Milano: Giuffrè, 1981), 75. See also Lars Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

²⁹ Kelsen, «L'esecuzione federale...», 118.

primitive legal technique of federal execution has been completely overcome»³⁰. The Constitution of the 2nd Spanish Republic also trusted the *Tribunal de Garantías Constitucionales* to act as an arbiter between the state government and regional governments.

Subsequent developments can be described as a mixed picture. Tools of the likes of the *Reich* execution regulated by the Weimar Constitution are still a typical component of federal constitutions. Their rationale points at the emergence of crises for which courts would not be able to provide viable solutions: therefore, it is for the federal executive to take action in order to face them. However, procedural safeguards usually ensure that actors other than the federal executive be also involved in the decision-making process. In substantive terms, the active protection of the core of the federal constitution should not lead to the demise of the constitution itself.

In the light of this, a procedure like federal coercion (*Bundeszwang*) under Article 37 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany³¹ cannot simply be described as the heir to the *Reich* execution; rather, its regulation tries to “tame” some of the most problematic aspects of the corresponding provision of the Weimar Constitution. Approval by a majority of the members of the *Bundesrat* is explicitly mentioned in Article 37, while scholars have come to the conclusion that respect of the principle of proportionality and a preliminary judgment of the *Bundesverfassungsgericht* should be recommended³². Furthermore, the dissolution of the *Landtag* and the removal of the executive in the concerned *Land* are not part of the admissible measures. In this respect, the current constitutional framework tries to address the complicated legacy of the Weimar Constitution: the events that led to the so-called Prussian coup (*Preußen-Schlag*) in 1932 were seen as playing a crucial role in the terminal crisis of the Republic.

The regulation of *coacción estatal* in Article 155 of the Spanish Constitution of 1978³³ is clearly indebted to the German Basic Law. Still, there are

³⁰ Kelsen, «L’escuzione federale...», 141.

³¹ «1. If a Land fails to comply with its obligations under this Basic Law or other federal laws, the Federal Government, with the consent of the *Bundesrat*, may take the necessary steps to compel the *Land* to comply with its duties.

2. For the purpose of implementing such coercive measures, the Federal Government or its representative shall have the right to issue instruction to all *Länder* and their authorities».

³² See Wilfried Erbguth, «Artikel 37», in Michael Sachs (ed.), *Grundgesetz. Kommentar* (5th edition, München: C.H. Beck, 2009), 1172-1173.

³³ «1. If an Autonomous Community does not fulfil the obligations imposed upon it by the Constitution or other laws, or acts in a way seriously prejudicing the general interests of Spain, the Government, after lodging a complaint with the President of the Autonomous Community and failing to receive satisfaction therefore, may, following approval

some differences between them, showing that the Spanish autonomic state has some distinctive feature if compared with German federalism. These differences were made particularly evident by the need to react towards the initiatives of the Catalan *Generalitat* in September and October 2017, which can aptly be described as a secessionist coup. The moves of the *Generalitat* had been preceded by a number of unfruitful injunctions from the Spanish Constitutional Court and the wait-and-see attitude of Mariano Rajoy's government.

After the Spanish Government lodged a complaint with Carles Puigdemont, President of the *Generalitat* and leader of the self-styled Catalan Republic, the Senate of Spain had to move to the forefront of this institutional crisis in the framework of the Article 155 procedure. The Spanish Senate is routinely described as a very weak second chamber both in structural and functional terms³⁴. As López-Basaguren put it,

«Firstly, the composition of the Senate is decisive in this incapacity to play an active role in the channelling of interests related with territorial autonomy. ... neither parties nor [Autonomous Communities have] ever felt the need to channel their territorial interests via the upper House. It is in the lower House that the interests of the ACs are channelled»³⁵.

In the light of Article 155, the Senate had to decide alone on the measures envisaged by the Spanish Government, including the removal of the Catalan executive (*Generalitat*), the dissolution of the autonomous legislature (*Parlament*) and the calling of a snap regional election³⁶. This was, however, to have important consequences. In comparison with the Congress of Deputies, the partisan composition of the Senate at that time overrepresented the right-of-centre *Partido Popular* (PP), which held a majority of seats; even more importantly, none of the 21 senators elected in the four Catalan provinces or

granted by an absolute majority of the Senate, take the measures necessary in order to compel the latter forcibly to meet said obligations, or in order to protect the above-mentioned general interests.

2. With a view to implementing the measures provided in the foregoing clause, the Government may issue instructions to all the authorities of the Autonomous Communities».

³⁴ See e.g. Josep Maria Castellà Andreu, «The Spanish Senate after 28 Years of Constitutional Experience. Proposals for Reform», in Jörg Luther, Paolo Passaglia and Rolando Tarchi (eds.), *A World of Second Chambers: Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism* (Milano: Giuffrè, 2006), 859-909.

³⁵ Alberto López-Basaguren, «The Secession Issue and Territorial Autonomy in Spain: Bicameralism Revisited», *Perspectives on Federalism* 10, n° 2 (2018): 260-261.

³⁶ By the way, the compatibility of these controversial measures with Article 155 of the Spanish Constitution has been upheld by the Constitutional Court (see Press Release no. 86/2019 of 2 July 2019).

appointed by the Catalan legislature belonged to the Partido Popular. Because of the relative weakness of the Senate and its perceived anti-Catalan attitude, the Government felt somehow forced to seek active support from other parliamentary groups. Thus, the PP engaged in negotiations regarding the application of the procedure under Art. 155 with the main opposition party, the *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE). To quote just an example, the Government was persuaded to give up its plan regarding Catalan public media and to accept that control over them would continue to rest with the *Parlament* of Catalonia³⁷.

V. CONCLUDING REMARKS

The above discussion does not aim to sketch a general theory of conflicts within federal and multi-level orders. Rather, it points at two crucial aspects. On the one hand, a tragic dimension is inherently related to federal arrangements. Devices like homogeneity clauses and provisions regulating federal intervention can be described as constitutional “stitches” trying to minimise, at least to some extent, the unsettling potential that lies at the heart of many federal compromises. On the other hand, paragraphs 3 and 4 have looked into the attempts of constitutional law to tame and channel existential challenges. Constitutional homogeneity has been described as an ordinating principle that should ensure the compatibility of the federal settlement with the very basic structure of the constitutional order, including the handling of secession crises. On the other hand, 20th century constitutionalism has strived to align last-resort mechanisms like federal interventions with some procedural safeguards. At the end of the day, the current discussion is not so much on the alternative between political and judicial solutions as on the need for the involvement of multiple centres of authority in order to reflect the inherent pluralism of the constitutional system.

³⁷ See López-Basaguren, «The Secession Issue...», 258.

ENLARGING EU COMPETENCE IN CRIMINAL
MATTERS THROUGH POLICIES.
THE ANTI-FRAUD DIRECTIVE AS A CASE STUDY*

*Ampliación de la competencia de la UE
en materia penal mediante políticas.
La Directiva antifraude como caso de estudio*

Leandro Mancano
Lecturer in EU Law
Edinburgh Law School

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp97-110](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp97-110)

Recibido: 11.05.2019

Aceptado: 21.06.2019

Abstract

The present contribution discusses the emergence of a multi-level system of criminal justice in the EU and the role of constitutional conflicts ensuing from that. Taking inspiration from Paolo Carrozza's contribution on the enduring role of Hans Kelsen, the paper analyses the enlarging of EU competences in criminal law to pursue the effectiveness of EU policies.

Keywords

Criminal justice; EU competences; Kelsen; effectiveness.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Mancano, Leandro. 2019. "Enlarging EU Competence in Criminal Matters through Policies. The Anti-Fraud Directive as a Case Study". *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 97-110. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp97-110](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp97-110).

Resumen

Se discute el surgimiento de un sistema de justicia penal en múltiples niveles en la UE y el papel de los conflictos constitucionales resultantes de ello. Inspirándose en la contribución de Paolo Carrozza sobre el papel perdurable de Hans Kelsen, el documento analiza la ampliación de las competencias de la UE en Derecho penal para perseguir la eficacia de las políticas europeas.

Palabras clave

Justicia penal; Competencia de la UE; Kelsen; eficacia.

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. THE *GREEK MAIZE* CASE. NAMELY, THE CORNERSTONE OF THE ‘FUNCTIONALIST JOURNEY’ OF EU CRIMINAL LAW. III. BUILDING PILLARS ACROSS THE EU. IV. FROM TAMPERE TO AMSTERDAM: THE HIGH-SPEED RAIL OF EU CRIMINAL LAW BY MUTUAL RECOGNITION. V. MERGING PILLARS: THE HAGUE PROGRAMME, THE *ENVIRONMENT CRIME* AND THE *SHIP SOURCE POLLUTION* JUDGMENTS. VI. THE DAY AFTER TOMORROW. VII. THE DIRECTIVE ON THE PROTECTION OF THE EU FINANCIAL INTERESTS. VIII. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION

EU criminal law is one of the most interesting areas to study the enduring influence of Kelsen’s thought on jurists and lawyers upheld by Paolo Carrozza.¹ EU criminal law has only seen an increase in the level of interaction between the Union and state legal framework. The end of the so called transitional period in 2014 following the entry into force of the Lisbon Treaty has brought about considerable changes to the legal regimes of measures of EU criminal law. Before that date, ‘third pillar’ acts² would present two main flaws: the Commission could not use its power of enforcement under article 258 TFEU against Member States’ failure of implementation; the Court of Justice of the European Union (CJEU) had no competence in issuing preliminary rulings on these acts, unless the concerned Member State had explicitly accepted it. Conversely, mentioned defects are absent from post-Lisbon rules enacted in such realm, due to the criminal law’s ‘communitarisation’ brought to completion by the Treaty reform.

The strengthened value of instruments of EU criminal law raises questions on possible conflicts between EU and state competences, on the one hand; on the other, there is the issue of Union law possibly lowering the standard of fundamental rights protection as enshrined in member states. This paper reconstructs the progressive emergence of the EU as a major role for establishing priorities in terms of criminalisation through encroaching upon member states powers. Through the example of the recently adopted PIF Directive, it also shows that the communitarisation of EU criminal law carried out by the treaty of Lisbon has not removed the possibility of conflicts between the two levels of governance.

¹ Paolo Carrozza, «Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes», in this issue.

² Namely, measures of police and judicial cooperation in criminal matters passed before the Lisbon Treaty’s entry into force.

II. THE *GREEK MAIZE* CASE. NAMELY, THE CORNERSTONE OF THE 'FUNCTIONALIST JOURNEY' OF EU CRIMINAL LAW

The coming into being of EU criminal law can be partly told through the functionalist approach endorsed by the Court of Justice. The start of this approach may be traced back to *Commission v. Greece*³ litigation, better known as *Greek Maize* case. The Court was faced with a case of fraud against Community budget by a Member State where such wrongdoing had not been criminalized. The judges, by founding their reasoning on the principle of loyal cooperation,⁴ required Member States to take all measures necessary to *guarantee the application and effectiveness of Community law*. Member States are required to comply with that principle and thus ensure that 'infringements of Community law [are] penalized under conditions, both procedural and substantive, which [are] analogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance and which, in any event, [make] the penalty effective, proportionate and dissuasive'.⁵

The Court established criteria for Member States' action. Firstly, the *principle of assimilation* was stated, namely the duty to treat Community law violations with analogous means to those they would use to address comparable violations of national law. Secondly, Member States were required to react through *effective, proportionate and dissuasive* penalties, to be enforced with the *same diligence* that applied to national situations.

Since then, the *Greek Maize* 'formula' has been heavily relied on by the ECJ in its judgments, as well as in a great deal of legislative instruments.⁶ The exceptional nature of the judgement at issue lies in recognizing to the EC an 'indirect' competence in criminal matters even before the Treaty of Maastricht.

III. BUILDING PILLARS ACROSS THE EU

The Treaty of Maastricht⁷ built the pillars-based institutional framework of EU, with the latter being conferred a competence in criminal matters, though very limited and outside Community law. However, thorny issues arose from the introduction of such a power to legislate in criminal matters. On the one hand, a plethora of measures in this area were approved; on the other, these instruments proved to be not extremely effective, and cumbersome in their adoption. Indeed, both Joint Actions and Conventions (the

³ Case C-68/88 *Commission v. Greece*, [1989] ECR 2965.

⁴ Former article 5 EC, present article 4(3) TEU.

⁵ Fn 3 above, para 23.

⁶ See Henry Labayle, «L'ouverture de la jarre de Pandore: réflexion sur la compétence de la Communauté en matière pénale» (2006) 42 *Cahiers de droit européen* 387.

⁷ OJ C 224 of 31 August 1992.

main ways used to adopt EU criminal legislature at that time) were mostly international law instruments. In that context, two main approaches emerged: the Commission would put forward a legislation *ratione functionis*, that is to say criminal law under first pillar, in order to ensure the effectiveness of Community law and policies; whereas the second, espoused by the Council and many Member States, stood in favor of a *ratione materiae* logic, so that criminal legislation should have been approved under the ‘third pillar’, if weaker.

Such discrepancy came to the fore as early as the very beginnings of EU criminal law, and exactly with regard to the fight against fraud relating to the Community budget. In particular, the well-known *Corpus Iuris* (a sort of mini-criminal code attempting to unify Member States’ laws in that subject) was at stake.⁸ However, the project never saw the light of day, and was replaced by the Convention for the protection of the financial interests of the European Communities and accompanying protocols⁹ (hereinafter, referred to as the “PIF Convention”).

IV. FROM TAMPERE TO AMSTERDAM: THE HIGH-SPEED RAIL OF EU CRIMINAL LAW BY MUTUAL RECOGNITION

The end of century saw the almost simultaneous adoption of the ‘Tampere Programme’¹⁰ and the entering into force of the Treaty of Amsterdam: the former represented the moment from which “the Union’s policy in the area of justice and home affairs has been developed in the framework of a general programme”;¹¹ on the other side, the latter bore significant novelties for EU criminal law. Most importantly, it replaced Joint Actions with the instrument of Framework Decisions. They needed no ratification by Member States and, apart from having no direct effect, presented the same wording as Directives in the Treaty. EU criminal law was being provided with a considerable, Community-oriented tool.

The phase started with the Tampere Programme coincided with the so called ‘second wave of third pillar’¹². As said, the first wave – consisting of

⁸ Mireille Delmas-Marty and John Vervaele (eds), *The implementation of the Corpus Iuris in the member states: penal provisions for the protection of European finances* (Antwerp: Groningen; Oxford, Intersentia, 2000).

⁹ OJ C 316/49, 27.11.1995; OJ C 313, 23.10.1996 OJ C 195, 25.6.1997; OJ C 151, 20.5.1997; OJ C 221, 19.7.1997.

¹⁰ Tampere European Council, 15 and 16 october 1999, Presidency Conclusions.

¹¹ Thereby the Hague Programme (see below) stipulated at para 1.

¹² Valsamis Mitsilegas «The third wave of third pillar» (2009) 34 *European Law Review* 523.

weaker legislative instruments such as Conventions and Joint Actions – stemmed from the Maastricht Treaty had not been accompanied by guidelines or programmatic document. Whereas the second wave can be seen as a momentum flowing from the born of a European criminal policy. As a result, these two pathways may not be decoupled. Conversely, a *fil-rouge* linked Tampere to Amsterdam, namely the building of an area of freedom, security and justice by means of mutual recognition of judicial decisions. The Treaty of Amsterdam referred to the development of the Union as an ‘area of freedom, security and justice’ as a fundamental objective¹³ and incorporated the *Schengen acquis* into Community/European Law¹⁴.

This development went hand in hand with the ‘journey’ dating from 1998, when the UK government, during its EU Presidency, put forward the idea of applying the principle of mutual recognition to criminal law. This proposal was followed by the well-known Tampere Programme, where the European Council adopted the principle of mutual recognition as ‘the cornerstone’ of judicial cooperation in criminal matters. Many EU measures in criminal matters saw the light in that period, both substantial and procedural. Admittedly, the new wording of the Treaty as to the Justice and Home Affairs Law mirrored the key-features of Tampere Programme, in so far as a major convergence to the aim of judicial cooperation seemed to emerge, at that time. As Weyembergh rightly stated, ‘the only function of approximation [of substantial criminal law] which ha[d] received some attention is the auxiliary function, supporting judicial cooperation’.¹⁵ Against that backdrop, significant instruments such as the Framework Decision on European Arrest Warrant¹⁶ were adopted. Furthermore, the conjunction between ‘pillar approximation’ and ‘pillar dialogue’ brought about noteworthy results. First and foremost, the Commission’s initiative to adopt criminal rules against fraud under Community legal basis.¹⁷ Albeit the proposal was not adopted, other important anti-fraud related instruments were passed, such as the Framework Decision on confiscation of crime-related proceeds, instrumentalities and property,¹⁸ the Framework Decision on money laundering.¹⁹

¹³ See former article 2, Treaty of the European Union.

¹⁴ See Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law* (Oxford, Hart Publishing, 2009) 13-14.

¹⁵ Anne Weyembergh, «Approximation of Criminal Law, the Constitutional Treaty and the Hague Programme» (2005) 42 *Common Market Law Review* 1574 onwards.

¹⁶ OJ L 190/1 18.7.2002.

¹⁷ ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the criminal-law protection of the Community’s financial interests’, Brussels 23.5.2001, (COM) 2001 272 final.

¹⁸ OJ L 68/49, 15.3.2005.

¹⁹ OJ L 182/1.

Such ‘pillars dialogue’ involved another Community polices, with the Commission putting forward a Directive on the protection of environment through law.²⁰ However, the proposal ended up being adopted as a Framework Decision, because of the opposition of the Council.²¹ Question as to a ‘silent’ expansion of EU competence in criminal matters were arising, fostered by a peculiar legislative technique used at the time. According to the *double-text mechanism*, two ‘twin’ instruments were concurrently adopted: a Community measure regulating the conduct was complemented by a ‘third pillar’ act, introducing sanctions.

V. MERGING PILLARS: THE HAGUE PROGRAMME, THE ENVIRONMENT CRIME AND THE SHIP SOURCE POLLUTION JUDGEMENTS

As for the shaping of EU criminal competence through policies is concerned, the Directive²² and the Council Framework Decision on ship source pollution are to be recalled.²³ In the 2005 Hague Programme²⁴ and follow-up documents,²⁵ the EU institutions made it clear that “[t]he approximation of substantive criminal law serves the [to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters] and concerns areas of particular serious crime with cross border dimension”.²⁶

‘Pillars dialogue’ turned into a duel when the Commission decided to bring an action before the ECJ for annulment of the Framework Decision on the protection of environment through criminal law.²⁷ More precisely, it held that Articles 1 to 7 (defining the offenses) should have been adopted according to a Community legal basis, rather than under the ‘third pillar’ one. Conversely, the Member States and the Council stated that, in the light of criminal

²⁰ COM (2001) 139 final, Brussels 13 November 2001.

²¹ OJ L29/55, 5.2.2003

²² OJ L 255/11, 30.9.2005.

²³ OJ L 255/211, 29.9.2005.

²⁴ OJ C53/1, 3.3.2005.

²⁵ By way of example, see Council and Commission Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice, Brussels 12.8.2005, OJ 2005/C 198/1. Communication from the Commission to the Council of the European Parliament of 10 May 2005 – The Hague Programme: ten priorities for the next five years. The partnership for European renewal in the field of Freedom, Security and Justice, COM (2005) 184 final. For other related documents see on http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_en.htm

²⁶ Fn 25 above, Para. 3.3.2.

²⁷ Case C-176/03, *Commission c. Council*, [2005] ECR I-07879.

law significance for national sovereignty, EC competences should have been explicitly conferred upon in the Treaty. The Luxembourg judges struck down the Framework Decision, by embracing the Commission's stance. Firstly, the Court referred to Articles 29 and 47 TEU, which stated respectively that third pillar action must be 'without prejudice to the powers of the European Community and that nothing in the EU Treaty [would] affect the Treaties establishing the European Communities'. On that ground, the ECJ established a hierarchy among the pillars and recognized the primacy of Community law. It followed that, according to the 'functionalist' perspective adopted by the Court, EC criminal competence could be found, if needed to ensure fundamental Community objective (as the environment protection was).

This ground-breaking judgment triggered a knock-on effect. The Commission challenged one important instance of 'pillars dialogue', namely the Framework Decision on ship-source pollution.²⁸ The Commission, as in the *Environment crime case*,²⁹ argued that part of the Framework Decision (in particular, Articles 1 to 10) should have been adopted under the 'first pillar' legal basis³⁰ and, owing to the indivisible nature of the same act, it should have been annulled. The ECJ annulled the Framework Decision. The Court's ruling primarily recognized that the Community's authority on criminal matters is exceptional and restricted, on one hand; on the other, it reiterated the hierarchy established in Case C-176/03, by using article 47 TCE as a shield of 'first pillar' supremacy. The ECJ elaborated on such a statements according to a 'functionalist' logic, and reaffirmed the EC competence 'when the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is an essential measure for combating serious environment offences, in order to ensure that the rules which it lays down in that field are fully effective'³¹. The Court clarified the breadth and the depth of Community powers in criminal matters, by denying any Community entitlement to determine the level of penalty to be applied by Member State,³² and stipulating that EC rules on criminal law encountered the limit of direct effect. As a result, such measure could have been adopted only by means of directives.³³

²⁸ Case C-440/05, *Commission c. Council*, [2007] ECR I-09097. See Communication on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005' COM (2005) 583 final/2, Brussels, 24.11.2005

²⁹ For a commentary of the judgments, *inter alia*, see; Elisavet Symeonidou-Castanidou, «Ship-Source Marine Pollution: the ECJ Judgements and their Impact on Criminal Law» (2009) 17 *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 335.

³⁰ That is to say, Article 80(2) TEC relating to the common transport policy.

³¹ Fn 28 above, para 60.

³² Fn 28 above, paras 70 and 71.

³³ Fn 28 above, para 66.

VI. THE DAY AFTER TOMORROW

While leaving a number of questions unanswered, the judgment is unambiguously considered as a milestone of EU law broadly speaking. The follow-up was twofold: firstly, directives harmonising criminal laws were adopted.³⁴ Shortly after, the Treaty of Lisbon entered into force,³⁵ legitimating the ‘functionalist’ understanding of EU criminal law. Indeed Article 83(2) TFEU states that ‘[i]f the approximation of criminal laws and regulations of the Member States proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonisation measures, directives may establish minimum rules with regard to the definition of criminal offences and sanctions in the area concerned’.³⁶

The EU, if intending to pose criminal obligations on Member States also with regard to the type and the level of penalties, has been provided with appropriate instruments. As a result, instances of further spill-over effect in EU criminal law (as the two described judgments) should not be expected. However, also in the light of the foregoing, such a statement might legitimately be questioned. The Court has not shied away from stretching the wording and the meaning of the Treaty provisions for reasons related to Union policy objectives. Now that the Treaty of Lisbon has introduced an explicit – albeit somewhat ambiguous – legal reference to this end, might EU ‘functional’ criminal rules (completely) outside Article 83(2) TFEU be envisaged?

VII. THE DIRECTIVE ON THE PROTECTION OF THE EU FINANCIAL INTERESTS

The PIF Directive is a good example of post-Lisbon dialogue between the EU and member states on criminal law competences and fundamental rights protection. Three preparatory documents explain the EU’s view on the PIF Directive: the Impact Assessment (IA),³⁷ the explanatory memorandum of the proposal and the European Parliament (EP) report.³⁸ The IA starts with a

³⁴ OJ L 328/28, 6.12.2008; OJ L280/52 of 27.10.2009.

³⁵ OJ C 306 of 17 December 2007.

³⁶ Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011) at 762 et seq. see also Alessandro Bernardi, *L’harmonisation pénale accessoire*, in *Le droit pénal de l’Union Européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* (Paris, Société de la législation comparée, 2012) at 153-184.

³⁷ See in particular Commission Staff Working Paper, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law, SWD (2012) 196.

³⁸ EP report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting by crim-

remark on the strong obligation for the EU and the member states to protect the Union's financial interests. The shortcomings of the current legal framework would lie in the little dissuasive effect of the existing provisions and the uneven level of enforcement and implementation. The goal of effectiveness by deterrence is to be achieved by: extending the range and types of offences; harmonizing the sanctions, currently too low and diverse amongst member states.³⁹ The foregoing summarises the Union approach to the use of criminal law and custodial penalties. On the one hand, an area of free movement is sustainable so long as a common set of rules is established. Potential wrongdoers are therefore deprived of the choice of forum: namely, the possibility to move where offending is more convenient due to low enforcement rate, mild penalties or narrow definition of the punished conducts. On the other, criminal law can unfold its deterring potential through the threat of harsh sanctions such as imprisonment.

The Commission identified a directive and a regulation as the two most appropriate legislative instruments to be adopted.⁴⁰ While the former was eventually preferred because less intrusive, the latter – and the enactment of EU directly applicable rules in criminal law – was not regarded as unlawful. Quite the contrary, a regulation would comply with the EU law proportionality principle, owing to the great relevance of the interests at stake.⁴¹

That being so, the Commission's proposal opted for Article 325(4) TFEU as its legal basis, stating that 'The fight against illegal activities affecting the Union's financial interests is a very specific policy area [where] the Union has a broad array of tools at its disposal'.⁴² The EP voiced its disagreement,⁴³ and secured a change of the legal basis to Article 83(2) TFEU in the final version of the text. The EP considered Article 83(2) TFEU *lex specialis* to Article 325(4) TFEU. The *travaux préparatoires* of Article 83(2) TFEU show that the latter provision was considered an appropriate legal basis 'in the context of the protection of the EU's financial interests'.⁴⁴ Additionally, Article 86 TFEU contains a provision on the establishment of a European Public Prosecutor's office 'in order to combat crimes affecting the financial interests

inal law, and replacing Council Framework Decision 2000/383/JHA (COM(2013)0042 – C7-0033/2013 – 2013/0023(COD), A7-0018/2014, 10.1.2014.

³⁹ Fn 38 above, paras 1-3.

⁴⁰ To be thorough, the options initially presented were five, with three of them being ruled out due to their inefficacy (see Para 4).

⁴¹ Although, the document clarifies, 'the intrusiveness and fundamental rights impact is higher than [a Directive] for no noticeably higher positive financial impact' (para 4.1.).

⁴² Para 3.1.

⁴³ See the Report, p 30 onwards.

⁴⁴ Para 3.

of the Union'. The protection of EU's financial interests, therefore, is by no means covered under the sole Article 325 TFEU.

The disappearance, in Article 325 TFEU, of the mentioned prohibition provided by Article 280(4) EC can be explained by the communitarisation of criminal law competence. Preventing EU measures on fraud from affecting national criminal systems would not make sense, within the current institutional framework. Opting for a different legal basis would result in eluding the procedural guarantees set in Article 83(2) TFEU.⁴⁵ The dispute over the legal basis reveals the importance of policy legal basis outside the provisions in the Treaties strictly devoted to criminal law. The IA reveals that the issue behind that discussion concerns possible the direct application of EU rules in criminal law and the circumvention of the constraints posed by the EU legislature in Article 83 TFEU. This results in issues of proportionality – which the Commission deemed complied with – and legal certainty.

The Commission explained the choice of imprisonment and a minimum threshold of deprivation of liberty by arguing that '[e]conomic crime is typically an area where criminal sanctions can have a particularly deterrent effect, as potential perpetrators can be expected to make a certain calculation of risks before deciding to engage in such criminal activities'.

Issues of legal certainty arise from the dispute on the legal basis and the thresholds of punishment laid down in the Directive. The use of Article 325 TFEU was meant to promote the enlargement of EU competences in criminal law through effectiveness of Union's policies;⁴⁶ a dynamics well-known from the *Greek Maize*, the *Environment Crime* and *Ship-Source Pollution* cases. While this debate might appear as pure speculation after the Directive was adopted pursuant to Article 83 TFEU, recent development suggests that quite the opposite is true. The recourse to policy-based – rather than area-specific – legal base is not limited to Article 325 TFEU.⁴⁷

In a 2014 judgment⁴⁸ concerning Directive 2011/82/EU⁴⁹ on exchange of information between Member States on specific driving offences, the CJEU

⁴⁵ Namely, the requirements for harmonising measures to be essential, to establish only minimum rules and to be subject to the so called 'emergency brake' provided by Article 83(4).

⁴⁶ As to the competence creep, see Stephen Weatherhill, «Competence creep and competence control» (2004) 23 *Yearbook of European Law* 1.

⁴⁷ For a complete reconstruction of the argumentations concerning the relationship between Articles 325 and Article 83 TFEU, see Martin Böse, «La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale» (2009) *Criminalia* 267.

⁴⁸ Case C-43/12, *European Commission v European Parliament, Council of the European Union*, EU:C:2014:298.

⁴⁹ OJ L 288/1, 5.11.2011.

found in favour of the Commission and stated that the Directive should have been adopted pursuant to Article 91 TFEU, rather than Article 87(2) TFEU. The two legal bases cover transport policy and police co-operation respectively. The CJEU's consistent preference for the policy legal basis – rather than the criminal law-specific one – should not be overlooked.

More closely related to the protection of Union's financial interests, the *Taricco* saga on Article 325 TFEU has revamped the debate on direct applicability of EU law resulting in establishment of individual criminal liability. At stake was the Italian law on the statute of limitation for VAT offences. The CJEU stated that a short statute of limitation like the one laid down in the Italian law would affect states' obligations under Article 325(1) and (2) TFEU, where that law would: prevent the imposition of dissuasive and effective penalties in a considerable number of cases; provide a longer period of limitation for fraud against the financial interest of the state. The Court stated the obligation for national judges to disapply those rules, if needed to ensure the effectiveness of Article 325(1) and (2) TFEU. The judgment sparked a fierce debate, with – especially Italian – lawyers concerned that the ruling might result in direct establishment of criminal liability through EU law and circumvention of the principle of legal reserve (or *nulla poena sine lege parlamentaria*) established in Article 25(2) of the Italian Constitution.

The issue arrived before the Italian Constitutional Court, which referred three questions to the CJEU asking – for what is concerned here – whether the obligation of disapplication stated in *Taricco* should be upheld even where that would be at variance with the overriding principles of the constitution of the member state concerned or with the inalienable rights of the individual conferred by the constitution of the member state. The CJEU reaffirmed the obligation, unless that disapplication entailed a breach of the principle that offences and penalties must be defined by law because of the lack of precision of the applicable law or because of the retroactive application of legislation imposing conditions of criminal liability stricter than those in force at the time the infringement was committed.⁵⁰ While the Court seemed to retreat in *Taricco II*, it did so without relying on the principle of legal reserve. Consistently with its consistent case-law,⁵¹ the CJEU focussed on foreseeability, legal precision and non-retroactivity.⁵²

⁵⁰ Case C-42/17, *Criminal proceedings against M.A.S. and M.B.*, EU:C:2017:936, para 62.

⁵¹ Case C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, [1987] ECR 03969, para 13; Case C-68/95, *Arcaro*, [1996] ECR I-06065, para 36-37; joined Cases C-74/95 and 129/95, *X*, [1996] ECR I-06609, para 25; Case 384/02 *Knud Grøngard*, [2005] ECR I-09939, para 29-30; joined Cases 387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi and other*, [2005] I-03565, para 74.

⁵² Fn 50 above, para 49.

The adoption of a criminal law Regulation – explicitly regarded as proportionate by the Commission⁵³ – and the scenario envisaged in *Taricco* are different. They both, however, reveal the uniqueness of custodial penalties in EU law: imposition of imprisonment terms through direct application of Union rules for reasons of effectiveness. The CJEU’s argued that criminal liability deriving from direct applicability of Article 325 TFEU/disapplication of rules on prescription have a procedural effect, whereas the principle of legality would regard substantive criminal law. The argument is too formalistic. Furthermore, it might be objected that the obligation refers to effective and dissuasive sanctions broadly. The previous discussion revealed, however, that no penalties are considered as effective and dissuasive as those entailing deprivation of liberty.

VIII. CONCLUSIONS

The dialogue between the EU institutions and member states on EU criminal law shows the difficulties in allocating competence on the best-placed level of governance. It also reveals conflicts that can arise when it comes to different understanding of very important fundamental rights. The dispute over the legal basis has brought to the fore once again the issue of the bypassing of the limits settled by the Treaty and the enlargement of EU criminal competences through policies. A sort of circularity seems to surface: a certain policy is outweighed because the legal basis prioritizes it; and the other way around, the same policy serves to ‘pick’ the legal basis, which is in turn used to extend EU competences. Indeed, to require no ‘essentiality’ for enacting criminal measures, or to deprive Member States of the ‘emergency brake’ would amount to strikingly empower the EU in this respect. However, what it is most important remained unsaid in the institutional dialogue above described. The potential groundbreaking stays behind the concerns voiced by the EP, and regards the proposal of directly applicable criminal rules. As shown, the impact assessment implicitly accepted such a possibility, referring to a hypothetic penal regulation as ‘a single, immovable set of rules [...] with exhaustive definitions of offenses and rigid sanction types and levels [...] that Member States’ authority would apply directly’ (emphasis added).⁵⁴ Apart from being difficult to imagine how Member States could apply it directly (particularly as far as the penalties is concerned⁵⁵), the CJEU’s case

⁵³ Samuli Miettinen, *Implied ancillary criminal law competence*, (2013) 3 *European Criminal Law Review* 194.

⁵⁴ See the impact assessment, para 4.2.

⁵⁵ Indeed, to require ‘imprisonment’, by way of example, could not suffice. In Italy, for instance, there are different types of imprisonment, depending on the type of crime committed.

law has consistently excluded that criminal liability can be established or aggravated directly on the basis of EU rules. However the Court, grounding its decisions on legal certainty and non-retroactivity,⁵⁶ has brought about a somewhat 'autonomous' concept of principle of legality, so stand stilling and innovating in the same breath. This is even more true on looking at Member States' that recognize the *nulla poena sine lege parlamentaria* as a constitutional principle. The *Taricco* saga, concerning the direct applicability of Article 325 TFEU to trump national criminal law at the expenses of the individual, confirms the Court's consistent approach.

Should the EU be conferred upon the power to adopt directly applicable criminal rules, one might find that a complete (and, perhaps, definitive) integration as with criminal law would be achieved, given the paramount task which the principle of direct effect has performed in promoting the EC/EU project from *Van Gend en Loos* onwards.⁵⁷

⁵⁶ Case C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, [1987] ECR 03969, para 13; Case C-68/95, *Arcaro*, [1996] ECR I-06065, para 36-37; joined Cases C-74/95 and 129/95, *X*, [1996] ECR I-06609, para 25; Case 384/02 *Knud Grøngard*, [2005] ECR I-09939, para 29-30; joined Cases 387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi and other*, [2005] I-03565, para 74.

⁵⁷ Case C-26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR.

CONSTITUTIONS, OPENNESS AND COMPARATIVE LAW*

Constituciones, apertura y Derecho comparado

Giuseppe Martinico¹

Associate Professor of Comparative Public Law
Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna, Pisa

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp111-124](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp111-124)

Recibido: 11.05.2019

Aceptado: 21.06.2019

Abstract

Openness and resistance are essential keywords to understand the essence of the so-called post-totalitarian constitutionalism. Indeed, according to Carrozza, there are three critical points that marked the evolution of Western constitutionalism. First, the distinction between constituent power and constituted power; second, the notion of the constitution as “higher law”, which ushers in the possibility of the judicial review of legislation; third, the tension between universal aspirations and national/territorial identities. This article will deal with constitutional openness understood as one of the pillars of post-totalitarian constitutionalism.

* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Martinico, Giuseppe. 2019. “Constitutions, Openness and Comparative Law”. *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 111-124. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp111-124](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp111-124).

¹ Associate Professor of Comparative Public Law at the Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna, Pisa. Research Fellow at the Centre for Studies on Federalism, Turin. Honorary Professor at the European Law Research Centre of the Henan University. Many thanks to Filippo Fontanelli for his comments. This article is part of the Project Jean Monnet Module “Eur.Publ.IUS” (European Public Law-IUS), <https://www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius>.

Keywords

Constitutional Law; openness; comparative law.

Resumen

La apertura y la resistencia son palabras clave esenciales para comprender la esencia del llamado constitucionalismo post-totalitario. De hecho, según Carrozza, hay tres puntos críticos que marcaron la evolución del constitucionalismo occidental. Primero, la distinción entre poder constituyente y poder constituido; segundo, la noción de la constitución como «ley superior», que abre la posibilidad de una revisión judicial de la legislación; tercero, la tensión entre las aspiraciones universales y las identidades nacionales / territoriales. Este artículo tratará sobre la apertura constitucional entendida como uno de los pilares del constitucionalismo post-totalitario.

Palabras clave

Derecho constitucional; apertura; Derecho comparado.

SUMARIO: I. INTRODUCTION: OPENNESS AND POST-TOTALITARIAN CONSTITUTIONALISM. II. THE CONCEPT OF OPENNESS ADOPTED IN THIS ESSAY AND SOME OF ITS MANIFESTATIONS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW. III. INTERNATIONALISATION OF CONSTITUTIONS AND OPENNESS. IV. VALUE-BASED OPENNESS AND MODERN CONSTITUTIONS.

I. INTRODUCTION: OPENNESS AND POST-TOTALITARIAN CONSTITUTIONALISM

Paolo Carrozza's reflections on Kelsen's work and his never-ending influence over the community of constitutional lawyers² are a piece of a broader puzzle. Carrozza's article is but a segment of a long thread of works in which he has dealt with the interaction between national (constitutional) and supranational/international legal systems, especially after WWII. Openness and resistance are essential keywords to understand the essence of the so-called post-totalitarian constitutionalism. Indeed, according to Carrozza, there are three critical points that marked the evolution of Western constitutionalism. First, the distinction between constituent power and constituted power; second, the notion of the constitution as "higher law", which ushers in the possibility of the judicial review of legislation; third, the tension between universal aspirations (redolent of the Enlightenment's rationalism) and national/territorial identities. Building on these three central pillars, Carrozza introduced what he termed the "openness" of Western constitutions (especially in Europe):

"This new 'openness' in Western, and in particular European constitutionalism, is well described by Zagrebelsky. For him, the mildness and softness of the constitution is explicable in terms of its determination to express the aspiration of living together – to arrange the cohabitation of principles and values, which, if conceived in an absolutist way, would be irreconcilable. In order to lend concreteness to these sentiments, we must re-introduce two distinctions that twentieth-century Western constitutionalism sought to elide: the separation between the law meant as the narrow legal rule 'posited' by the legislator and human rights as inherent in individuals – and the separation between the law and justice, the latter conceived of as an aspiration based on the reconciliation of deep principles of political morality. The 'openness' in post-modern constitutionalism may be intended, according to Spadaro, as precisely the re-awakening and re-sensitization of the legal/political system to a superior human aspiration

² Paolo Carrozza, "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes", in this issue.

to justice, one that challenges the closure of a positivist legal/political system in which justice is reduced to formal legality. Not relativism, but reasonableness and proportionality, is the leitmotif of post-modern constitutionalism”.³

Openness, in this essay, indicates a constitutionally-sanctioned responsiveness of the national system towards external legal sources. In other words, the legal order is not tightly isolated from the norms that are not produced by the law-making actors empowered by the constitution (which, accordingly, come with the seal of democratic legitimacy).

The Italian constitution belongs to a group of constitutions that Mortati called “constitutions born from the Resistance”.⁴ These constitutional documents were designed with a clear intent to reject and bypass all the “values” (or anti-values) that had characterised the totalitarian era. In this group of “constitutions born from the Resistance”, Mortati also included other specimens, like the French constitution (IV Republic) and the German one. As Carrozza⁵ pointed out, there are some possible additions to this group, most notably the Portuguese, Spanish and Greek constitutions drafted in the 1970s.

This value-laden aspect is peculiar to many constitutions that emerged from the Resistance. They resulted from a political compromise among very different democratic forces. These forces had, as their only point in common, the rejection of totalitarianism. Some of these constitutions (including the Italian one) advocate the need for new societal models and abound in declarations of principle, reflecting the wish to break with the past. In some cases, these so-called “promised revolutions”⁶ have remained solely on paper. One of the prominent members of the Italian Constituent Assembly, Piero Calamandrei, bitterly acknowledged as much with regard to many provisions of the Italian constitution, a few years after it came into force.⁷

³ Paolo Carrozza, “Constitutionalism’s Post-modern Opening”, in Martin Loughlin and Neil Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford, Oxford University Press, 2007) 169 et seq. 182.

⁴ Costantino Mortati, *Lezioni sulle forme di governo* (Padua, Cedam, 1973), at 222 et seq.

⁵ Paolo Carrozza, “Constitutionalism’s Post-modern Opening” cit., at 180.

⁶ Calamandrei wrote about a “promised revolution”, as opposed to the failed revolution that had been sought by the Leftist forces, hinting at a more radical rupture with the past. Piero Calamandrei, “Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori”, in Piero Calamandrei and Alessandro Levi (eds), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* (Florence, G. Barbèra, 1950), now in Piero Calamandrei, *Scritti e discorsi politici* (Florence, La Nuova Italia, 1966) vol. II, 421 et seq.

⁷ Piero Calamandrei, “La Costituzione e le leggi per attuarla”, in AA.VV., *Dieci anni dopo: 1945-1955* (Rome-Bari, Laterza, 1955), reprinted in *Opere giuridiche* (Naples, Morano, 1965) III, 553 et seq.

The programmatic character of these documents did not just point to new ways of shaping the values and premises of the social life within the national boundaries. The original drafters of these constitutions born from the Resistance proposed the codification of values that should inspire the life and contribution of their nations to the international community. In this latter sense, these constitutions displayed a feature of outward-looking openness.

II. THE CONCEPT OF OPENNESS ADOPTED IN THIS ESSAY AND SOME OF ITS MANIFESTATIONS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW

As mentioned earlier, openness is one of the distinctive traits of these constitutions. It is possible to find the seeds of this constitutional stance even earlier, looking back at the process that, in the thirties, Mirkiné-Guetzévitch called the “internationalization of modern constitutions”.⁸ In other words, openness apparently belongs to the core of the “nouvelles tendances du droit constitutionnel” that emerged in the inter-war period.⁹ Something similar might be argued with regard to the connection between flexibility (in this context understood as ability to adapt) and constitutionalism. This connection has been explored in the literature, with specific attention to what scholars term “evolutionary constitutionalism”.¹⁰

Constitutional openness might present itself in different forms. Constitutions can signal a system’s permeability to general international law only (customary international law and general principles), or also to treaty law. Among the constitutions that open up to treaty law, some treat human rights treaties with special regard, due to the subject-matter affinity between the constitutional and international documents. The constitutions of Spain and Portugal, as explained below, are good examples.

This kind of openness, well-researched in the literature,¹¹ can perform two constitutionally relevant functions. On the one hand, it may lock-in the original pact codified in the constitution, referring to an external constraint to guarantee the rights enshrined in the *Verfassung*. The Dutch case is

⁸ Boris Mirkiné-Guetzévitch, *Les Nouvelles tendances du droit constitutionnel* (Paris, Giard, 1931), at 48 et seq.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Giuseppe Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell’Unione* (Rome, Aracne, 2011), at 27 et seq.

¹¹ Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures” (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 579 et seq.

emblematic from this perspective. In the Netherlands, the constitutional reform of 1953 introduced, among other things, Article 94¹² of the *Grondwet*, which empowers national judges to disapply national law in conflict with international treaties, primarily the European Convention of Human Rights. This is the process described above as “lock-in,” buttressing constitutional rights through external legal instruments. On the other hand, constitutional openness can also perform a transformative function, injecting new blood into the constitutional text. For instance, reference or openness to human rights treaties entail an automatic updating of the list of rights included in a constitutional text, dictated by the potential evolution of the international source, and make the domestic source more adaptive to the new needs of the society. Again, the Dutch example is crucial and the openness of the *Grondwet* has been cited as reason why amendments to its first part are ultimately unnecessary.¹³

The elasticity (or porousness) of the original text knows some limitations, of course. Many of these constitutions contain a group of core principles that cannot yield to external pressure. A breach of these principles would be tantamount to misplacing the axiological foundations of their legal orders. At the national level, constitutional law scholars describe this set of principles in different ways, e.g., the “Republican form” (“*forma repubblicana*”¹⁴) in Italy and the eternity clause (“*Ewigkeitsklausel*”¹⁵) in Germany.¹⁶

The degree of openness of a constitutional document does not flow only from its provisions on the domestic effects of external laws, but also from its rules on participation in the international community. These latter norms reflect an axiological continuity between the principles and values that

¹² “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions”. On constitutional openness in the Netherlands see: Barbara Oomen, “Strengthening Constitutional Identity Where There Is None: The Case of the Netherlands” (2016) 77 *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 235 et seq. Gerrit Betlem and André Nollkaemper, “Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation” (2003) 14 *European Journal of International Law* 569 et seq.

¹³ See Barbara Oomen, “Strengthening Constitutional” cit., at 245 and Janneke Gerards, “The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It” (2016) 77 *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 207 et seq.

¹⁴ Art. 139 of the Italian constitution.

¹⁵ Art. 79 paragraph (3) of the Basic Law (Grundgesetz-GG) for the Federal Republic of Germany.

¹⁶ For an overview of these clauses, see Francesco Palermo, *La forma di stato dell’Unione europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale* (Padua, Cedam, 2005).

govern the life of a national polity and those that characterise the international community. In other words, “open” constitutions have never accepted that the promotion of their fundamental values stop at their borders. In fact, even when the constitutional provisions expressly refer to “citizens”, the constitutional courts have frequently extended the effects of these norms to non-citizens, most often in the field of fundamental rights protection.¹⁷ Open constitutions seek to govern the activity of domestic actors even beyond the national territory, promoting the national values in the post-national field. In this context, the Italian example is symptomatic of a broader trend.¹⁸

Nowadays, because of their constitutional openness, national constitutions do not provide an exhaustive list of fundamental rights. According to Saiz Arnaiz,¹⁹ this textual deficiency motivates the reference to international and supranational law, to ensure the protection of certain constitutional goods. For instance, in Italy, it was thought that the general clause of protection of fundamental rights of Article 2 of the Constitution is an “open” norm.²⁰ This reading of Article 2 has allowed the Constitutional Court to recognize and guarantee new and “third generation” rights (the right of privacy, the right to a healthy environment, the right to participation in cultural heritage) and keep the Constitution up-to-date with respect to evolving principle of individual protection (“*principio personalista*”).

III. INTERNATIONALISATION OF CONSTITUTIONS AND OPENNESS

In the 1990s, commenting upon some provisions of the constitutions of Central-Eastern European countries, Eric Stein noted “paradigm of progressive internationalization of constitutions”.²¹ That trend participated in a broader pattern of constituent processes influenced in part or in whole by the

¹⁷ This is the Italian case, for instance, see decision no. 432/2005, available at: www.cortecostituzionale.it

¹⁸ See: Antonio Cassese, “Modern Constitutions and International Law” (1985) *Revue des Cours* III, 331.

¹⁹ Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Madrid, CEPC, 1999).

²⁰ Art. 2 of the Italian constitution: “The Republic recognizes and guarantees the inviolable rights of the person, both as an individual and in the social groups where human personality is expressed”.

²¹ Eric Stein, “International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitutions?” (1994) 88 *American Journal of International Law* 427 et seq., at 429.

international community,²² which lie at the origin of what Cope now terms “intermestic constitutionalism”²³.

The case of the Central-Eastern European constitutions and the cases of the German and Italian constitutions share the same attitude of openness, as recalled, among others, by Cassese and Stein.²⁴ Within this trend of internalisation of modern constitutions, the case of the Republic of Weimar represented a starting point. The Preamble of the Weimar constitution makes it clear that its origins lie in the atrocities of World War I: (“The German people, united in its tribes and inspired with the will to renew and strengthen its

²² Andrea Lollini and Francesco Palermo, “Comparative Law and the ‘Proceduralization’ of Constitution-Building Processes” in Julia Raue and Patrick Sutter (eds.), *Facets and Practices of State-building* (Leiden, Boston, MA, Brill/Martinus Nijhoff, 2009) 301 et seq.

²³ “Intermestic constitutionalism demonstrates how international and domestic constitutionalism can exist side-by-side, that is, how a single constitution can be at once transnational and indigenous. More important, intermestic constitutionalism shows that under certain conditions, these dual influences will methodically impact the two main components of constitutions – human rights provisions and structural/institutional framework; transnational forces tend to affect human rights, and indigenous influence tends to dominate structural arrangements. The idea that both international and domestic forces can influence constitutions is hardly new, but the notion that these forces simultaneously impact constitutional components in predictably distinct ways is novel”, Kevin L. Cope, “The Intermestic Constitution: Lessons from the World’s Newest Nation” (2013) 53 *Virginia Journal of International Law* 667, 670.

²⁴ Antonio Cassese, “Modern Constitutions” cit., at 351. In the words of Stein: “Antonio Cassese conjures up another, related correlation between the efforts to establish democracy following the defeat of an authoritarian system in a war and revolution, on the one hand, and what he terms ‘the opening of state constitutions’ to the international community generally and international law in particular, on the other. Writing in 1985, he perceived four historic stages: the first extending from 1787 to World War I; the second, from the Weimar Constitution of 1919 to World War II; the third, from the French Constitution of 1946 to the late 1950s; and the fourth starting in the early 1960s. The United States Constitution of 1789, written after a revolutionary war against a monarchy, was the first milestone on this historic continuum ... After more than a century, and another war and revolution against a monarchy the short-lived democratic Weimar Constitution of 1919 made ‘generally recognized rules of international law’ a part of federal law. This formula was extended (after still another war) in the 1949 Basic Law of the Federal Republic of Germany so as to make general international law superior to legislation and directly invocable by individuals ... The 1931 Constitution of the democratic, socialist Spanish Republic took the lead by establishing for the first time in history the precedence of treaties over ordinary legislation, enforceable by a Constitutional Court—a solution embraced in substance after almost half a century of war and dictatorship by the new Spanish Constitution of 1978. The Constitutions of 1946 and 1958 restructuring post-World War II democratic France carried on the idea of treaties’ superiority over legislation, subject, however, to the perplexing new requirement of reciprocity—a pattern followed by the Francophone countries of Africa”, Eric Stein, “International Law in Internal Law” cit., at 427-429.

Reich in liberty and justice, to serve peace inward and outward and to promote social progress, has adapted this constitution”), and so did Article 227 of the Treaty of Versailles, the wording of which spoke of “a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties”.²⁵

This combination of factors generated a series of norms designed to attract into the constitutional discipline both the internal and external dimensions. On the one hand, Article 4 of the Weimar constitution acknowledged that “the generally recognised rules of international law are valid as binding elements of German Reich law”. Another relevant provision is Article 162, which states that “the Reich advocates an international regulation of the rights of the workers, which strives to safeguard a minimum of social rights for humanity’s working class”.

Provision such as Article 162 are based on the attempt to create a parallelism of values between the domestic and international spheres: “the Reich advocates an international regulation of the rights of the workers, which strives to safeguard a minimum of social rights for humanity’s working class”. Another important novelty, that inspired the Spanish constitution of 1931, was the progressive involvement of the parliament in the foreign affairs.²⁶

Indeed, the Spanish constitution of 1931 contained a number of interesting provisions, starting with Article 7 (“The Spanish State shall abide by the universal norms of international law, including them in its positive law”²⁷). Above all, of note is Article 65, which considered “all international conventions ratified by Spain and registered in the League of Nations and in the nature of international law” as “a constitutive part of Spanish legislation”. This way, the Spanish constitution created a clear obligation for the national

²⁵ The Versailles Treaty June 28, 1919: Part VII, Art. 227, text available at: avalon.law.yale.edu/imt/partvii.asp

²⁶ Antonio Cassese, “Politica estera e relazioni internazionali nel disegno emerso alla Assemblée Costituente” in Ugo de Siervo (ed), *Scelte della Costituente e cultura giuridica. I: Costituzione italiana e modelli stranieri* (Bologna, Il Mulino, 1980) 505 et seq., at 519. See Art. 35: “Reichstag establishes a standing committee for foreign affairs, which also meets when Reichstag is not in session, after the term is expired or after Reichstag has been dissolved, until a new Reichstag meets for the first time. Their sessions are not public, unless two thirds of its members vote to hold a public session. Reichstag furthermore establishes a standing committee to safeguard the rights of parliament juxtaposed Reich government, for the time when parliament is not in session [or], after a term has expired or Reichstag has been dissolved, until a new Reichstag has assembled. These committees have the status of inquiry committees”.

²⁷ Spanish constitution of 1931. An English version is available here: http://production.clincencenter.illinois.edu/REPOSITORYCACHE/30/Q5yIX5tC8600tRU2W626ZM-1501ZBw60Lh1f87D7C8Pw62oP797cB900ax15KOQ4USxKCS3zEF197LguMwL-8S8IIKWOR8nd2cUcuNyiAvp33_19231.pdf

legislature to act in compliance with international law. This arrangement resulted, as Cassese stressed,²⁸ in transforming a possible violation of international law into a breach of the constitution (a constitution guaranteed by the establishment of a constitutional court, the “Tribunal de Garantías Constitucionales”).

Finally, certain other provisions accorded an important series of competences to the Spanish parliament in the field of foreign affairs (e.g., authorization to the ratification of international treaties, declaration of war²⁹). Another example of the external openness of the modern constitutions is obviously visible in the German Basic law. Its preamble starts by acknowledging the responsibility of the German people “before God and man” and affirming “the determination to promote world peace as an equal partner in a united Europe”.³⁰ Article 25 recognizes the primacy and precedence of the general rules of international law over the national norms. Also in the practice, thanks to techniques like the famous “*Völkerrechtsfreundliche Auslegung*”³¹ the German legal system has shown to be very open to the influence of international law.

A third wave of constitutional internationalisation is championed by the Spanish and Portuguese constitutions. These constitutions introduced a fundamental distinction between the general category of international treaties and that particular group of international treaties devoted to human rights protection. As for Portugal, the fundamental provision is Article 16 of the constitution,³² which recognizes that international human rights treaties have a complementary role to the Constitution. This provision accords an interpretative role to the Universal Declaration of Human Rights, seemingly excluding other conventions like the European Convention of Human Rights, but the Portuguese Constitutional Court often used the ECHR as an important auxiliary hermeneutic tool for interpreting the Constitution, leaving the

²⁸ Antonio Cassese, “Politica estera e relazioni internazionali” cit., at 510-511.

²⁹ See Art. 77.

³⁰ German Basic Law, Preamble. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.

³¹ “According to this technique, any German law should be construed as far as possible in conformity with international law, parallel to the established method of interpretation to comply with EU law (‘Europarechts konforme Auslegung’). This mode concerns any norm in national law, since any norm must be in conformity with the international law obligations of Germany”, Philipp Dann and Marie von Engelhardt, “The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany” (2011) 12 *German Law Journal* 1371 et seq., at 1386.

³² Art. 16 Constitution: “1. The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as may be laid down by law and in the applicable rules of international law. 2. The provisions of this Constitution and of laws concerning fundamental rights shall be interpreted and construed in accordance with the Universal Declaration of Human Rights”.

matter unresolved.³³ A similar provision is Article 20, paragraph 1 of the Romanian Constitution: “Constitutional provisions concerning the citizens’ rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to”.

Finally, the most important confirmation of human rights treaties’ special ranking in Spain is Article 10.2,³⁴ acknowledging that these treaties provide interpretive guidance in the application of human rights-related constitutional clauses (even if the Constitutional Court specified that this does not implicate that human rights treaties have a constitutional status³⁵). An example particularly interesting to study constitutional openness to international human rights treaties is the Czech case. Before the Czech Euro amendment, Articles 10 and 87 of the Constitution³⁶ distinguished between international treaties in general and international human rights treaties, affording the latter with supra-statutory rank, without clarifying whether international human rights treaties belonged to the constitutional block. At the same time, Article 87, para. 1³⁷ of the constitution empowered the constitutional court to declare the unconstitutionality of laws conflicting with international human rights treaties. After the Czech Euro amendment,³⁸ the new Article 10 of the constitution abandoned such a distinction and now grants all international treaties a super-statutory but still sub-constitutional rank³⁹, at least, from a formal

³³ On Portugal see: Francisco Pereira Coutinho, “Report on Portugal”, in Giuseppe Martinico and Oreste Pollicino (eds), *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective* (Groningen, Europa Law Publishing, 2010) 351 et seq., at 360.

³⁴ Art. 10 Constitution: (2) “The norms relative to basic rights and liberties which are recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements on those matters ratified by Spain”.

³⁵ Tribunal Constitucional, Judgment 30/1991, available at www.tribunalconstitucional.es.

³⁶ Art. 10 (previous version) of the Czech Constitution: “Ratified and promulgated international accords on human rights and fundamental freedoms, to which the Czech Republic has committed itself, are immediately binding and are superior to law”.

³⁷ Art. 87, para. 1 (previous version) of the Czech Constitution: “The Constitutional Court resolves: (a) the nullification of laws or their individual provisions if they are in contradiction with a constitutional law or an international agreement under Article 10 [international human rights treaties]”. On this: Oreste Pollicino, *L’allargamento ad est dell’Europa e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?* (Milan, Giuffrè, 2010), at 104.

³⁸ Constitutional Act 395/2001 Coll.

³⁹ See Michal Bobek and David Kosař, “Report on the Czech Republic and Slovakia”, in Giuseppe Martinico and Oreste Pollicino (eds), *The national judicial treatment of*

point of view. The Czech constitutional court adopts a very broad reading of the European Convention of Human Rights and considers it, alongside other human rights treaties, superior to other international treaties⁴⁰.

In fact, the Czech constitutional read the new constitutional provisions creatively, *de facto* rewriting them. It has arrogated for itself the power to review the validity of national legislation in light of the ECHR,⁴¹ in spite of the new text of the Constitution. In 2002, the Czech constitutional court said that: “[t]he inadmissibility of changing the substantive requirements of a democratic state based on the rule of law also contains an instruction to the [CCC], that no amendment to the Constitution can be interpreted in such a way that it would result in limiting an already achieved procedural level of protection for fundamental rights and freedoms”.⁴² By dint of this reasoning, therefore, the constitutional court concluded that “the international human rights treaties have retained their constitutional status”.⁴³

IV. VALUE-BASED OPENNESS AND MODERN CONSTITUTIONS

The pattern of constitutional openness described by Cassese produced revolutionary effects, especially in re-defining the function of the general principles in these domestic orders.

In comparative law, the idea of general principles is frequently associated with that of openness, since general principles are “open” norms in at least three senses. First, principles feature what Betti called a “surplus of axiological meaning” (“*eccedenza di contenuto assiologico*”).⁴⁴ That is, compared to other norms principles have a markedly “expansive power” (“*vis expansiva*”) and indefinite content. Second, principles are also open since they often act as a bridge between two different normative systems (e.g., law and morality), connecting positive law and natural law.⁴⁵ Third, principles serve an opening function when they connect the domestic and international legal systems, a function that emerged starkly after World War II. However, if general principles have been traditionally connected with the idea of openness,

the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective (Groningen, Europa Law Publishing, 2010), at 133.

⁴⁰ Judgment of 15 April 2003 (I. ÚS 752/02).

⁴¹ Judgment of the CCC of 30 November 2004, Pl. ÚS 15/04; Judgment of the CCC of 22 March 2005, Pl. ÚS

⁴² 45/04.

⁴³ Judgment of the CCC of 25-06-2002, Pl. ÚS 36/01, <http://www.usoud.cz/en>

⁴⁴ Michal Bobek and David Kosař, “Report on the Czech Republic” cit., at 135.

⁴⁵ Emilio Betti, *Teoria generale della interpretazione* (Milan, Giuffrè, 1955) II, at 850.

⁴⁵ On this debate see Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977).

comparative law shows that this has not always been the case.⁴⁶ The debate on codification in continental Europe clearly shows that, for a certain period, general principles were associated with the necessary closure of a legal system, especially in those systems where the civil codes were considered an expression of legal nationalism.⁴⁷ The debate on the general principles of law in the Italian Civil Code (dated 1942 and drafted under the fascist regime) is emblematic from this point of view.⁴⁸

Article 12 of the preliminary provisions to the Italian Civil Code (listing the criteria for legal interpretation) was drafted precisely to prevent recourse to the principles of natural law.⁴⁹ About this provision, Guastini argued that, originally, systematic interpretation played a marginal role.⁵⁰ Therefore, systematic interpretation was considered an option of last resort, exploitable only in exceptional cases. Scholars also noted that, according to the original scheme of the Italian Civil Code, systematic interpretation was an act of integration rather than interpretation strictly understood.⁵¹ After the entry into force of the Italian Constitution, many of the provisions of the same Civil Code (including Article 12 of its preliminary provisions) were constructed in light of the new constitutional principles; this new arrangement changed the function of the general principles within the legal order.⁵² Previously serving as “lids” closing up a legal system (no reference outside the Code was allowed, not even to natural law), principles then became engines of openness, connecting domestic and international law. Systematic interpretation (often combined with consistent interpretation⁵³) is no longer considered an option of last resort for the interpreter. In this light, constitutionalism has favoured the emergence of a kind of “osmotic law”⁵⁴ or, as I have tried to

⁴⁶ Giorgio Del Vecchio, “Les bases du droit comparé et les principes généraux du droit”, (1960) 12 *Revue internationale de droit comparé* 493 et seq.

⁴⁷ Paolo Grossi, *A History of European Law* (MA Blackwell Malden, 2010), at 154 et seq.

⁴⁸ Livio Paladin, “Costituzione, preleggi e codice civile”, (1993) 19 *Rivista di diritto civile* 19 et seq., at 23.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*. (Milan, Giuffrè, 2010), at 347 et seq.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Livio Paladin, “Costituzione, preleggi” cit.

⁵³ Roberto Bin, “L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei”, (2015) *Rivista AIC*, available at: http://www.rivistaaic.it/download/1hafJKHFcYv_JgI3rY-OwnyoMtsDqwTgP48qIqNjX4t4/1-2015-bin.pdf

⁵⁴ Antonio Ruggeri, “Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative”, (2009) *Federalismi*, available at: www.federalismi.it/ApplMostra-Doc.cfm?Artid=14806&content=Dimensione+europea+della+tutela+dei+diritti+fondamentali+e+tecniche+interpretative&content_author=Antonio+Ruggeri#.U-yBp-N_s44

explain elsewhere, “complex” law (because it is based on a constitutional synallagma⁵⁵). How is this possible, and how is this related to that openness (or opening⁵⁶) described by Carrozza?

A possible explanation flows from the axiological continuity that exists – or should exist – between the domestic and the international levels, and the efforts made to construct a better society, even at the international level. The opening of the legal order to its surrounding laws, and the converse attempt to project its founding principles outwards characterize the current contingency of coexistence of different (but intertwined) legal orders.

⁵⁵ Giuseppe Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe* (Abingdon, Routledge, 2012).

⁵⁶ He seems to use these two words in a fungible manner: Paolo Carrozza, “Constitutionalism’s Post-modern Opening” cit., at 182.

Estudios

CAMINANTE, SE HACE CAMINO AL ANDAR.
COMUNIDAD LGTBI, DERECHOS HUMANOS
Y NACIONES UNIDAS*

Walker, road is done when walking.
LGTBI Community, Human Rights and United Nations

Ignacio Álvarez Rodríguez¹
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
ialvarez1@ucm.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp127-163](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp127-163)

Recibido: 01.02.2019
Aceptado: 21.06.2019

Resumen

El presente estudio ofrece un análisis de las principales medidas que se han adoptado por la Organización de las Naciones Unidas para garantizar los derechos humanos de las personas LGTBI.

Palabras clave

Derechos humanos; LGTBI; ONU.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Álvarez Rodríguez, Ignacio. 2019. «Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 127-163. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp127-163](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp127-163).

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993, sobre *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos* (2016-2020). IP: Francisco Javier MATIA PORTILLA.

Abstract

The paper aims to study the tools and measures implemented by the United Nations in order to achieve and reinforce the LGBTI human rights.

Keywords

Human Rights; LGBTI; UN.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA COMUNIDAD LGTBI A LO LARGO Y ANCHO DEL MUNDO. 1. *Una comunidad en expansión*. 2. *Una comunidad que mejora y empeora*. III. LA COMUNIDAD LGTBI EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS. 1. *Mecanismos de protección basados en la Carta de Naciones Unidas*. 1.1. El Consejo de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 1.2. El Examen Periódico Universal. 1.3. El Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. 2. *Protección desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2.1. Comité de Derechos Humanos. 2.2. Comité contra la Tortura. 3. *Protección desde otros órganos*. 3.1. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 3.2. Secretaría General. IV. UN BALANCE CRÍTICO. 1. *Sobre lo que se ha hecho*. 2. *Prospectiva de futuro*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Hace algún tiempo se pudo estudiar los derechos humanos de la comunidad LGTBI² dentro de la Organización de Naciones Unidas³. Con el presente se quiere ofrecer un análisis que actualice las principales decisiones y

² Se emplearán las siguientes abreviaturas: ACNUDH-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; CEDH-Convenio Europeo de Derechos Humanos; CT-Convenio contra la Tortura; DUDH-Declaración Universal de los Derechos Humanos; EPU-Examen Periódico Universal; ILGA-International Lesbian and Gay Association; LGTBI-Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales; ONG-Organización No Gubernamental; ONU-Organización de Naciones Unidas PIDCP-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; TEDH-Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: «La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate». En *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013): 1-30. Dentro de la doctrina española destaca el trabajo de MONEREO ATIENZA, Cristina: *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas* (Madrid: Dykinson, 2015); también puede verse BILBAO UBILLOS, Juan María; y MORETÓN TOQUERO, María Aranzazu; «Protección de los derechos humanos en España. Marco normativo». En Rey Martínez, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 29-33. Por lo demás, España lidera en primera posición el ranking internacional que elabora *Equaldex*. De una Encuesta realizada a treinta y nueve países por el *Pew Research Center*, el 88% de la población española respondió afirmativamente a la pregunta: «¿Debe la sociedad aceptar la homosexualidad?» (el 11% respondió que no). Además, cumplimos con otros indicadores que nos llevan a auparnos a esa posición (matrimonio homosexual legalizado; adopción de parejas del mismo sexo permitida; la discriminación contra las personas LGTBI está prohibida al máximo nivel, siendo considerada agravante penal; se permite el cambio de sexo-género de la persona incluso

medidas que se han adoptado en la materia⁴. Para ello, y una vez que se exponga brevemente el estado de la cuestión de los derechos de las personas LGTBI a nivel mundial, se procederá siguiendo un triple esquema. En primer lugar, se abordan los mecanismos de protección de los derechos humanos basados en la Carta de Naciones Unidas. En segundo lugar se hará lo propio con los mecanismos de protección basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, en tercer lugar se estudiará la labor de protección de otros organismos. De este triple análisis se deduce un balance crítico sobre las acciones acometidas y se da algunas pistas sobre las que podrían acometerse. El trabajo se cierra con las pertinentes conclusiones, sometidas al mejor criterio de la doctrina.

II. LA COMUNIDAD LGTBI A LO LARGO Y ANCHO DEL MUNDO

Los derechos de las personas LGTBI viven en la actualidad una situación un tanto extraña. Por un lado, es una comunidad en plena expansión, vital y de todo orden. Por otro, se constatan casi a partes iguales avances y retrocesos a lo largo y ancho del globo, y además de forma simultánea⁵. Es, pues, una materia para el análisis *micro* y no *macro*. Se entremezclan avances reales y conquistas sociales con atropellos varios⁶. Con todo, la

sin cirugía de por medio; y así un largo etcétera). Vid. <http://www.equaldex.com/region/spain> (consultado el 15 de enero de 2019).

⁴ Vid. PEÑA DÍAZ, Francisco de Asís: *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGTBI como derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Una contribución colectiva con abundante información puede verse en HELLUM, Anne (ed): *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*. Routledge, Oxon-New York, 2017. Desde la doctrina internacional puede verse ALSTON, Philip; y GOODMAN, Ryan; *International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013, especialmente pp. 220 y ss. Desde un plano general, estudiando los valores que hay detrás de estas reivindicaciones son interesantes las reflexiones de CLIFFORD, Jarlath; «Equality». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 420-445; y de CAROZZA, Paolo: «Human Dignity». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 345-359.

⁵ Aunque es un asunto discutido y discutible, la doctrina apunta a tres como las causas de persecución de la comunidad LGTBI: la cultura patriarcal; la configuración jerárquica y binaria del género; y el patrón heteronormativo de las relaciones afectivo-sexuales. Vid. DÍAZ LAFUENTE, José: *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016, p. 30 y ss.

⁶ La doctrina identifica hasta tres etapas dentro de las reivindicaciones del movimiento. Un primer momento que tiene lugar a partir de las décadas de los setenta ochenta del pasado siglo, donde se reivindica la autonomía y la libertad en el ámbito privado (despenalización de la homosexualidad). Una segunda que se inaugura en los años noventa,

tendencia global parece clara: la liberalización en el mundo occidental es un hecho contrastado⁷.

1. *Una comunidad en expansión*

Un ejemplo ilustrativo de los avances referidos es el del acrónimo *LGTBI*. Es importante hacer notar que en su origen la expresión englobaba a la comunidad de personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (*LGTB*). Pero a medida que ha ido pasando el tiempo, a medida que la diversidad ha ido tomando cuerpo, y a medida que se ha profundizado y desarrollado su mundo y sus peculiaridades, el acrónimo no ha hecho sino crecer, lo cual implica ciertos disenso a la hora de referirse a estos colectivos. El que suele ser más leído es *LGTBI* (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales). Pero también se ha visto *LGTBIQ* (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales, Intersexuales y Queers) y su versión evolucionada e inclusiva en forma de *LGTBIQ+*. También se ha visto el *LGTBQIA+*, con la «A» en plena discusión: para unos significa *asexual*; para otros, significa *agénero*; para los de más allá puede ser *aliado*. También se ha leído *LGBQTIIA* (Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero, Queer, Indeterminado, Intersexual, Asexual) o incluso el de *LGBTQIIAAP* (a la anterior se añaden *Aliados y Pansexuales*)⁸. Por lo demás, la doctrina internacionalista suele preferir dejarlo en *LGB*, por estimar que los derechos de transexuales, transgénero e intersexuales plantean algunos retos diferentes de los que plantean los derechos de las personas homosexuales y bisexuales⁹.

Sea como fuere, lo importante no es tanto el acrónimo sino lo que viene antes: las personas; por más que la reivindicación se haga de modo grupal no deja de haber personas detrás. Y eso es lo verdaderamente importante.

donde la lucha se centra en la igualdad y la no discriminación en el ámbito público (estrategia antidiscriminatoria). Y la tercera, que es la que se estaría desarrollando en la actualidad y que podría llamarse «de iguales derechos y reconocimiento público» (matrimonio, adopción). Todo esto tiene, como bien sabemos, su cuota de críticos, tanto desde dentro del movimiento («son instituciones puramente burguesas que le hacen el juego al sistema») como desde fuera («el matrimonio es y sólo es para parejas heterosexuales»). Vid. MONEREO ATIENZA, Cristina: *Diversidad...*, cit, p. 69 y ss.

⁷ Vid. PINKER, Steven: *En defensa de la Ilustración*. Paidós, Barcelona, 2018, p. 280 y ss. Específicamente sobre la materia que nos ocupa, vid. VOSS, M. Joel: «Contesting Sexual Orientation and Gender Identity at the UN Human Rights Council». En *Human Rights Review* 19 (2018), pp. 1-22; y TIRADO CHASE, Anthony: «Human rights contestations: sexual orientation and gender identity». En *The International Journal of Human Rights* 20 (2016), pp. 703-723.

⁸ Vid. ZIZEK, Slavoj: *El coraje de la desesperanza. Crónicas del año en que actuamos peligrosamente*, Anagrama, Barcelona, 2018, *pássim*.

⁹ Vid. ALSTON, Philip; y GOODMAN, Ryan; *International...*, cit, nota al pie 13.

2. Una comunidad que mejora y empeora

Los principales avances que se han producido en el respeto y reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI difieren mucho en función de la zona del mundo que se analice. Si posamos la mirada en *África*, hay decisiones muy loables, como por ejemplo la adoptada por un Tribunal Superior de Botsuana, que ordenó al gobierno cambiar la mención relativa al sexo que figuraba en el documento de identidad de una mujer transgénero, y determinó que su negativa a hacerlo no era razonable y conculcaba los derechos de la mujer. Si vamos a las *Américas*, vemos el caso de Bolivia, donde el Defensor del Pueblo del país propuso modificar el Código Penal para tipificar como delito los crímenes de odio contra personas LGTBI. Si acudimos a la zona de *Asia y Oceanía*, se observan avances reales y ciertos en Japón (a nivel local) y en Taiwán. Así, las autoridades de la ciudad de Osaka reconocieron por primera vez a una pareja homosexual como progenitores de acogida, y dos municipios más avanzaron hacia el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo. Por su parte, Taiwán, gracias a un histórico fallo de su más alto tribunal, estaba cerca de convertirse en el primer país asiático que legalizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los jueces resolvieron que la ley taiwanesa sobre el matrimonio era inconstitucional en tanto que discriminaba a las parejas del mismo sexo, y dieron a los parlamentarios un plazo de dos años para reformar o promulgar la legislación pertinente. Respecto a *Europa y Asia Central*, destacan algunas novedades positivas. La Red LGBT rusa organizó una línea telefónica de emergencia y facilitó la evacuación de personas LGTBI a lugares seguros desde Chechenia y otros lugares del Cáucaso Septentrional. En Ucrania se celebró el mayor desfile del *Orgullo Gay* jamás organizado allí. El Parlamento de Malta aprobó legislación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y amplió todos los derechos del matrimonio a las parejas homosexuales. Por su parte, Alemania reconoció los derechos del matrimonio a todas las parejas, con independencia del género o la orientación sexual, así como los mismos derechos en materia de adopción que las parejas casadas. Finalmente, en *Oriente Medio y Norte de África* lo más reseñable es que las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género estaban incluidas cada vez más en las agendas de los movimientos tradicionales de derechos humanos de la región (y menos en buena parte de sus gobiernos)¹⁰.

¹⁰ Toda la información se ha extraído de AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Informe 2017-2018. La situación de los derechos humanos en el mundo*, Londres, 2018 (<https://crm.es.amnesty.org/sites/.../Informeannual2018air201718-spanish%20web.pdf>. Consultado el 2 de diciembre de 2018). También puede consultarse la abundante información que suministra HUMAN RIGHTS WATCH, en su página web institucional: <https://www.hrw.org/es/topic/derechos-de-personas-lgbt> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Para

Desafortunadamente, también existen serios retrocesos en la materia. Así, en *África*, las personas LGBTI sufrieron discriminación, hostigamiento, persecución y violencia en países como Senegal, Ghana, Malawi y Nigeria. En uno de ellos (Ghana), el presidente del Parlamento pidió una modificación constitucional para que la homosexualidad fuera considerada ilegal y punible por ley. En Liberia, un hombre detenido en 2016 y acusado de «sodomía voluntaria» en virtud del Código Penal permanecía recluido en espera de juicio. En Nigeria se denunciaron detenciones, humillaciones públicas, extorsiones y discriminación de personas por su orientación sexual. En las *Américas*, los gobiernos no avanzaron mucho en la protección de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, con violencia generalizada contra estas personas en países como Brasil, El Salvador, Honduras, México y Venezuela, por citar algunos. En *Asia y Oceanía* se constata una discriminación amplia en la vida pública de la población LGTBI en Corea del Sur. En Malasia, Papúa Nueva Guinea y Singapur sucede otro tanto. En Australia se ha observado un incremento del discurso del odio contra ellas. Y como siempre hay quien quiere ganar a todo, inclusive en crueldad, tenemos el caso de Indonesia, donde se azotó ochenta y tres veces a dos hombres por mantener relaciones sexuales consentidas. En *Europa y Asia Central* existen diversos gobiernos apelando a los «valores tradicionales» para encubrir discriminaciones contra las personas LGTBI¹¹. Rusia es uno de los ejemplos paradigmáticos. Y el caso de Chechenia es espeluznante, donde se han producido secuestros, torturas y muertes en secreto de varios homosexuales. Desgraciadamente, tenemos más ejemplos, como el de Azerbaiyán (más de cien personas LGBTI fueron detenidas arbitrariamente en un solo día); el de Uzbekistán y Turkmenistán (las relaciones sexuales consentidas entre hombres seguían siendo delito castigado con la cárcel); y/o el de Georgia (en su nueva Constitución se restringió la definición de matrimonio para excluir a las parejas del mismo sexo). En *Oriente Medio y Norte de África*, el panorama es más sombrío, si cabe. En Egipto las autoridades detuvieron y enjuiciaron a multitud de personas por su presunta orientación sexual tras la exhibición pública de una bandera con el arcoíris. Las fuerzas de seguridad detuvieron al menos a setenta y seis personas y sometieron a exámenes anales, práctica que

ampliar puede verse REID, Graeme: «Lucha global por los derechos de las personas LGBT». En *Política Exterior* 157 (2014), pp. 1-8. Resalta la importancia de este tipo de organizaciones LAMARCA ITURBE, Iñigo: «El deber de disponer de políticas públicas a favor de la igualdad para las personas LGTB, tanto en los ámbitos nacionales como internacionales». En SOROETA LICERAS, Juan: *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho Internacional para su protección*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 252 y ss.

¹¹ REID, Graeme: «La homofobia como estrategia política». En *Política Exterior* 167 (2015), pp. 126-136.

constituye tortura según todos los estándares internacionales, como mínimo a cinco. Los tribunales condenaron al menos a casi cincuenta de esas personas a entre tres meses y seis años de prisión por cargos como *hábitos licenciosos*. En octubre, un grupo de parlamentarios propuso una ley profundamente discriminatoria que penalizaba de manera expresa las relaciones homosexuales y toda promoción pública de reuniones, símbolos o banderas LGTBI. En otros países, verbigracia Marruecos y Túnez, se siguió deteniendo a personas y condenándolas a prisión en aplicación de leyes que penalizaban las relaciones homosexuales consentidas. En Túnez, aunque la policía sometía a los hombres acusados de relaciones homosexuales a exámenes anales forzados, el gobierno aceptó la recomendación, formulada en el examen periódico universal de la ONU en septiembre, de poner fin a esta práctica. En otros países, como Irán y Arabia Saudí, algunas conductas homosexuales consentidas siguen estando sujetas a pena de muerte. Casi nada.

El grueso de datos expuesto queda refrendado en casi todos los Informes que han analizado el problema, bien los elaborados por organismos públicos, bien los realizados por organizaciones no gubernamentales¹², bien en trabajos académicos¹³. La única noticia buena es que todos esos países forman parte de la principal organización internacional a nivel mundial. Y la pregunta deviene inevitable: ¿qué ha hecho la ONU a la hora de proteger los derechos de las personas LGTBI en estos últimos cuatro años? ¿Ha conseguido reducir las malas prácticas (por llamarlas de algún modo)? ¿Ha conseguido integrar a los países menos convencidos? Para responder a los interrogantes debemos acudir al siguiente epígrafe.

III. LA COMUNIDAD LGTBI EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS

Aquí se va a prestar atención a las dos grandes formas de proteger los derechos humanos que tiene la ONU. La primera se basa en la protección conferida por la Carta de Naciones Unidas (especialmente, la Declaración

¹² Vid. PALETTA, Daniele (coord.; y ed.), y PLESSIS, A. Du (dir): *Informe Anual*, ILGA, 2017. En el marco de dicha asociación es esclarecedor el trabajo de CARROLL, Aengus; y MENDOS, Lucas Ramón: *Homofobia de Estado*, ILGA, 2017 (12ª edición). Por lo demás, la relevancia de esta federación mundial no sólo se acredita por aglutinar a más de mil doscientas organizaciones de ciento treinta y dos países que lleva luchando por los derechos LGTBI desde el año 1978 sino también por haber conseguido el estatus de *organismo consultivo* de Naciones Unidas. Vid. MONEREO ATIENZA, Cristina: *Diversidad...*, cit. p. 62. Esto generó en su día un auténtico y profundo rechazo por parte de los países *de siempre*. Vid. LAMARCA ITURBE, Iñigo: «El...», cit. p. 258 y ss.

¹³ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «Derechos humanos y orientación sexual e identidad de género». En Rey Martínez, Fernando (dir): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 736-781.

Universal de los Derechos Humanos). La segunda se basa en la protección que otorga el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. *Mecanismos de protección basados en la Carta de Naciones Unidas*

En primer lugar, haremos referencia al Consejo de Derechos Humanos. En segundo término, se hará lo propio con el Examen Periódico Universal. En tercer lugar se hace lo propio con el Experto Independiente en Orientación Sexual e Identidad de Género, una de las principales novedades en la materia¹⁴.

1.1. El Consejo de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Es sabido que el Consejo de Derechos Humanos fue una institución que vio la luz en 2006 y que sustituyó a la extinta Comisión de Derechos Humanos. La tarea tuvo especial mérito teniendo en cuenta «el clima anti-derechos humanos» que se había generado en la escena internacional después del 11-S¹⁵.

Así pues, estamos ante un organismo intergubernamental dentro del sistema de las Naciones Unidas compuesto por cuarenta y siete Estados, asumiendo la responsabilidad en la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo, sin distinción de ningún tipo y de manera justa y equilibrada¹⁶. Tiene un mandato específico y autónomo en lo que hace a

¹⁴ El Consejo también ha abordado asuntos relacionados con la orientación sexual e identidad de género en asuntos relativos a las *ejecuciones judiciales, sumarias y arbitrarias* así como en asuntos relacionados con *detenciones arbitrarias*. Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «Derechos...», *cit*; p. 741.

¹⁵ Vid. NOWAK, Manfred: «De la Comisión de Derechos Humanos al nuevo Consejo». En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.); *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 13-22. Para profundizar en la cuestión puede verse VILLÁN DURÁN, Carlos: «Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos», En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.); *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 23-36; ALMQVIST, Jessica: «El Consejo de Derechos Humanos: un paso audaz hacia derechos efectivos para todos». En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.); *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 37-46; y OCHOA RUIZ, Natalia; y SALAMANCA AGUADO, Esther: «El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Un análisis preliminar». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006), pp. 1-27.

¹⁶ Así lo establece la Resolución 60/251, de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006. Vid. OCHOA RUIZ, Natalia; y SALAMANCA AGUADO, Esther: «El Consejo...», *cit*, p. 14 y ss.

intentar garantizar que el disfrute de aquellos se haga libre de discriminación¹⁷. Su vocación es sin duda holística y omnicomprensiva: todas las personas deben estar en condiciones de disfrutar de todos los derechos sin trazas de violencias, amenazas o cualesquiera hechos y/o actos que impidan su normal desenvolvura.

Qué duda cabe que esta tarea no la puede realizar en solitario. Y, con el antecedente del Informe del ACNUDH, sobre «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género», de 2011¹⁸; y una vez que se discutieron sus principales líneas en la Mesa Redonda que se celebró bajo los auspicios del propio Consejo el 7 de marzo de 2012¹⁹, llegó la Resolución 27/32, del Consejo de Derechos Humanos, de 2 de octubre de 2014, sobre *Derechos humanos, orientación sexual, e identidad de género*, donde se eleva una petición a dicho Alto Comisionado para que actualice el Informe²⁰.

En menos de un año el ACNUDH cumple el encargo y evacua el texto «Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género», presentado al propio Consejo el 4 de mayo de 2015²¹. El nuevo Informe es, si cabe, más detallado y exhaustivo que el primero. Una vez da cuenta de las principales normas que imperan en la materia –recordemos, fundamentalmente centradas en proteger a las personas de todo tipo de violencia, de prevenir la tortura y cualesquiera malos tratos, de despenalizar legislativamente la homosexualidad, de derogar toda ley que castigue a las personas por su orientación sexual y/o identidad de género, de proteger a las personas de sufrir cualquier discriminación por estos motivos,

¹⁷ Corroborado por la Resolución 17/19, del Consejo de Derechos Humanos, de 17 de junio de 2011, primera en la en la Historia de Naciones Unidas que trata sobre orientación sexual e identidad de género, con un criterio de plena vigencia hasta el día de hoy: hacer realidad la Declaración Universal de los Derechos Humanos para todos. Vid. GARTENBERG, Micha (dir); y BLANK, Edan (codir); *United Nations Human Rights Council. Protection of LGTB Youth*, CJMUNG, 2018, p. 5.

¹⁸ El Informe se ha leído aquí: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_spanish.pdf (consultado el 12 de diciembre de 2018).

¹⁹ A instancias de Brasil y Sudáfrica se discutieron algunos aspectos sensibles en materia de no discriminación por orientación sexual e identidad de género, con diversos representantes de otros tantos países de procedencias muy diversas (organizaciones no gubernamentales, Universidades, Centros de Investigación, e incluso expertos del Consejo de Europa) Detallado en su página web oficial: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session19/Pages/19RegularSession.aspx>. (Consultada el 13 de enero de 2019).

²⁰ La Resolución puede leerse aquí: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/hrc/pages/documents.aspx> (consultado el 13 de enero de 2019).

²¹ El Informe se ha leído aquí: www.acnur.org/5b6c527b4.pdf (consultado el 12 de enero de 2019).

así como de proteger los derechos fundamentales básicos de estos colectivos (libre expresión, libre asociación, libre reunión, y libre participación en la dirección de los asuntos públicos)— aborda dos grandes ámbitos. En primer lugar, el de la violencia homofóbica y transfóbica, dando cuenta de hechos y casos concretos acaecidos en diferentes países. Se abre un rayo de esperanza al final del apartado, toda vez que constata diversos progresos en la materia. En segundo lugar, el de la discriminación; aquí opera de forma similar: narra primero sucesos concretos y posteriormente hace balance de conjunto, donde destaca diversas despenalizaciones de estas conductas, modificaciones constitucionales concretas para introducir prohibiciones de discriminación específicas, y una miríada de iniciativas que van desde protocolos de actuación en sede judicial donde se ventilen este tipo de casos, hasta medidas específicas laborales que pretenden proteger a los miembros de estos colectivos, pasando por diversos programas contra el acoso y la persecución en escuelas, fábricas, y diversos ámbitos públicos y privados.

El Informe finaliza con tres tipos de conclusiones y recomendaciones; unas dirigidas a los Estados; otras dirigidas a las llamadas «Instituciones nacionales de derechos humanos»; y las restantes encaminadas a hacer saber al Consejo que el ACNUDH sigue dispuesto a trabajar en la causa. Las que tienen mayor relevancia son, sin duda, las que se dirigen a los Estados. Para combatir la violencia recomienda, entre otras medidas, que «a) Promulguen leyes sobre los delitos motivados por prejuicios que establezcan la homofobia y la transfobia como factores agravantes a los efectos de la determinación de las penas; b) Investiguen sin demora y de manera exhaustiva los incidentes de violencia motivada por el odio y de tortura de personas LGBT, exijan responsabilidades a los autores y proporcionen reparación a las víctimas; c) Recaben y publiquen datos sobre el número y los tipos de incidentes registrados, velando al mismo tiempo por la seguridad de los denunciantes; d) Prohíban la incitación al odio y la violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género, y exijan responsabilidades a quienes pronuncien esos discursos de odio»²². Para combatir la discriminación, recomienda a los

²² Otras de las medidas que proponen llaman a los Estados a que: (se) «e) Familiaricen al personal responsable de hacer cumplir la ley y a los jueces con los enfoques sensibles a las cuestiones de género para tratar las vulneraciones motivadas por la orientación sexual y la identidad de género; f) Velen por que la policía y los funcionarios de prisiones reciban la capacitación necesaria para proteger la seguridad de las personas LGBT presas, y exijan responsabilidades a los funcionarios estatales que participen o sean cómplices en incidentes de violencia; g) Prohíban las terapias de «conversión», los tratamientos involuntarios, la esterilización forzada y los exámenes genitales y anales forzados; h) Prohíban los procedimientos innecesarios desde el punto de vista médico en niños intersexuales; i) Velen porque no se devuelva a ninguna persona que huya de la persecución por su orientación sexual o identidad de género a un territorio donde su vida o libertad estarían ame-

Estados, por ejemplo, «a) Revisar las leyes penales para destipificar las conductas sexuales consentidas entre personas del mismo sexo y otros delitos utilizados para detener y castigar a personas por su orientación sexual y su identidad o expresión de género; ordenar una moratoria inmediata sobre los enjuiciamientos conexos; y eliminar los antecedentes penales de quienes hayan sido declarados culpables de dichos delitos; b) Derogar las denominadas leyes «antipropaganda» y cualquier otra ley que imponga restricciones discriminatorias a la libertad de expresión, asociación y reunión; c) Velar por que la legislación contra la discriminación incluya la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos de discriminación y proteja también a las personas intersexuales contra la discriminación²³.

Por lo demás, el Consejo de Derechos Humanos ha auspiciado diversas acciones e iniciativas adicionales. Destacar a título de ejemplo la Declaración Pública *Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las*

nazada s y por que las leyes y las políticas de asilo reconozcan que la persecución por la orientación sexual o la identidad de género puede ser un motivo válido para una solicitud de asilo; y eliminen los interrogatorios intrusivos e inapropiados sobre las historias sexuales de los solicitantes de asilo y sensibilicen al personal que trata con los refugiados y los solicitantes de asilo»

²³ También aboga por: «d) Integrar el análisis de las vulneraciones motivadas por la orientación sexual y la identidad de género en los planes de acción nacionales para asegurar la coordinación y la asignación de recursos adecuados a las actividades conexas, la rendición de cuentas de los autores y la reparación de las víctimas; e) Sensibilizar a los profesionales de la salud en cuanto a las necesidades sanitarias de las personas LGBT e intersexuales, en particular en los ámbitos de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del suicidio y el asesoramiento sobre el VIH/SIDA y los traumas; f) Establecer normas nacionales sobre la no discriminación en la educación; elaborar programas contra el acoso y crear líneas telefónicas y otros servicios de ayuda a las personas jóvenes LGBT y a las que muestran una disconformidad de género; y proporcionar una educación sexual integral adecuada en función de la edad; g) Velar por que las políticas sobre la vivienda no discriminen a los inquilinos por motivos de orientación sexual o identidad de género; y establecer centros de acogida para las personas LGBT sin hogar, prestando una atención específica a los jóvenes, a las personas de edad y a las que se encuentran en situaciones de emergencia; h) Reconocer, por ley a las parejas del mismo sexo y a sus hijos, de modo que las prestaciones tradicionalmente concedidas a las parejas casadas –como las relacionadas con las pensiones, los impuestos y la herencia– se concedan en términos no discriminatorios; i) Expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular, eliminando los requisitos abusivos, como la esterilización, el tratamiento forzado y el divorcio; j) Financiar campañas públicas de educación contra las actitudes homofóbicas y transfóbicas, y combatir la difusión de imágenes negativas y estereotípicas de las personas LGBT en los medios de comunicación; k) Velar por que se consulte a las personas LGBT e intersexuales y a las organizaciones que las representan en relación con la legislación y las políticas que afecten a sus derechos».

personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex, de septiembre de 2015²⁴, donde recuerda a los Estados más olvidadizos que la Organización está de su lado y podrá ayudarles en el proceso de erradicar de sus usos, costumbres y legislaciones el castigo de la sexualidad e identidad *contramayoritaria*.

1.2. El Examen Periódico Universal

También en el marco del Consejo de Derechos Humanos se realiza el llamado Examen Periódico Universal (EPU), un análisis de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas²⁵. En él se ofrece la oportunidad a cada Estado de exponer qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país. Resulta indiscutible que su objetivo final es mejorar la situación de derechos humanos en todos los países y abordar las violaciones de los derechos humanos donde quiera que se produzcan. ¿Qué podemos destacar en lo que hace a la protección de las personas LGTBI?

En la actualidad, el EPU se encuentra en pleno Tercer Ciclo (2017-2021), por lo que podemos ofrecer algunas pautas de los países que recientemente han sido objeto de evaluación (refiriéndonos exclusivamente a la orientación sexual y la identidad de género)²⁶. De ese modo, podemos traer el caso de Liechtenstein (Informe de 2018), cuyo examen ha saludado la reforma legal que se introdujo en 2016 y que enmienda su Código Penal para castigar hasta con dos años de cárcel cualquier tipo de discriminación, así como de incitación pública al odio, entre otros motivos, por orientación sexual. También podemos referirnos al caso de Alemania (Informe de 2018), donde se saluda la creación de diferentes leyes antidiscriminatorias y la puesta en marcha de administraciones específicamente dirigidas a tal fin (el *Organismo Federal contra la Discriminación*).

En otro eje de coordenadas se sitúa, por ejemplo, el caso de Argentina (Informe de 2017), donde se refieren algunos avances en la materia junto al recordatorio de la existencia y subsistencia de cierta violencia institucional contra la comunidad LGTBI que debe ser erradicada. En un supuesto similar se encuentra Ecuador (Informe de 2017), donde conviven las reformas

²⁴ Se ha leído aquí: http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/pressreleaseandstatementarchive/2015/september/20150929_LGBTI (consultado el 13 de enero de 2019).

²⁵ Vid. KOTHARI, Miloon: «From Commission to the Council: Evolution of UN Charter Bodies». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 587-620.

²⁶ La información de este apartado se ha extraído de: <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/upr/pages/uprmain.aspx> (consultado el 14 de enero de 2019).

legales que han introducido la tipificación del delito de discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género junto a prácticas tan aberrantes como el internamiento forzoso en «centros de rehabilitación» de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales.

Finalmente destacan los países más avanzados en la materia (efectivamente los nórdicos/escandinavos). Podemos poner por caso paradigmático Finlandia, donde desde hace algunos años existe una *Ley de Reconocimiento Jurídico del Género de los Transexuales*, equipada con medios y dotaciones suficientes para realizar las reasignaciones de género por la sanidad pública. El principal problema que observa la Comunidad Internacional, y así lo recoge la ONU (Informe de 2017) es que todavía se exige que las personas sean esterilizadas o estériles como condición para el reconocimiento legal de la reasignación de género. Incluso el mejor escribano echa un borrón.

1.3. El Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género

El Consejo de Derechos Humanos adoptó el 30 de junio de 2016 la Resolución 32/2, de *Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*²⁷. Mediante la misma se crea la figura del *Experto Independiente sobre orientación sexual e identidad de género*. Su régimen jurídico se puede resumir en tres apuntes, que se cerrarán con un par de reflexiones críticas.

En primer término, la figura se ha creado por un periodo de tres años y es elegida por el Consejo de Derechos Humanos (el primer Experto fue el tailandés Vitit Muntarnhorn, cuyo mandato se ha desarrollado del 1 de noviembre de 2017 a octubre de 2017; en la actualidad ostenta el cargo el costarricense Víctor Madrigal-Borloz, desde el 1 de enero de 2018).

En segundo término, el mandato específico que se le atribuye se divide en varias áreas. La primera es evaluar la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con los medios de superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, e identificar las mejores prácticas y las deficiencias. La segunda, alude a concienciar a la población acerca de la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, y determinar y abordar las causas fundamentales de la violencia y la discriminación. La tercera reside en entablar un diálogo con los Estados y otros interesados pertinentes, incluidos los organismos, programas y fondos de las Naciones Unidas, los mecanismos regionales de

²⁷ La Resolución puede leerse aquí: <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/hrc/pages/documents.aspx> (consultado el 14 de enero de 2019).

derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones académicas, y celebrar consultas con ellos; instituciones académicas, y celebrar consultas con ellos. La cuarta es trabajar, en cooperación con los Estados, para promover la aplicación de medidas que contribuyan a la protección de todas las personas contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La quinta se refiere a hacer frente a las formas múltiples, interrelacionadas y agravadas de violencia y discriminación con que se enfrentan las personas por causa de su orientación sexual o identidad de género. Y la sexta versa sobre organizar, facilitar y apoyar la prestación de servicios de asesoramiento, asistencia técnica, fomento de la capacidad y cooperación internacional en apoyo de las iniciativas nacionales de lucha contra la violencia y la discriminación de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género. En cumplimiento de esas tareas, la Resolución exige del Experto que presente sendos informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General.

En tercer lugar, destacan sus métodos de trabajo. Así, goza de tres grandes herramientas. La primera, la recopilación y estudio de la información que recabe de los diferentes países, gozando de la facultad de transmitirles llamamientos urgentes y denuncias individuales. La segunda, la visita *in situ* a los países que estime oportuno, especialmente a aquellos que presenten algunas inconsistencias a la hora de proteger a las personas LGTBI. Y la tercera, las recomendaciones generales y particulares que formule a tales Estados.

A pesar de que estamos ante la creación de un mecanismo saludable y necesario, no todos comparten la opinión. Sacar adelante la Resolución y sacar adelante el mandato fue muy costoso. De los 47 Estados, 23 votaron a favor, 18 en contra, y 6 se abstuvieron²⁸. Y eso que se consiguió introducir una serie de párrafos en la misma que venían a ser un canto sensible al respeto multicultural²⁹.

²⁸ No es casualidad que los países que votaron en contra son países donde se viven realidades muy duras respecto a los derechos humanos en general, y respecto a la situación de la personas LGTBI en particular. Por eso se suele decir –lamentablemente, con razón– que «los derechos de las personas LGBT son de manera casi invariable una piedra de toque de la situación de los derechos humanos en general, y su represión suele tener lugar en el contexto de una represión más amplia». Vid. REID, Graeme: «Lucha...», *cit*, p. 3. Algunos expertos creen que los avances reales se producen más como consecuencia de la acción y presión de diversos movimientos políticos y sociales a favor de estos colectivos que por el hecho de que grandes potencias patrocinen iniciativas como la presente. Así lo ve TIRADO CHASE, Anthony: «Human...», *cit*, p. 717.

²⁹ De muestra, varios botones: «Reiterando la importancia de respetar los sistemas de valores culturales y religiosos regionales, así como las particularidades en la manera de considerar las cuestiones de derechos humanos». «Subrayando la importancia fundamental

Lo cierto y verdad es que el Experto Independiente ha seguido adelante con su tarea. Desde su creación hasta la actualidad ha llevado todas y cada una de las tareas exigidas (y alguna más)³⁰. Por razones evidentes de espacio no podemos entrar en profundidad en ellas, pero sí realizar un breve bosquejo. El primer hito reseñable fue el Informe «Diversidad en la humanidad, humanidad en la diversidad», de 19 de abril de 2017, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 35º periodo de sesiones, celebrado entre el 6 y el 23 de junio de 2017³¹. El siguiente hito es el Informe «Acepta la diversidad e impulsa la humanidad», de 19 de julio de 2017, presentado a la Asamblea General en su 72º periodo de sesiones³². Después destacan diferentes visitas que ha realizado a otros tantos países. Primero a Argentina, misión que tuvo lugar entre el 1 y el 10 de marzo de 2017 y cuyo Informe final se ha elaborado el 9 de abril de 2018 (y presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 38º periodo de sesiones, del 18 al 6 de julio de 2018)³³. Después a Georgia, con una visita celebrada entre el 25 de septiembre y el 5 de octubre de 2018, que no tiene todavía Informe de balance pero

de respetar los debates pertinentes a nivel nacional sobre cuestiones relacionadas con la sensibilidad histórica, cultural, social y religiosa». «Deplorando el uso desde el exterior de medidas de presión y coercitivas contra algunos Estados, en particular países en desarrollo, tales como el uso o la amenaza de uso de sanciones económicas o la aplicación de condicionalidad a la asistencia oficial para el desarrollo, con el fin de influir en los debates y los procesos de decisión pertinentes a nivel nacional». «Preocupado por todo intento de socavar el sistema internacional de derechos humanos tratando de imponer conceptos o nociones relativas a cuestiones sociales, incluida la conducta individual privada, que quedan al margen del marco jurídico de los derechos humanos convenido internacionalmente, y teniendo en cuenta que dichos intentos reflejan un desconocimiento del carácter universal de los derechos humanos». «Subrayando que la presente resolución debería aplicarse, garantizando al mismo tiempo el respeto del derecho soberano de los países y sus leyes nacionales, las prioridades de desarrollo, los distintos valores religiosos y éticos y los patrimonios culturales de su población, y que debería ser plenamente conforme con los derechos humanos internacionales reconocidos universalmente». Expertos en la materia dan cuenta de que se puede haber reproducido la lógica del «Choque de civilizaciones» en el Consejo –extrapolable al resto de organismos de derechos humanos de la ONU– por la «imposición de un nuevo catálogo de derechos». Vid. VOSS, M. Joel: «Contesting...», *cit.*, p. 19.

³⁰ Por poner un ejemplo concreto: el Experto no ha dudado en emitir recientemente una Declaración Pública condenando la violencia global contra comunidad *trans*. Vid. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23775&LangID=E> (consultado el 16 de enero de 2019).

³¹ Puede leerse el Informe aquí: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/GenderIdentityReport.aspx> (consultado el 16 de enero de 2019).

³² Puede leerse el Informe aquí: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientationGender/Pages/AnnualReports.aspx> (consultado el 16 de enero de 2019).

³³ Puede leerse aquí: <http://acnudh.org/informe-del-experto-independiente-sobre-orientacion-sexual-o-identidad-de-genero-mision-a-la-argentina/> (consultado el 16 de enero de 2019).

sí una declaración pública del Experto abogando porque el país adopte todas las medidas necesarias para el reconocimiento de la realidad de las personas LGTBI, así como la legislación necesaria a tal fin³⁴. Y finalmente a Mozambique, misión que ha completado entre el 2 y el 10 de diciembre de 2018, donde, a pesar de que tampoco existe todavía Informe final, ha dejado una declaración pública y exigente para con las autoridades mozambiqueñas, reconociendo sus aciertos e impulsando la voluntad de subsanar errores³⁵.

2. Protección desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La ONU goza de una serie de tratados internacionales que protegen específicamente alguno o varios derechos humanos. Cada uno de estos tratados suele llevar aparejado un mecanismo de protección específico, un órgano colegiado formado por miembros de los diferentes países firmantes del correspondiente Tratado. Estos órganos, aunque se asemejan en cierta medida a los tribunales (se habla de que sus resoluciones son *jurisprudencia*), en puridad son órganos más políticos que jurídicos, sin que sus decisiones sean más vinculantes de lo que el Estado afectado de turno decida³⁶.

En esta materia concreta y para al arco temporal consabido destacan en total ocho resoluciones. Seis de ellas decididas por el Comité de Derechos Humanos (mecanismo de protección del PIDCP); y dos ellas decididas por el Comité contra la Tortura (mecanismo de protección del CT)³⁷.

³⁴ Puede leerse aquí: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23682&LangID=E> (consultado el 16 de enero de 2019).

³⁵ Adelantando que la tarea debe realizarse en cuatro frentes. Primero, que dichas autoridades conozcan y reconozcan la realidad de su población LGTBI; segundo, que investiguen las conocidas como «terapias de conversión»; tercero, que implementan campañas de sensibilización en todos los sectores; y cuarto, que formulen políticas públicas y protocolos en dicho sentido, especialmente legislación anti-discriminación en todos los ámbitos. Puede verse dicha declaración aquí: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24002&LangID=E> (consultado el 16 de enero de 2019).

³⁶ Sobre esta cuestión puede verse RODLEY, Nigel S: «The role and impact of treaty bodies». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 621-648. Se calcula que la media de cumplimiento de estas resoluciones viene siendo de menos de la mitad. Vid. FERNÁNDEZ LIESA, Carlos: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 453. Al fin y al cabo, «la clave para una mejor protección de los derechos humanos se encuentra en profundizar en el diálogo entre los órganos y los Estados, incidir en la cooperación con estos y movilizar los recursos adecuados. Así lo afirma OCHOA RUIZ, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas*. Civitas, Madrid, 2004, p. 430.

³⁷ Todas las resoluciones se han consultado aquí: <http://juris.ohchr.org/es> (consultado el 13 de diciembre de 2018).

2.1. Comité de Derechos Humanos

La labor del Comité de Derechos Humanos respecto a la protección de las personas LGTBI continua la senda marcada en los noventa del pasado siglo³⁸. En el periodo de los últimos cuatro años destacan seis casos, ventilados en 2017 y 2016, donde se alega la vulneración de varios preceptos del Pacto, especialmente los contemplados en los artículos 26 y 27³⁹.

Comenzando por 2017, en dicho año se ventilaron los casos *C. c. Australia*; *G. c. Australia*; y *M.Z.B.M. c. Dinamarca*.

En el caso *C. c. Australia* (Dictamen aprobado el 28 de marzo de 2017, referencia CCPR/C/119/D/2216/2012) se plantea demanda ante el Comité porque la actora entiende que la denegación de acceso al divorcio a las parejas del mismo sexo por parte de la legislación australiana, siendo el matrimonio contraído legítimamente en el extranjero, es un acto de discriminación por orientación sexual, que atentaría contra dos derechos reconocidos en el Pacto: el derecho de acceso a los tribunales en condiciones de igualdad (para obtener la correspondiente sentencia de divorcio, en lectura conjunta de los artículos 14 y 2 del Pacto)⁴⁰, y el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 26

³⁸ Sigue siendo señero el principal criterio emanado de su jurisprudencia; y es que el artículo 26 PIDCP prohíbe que cualquier persona sea discriminada, también, por motivos de orientación sexual e identidad de género. Este fue el famoso «criterio Toonen» (nombre del primer caso donde lo estableció, en 1994). Ese criterio se ha mantenido hasta la actualidad. Vid. DÍAZ LAFUENTE, José: «El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual». En CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel; y SANTANA VEGA, Dulce María (coords.); *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 312 y ss. Destaca la labor del Comité ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «Derechos...», *cit.* p. 754 y ss.

³⁹ Artículo 26 PIDCP: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Artículo 27 PIDCP: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

⁴⁰ Artículo 2 PIDCP: «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

del Pacto). Para la actora, dicha denegación no queda justificada ni objetiva ni razonablemente, criterios más que asentados en la jurisprudencia del Comité, así como en diversos tribunales internacionales como el TEDH, del

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso». Artículo 14 PIDCP: «1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

que cita alguna jurisprudencia en la materia⁴¹. Australia, por su parte, cree que buena parte de las afirmaciones de la actora carecen de pertinencia por la sencilla razón de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está protegido por el Pacto (tal y como confirmó el Comité en el caso *Joslin y otros c. Nueva Zelanda*, de 17/7/2002). Además estima que cumple el juicio de proporcionalidad en todos sus elementos y que no ha habido discriminación alguna.

El Comité considera que las razones que otorga el Estado parte no son suficientes. Con sus propias palabras: «el Comité observa que el Estado parte no justifica de manera razonable por qué los motivos que se aducen para reconocer las excepciones no son también aplicables al matrimonio contraído en el extranjero por la autora con una persona del mismo sexo. Por ejemplo, el Estado parte no ha explicado en ningún momento por qué el motivo que esgrime para que un matrimonio polígamo celebrado en el extranjero y no reconocido en Australia pueda ser objeto de un procedimiento de divorcio no es igualmente aplicable al matrimonio contraído por personas del mismo sexo en el extranjero y no reconocido en Australia. En ausencia de explicaciones más convincentes del Estado parte, el Comité considera que la diferencia de trato que se dispensa a la autora por motivo de su orientación sexual en cuanto al acceso a un procedimiento de divorcio no se funda en criterios razonables y objetivos y, por lo tanto, constituye discriminación con arreglo al artículo 26 del Pacto» (párrafo 8.6). Declara violado dicho precepto (razón bastante para no entrar a considerar si se vulneró el otro derecho alegado), exigiendo al Estado que repare la ilicitud y sus consecuencias y que en el plazo de ciento ochenta días le comunique el estado de la cuestión⁴².

En el caso *G c. Australia* (Dictamen del 17 de marzo de 2017, referencia CCPR/C/119/D/2172/2012), estamos ante la negativa del Estado parte a cambiar el sexo consignado en la partida de nacimiento de una persona transgénero casada. La persona afectada recurre ante el Comité porque estima que dicha negativa lesiona diversos preceptos tanto del Pacto como de su Protocolo Facultativo, entre ellos y en lo que aquí interesa el artículo 26.

El Comité estima que «el cambio de sexo es legal en Australia y que a las personas transgénero operadas se les ofrece la posibilidad de que se les reconozca legalmente el sexo adquirido y están protegidas contra la discriminación

⁴¹ Sobre el particular puede verse GILBAJA CABRERO, Estela: «Orientación sexual y Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *Revista de Derecho Político* 91 (2014), pp. 303-340.

⁴² La decisión objeto de los votos particulares del Sr. Yadh Ben Achour (disidente), la Sra. Sarah Cleveland (concurrente), y la Sra. Anja Seibert-Fohr (disidente), a la que se ha sumado la Sra. Photini Pazartzis.

por su condición de persona transgénero. La autora contrajo un matrimonio válido en Australia. Tras su cambio de género se le han expedido legalmente pasaportes en los que aparece como mujer, y se le ha cambiado el nombre en diversos documentos, como la partida de nacimiento, el pasaporte, el permiso de conducir y la tarjeta de atención sanitaria, entre otros. Tampoco se cuestiona el hecho de que con posterioridad al cambio de sexo la autora ha mantenido de forma cotidiana con una mujer una relación marital afectiva que el Estado parte ha reconocido como válida en todos los sentidos. No hay razón evidente para negarse a adaptar la partida de nacimiento de la autora a esta situación legalmente válida» (párrafo 7.9), lo que le lleva a afirmar que la injerencia en la vida privada familiar de la autora no es necesaria, ni proporcionada ni obedece a un interés legítimo (párrafo 7.10).

En lo que hace a la no discriminación, el Comité estima que «(...) el Estado parte (...) al negar a las personas transgénero casadas una partida de nacimiento que consigne correctamente su sexo, a diferencia del trato dispensado a las personas transgénero y demás personas no casadas, (...) no está concediendo igual protección ante la ley a la autora y a las personas que se encuentren en una situación parecida en su calidad de personas transgénero casadas. A este respecto, (...) la distinción aducida por el Estado parte no es necesaria ni proporcional a un interés legítimo, por lo que es irrazonable» (párrafo 7.4). Es por ello que el Comité «considera que la diferencia de trato entre personas casadas y no casadas que se han sometido a un procedimiento quirúrgico de afirmación del sexo y solicitan la modificación del sexo consignado en su partida de nacimiento no obedece a criterios razonables y objetivos, por lo que constituye discriminación por motivos de estado civil y condición de persona transgénero, de conformidad con el artículo 26 del Pacto» (párrafo 7.5).

Finalmente, tenemos el caso *M.Z.B.M. c. Dinamarca* (Dictamen de 20 de marzo de 2017, referencia CCPR/C/119/D/2593/2015), donde la actora, mujer transgénero, considera que su expulsión a Malasia vulneraría diversos preceptos del Pacto (en concreto, el artículo 7, leído conjuntamente con los artículos 17.1; 18.1, y el artículo 26). En esta ocasión las cosas se desarrollaron de forma diferente. El Comité constata que: «tanto el Servicio de Inmigración de Dinamarca como la Junta de Apelaciones para Asuntos de Refugiados examinaron, de manera exhaustiva, las afirmaciones de la autora y las pruebas presentadas, pero consideraron que sus alegaciones de haber sido detenida y, en particular, de haber sido objeto de abusos sexuales adolecían de falta de fundamento e incoherencias en varios aspectos, entre ellos el número de incidentes, el momento y lugar en que sucedieron y el número de autores. A este respecto, el Comité observa que, en su comunicación, la autora describió esos incidentes de manera genérica. En cuanto a las supuestas actuaciones penales contra la autora en virtud de la ley islámica y a las

amenazas de encarcelamiento que recibió en 2012 como resultado de dichas actuaciones, la Junta de Apelaciones para Asuntos de Refugiados también examinó los documentos del tribunal islámico que presentó la autora, pero observó que no se había dado curso a las acusaciones contra ella desde abril de 2012 y que, entre esa fecha y la partida definitiva de la autora en enero de 2014, esta había viajado al extranjero con frecuencia, sin ningún impedimento, y que durante ese tiempo no había sido detenida ni acosada en otro aspecto. En vista de esos viajes al extranjero, la Junta también puso en duda la afirmación de la autora de que el motivo por el que había retrasado su partida hasta enero de 2014 había sido la falta de medios financieros» (párrafo 7.4). Además, en el seno del proceso sustanciado ante el mismo Comité, este «observa que la autora no ha señalado ninguna irregularidad en el proceso de adopción de decisiones ni ningún factor de riesgo que las autoridades del Estado parte no hayan tenido debidamente en cuenta. Si bien la autora ha refutado la conclusión sobre los hechos a la que han llegado las autoridades de inmigración de Dinamarca, no ha explicado de qué forma el procedimiento que se siguió ante esas autoridades fue arbitrario o equivalió a una denegación de justicia» (párrafo 7.5). Por todo ello, concluye que «la expulsión de la autora a Malasia constituiría una violación de los derechos que la asisten en virtud del artículo 7 del Pacto, leído conjuntamente con los artículos 17, párrafo 1, y 26» (párrafo 7.6).

Respecto al litigio de 2016 hay que decir que el Comité resolvió un caso especialmente interesante, el caso *M.K.H. c. Dinamarca* (Dictamen de 12 de julio de 2016, referencia CCPR/C/117/D/2462/2014). En este supuesto el actor impugna la negativa de asilo de Dinamarca y el consiguiente riesgo que correría su vida de ser devuelto a Bangladesh, por motivo de su homosexualidad. El artículo que alega en exclusiva es el 7 (y no el 26), pero ello no es óbice para que le dediquemos algo de espacio por estar ante uno de esos supuestos bastante típicos de tratos inhumanos por la declarada homosexualidad del litigante⁴³. En el procedimiento de solicitud de asilo el actor presentó una batería de pruebas que corroboraban que cuando vivió en Bangladesh él y su amante fueron severamente maltratados después de ser descubiertos juntos en un arrozal. De hecho, el compañero acabó perdiendo la vida cuando fue a visitar a su hermana. La persecución resultaba obvia, lacerante y reiterada. Y ese peligro no había pasado, según su parecer y según las pruebas que ameritaba. Así lo estima el Comité, estableciendo que «el Estado parte no tuvo debidamente en cuenta su versión sobre los hechos por los que pasó en Bangladesh, los documentos que proporcionó y la

⁴³ Artículo 7 PIDCP: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

información de antecedentes disponible sobre los riesgos que afrontan las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero en ese país, desestimando arbitrariamente las alegaciones del autor. En tales circunstancias, el Comité considera que la expulsión del autor a Bangladesh constituiría una vulneración del artículo 7 del Pacto» (párrafo 8), por lo que insta a Dinamarca a realizar de nuevo el examen de la solicitud de asilo y a que, mientras este tenga lugar, no extradite al interesado a Bangladesh (párrafos 9 y 10)⁴⁴.

Finalmente, en 2013 se resolvió el caso *Alekseev c. Federación de Rusia* (Dictamen de 25 de octubre de 2013, referencia CCPR/C/109/D/1873/2009). El objeto del proceso era la denuncia del afectado contra la decisión de las autoridades rusas de prohibir todas y cada una de las reuniones pacíficas que había convocado desde la plataforma de derechos LGTBI donde participaba activamente. Tal y como lo ve el demandante «el que las ideas de una minoría puedan «ofender, consternar o perturbar» a la mayoría y generar una oposición violenta no puede justificar una prohibición general a la expresión de las opiniones de dicha minoría por medio de reuniones pacíficas. Al contrario, el Estado debería proteger las reuniones pacíficas de los grupos minoritarios contra este tipo de actos violentos.» (párrafo 3). La autoridad rusa no comparte el criterio y deniega el permiso. El caso parecía visto para sentencia, y nunca mejor dicho, dado que el 1 de noviembre de 2010 el autor informó de que, el 21 de octubre de ese mismo año, el TEDH había fallado sobre su causa, sobre la negativa de las autoridades a autorizar la celebración de actos similares a los mencionados en la presente comunicación, en 2006, 2007 y 2008. En ese caso concreto, el TEDH estableció que se habían violado los derechos del autor conforme a lo establecido en el artículo 11 CEDH (libertad de reunión pacífica)⁴⁵.

El Comité decide que el caso resulta admisible porque en el de autos se dan circunstancias objetivas diferentes, impugnándose ahora la prohibición de celebrar un piquete en protesta por la ejecución de homosexuales y menores en la República Islámica del Irán (párrafo 8.2).

Posteriormente, se pronuncia sobre el fondo del asunto. Y en un razonamiento ya conocido dirá que «El Comité señala que el permiso para celebrar el piquete propuesto por el autor se negó exclusivamente porque, dado el tema que trataba (la promoción del respeto de los derechos humanos de las personas pertenecientes a minorías sexuales), habría provocado una reacción negativa que habría podido llevar a alteraciones del orden público. Al

⁴⁴ Por el contrario, en uno de los últimos casos de los que se ha tenido noticia (*W.K. c. Canadá*, Dictamen de 27 de marzo de 2018, referencia CCPR/C/122/D/2292/2013), el Comité decide de forma diametralmente opuesta por estimar que el actor no funda lo suficiente su alegación respecto de la «peligrosidad» de su extradición de Canadá a Egipto.

⁴⁵ Vid. GILBAJA CABRERO, Estela: «Orientación...», *cit*; p. 329.

denegarse el permiso no se mencionaron ni el lugar, ni la fecha, ni la duración ni la forma propuestos para la celebración de la reunión. Por tanto, en la decisión del subprefecto del Distrito Administrativo Central de Moscú de 11 de julio de 2008 se negó el derecho del autor a organizar una reunión pública por girar en torno a un tema concreto, lo cual supone una de las injerencias más graves que pueden concebirse con respecto al derecho a la libertad de reunión pacífica. El Comité señala que la libertad de reunión protege a las manifestaciones que promuevan ideas que otras personas pueden considerar molestas u ofensivas y que, en esos casos, los Estados partes tienen la obligación de proteger a quienes participan en ellas en ejercicio de sus derechos de los actos violentos cometidos por terceros. Señala además que la existencia de un peligro general y no especificado de que haya una contramanifestación violenta o la mera posibilidad de que las autoridades no puedan evitar o neutralizar la violencia no bastan para prohibir una manifestación. El Estado parte no ha facilitado al Comité ninguna información en el presente caso que pueda fundamentar su afirmación acerca de la posibilidad de una «reacción negativa» de otros miembros de la opinión pública al piquete propuesto por el autor, que la policía no habría sido capaz de impedir en el adecuado desempeño de su mandato. En tales circunstancias, la obligación del Estado parte era proteger los derechos que el Pacto confiere al autor, no contribuir a suprimirlos. Por este motivo, el Comité concluye que la restricción de los derechos del autor era innecesaria en una sociedad democrática para proteger la seguridad pública, y que vulneró el artículo 21 del Pacto» (párrafo 9.6). Y condena a Rusia al pago de una indemnización adecuada y al resarcimiento de gastos y costas procesales.

En dicho año, 2013, también se ventiló el caso *M.I. c. Suecia* (Dictamen de 25 de julio de 2013, referencia CCPR/C/108/D/2149/2012). El caso es muy similar al estudiado arriba, *M.Z.B.H c. Dinamarca*, solo que ahora el procedimiento de asilo se sigue en Suecia. Y el Comité da la razón a la autora, quien nunca escondió su condición de lesbiana, condición por la que sufrió violaciones reiteradas, malos tratos policiales y persecución por parte de organizaciones estudiantiles islámicas en Bangladesh. Lo hace partiendo de la base que «los homosexuales son estigmatizados en la sociedad de Bangladesh». El Comité considera que «la existencia de esa legislación fomenta de por sí la estigmatización de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y constituye un obstáculo a la investigación y el castigo de los actos de persecución contra estas personas. El Comité considera que, al decidir sobre su solicitud de asilo, las autoridades del Estado parte se centraron principalmente en las incoherencias y ambigüedades en la exposición de hechos específicos que efectuó la autora. Sin embargo, las incoherencias y ambigüedades mencionadas no son de naturaleza tal como para restar verosimilitud a los riesgos temidos. Habida cuenta de la situación a que se enfrentan las

personas pertenecientes a minorías sexuales, de la que se da cuenta en los informes presentados por las partes, el Comité opina que, en el caso particular de la autora, el Estado parte no tomó debidamente en consideración las alegaciones de la autora sobre lo que le ocurrió en Bangladesh a causa de su orientación sexual, en particular los malos tratos sufridos a manos de la policía, al evaluar el supuesto riesgo que correría si regresara a su país de origen. Por consiguiente, en tales circunstancias, el Comité considera que la expulsión de la autora a Bangladesh constituiría una vulneración del artículo 7 del Pacto» (párrafo 7).

2.2. Comité contra la Tortura

En esta materia destacan dos asuntos, uno de 2017 y otro de 2015. El primero es el caso *E.A. c. Suecia*; el segundo es el caso *J.K. c. Canadá*.

En el caso *E.A. c. Suecia* (Dictamen de 11 de agosto de 2017, referencia CAT/C/61/D/690/2015), se plantea un caso bastante similar al anterior. El litigante acude al Comité para solicitar que no sea devuelto por las autoridades suecas al Líbano, toda vez que su condición de homosexual declarado le reportaría diferentes malos tratos y vejaciones por parte de las autoridades libanesas, especialmente por parte de sus cuerpos y fuerzas del orden. El Comité aplica un test conocido para solventar estos casos y que podríamos resumir en una directriz: incluso aunque estemos en condiciones de afirmar que el país en cuestión viola masivamente los derechos humanos, el actor soporta la carga de la prueba de que en su caso particular el riesgo de sufrir torturas y/o malos tratos es cierto y probable, concreta e individualmente. De lograrlo, tendría derecho al *non-refoulement* que la Convención le reconoce. El Comité, en una decisión cuestionable, estima que «las alegaciones del autor de que correría un riesgo personal de sufrir un trato contrario al artículo 3 de la Convención son hipotéticas y no van más allá de la pura teoría o sospecha. El Comité concluye que el autor no ha satisfecho la carga de presentar un caso defendible» (párrafo 9.7). Y por ello, «considera que este no ha aportado pruebas suficientes que le permitan llegar a la conclusión de que la expulsión por la fuerza a su país de origen lo expondría a un riesgo previsible, real y personal de tortura en el sentido del artículo 3 de la Convención» (párrafo 10), lo cual le lleva a considerar que expulsión no vulnera dicho artículo (párrafo 11).

En el caso *J.K. c. Canadá* (Dictamen de 23 de noviembre de 2015, referencia CAT/C/56/D/562/2013) estamos ante un supuesto muy similar aunque con desenlace diferente. El país al que va a ser devuelto el litigante es Uganda, quien alega que de ser extraditado por Canadá se haría en lesión del artículo 3 de la Convención. Es notorio y sabido que la Uganda oficial es un país abiertamente homófobo y así lo hace constar el Comité. Por ejemplo,

dice este que: «El Comité observa que el Estado parte ha reconocido que la situación del colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales en Uganda es problemática y ha empeorado a raíz de la promulgación de la Ley contra la Homosexualidad. El Comité observa también que, a pesar de que esa Ley fue declarada nula por el Tribunal Constitucional en agosto de 2014, el Tribunal basó su decisión en una cuestión de procedimiento (el hecho de que fuese aprobada sin el quórum necesario) y la Ley podría volver a ser presentada en el Parlamento en cualquier momento. El Comité observa, asimismo, que según informaciones de dominio público, tras la promulgación de la Ley, hubo un incremento de los casos de detención arbitraria, extorsión por la policía, desalojo y atentado contra la reputación de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, así como del número de esas personas que se quedaron sin techo. Además, el Comité observa que hay informes que indican que algunas personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales han sido golpeadas y vejadas por la policía y por los reclusos cuando se encontraban bajo custodia. Así pues, el Comité considera que el autor podría correr el riesgo de sufrir tortura o malos tratos si fuese devuelto a Uganda teniendo en cuenta no solo su orientación sexual, sino también su militancia en organizaciones de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y el hecho de que podría ser detenido para responder de los cargos penales que se han presentado contra él» (párrafo 10.5). Por ello declara que la devolución del actor en estas circunstancias vulneraría el artículo 3 de la Convención.

3. *Protección desde otros órganos*

Dentro de los restantes mecanismos de protección que la ONU prevé es de justicia hacer una referencia, por somera que sea, a dos instituciones capitales: el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Secretaría General.

3.1. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Además de lo que se dijo arriba, destacan al menos tres hitos más protagonizados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

El primero es el *Informe sobre prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, presentado al Consejo de Derechos Humanos en 2015⁴⁶. En él destaca que «Si bien se han hecho algunos progresos desde el primer estudio, llevado

⁴⁶ Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUN-Reports.aspx> (consultado el 16 de enero de 2019).

a cabo en 2011, en general las personas LGBT e intersexuales siguen viéndose afectadas por un cuadro extendido y persistente de malos tratos violentos, acoso y discriminación en todas las regiones. Estos actos constituyen violaciones graves de los derechos humanos, perpetrados a menudo con impunidad, lo que indica que las disposiciones vigentes para proteger los derechos humanos de las personas LGBT e intersexuales son inadecuadas. Al día de hoy no existe un mecanismo especializado de derechos humanos a nivel internacional que aplique un enfoque sistemático e integral de la situación de los derechos humanos de las personas LGBT e intersexuales». En el mismo año 2015 tuvo lugar el segundo hito. El ACNUDH celebró una *Reunión de Expertos para poner fin a la discriminación de las personas intersexuales*, aprobándose finalmente la *Ficha de Datos sobre los derechos humanos de las personas intersexuales*⁴⁷. Dicho documento destaca, y creo que con razón, los casos pioneros y punteros de Australia y Malta. Los *aussies* aprobaron, en 2013, la Enmienda de la Ley sobre la Discriminación Sexual (Orientación sexual, identidad de género e intersexualidad), la primera ley que incluye el estatus intersexual como un motivo prohibido de discriminación *per se*, en sí mismo. El Senado de Australia también ha llevado a cabo una investigación oficial sobre la esterilización forzada o involuntaria de las personas intersexuales. Por su parte, Malta aprobó en 2015 la Ley sobre Identidad de Género, Expresión de Género y Caracteres Sexuales, la primera disposición legislativa que prohíbe la cirugía y el tratamiento de los caracteres sexuales de los menores sin consentimiento informado. Asimismo, prohíbe la discriminación basada «en los caracteres del sexo». Son buenas muestras de que cuando los Estados quieren, pueden. El tercer hito llega en 2016, cuando el ACNUDH publicó el exhaustivo *Vivir Libres e Iguales: Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex*⁴⁸, un Informe que se ha convertido (o debería) en una auténtica referencia en la materia. Por la extensión y abundancia de datos, nos quedamos aquí con su principal conclusión: da cuenta de que en los últimos tiempos diversas autoridades a lo largo y ancho del planeta han adoptado medidas de «gran alcance» para tratar las violaciones de derechos humanos contra las personas LGBTI, haciéndose eco de más de doscientas medidas en sesenta y cinco países diferentes⁴⁹.

⁴⁷ Se han leído aquí: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Astepforwardforintersexvisibility.aspx y aquí: www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTFactSheets.aspx (consultado el 16 de enero de 2019).

⁴⁸ Se ha leído aquí: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf (consultado el 16 de enero de 2019).

⁴⁹ Ejemplos concretos: Argentina garantiza el derecho de acceder a los llamados «tratamientos de afirmación de género», mientras que Nueva Zelanda o Dinamarca permiten que su ciudadanía elija la «X» en documentos oficiales como el Pasaporte (garantizando

3.2. Secretaría General

Desde la Secretaría General de Naciones Unidas se han acometido acciones relevantes⁵⁰. En el año 2014, Ban Ki-moon, el que todavía es en la actualidad Secretario General, publicó un mensaje con ocasión del *Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia*, el 16 de mayo de 2014, donde defendía que los derechos de las personas LGTB son derechos humanos y que los derechos humanos son derechos de las personas LGTB. Y que estas personas gozan del derecho a vivir sus vidas sin discriminación de ningún tipo y de obtener de poderes públicos y particulares un trato igual, garantizando que conduzcan sus vidas en libertad⁵¹.

El Secretario General no deja de lamentar la realidad que, incluso a día de hoy, se observa en muchos (demasiados) Estados, donde se tipifican como delito conductas sexuales que califican de «desviadas», y donde se cometen todo tipo de tropelías contra personas LGTBI, desde malos tratos y torturas, hasta acoso en las calles, escuelas y trabajos; desde las llamadas «violaciones correctivas» hasta los más viles asesinatos (en demasiadas ocasiones cerrados sin apenas investigación). El Secretario General ha seguido en la brecha, impulsando y defendiendo los derechos de las personas LGTBI con apoyo

el género no binario). Por otro lado, algunos Estados han tomado medidas para reducir el abuso hacia los adultos y niños LGBT e intersexuales en el entorno médico (por ejemplo, Suiza e Irlanda), incluyendo la erradicación de las llamadas terapias de «conversión» y la esterilización forzada (cosa que ha sucedido en Estados Unidos, China y Ecuador, cerrando centros donde se llevaban a cabo). Otros Estados han eliminando las clasificaciones médicas que asumían que la transexualidad era una patología (Sudáfrica). Dos Estados han prohibido la discriminación por motivo de caracteres sexuales/condición intersexual (Australia y Sudáfrica) y otro más ha prohibido las cirugías innecesarias realizadas a los niños intersexuales (Argentina). Diferentes resoluciones judiciales han defendido los derechos de las organizaciones LGTBI tanto para registrarse como para llevar a cabo las actividades que les son propias, amén de reconocer indemnizaciones a causa de las violaciones de sus derechos (Tailandia, Malasia, o Lituania). Se han dictado diversas ordenanzas locales para perseguir delitos motivados por el odio, y se han llevado acciones de capacitación de funcionarios locales, así como diversas iniciativas educativas (Filipinas, México, Alemania, Argentina, Rusia, Brasil, y Malta). Vid. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Vivir Libres e Iguales*. Organización de Naciones Unidas, Ginebra, 2016, pp. 141 y ss.

⁵⁰ Vid. JIMÉNEZ RUIZ, José Luis; y MARTÍN CÁCERES, L.; «Juicios de Sodoma: argumentos y crónica jurídica». En *Revista Aranzadi Doctrinal* 2 (2016), p. 226. A pesar de esto, el Secretario General suele ser criticado por su débil apoyo («soft-peddling»). Vid. ALSTON, Philip; y GOODMAN, Ryan; *International...*, cit, p. 228.

⁵¹ La transcripción completa puede verse aquí: <http://www.un.org/es/messages/2014/homoday2014.shtml#> (consultado el 5 de noviembre de 2018). Incluso defendió el mensaje en público estando en Rusia, ante una nutrida representación diplomática universal con motivo de los Juegos de Invierno de Sochi de 2014. Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=If7pvU-HFkI> (consultado el 16 de enero de 2019).

explícito a diversas iniciativas, encuentros y conferencias a nivel regional y mundial⁵².

IV. UN BALANCE CRÍTICO

Es ahora donde debemos interrogarnos sobre lo que se ha hecho y sobre lo que queda por hacer.

1. *Sobre lo que se ha hecho*

En líneas generales, la ONU ha seguido trabajando en pos de lograr que las personas LGTBI puedan disfrutar de los derechos humanos libres de trazas discriminatorias. No puede decirse que se haya quedado cruzada de brazos. Ha reforzado algunos mecanismos existentes, y ha creado otros nuevos tales como el *Experto Independiente*. Además, los mecanismos de protección convencionales han ventilado casos a favor de las personas LGTBI cuando han estimado que en Derecho así debía hacerse. La dignidad, la libertad y la igualdad (especialmente en su vertiente de no discriminación) suelen ser los principales valores en los que se basan, cosa que por lo demás es bastante común en el razonamiento jurídico comparado cuando de derechos LGTBI se trata⁵³. Por todo ello el balance es en líneas generales positivo⁵⁴.

No obstante, existen todavía algunas cuestiones pendientes. Diversos sectores doctrinales destacan que por más que estemos en 2018 no existe consenso internacional para crear una norma jurídica vinculante, un auténtico tratado internacional, en la materia. Los avances se producen a golpe de *jurisprudencia*. Los Comités realizan una tarea encomiable, pero su eficacia real tiene mucho que ver con eso que Pastor Ridruejo denomina la «movilización de la vergüenza», con órganos decisores más políticos que jurídicos y con mucho de convencimiento previo de los diferentes Estado para cumplir (o incumplir) los preceptos correspondientes⁵⁵. Para bien o

⁵² Así lo hizo, por ejemplo, saludando la «Global LGBTI Human Rights Conference», celebrada en Montevideo, Uruguay, en el año 2016, declarando «estar orgulloso de formar parte de quienes luchan contra la discriminación contra las personas LGTBI». Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=yATlpSYXtiw> (consultado el 16 de enero de 2019).

⁵³ Vid. SPERTI, Angioletta: *Constitutional Courts, Gay rights and sexual orientation equality*. Hart Publishing, London, 2017, p. 196.

⁵⁴ Vid. PIOVESAN, Flavia; y KAMIMURA, Akemi: «Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero». En *Anuario de Derecho Público* 1 (2017), pp. 173-190.

⁵⁵ Vid. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: «La globalización de los derechos humanos: El reto del siglo XXI». En *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 2 (2003), pp. 19-34; y PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: «Prólogo». En Ochoa Ruiz, Natalia:

para mal, el margen de apreciación de los Estados en estas cuestiones sigue siendo amplio⁵⁶.

Como posibles alternativas, quizá se podría intentar introducir cláusulas específicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en los diferentes Convenios, aunque precisamente la falta de consenso internacional sobre estos asuntos a buen seguro daría al traste con la iniciativa⁵⁷. A lo mejor esa idea recurrente de crear un Tribunal Internacional en Naciones Unidas pueda ayudar a estas personas a ver realmente garantizados sus derechos. El problema que se barrunta aquí es doble: no sólo es más que probable que persista la falta de consenso en su creación; es que incluso se consiguiera, es muy posible que este muriera de éxito ante la potencial avalancha de demandas⁵⁸.

2. *Prospectiva de futuro*

Para conseguir crear una cierta cultura de respeto a los derechos humanos allá donde la hay solo de modo muy precario, se puede acudir al auxilio de

Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas. Civitas, Madrid, 2004, pp. 24 y ss.

⁵⁶ Lo que habría que fortalecer en el orden internacional no es, pues, el poder de los Estados, que ya tienen y en abundancia. Lo que se debe fortalecer es aquello que Ferrajoli define como *instituciones de garantía*, tanto las primarias (aquellas que verifican la paz y la seguridad entre Estados), como las secundarias (aquellas que garantizan esa ley del más débil que son los derechos fundamentales mediante instituciones jurisdiccionales). La falta de unas y otras es la triste realidad actual, a juicio del jurista italiano. Vid. FERRAJOLI, Luigi: *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta, Madrid, 2018, p. 41 y ss.

⁵⁷ Hay algunos autores que creen, por el contrario, que es mejor mantener el listado de derechos humanos razonablemente corto y cuya redacción sea abstracta (que no ambigua). El motivo sería poder crear una «meseta egalitaria», un mínimo común denominador sobre el cual debatir respecto a los desacuerdos que surjan. Vid. LUKES, S; «Cinco fábulas sobre los derechos humanos». En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, p. 46.

⁵⁸ Así lo asevera PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; «La globalización...», *cit*, quien considera la idea «absolutamente inviable» (p. 32), defendiendo por el contrario la subsidiariedad: «hacer caer la carga de creación de mecanismos de control en los Estados» (p. 33). Sobre la creación de ese Tribunal Internacional puede verse RODLEY, Nigel S; «The role...». En Shelton, David (ed); *The Oxford...*, *cit*, p. 647; y, especialmente, la tesis de NOWAK, M; «La necesidad de un tribunal mundial». En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.); *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 57-66, donde apuesta por crear un nuevo Tratado en el marco de la ONU («Estatuto del Tribunal»), sin afectar a la Carta y/o al resto de Tratados, y con membresía tanto de Estados como de agentes no estatales.

algunas ideas doctrinales, ideas que se están desarrollando en un debate mucho más amplio que aquí sólo podemos apuntar⁵⁹.

Un primer ejemplo sería la idea de Liborio Hierro. Para el iusfilósofo, las personas tenemos el derecho moral básico a vivir en un cierto tipo de Estado, a lo que se une la necesidad de un poder coercitivo para garantizar que los Estados son Estados de ese tipo. Es decir, un Estado que garantice la seguridad, la libertad, y la igualdad, que reconozca *cierto* orden social e internacional en el

⁵⁹ En lo que hace a los derechos fundamentales parece que en la actualidad pugnan dos paradigmas. El *paradigma sólido*, que defiende una interpretación literal de las normas, especialmente las constitucionales, en aras de garantizar la normatividad de las mismas así como la seguridad jurídica y la previsibilidad (sólo son derechos fundamentales los derechos positivados en la Constitución y en los términos que determine). Y el *paradigma líquido*, metáfora bien conocida y auspiciada por Zygmunt Bauman que llega al mundo del Derecho, haciendo ahora que los derechos fundamentales sean también aquellos resultantes de la interpretación que los altos tribunales hagan en el marco de un fluido diálogo entre ellos (para el caso español tal extremo lo ejemplificaría, por poner un ejemplo, la STC 198/2012, que reconoce el derecho al matrimonio de las personas homosexuales haciendo decir al artículo 32 CE lo que este en su literalidad no dice). Un representante del primer sector, muy crítico con las tesis del segundo, es VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978». En Punset Blanco, Ramón (coord.); Álvarez Álvarez, Leonardo (coord.); y Roca Martínez, José María (pr): *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, pp. 31-51. También se puede consultar MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «De primacía, derechos y tribunales», en GORDILLO PÉREZ, Luis (coord.): *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; específicamente sobre la resolución referida, puede verse MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo». En *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013), pp. 541-554. Para conocer a fondo el segundo paradigma puede leerse el trabajo de BUSTOS GISBERT, Rafael: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales». En *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012), pp. 13-63; el de GARCÍA ROCA, Javier: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo». En *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012), pp. 183-224; el de LÓPEZ GUERRA, Luis: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias». En *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013) pp. 139-158; el de XIOL RÍOS, Juan Antonio: «El diálogo entre Tribunales», en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, CEPC, 2013, pp. 11-56; y el de SAIZ ARNAIZ, Alejandro: «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el dialogo». En ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. CEPC, Madrid, 2013, pp. 131-160.

que los derechos y libertades proclamados en la DUDH se hagan efectivos (que es en definitiva lo que reconoce su artículo 28)⁶⁰.

Para ello debemos tener en cuenta algunas resistencias podríamos decir que estructurales. John Rawls dejó algunas reflexiones al hilo de la Guerra de los Balcanes que siguen teniendo vigencia. Recordaba el jurista que hay Estados «proscritos», que lo querrán seguir siendo porque no cesarán en su empeño de reprimir casi cualquier conducta que huelga a libertad. A este tipo de Estados no basta con decirles alto y claro que hay líneas rojas en forma de derechos humanos, sino que hay que negarles todo tipo de ayuda (económica, política, militar, y de cualquier otra índole). También habría Estados «con condiciones desfavorables», pero a diferencia de aquéllos, a estos sí que habría que ayudarles en el objetivo de alcanzar una sociedad bien ordenada, enfatizando la idea de derechos humanos junto a una batería de medidas adicionales que moderen lentamente la opresión de las minorías⁶¹.

Si con esto no resulta, a lo mejor se puede dar entrada a la propuesta de Richard Rorty. Para el filósofo estadounidense el problema de la gente mala no es que sea «menos racional», «menos lúcida», o «más prejuiciosa». El problema es que son desposeídos, en concreto de seguridad y de simpatía. Él lo razona así: «cuanto más duras son las cosas o más miedo se siente o más peligro se experimenta, menos tiempo y esfuerzo puede dedicarse a pensar en la condición de las personas con las cuales no te identificas de inmediato. La educación sentimental funciona únicamente cuando las personas pueden relajarse lo suficiente como para escuchar». Dicho con otras palabras, siempre las suyas: «la difusión de la cultura de los derechos humanos responde mucho más a un progreso de los sentimientos más que a la moral», habiéndose «vuelto para nosotros mucho más fácil gobernar a actuar gracias a las historias tristes y sentimentales»⁶². ¿Cómo llegar a sus corazones? ¿Cómo conseguir hacer de ello un arma política para el bien? Difícil, aunque ilusionante tarea.

Voces autorizadas nos recuerdan que la clave residirá en la gestión de las notables –y cada vez mayores– diferencias existentes entre las comunidades

⁶⁰ HIERRO, Liborio: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 258. El artículo 28 de la DUDH es un precepto realmente potente. Reza así: «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

⁶¹ Vid. RAWLS, John: «Derecho de gentes». En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85.

⁶² Vid. RORTY, Richard: «Derechos humanos: racionalidad y sentimentalidad». En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 131 y ss.

jurídico-políticas⁶³. Por un lado tenemos a los Estados occidentales, que no han hecho sino intentar dar cabida a las reivindicaciones de las personas LGTBI a medida que sus demandas han entrado en el sistema. De otro lado tenemos el conjunto de Estados que hacen todo lo contrario. Y entre medias, una amplia panoplia donde cunden ejemplos de todo tipo. Las velocidades y las exigencias son diferentes. Los que iniciaron la carrera en pos de la igualdad y no discriminación hace muchos años ahora tienen que decidir entre algunas disyuntivas de calado (¿teoría posmoderna que vuela los cimientos del proyecto racional e ilustrado o mejora de este mediante el refuerzo de la igualdad y no discriminación del catálogo de derechos para todos?)⁶⁴. Pero esas disyuntivas no se parecen en nada a las que encaran quienes viven todavía en sociedades *con aromas a estado de naturaleza*, sin rastro de Estado de Derecho, de Constitución, o de democracia⁶⁵.

V. CONCLUSIONES

Partiendo de la base de que el orden internacional es testigo tantos de avances como de retrocesos en los derechos de las personas LGTBI, en líneas anteriores hemos estudiado qué y cómo ha abordado en estos últimos cuatro

⁶³ Resulta especialmente sugerente la investigación de la que da cuenta IGNATIEFF, Michael: *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*. Taurus, Madrid, 2018. En ella sostiene que se pone de manifiesto un claro «descontento con la globalización que hace que las personas defiendan su identidad» (p. 257); que «puesto que la globalización está poniendo en entredicho tantas fuentes de autoridad moral, sorprende que los activistas internacionales de derechos humanos den la suya por sentada» (p. 261); y que «la soberanía democrática y el universalismo de los derechos humanos va camino del enfrentamiento en todas partes» (p. 262).

⁶⁴ Plantea la disyuntiva (decantándose por la segunda opción) MONEREO ATIENZA, C; *Diversidad...*, cit, p. 10 y ss. Se ha encontrado una brillante contribución sobre el trasfondo intelectual general de debates como este en OVEJERO, Félix: *La deriva reaccionaria de la izquierda*. Página Indómita, Madrid, 2018 (especialmente en su «Introducción», pp. 21-76; y en «La Izquierda Posmoderna», pp. 111-124.). También puede resultar interesante al lector la tesis que defiende BERNABÉ, Daniel: *La trampa de la diversidad*. Akal, Madrid, 2018 (6ª edición).

⁶⁵ Aunque a día de hoy el planteamiento de fondo de filósofos como Zizek se antoja bastante trasnochado («la lucha comunista por la emancipación universal»), tal y como él la llama, p. 294), tiene algunas reflexiones que merece la pena rescatar. Por ejemplo, que la defensa anticolonialista multicultural de la multiplicidad de modos de vida es falsa, porque oculta y justifica actos de brutalidad, sexismo y racismo que dejamos correr por no caer en «mentalidades imperialistas». Por ello en ningún caso se debería suscribir un compromiso estratégico que tolere en silencio costumbres que humillan a personas homosexuales, so pretexto de que forman parte de una lucha «más amplia». Vid. ZIZEK, Slavoj: *El coraje...*, cit, pp. 293 y 294.

años la promoción y protección de los mismos la Organización de Naciones Unidas.

Desde la perspectiva de los mecanismos basados en la Carta destaca la labor del Consejo de Derechos Humanos, especialmente mediante dos instrumentos. En primer lugar, el Examen Periódico Universal, realizado bajo los auspicios del primero, y que ha otorgado cierto realce a la no discriminación de las personas LGTBI. En segundo lugar, mediante la creación de la que es la principal y auténtica novedad en la materia, el *Experto Independiente en Orientación Sexual e Identidad de Género*, quien ya ha llevado a cabo algunas acciones meritorias que el tiempo dirá si tienen o no continuidad. En líneas generales puede hablarse de una importante promoción, pero no tanto protección, en la medida en que no estamos ante órganos con competencia para dictar resoluciones jurídicamente vinculantes.

Desde la perspectiva de los mecanismos basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destacan los casos que han llegado al Comité de Derechos Humanos y al Comité contra la Tortura. El primero ha decidido seis casos y el segundo dos. En seis de los ocho se dio la razón al litigante, que era con carácter general una persona LGTBI. Aquí se puede hablar más de protección que de mera promoción, aunque es cierto que la propia idiosincrasia de este tipo de órganos no permite lanzar las campanas al vuelo. Algo más de protección, pues, *ma non troppo*.

Desde la perspectiva de otros órganos de la ONU, destaca con mucho la ingente labor del ACNUDH, llevando a cabo una encomiable tarea de estudio, informe y difusión de los derechos humanos de las personas LGTBI por todo el globo. También destaca el papel, formal y diplomático pero real y sincero, de la Secretaría General, con mensajes institucionales de apoyo y aliento a la causa.

Finalmente, se ha realizado un balance de urgencia y una modesta prospectiva de futuro, con ideas generales sobre por dónde podrían discurrir futuros derroteros sobre la base de un balance general. En ese sentido, la tensión que late en el fondo del problema es casi idéntica a la que late en el fondo de buena parte de problemas que presenta el ordenamiento internacional: la convicción y voluntad de los Estados, auténtica clave de bóveda para el trato humano y justo de las personas LGTBI. Si desde los Estados se llama a «curarles», cuando no a «perseguirles», a «expulsarles» o, incluso, «matarles», poco se podrá hacer más allá de seguir reivindicando su libertad e igualdad con todas las armas de las que disponen las democracias constitucionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMQVIST, J. «El Consejo de Derechos Humanos: un paso audaz hacia derechos efectivos para todos». En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.): *El*

- Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 37-46.
- ALSTON, P.; y GOODMAN, R. *International Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Vivir Libres e Iguales*. Organización de Naciones Unidas, Ginebra, 2016.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. «La Organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate», *Revista General de Derecho Constitucional* 17 (2013), pp. 1-30.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. «Derechos humanos y orientación sexual e identidad de género». En Rey Martínez, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 736-781.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Informe 2017-2018. La situación de los derechos humanos en el mundo*. Londres, 2018.
- BERNABÉ, D. *La trampa de la diversidad*. Akal, Madrid, 2018 (6ª edición).
- BILBAO UBILLOS, J. M.; y MORETÓN TOQUERO, M. A. «Protección de los derechos humanos en España. Marco normativo». En Rey Martínez, Fernando (dir.): *Los derechos humanos en España: un balance crítico*. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 29-33.
- BUSTOS GISBERT, R. «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales». En *Revista Española de Derecho Constitucional* 95 (2012), pp. 13-63.
- CAROZZA, P. «Human Dignity». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 345-359.
- CARROLL, A.; y MENDOS, L. R.: *Homofobia de Estado*, ILGA, 2017 (12ª edición).
- CLIFFORD, J. «Equality». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 420-445.
- DÍAZ LAFUENTE, J. *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.
- «El derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos de orientación sexual». En CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel; y SANTANA VEGA, Dulce María (coords.); *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta, Madrid, 2018.
- GARCÍA ROCA, J. «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo». En *Teoría y Realidad Constitucional* 30 (2012), pp. 183-224.
- GARTENBERG, M. (dir.); y BLANK, E. (codir.); *United Nations Human Rights Council. Protection of LGTB Youth*, CJMUNG, 2018.
- GILBAJA CABRERO, E. «Orientación sexual y Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *Revista de Derecho Político* 91 (2014), pp. 303-340.
- HELLUM, A. (ed): *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*. Routledge, Oxon-New York, 2017.

- HIERRO, L. *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 2016.
- IGNATIEFF, M. *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*. Taurus, Madrid, 2018.
- JIMÉNEZ RUIZ, J. L.; y MARTÍN CÁCERES, L. «Juicios de Sodoma: argumentos y crónica jurídica». En *Revista Aranzadi Doctrinal* (2) 2016, pp. 223-246.
- KOTHARI, M. «From Commission to the Council: Evolution of UN Charter Bodies». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 587-620.
- LÓPEZ GUERRA, L. «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias». En *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013) pp. 139-158.
- LUKES, S. «Cinco fábulas sobre los derechos humanos». En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 29-46.
- MATIA PORTILLA, F. J. «De primacía, derechos y tribunales», en GORDILLO PÉREZ, Luis (coord.): *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- «Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo». En *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013), pp. 541-554.
- MONEREO ATIENZA, C. *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*. Dykinson, Madrid, 2015.
- NOWAK, M. «De la Comisión de Derechos Humanos al nuevo Consejo». En ALMQVIST, JESSICA; y GÓMEZ ISA, FELIPE (coords.): *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 13-22.
- OCHOA RUIZ, N. *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas*. Civitas, Madrid, 2004.
- OCHOA RUIZ, N. y SALAMANCA AGUADO, E. «El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Un análisis preliminar». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 12 (2006), pp. 1-27.
- OVEJERO, F. *La deriva reaccionaria de la izquierda*. Página Indómita, Madrid, 2018.
- PALETTA, D. (coord.; y ed.); y DU PLESSIS, A. (dir.): *Informe Anual*, ILGA, 2017.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. «La globalización de los derechos humanos: El reto del siglo XXI». En *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 2 (2003), pp. 19-34.
- «Prólogo». En Ochoa Ruiz, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas*, Civitas, Madrid, 2004.
- PEÑA DÍAZ, F. de A. *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGTBI como derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PINKER, S. *En defensa de la Ilustración*. Paidós, Barcelona, 2018.
- PIOVESAN, F.; y KAMIMURA, A. «Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero». *Anuario de Derecho Público* 1 (2017), pp. 173-190.
- REID, G. «La homofobia como estrategia política». En *Política Exterior* 167 (2015), pp. 126-136.
- «Lucha global por los derechos de las personas LGBT». En *Política Exterior* 157 (2014), pp. 1-8.

- RAWLS, J. «Derecho de gentes». En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85.
- RODLEY, N. S.: «The role and impact of treaty bodies». En Shelton, David (ed.); *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 621-648.
- RORTY, R. «Derechos humanos: racionalidad y sentimentalidad». En Shute, Stephen; y Hurley, Susan (eds); *De los derechos humanos*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 117-136.
- SAIZ ARNAIZ, A. «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el dialogo». En ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. CEPC, Madrid, 2013, pp. 131-160.
- SPERTI, A. *Constitutional Courts, Gay rights and sexual orientation equality*. Hart Publishing, London, 2017.
- TIRADO CHASE, A. «Human rights contestations: sexual orientation and gender identity». En *The International Journal of Human Rights* 20 (2016), pp. 703-723.
- VILLÁN DURÁN, C. «Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos», En Almqvist, Jessica; y Gómez Isa, Felipe (coords.): *El Consejo de Derechos Humanos. Oportunidades y Desafíos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 23-36.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978». En Punset Blanco, Ramón (coord.); Álvarez Álvarez, Leonardo (coord.); y Roca Martínez, José María (pr): *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2018, pp. 31-51.
- VOSS, M. J. «Contesting Sexual Orientation and Gender Identity at the UN Human Rights Council». En *Human Rights Review* 19 (2018), pp. 1-22.
- XIOL RÍOS, J. A. «El diálogo entre Tribunales», en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*. CEPC, Madrid, 2013, pp. 11-56.
- ZIZEK, S. *El coraje de la desesperanza. Crónicas del año en que actuamos peligrosamente*. Anagrama, Barcelona, 2018.

EL ENSAMBLAJE DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN: LAGUNAS DESPUÉS DE 40 AÑOS*

The Arbitration in the Constitution: Gaps after 40 years

María José Carazo-Liébana¹
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Jaén
mjcarazo@ujaen.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp165-184](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp165-184)

Recibido: 08.01.2019

Aceptado: 21.06.2019

Resumen

La ausencia de una referencia explícita al arbitraje en el texto constitucional no es óbice para su reconocimiento, hoy plenamente pacífico con apoyo de una jurisprudencia constitucional muy reiterada en este aspecto. No obstante lo anterior, hay aspectos del arbitraje que exigen un análisis desde la perspectiva de las garantías procesales-constitucionales. En este artículo se plantean cuestiones de importante alcance, tales como si operan o no las garantías del art. 24 de la Constitución en el arbitraje.

Palabras clave

Arbitraje; tutela judicial; Constitución.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Carazo-Liébana, María José. 2019. «El ensamblaje del arbitraje en la Constitución: lagunas después de 40 años». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 165-184. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp165-184](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp165-184).

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Plan Nacional: Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea (DER2016-74843-C3-1-R).

Abstract

The absence of an explicit reference to the arbitration in the Constitution does not prevent its recognition, which is now fully recognized with the support of a settled constitutional jurisprudence in this regard. However, there are aspects of the arbitration that require an analysis from the perspective of the constitutional procedural guarantees. This article contemplates important issues, such as whether guarantees of art. 24 of the Constitution operate in the arbitration or not

Keywords

Arbitration; judicial protection; Constitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESENCIA DEL ARBITRAJE DESDE EL PRISMA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. III. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL USO DEL ARBITRAJE. IV. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA VERSUS TUTELA ARBITRAL EFECTIVA. 1. *El derecho a obtener de los tribunales un pronunciamiento fundado en el Derecho objetivo y a la motivación de la resolución judicial.* 2. *El derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales.* 3. *El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.* 4. *El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto.* 5. *El derecho a no sufrir indefensión.* V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La institución arbitral puede ser considerada como una gran desconocida desde un punto de vista procesal-constitucional y vamos a argumentarlo con ejemplos que denotan la necesidad de profundizar en la esencia de esta institución a fin de que su uso no implique una merma de derechos por parte de los implicados. Una prueba de lo anterior ha sido la existencia de un contrato de seguro de asistencia jurídica incluido en el art 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro, introducido por la Ley 21/1990 de 19 de diciembre (que adapta el Derecho español a la Directiva 1988/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados) que ha estado vigente 28 años y que recientemente la STC 1/2018 de 11 de enero ha declarado inconstitucional porque otorgaba la posibilidad de acudir al arbitraje por parte del asegurado sin opción a la otra parte de aceptarlo o no, entroncando de forma elemental con la esencia del arbitraje que es la voluntariedad². A estos efectos, nos

² La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 CE. El precepto cuestionado dispone lo siguiente:

«El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.» (el subrayado es nuestro)

Este precepto fue introducido por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre para adaptar el Derecho español a la Directiva 1988/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados. A juicio de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que plantea la cuestión de Inconstitucionalidad se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del

planteamos cómo ha podido estar vigente este precepto durante tanto tiempo siendo tan evidente su oposición a la esencia del arbitraje, cual es la libre voluntad de las dos partes en conflicto de resolver su controversia por esta forma de justicia alternativa. Y es que como decíamos *ab initio* el arbitraje es el gran desconocido. No se estudia como asignatura en los planes de Estudio del Grado de Derecho. Tampoco forma parte de ninguna disciplina jurídica en particular a pesar de su carácter transversal. No se estudia su implicación constitucional simplemente porque la Constitución no lo regula (a diferencia de la Constitución de Cádiz). No obstante, lo que sí regula la Constitución es el derecho a la tutela judicial efectiva y ésta entronca directamente con el arbitraje por cuanto se permite que las partes puedan renunciar a la tutela judicial para la resolución arbitral del conflicto. Ahora bien, las partes deben aceptar el laudo arbitral por su efectos de cosa juzgada y ahí es donde viene el problema. ¿Quedan las partes desasistidas en sus derechos del art. 24 de la Constitución (en adelante CE)? Se podría considerar, en una primera aproximación, que la respuesta es negativa porque siempre está la posibilidad del recurso de anulación recogido en el art. 24 de la Ley de Arbitraje. Pero si profundizamos en este recurso nos daremos cuenta que los supuestos del mismo son limitados y meramente formales.

Nos preocupa que hoy en día se está generalizando la opción por la solución arbitral de conflictos para descargar a los tribunales de justicia. Pero hay que subrayar que esa tendencia podría tener efectos «secundarios» o «colaterales» para el ciudadano. No debemos olvidar que es el art. 24 CE es efectivamente un derecho de configuración legal, si bien nunca se podrán fijar trabas u obstáculos que impidan que la tutela judicial esté garantizada constitucionalmente³. Aun cuando no será materia de este estudio aunque sí en posteriores, merece consideración la sentencia del

asegurador en relación en el principio de exclusividad jurisdiccional establecido por el art. 117.3 CE debido a que se estaría supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que quebrantaría la esencia misma tanto de la tutela judicial como del arbitraje. En los mismos términos se pronuncia el Fiscal General del Estado al considerar que se está produciendo la imposición del arbitraje a una de las partes lo que contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva. Sorprende, sin embargo la alegación del Abogado del Estado que, desconociendo a nuestro juicio la esencia del ensamblaje del arbitraje a nuestro texto constitucional, considera que el precepto que se pretende impugnar es perfectamente adecuado a nuestra Constitución por cuanto el derecho del art 24 es un derecho de configuración legal en el que incide el legislador comunitario al tener competencias sobre esta materia. Sin considerar que el laudo arbitral cierra la puerta a la jurisdicción salvo recurso de anulación del laudo, por lo que quedaría indefenso la parte que no apostó por el arbitraje, sin opción a que un órgano judicial pueda conocer la controversia.

³ *Vid.* STC 17/2008, de 31 de enero (Fundamento Jurídico 3)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre en los *casos Pechstein y Mutu c. Suiza* (apelaciones n.º 40575/10 y 67474/10 respectivamente), que versa en esencia sobre los procedimientos ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo y su compatibilidad con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴.

En estas páginas vamos a intentar poner luz sobre esos efectos colaterales. No obstante, si queremos poner de relieve, desde el inicio, que todo lo que hemos indicado hasta ahora en relación a los «riesgos» del arbitraje no significa que no lo defendamos como medio óptimo de resolución de litigios. Nos parece que es muy adecuado. Ahora bien, no siempre se tiene toda la información y, en muchas ocasiones, parece que se confunde el arbitraje con la mediación o la conciliación que son figuras similares en cuanto a que un tercero es llamado a resolver un litigio, pero diferentes en cuanto a los efectos de la solución propuesta por el tercero (efectos de cosa juzgada o no). Así pues, mientras que el arbitraje tiene una implicación constitucional, no la tiene la mediación o la conciliación porque el uso de esta forma de resolución de litigios no cierra el acceso a la Administración de Justicia.

II. LA ESENCIA DEL ARBITRAJE DESDE EL PRISMA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Aun cuando la tutela judicial efectiva es administrada, según el art. 24 CE, por jueces y Tribunales que integran el poder Judicial, históricamente la propia jurisdicción apareció revestida de un carácter arbitral que ha condicionado la evolución de la misma⁵. En el arbitraje se pone en contacto la siempre delicada relación entre el poder público y los particulares⁶, porque es una

⁴ Sobre derecho a un juicio equitativo y justo. Los recurrentes, la patinadora alemana Claudia Pechstein y el ex futbolista Adrian Mutu de nacionalidad rumana acudieron –de forma separada– al TEDH con el objeto de impugnar la validez de los laudos fallados en su contra por el TAS, tras haber acudido previamente y sin éxito ante el Tribunal Federal Suizo, cuestionando la independencia e imparcialidad del Tribunal arbitral y la naturaleza del sometimiento al arbitraje forzado del TAS, alegando que sus derechos a un juicio justo, en el sentido del Artículo 6 del CEDH, habían sido vulnerados. Ha entendido el Tribunal que si hubo una violación del este precepto en la medida de que los procedimientos ante el TAS relacionados con sanciones sobre dopaje no se celebraron en público. Es decir, por ausencia de audiencia pública. Por otro lado sostiene que aceptación de la jurisdicción del TAS por medio de cláusula de sumisión obligatoria debe entenderse como un arbitraje «forzado» en el sentido de la jurisprudencia del TEDH. Si bien, a pesar de la calificación del arbitraje forzado, lo relevante para el TEDH es que dicho arbitraje ofrezca todas las garantías de un proceso justo, conforme a lo previsto en el Artículo 6 del CEDH.

⁵ García-Pita y Lastres 2010, 48-57

⁶ *Vid.*, Guasp Delgado 1956

institución cuyo fundamento se encuentra en la autonomía de la voluntad de los individuos que buscan resolver sus controversias de forma más eficaz, reservada, rápida, económica. Para ello recurren a terceros privados que resuelven mediante laudo. Laudo que, al igual que una sentencia judicial, tiene efectos de cosa juzgada. La elección por esa forma de justicia alternativa no impide la intervención del Estado defendiendo siempre el interés público. Esa intervención del Estado viene delimitada por los límites en que actúa esa autonomía de la voluntad. También interviene a través de los órganos de la jurisdicción ordinaria, para revisar el laudo y ordenar su ejecutabilidad o ejecución forzosa si las partes voluntariamente no cumplen con el contenido del mismo⁷. Como aspectos fundamentales del arbitraje a la luz de nuestro texto constitucional podemos indicar:

- Carácter estatal de la Ley de Arbitraje al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.1.6 CE) de acuerdo con la STC 15/1989 de 26 de enero sobre la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios. Destaca también la STC 62/1991, de 22 de marzo que insiste en el arbitraje como equivalente jurisdiccional para justificar la competencia exclusiva del Estado en su regulación frente a las Comunidades Autónomas⁸. Se reitera en el argumento de que el arbitraje en cuanto a «equivalente jurisdiccional» es legislación procesal y, en consecuencia, competencia exclusiva del Estado.
- El principio de autonomía de la voluntad para someter controversias al arbitraje sin que ello vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE (SSTC 11/1981, 212/1991 o 174/1995). La renuncia a la tutela judicial debe ser explícita, clara e inequívoca. De esta forma es contrario al art. 24 CE la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento al arbitraje⁹. Esto es así porque el control judicial sobre el laudo previsto en la Ley de Arbitraje se limita a garantías formales o aspectos meramente externos sin alcanzar el fondo del asunto sometido

⁷ Vid., González Soria 2006

⁸ FJ 5ª «... no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, F.J. 9 b, es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil...»

⁹ Vid., STC 174/1995, de 23 de noviembre, Carazo Liébana, María José 1996, 1305-1322

a arbitraje¹⁰. Es tal la importancia de la voluntariedad en el arbitraje que, en relación a la declinatoria de jurisdicción para el caso de que se alegue la existencia de un arbitraje en un litigio judicial ya iniciado (arts. 11 de la Ley de Arbitraje y 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no se establece limitación alguna del ámbito del enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción (principio *kompetez-Kompetez*). Ello implica que el órgano judicial va a hacer un enjuiciamiento sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable. No se limita pues a una comprobación superficial de la existencia del convenio arbitral en caso de que exista¹¹

- Arbitrabilidad del objeto de la controversia como condición indispensable para que el arbitraje sea constitucional.
- Cumplimiento en el procedimiento arbitral de una serie de garantías como son la igualdad de las partes, la audiencia, contradicción, prueba y motivación del laudo para su plena compatibilidad constitucional con el art. 24.1 de la CE.
- El laudo arbitral firme tiene efectos de cosa juzgada al igual que una sentencia judicial (SSTC 43/1988, 15/1989 y 62/1991).

Sin duda, el arbitraje es una institución que interesa al constitucionalista por varias razones que intentaremos resumir en las líneas que siguen. Interesa, en *primer lugar*, porque el arbitraje está anclado en la libertad de las partes de someter la decisión de sus controversias a una institución arbitral siempre que éstas sean disponibles. Libertad que consagra la Constitución en el art. 1.1 cuando establece como valores superiores del Ordenamiento Jurídico la libertad junto con la igualdad, la justicia y el pluralismo político¹². De esta forma, se puede afirmar que no es constitucional el arbitraje incluido en un contrato de adhesión, tampoco lo es el arbitraje obligatorio (tal como tendremos ocasión de defender en páginas sucesivas). Pero incluso nos atrevemos a decir que debiera ser igualmente inconstitucional aquel en el que, sin darse los supuestos anteriores, se pudiera demostrar que alguna de las partes desconocía o no tenía información suficiente del alcance de la firma del convenio arbitral.

¹⁰ *Vid.*, Sentencia 119/2014 de 16 de julio (FJ 5) y STC 8/2015, de 22 de enero (FJ 5)

¹¹ *Vid.*, STS Sala de lo civil de 27 de junio de 2017, fundamento Jurídico Tercero

¹² *Vid.* al respecto Cruz Villalón 2007, 15-26 quien sostiene que los medios alternativos de resolución de controversias tienen una pluralidad de puntos de contacto con la Constitución. Concretamente el arbitraje privado tiene encaje en la parte dogmática de la Constitución en cuanto al principio de Libertad consagrado como valor superior del Ordenamiento Jurídico (art. 1.1 CE)

En segundo lugar, interesa porque el laudo arbitral tiene la misma eficacia de cosa juzgada que una sentencia judicial. Ello implica inexorablemente que las garantías procesales del art. 24 CE sean aplicables, aun con cierta flexibilidad; pero que sean aplicadas también al procedimiento arbitral, el cual se alza como un verdadero procedimiento.

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que el árbitro no goza de *potes-tas* por lo que necesitará el auxilio judicial para la ejecución del laudo en caso de que las partes voluntariamente no lo hagan. Ello supone que la interacción entre los órganos judiciales y el árbitro deberían ser continuas. No son instituciones que intervienen de forma paralela sin que en ningún momento se encuentren. Todo lo contrario, hay o debe haber una auténtica colaboración y auxilio entre los jueces y los árbitros. En definitiva, ambos coadyuvan para la correcta administración de justicia, si bien con procedimientos diferentes.

Son muchas las cuestiones que suscita la conexión del arbitraje al derecho a la tutela efectiva desde una perspectiva constitucional, habida cuenta de que el árbitro, no lo olvidemos, debe aplicar la Constitución como norma suprema. Afirmar que el arbitraje está exento de las garantías recogidas en la Constitución, es una afirmación totalmente errónea porque la facultad de las partes de escoger el procedimiento o el camino que se debe seguir para la resolución de sus controversias, nunca debe suponer la inaplicación o vulneración de la Constitución. La cuestión radica, y a ello le vamos a dedicar las sucesivas páginas, en cómo se ensambla el proceso arbitral con las garantías constitucionales. Y en este ensamble hay un concepto básico que es el orden público o el cumplimiento de los derechos y libertades recogidos en la Constitución. De esta manera el árbitro nunca al laudar podrá vulnerar la Constitución *so pena* de anulación del laudo por el número f) del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje.

Art. 41 Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje

1. *«El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
...f) Que el laudo es contrario al orden público»*

Si hemos hablado de la esencia del arbitraje en el Derecho constitucional pasaremos a analizar, de forma más concreta, cómo se produce su ensamble en nuestra Constitución. En qué preceptos podemos encajar el arbitraje dado que, como hemos dicho más arriba, no hay alusión explícita al mismo.

III. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL USO DEL ARBITRAJE

La Constitución de 1978 no hace mención expresa del derecho al arbitraje. El lector de esta líneas puede plantearse si realmente existe un

«derecho» al arbitraje. Para comenzar no trataremos tanto de dilucidar si existe como derecho. Lo que parece indubitado es que se acepta comúnmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la viabilidad del arbitraje en nuestro texto constitucional. Hay pues una suerte de reconocimiento tácito al sometimiento de las controversias al arbitraje. Parece obvio que el art. 24 CE, en la regulación de la tutela judicial efectiva, se está refiriendo al derecho de acceso a la jurisdicción (apartado 1) y a las garantías procesales constitucionales (apartado dos) ¿Cabría aplicar las garantías constitucionales procesales al procedimiento arbitral y así entender que el reconocimiento tácito se encuentra en este precepto?

Nuestra pretensión es poner el acento en las garantías constitucionales o legales del procedimiento arbitral. Es decir, si el arbitraje es un auténtico equivalente jurisdiccional, parece lógico que los árbitros deban aplicar las garantías procesales constitucionales del art. 24 de la Constitución, convirtiéndose entonces en derechos procesales fundamentales que los particulares podrían reclamar al árbitro a través de un recurso de amparo. Por el contrario, si la naturaleza del arbitraje es meramente contractual y las garantías del procedimiento deriva única y exclusivamente de la Ley de Arbitraje (2003) entonces los particulares nunca podrían aducir lesión de los derechos procesales constitucionales del art. 24 de la CE, simple y llanamente porque las garantías del proceso arbitral son legales y no constitucionales. En esta última línea encontramos el Auto del TC 701/1988 Sección Primera, Sala Primera¹³ en el que se desmarca de forma clara y contundente de la aplicación de las garantías del art. 24 de la CE a un arbitraje de equidad señalando textualmente que *«para resolver el presente recurso de amparo constitucional, ha de señalarse, ante todo, que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad prestacional del Estado, que es la prestación de actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse asimismo que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan los derechos fundamentales»*. (El subrayado es nuestro).

En esta tesis se haya la STC 9/2005, de 17 de enero de la Sala Primera que resuelve un recurso de amparo promovido frente a un laudo arbitral en cuyo fundamento quinto se indica de forma muy explícita que el recurso de amparo ante el TC sólo es susceptible de promoverse cuando la infracción

¹³ FJ Primero...»*Aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales...*»

del derecho fundamental deriva única y exclusivamente de la acción de los órganos de la jurisdicción, nunca de la actuación del árbitro. En ese sentido el laudo arbitral es ajeno a la actuación del TC¹⁴. Así pues las garantías del proceso arbitral proceden del ámbito de la legalidad ordinaria (de la Ley de Arbitraje) por lo que estos derechos no tienen la categoría de Derechos Fundamentales. Señala Cruz Villalón que la primera explicación que parece surgir de esta doctrina es que los derechos fundamentales están ligados al ejercicio de la potestad jurisdiccional de forma que no pueden ser vulnerados por nadie que no fuese titular de esta potestad pública¹⁵. Esta hipótesis tiene varios aspectos susceptibles de ser refutados. Concretamente, la STC 9/2005, de 17 de enero, ya señalada, cuando excluye de forma clara el arbitraje del control constitucional parece desconocer algunos aspectos de relevancia:

Primero, si se reconoce que un particular puede vulnerar un derecho fundamental (libertad de expresión, igualdad...) no entendemos por qué los árbitros no pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, máxime cuando el Ordenamiento jurídico les permite tomar decisiones en forma de laudo con efectos de cosa juzgada, igual que una sentencia judicial.

Segundo, las garantías del art. 24 CE forman parte del orden público procesal que se eleva como causa de anulación del laudo arbitral por la vía del art. 41.1.f) de la Ley de Arbitraje y, en consecuencia, la vulneración de las garantías de la tutela efectiva son susceptibles de recurso de anulación en sede jurisdiccional.

Tercero, si el arbitraje estuviera exento de la garantía constitucional del art. 24 CE se produciría una quiebra del sistema constitucional de justicia. No queremos señalar que las garantías de la tutela judicial efectiva operen en igual intensidad y extensión en el arbitraje. La configuración legal de uno y otro son diferentes pero ello no implica que el derecho fundamental desaparezca absolutamente cuando se está sustituyendo un proceso (el judicial) por otro (el arbitral).

Cuarto, parece obvio que cuando se acude en amparo ante el TC se hace, no en relación al laudo arbitral directamente, sino impugnando la sentencia judicial que ha resuelto sobre el recurso de anulación del laudo. Así pues, no es el laudo lo que se impugna sino la sentencia judicial resultante de la impugnación del laudo. Ocurre una situación muy similar a cuando un

¹⁴ Fundamento Jurídico 5º «... la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales– del art. 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve...»

¹⁵ *Vid.*, Cruz Villalón 2007, 25

particular vulnera un derecho fundamental y se recurre en amparo, no la vulneración propiamente dicha del particular, sino la resolución judicial firme que ha resuelto la violación de ese derecho fundamental.

Así pues, entendemos que con la STC 9/2005 y otras se está confundiendo la posibilidad de las partes de elegir el procedimiento por el cual se van a resolver sus controversias, con la total desaparición de este derecho fundamental en sede arbitral. Entendemos, por el contrario, que el art. 24 CE rige también en el procedimiento arbitral aunque atemperado por las peculiaridades del arbitraje frente al proceso judicial, tal como procedemos a analizar en el siguiente apartado.

IV. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA VERSUS TUTELA ARBITRAL EFECTIVA

Queremos comenzar aludiendo a que la tutela judicial efectiva se configura –como la mayor parte de los Derechos Fundamentales– como un derecho de configuración legal. Esto es, el contenido esencial del derecho no va a quedar delimitado sólo por su enunciado constitucional, sino que se concreta y determina definitivamente por la normativa legal que lo desarrolla. Ahora bien, que sea un derecho de configuración legal no implica, tal como ha señalado el TC en múltiples sentencias, que se pueda desnaturalizar imponiendo trabas que hagan difícil o incluso imposible el acceso a los tribunales. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debe ser interpretado siempre de manera que los requisitos procedimentales establecidos en la Ley no lleguen a restringir u obstaculizar de forma injustificada las posibilidades para acceder al proceso con la finalidad de que sean conocidas y resueltas las pretensiones que se someten al órgano judicial¹⁶. Creemos necesario partir de esta hipótesis de trabajo para situarnos después en la problemática que presenta la tutela arbitral y sus posibles soluciones.

No se nos escapa que el proceso judicial surge en el momento histórico en el que el poder público decide prohibir el uso de la fuerza para que los ciudadanos resuelvan sus diferencias; o lo que coloquialmente se dice que cada uno «se tome la justicia por su mano». Se pasa de la autotutela de los derechos subjetivos a la heterocomposición o tutela por un tercero, con la especialidad, frente a otros mecanismos de resolución de controversias, que ese tercero cuando toma la decisión que corresponda, su solución tiene efectos frente a todos, no sólo frente a las partes en conflicto. Y aquí podemos hablar de los dos mecanismos que aparecen conexos desde el principio: el arbitraje y la tutela judicial y el común denominador de ambos es lo que denominaremos en

¹⁶ Ejemplo, la Sentencia TC 168/2003, de 29 de septiembre FJ 2º. Se puede consultar un extracto de todas ellas en Ruiz-Rico Ruiz e Carazo Liébana 2013

adelante tutela efectiva que englobaría tanto la tutela judicial como la tutela arbitral. La diferencia entre ambas figuras radica en los sujetos que administran justicia (jueces/árbitros), en el proceso que se sigue (proceso judicial/procedimiento arbitral) y en la libre disposición o no de la controversia. Se asemejan en el efecto de cosa juzgada de la resolución judicial y del laudo arbitral y, en nuestra hipótesis de trabajo, en la subsunción de ambas figuras a las garantías constitucionales procesales. Nos estamos refiriendo a las garantías del derecho de tutela efectiva que reconoce el art. 24 de la CE. En definitiva, se trata de diferentes manifestaciones de un mismo fenómeno que resumiendo podría ser el que sigue «*el reconocimiento de la posibilidad que atesoran los ciudadanos de instar a un tercero la resolución de conflictos en los que se hallen involucrados, ante la prohibición jurídica que pesa sobre ellos de que los resuelvan por sí mismos arbitrariamente o mediante el uso de la fuerza*»¹⁷.

Éste es nuestro punto de partida. La heterocomposición de conflictos. A partir de aquí trataremos de esbozar una hipótesis que, adelantamos, consiste en reafirmar la aplicación de los derechos que integran la tutela judicial efectiva al arbitraje. Y esta teoría tiene su fundamento en el art. 41 de la Ley de Arbitraje que prevé como causa de anulación del laudo, la infracción del orden público. Partimos también de la doctrina del TC, según la cual por orden público debe entenderse los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución. Así pues, la tesis parece lógica, los ciudadanos deben tener plenas garantías de aplicación de los derechos fundamentales con independencia de que opten por el proceso judicial o por el procedimiento arbitral en materias de libre disposición. El proceso es el camino y la solución –en forma de sentencia o laudo– es la meta. En el camino y en la meta deberá respetarse la Constitución siempre. No cabe argumentar que las partes han renunciado a la aplicación de la Constitución al optar por el procedimiento arbitral. Para un constitucionalista lo anterior es una aberración pues la superioridad de la norma suprema quedaría condicionada a la voluntad de los sujetos. En base a lo anterior procedemos en adelante a esgrimir los distintos argumentos que nos lleven a la conclusión anteriormente adelantada.

El artículo 24 de la Constitución española (CE) ha incorporado un catálogo de derechos constitucionales de naturaleza jurisdiccional o procesal, cuya aplicación casuística por el Tribunal Constitucional ha producido una profunda y progresiva modificación de las normas legislativas y la interpretación judicial sobre los diferentes procedimientos jurisdiccionales diseñados en el ordenamiento jurídico español. Esa eficacia transformadora se

¹⁷ Vid., Garberí Llobregat 2008

*explica en buena medida por la calidad normativa con que han sido enunciados por la norma fundamental, en cuanto de derechos subjetivos que están dotados de la doble condición de exigibilidad e inmediatez con que se imponen inevitablemente en la práctica procesal de cualquier órgano judicial*¹⁸.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debe ser interpretado siempre de manera que los requisitos procedimentales establecidos en la Ley no lleguen a restringir u obstaculizar de forma injustificada las posibilidades para acceder al proceso con la finalidad de que sean conocidas y resueltas las pretensiones que se someten al órgano judicial. El arbitraje es una institución compatible con la Constitución y con el derecho de acceso a la justicia. Aunque no debe hacerse una traslación automática entre las garantías del procedimiento arbitral y las derivadas del artículo 24 CE¹⁹. Ahora bien, el que no haya una traslación automática de las garantías del art. 24 CE no implica que se nieguen éstas, siempre que sean compatibles con la naturaleza del arbitraje. Aquí reproducimos las palabras del TC en el Auto TC 259/1993, de 20 de julio FJ 1 al señalar entre otras cuestiones que.

«...La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional...»

En las líneas que siguen mantenemos como base de nuestra teoría que efectivamente el árbitro no es un juez. Ahora bien, ello no es óbice para que se respeten en el procedimiento arbitral las garantías básicas de la tutela efectiva en relación al principio de igualdad o al derecho a no sufrir indefensión. Lo argumentamos por la realidad fáctica de la fuerza de cosa juzgada del laudo arbitral, por el carácter de derecho fundamental de la tutela efectiva y, en consecuencia, por la superioridad de la Constitución como norma suprema por encima de la ley. También lo argumentamos por la realidad de que el juez no es ajeno al arbitraje sino que está íntimamente relacionado con él, tanto en cuanto a la acción de anulación del mismo como en relación a la ejecución forzosa del laudo, entre otras actuaciones. Y existe un apartado f) en el art.

¹⁸ Vid., Ruiz-Rico Ruiz e Carazo Liébana 2013

¹⁹ En consecuencia y, por una serie de motivos –claramente expresados por la jurisprudencia constitucional–, no debe extenderse analógicamente el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva a la actividad arbitral. Traemos a colación en este punto la STC 174/1995, de 23 de noviembre FJ 3 la STC 176/1996, de 11 de noviembre FJ 4. Por su parte la STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2

41.1 de la LA (ya lo hemos reproducido más arriba) que es el que vincula directamente el derecho a la tutela efectiva con el arbitraje al establecer como causa de anulación del laudo la infracción del orden público.

Algunos de los derechos que, resumiendo la doctrina del TC, engloba la tutela judicial efectiva y que pueden ser trasladados al arbitraje son los que siguen:

1. *El derecho a obtener de los tribunales un pronunciamiento fundado en el Derecho objetivo y a la motivación de la resolución judicial*

Para la jurisprudencia constitucional, la motivación de la resolución judicial comporta la posibilidad de reconocer lo que se denomina el «proceso lógico-jurídico» seguido por el órgano judicial hasta la elaboración del fallo. Desde esta perspectiva se van a considerar resoluciones suficientemente motivadas aquellas en la se exponen las reglas sustantivas y procesales utilizadas en el litigio, así como los instrumentos probatorios y la valoración que se hace de ellos por el tribunal; sin que pueda representar una conculcación del derecho fundamental la explicación sucinta y hasta «estereotipada» —a sensu contrario y en todo caso, no exhaustiva ni pormenorizada— de los razonamientos que se han empleado en la solución del caso.

¿Es aplicable esta doctrina al arbitraje? Si el arbitraje es de derecho ¿existe un derecho fundamental nacido del art. 24 CE y susceptible de esgrimirse como causa de anulación del laudo arbitral si el árbitro no fundamenta adecuadamente y conforme a derecho su resolución? El art. 37.4 de la Ley de Arbitraje dispone que

«El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior».

Precisamente una de las modificaciones operadas con la vigente Ley de Arbitraje frente a la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre se encuentra la exigencia de motivación del laudo, salvo acuerdo contrario de las partes. Así pues se da un paso más acercando la institución arbitral a la jurisdiccional²⁰.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de enero de 2003 declara que *«la motivación del laudo en el arbitraje de derecho es una exigencia legal y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, y por tanto, es parte integrante del concepto jurídico de orden público, en la forma en que ha sido interpretado por el Tribunal*

²⁰ *Vid.*, Marcos Francisco 2011, 1943

Constitucional como aquel que exige el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas»²¹.

Así llegamos a la consideración de que la falta de motivación del laudo arbitral supone una vulneración del derecho a la tutela efectiva del art. 24 CE y, por ende, del orden público conforme al art. 41.1.F) de la Ley 60/2003 por lo que es motivo de anulación del laudo arbitral²². En este sentido destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia 18/2012, de 2 de mayo en su FJ Segundo en el cual el Tribunal hace una equiparación sustantiva entre el contenido de la motivación de un laudo de derecho y el de una sentencia.

«...El laudo de Derecho emitido –basta su lectura porque reproducir no es motivar– es verdaderamente parco, porque ni contiene una valoración propia del árbitro acerca de la prueba practicada ni una acotación de los elementos de convicción tomados en consideración que nos conduzcan a ir desgranando, siquiera sea a lo largo de la inexistente argumentación, unos hechos probados, ni contiene una fundamentación jurídica más allá de la inane y genérica invocación de “los artículos 1.088, siguientes y concordantes, del vigente Código Civil (LEG 1889, 27)”. En consecuencia, no es que ni siquiera se detenga a efectuar una calificación jurídica del contrato y una interpretación de su contenido para analizar el alcance de las obligaciones de las partes conforme a la técnica jurídica, es que desconocemos las razones por las que estima la demanda y desestima la excepción planteada, porque ni de la forma más somera se exponen. Hemos de concluir entonces que el laudo carece de una motivación suficiente, aunque tampoco sea precisa una argumentación exhaustiva».

De forma similar a una sentencia judicial se aplicaría al laudo, la doctrina asentada por el TC en relación al art. 120.3 «...*Las sentencias serán siempre motivadas...*». La línea jurisprudencial respecto a la motivación del laudo no impone que contenga un razonamiento exhaustivo y detallado con total precisión del argumentario jurídico, sino que el laudo debe ser lo suficientemente claro en la *ratio decidendi* que ha determinado la decisión²³.

²¹ Ello no es obstáculo que el TC haya señalado que el ámbito natural en el que se desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva sea la actividad jurisdiccional desarrollada por jueces y magistrados. En términos similares, *vid.*, Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza n.º 675 de 22 de noviembre de 2002. FJ Segundo «*Como consecuencia de ello el laudo a dictar había de cumplir el requisito de la motivación, que establece para dicha clase de laudos el artículo 32.2 de dicha Ley, así como también el artículo 16.2 del Real Decreto 636/1993, de 3 de Mayo (RCL 1993, 1564), lo que constituye requisito esencial del mismo, que lo diferencia del que resuelve el arbitraje de equidad, requisito in procediendo cuyo incumplimiento vicia de nulidad el laudo por resultar contrario a norma de orden público como es la que establece tal requisito.*»

²² *Vid.*, Hermosilla Martín e Rubio Escobar 2006: 489-490

²³ *Vid.*, SSTC 14/1991, 28/1994, 153/1995 y 32/1996, entre otras.

El laudo definitivo que dicten los árbitros debe ser congruente con las pretensiones y alegaciones de las partes. Esta necesidad de congruencia se manifiesta en el art. 39.1 c) LA, que establece la posibilidad de que las partes soliciten al tribunal arbitral «... *el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él...*». En los supuestos de *extra petita*, establece el art. 41 c), como motivo de anulación del laudo, «... *que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión...*»²⁴.

2. *El derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales*

De especial trascendencia para la materialización del derecho fundamental del artículo 24 CE ha sido la posición del TC en torno a otra cuestión clave de la tutela judicial como es el ejercicio del derecho a utilizar los instrumentos de revisión judicial. Como premisa de partida, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a los recursos forma parte del contenido esencial de las garantías procesales reguladas en aquel precepto; si bien, no deja de introducir en este punto algunas matizaciones de considerable relieve e importancia para concebir el alcance real de ese derecho subjetivo. Ya sabemos que se diferencia entre procesos penales y no penales. En los penales el derecho a los recursos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva mientras que en los procesos no penales se trata de un derecho de configuración legal. Es decir, se tendrá derecho siempre y cuando el legislador así lo prevea. En lo que respecta a los procesos no penales, el derecho constitucional del art. 24 CE sólo tiene cabida una vez se hayan establecido por la ley los requisitos y medios de impugnación necesarios para reaccionar en la vía jurisdiccional concreta contra la resolución de instancia. Esta tesis ha sido suscrita sin matices por la jurisprudencia constitucional; significa, en consecuencia, que no sólo la forma de ejercicio, sino la existencia misma del recurso no están predeterminados en la norma fundamental, sino en su configuración legislativa.

Trasladando estas garantías al arbitraje debemos señalar que efectivamente la Ley de Arbitraje actual (igual que las que la han precedido) prevé una acción de anulación del laudo arbitral por las causas y motivos que se alegan en el art. 41 de la misma. Las partes en el arbitraje tienen a su disposición un mecanismo impugnatorio que les permite luchar contra el laudo dictado por los árbitros a través de esta acción de anulación. En este sentido la notificación del laudo abrirá la posibilidad de la parte interesada de ejercer la acción de anulación en defensa de sus pretensiones.

²⁴ *Vid.*, Cremades 2006, 185-220

3. *El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales*

El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE garantiza la eficacia de la cosa juzgada material. En su aspecto negativo, excluye nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al resuelto por resolución judicial firme. En su aspecto positivo o prejudicial, impide que los Tribunales puedan desconocer las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial firme.

Es aceptado que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que el fallo judicial se cumpla, de manera que el ciudadano que ha obtenido la sentencia vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, que las sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin fuerza ejecutiva. Así pues, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, respetando el denominado efecto de cosa juzgada material²⁵.

En relación al arbitraje el laudo necesita para su ejecución forzosa el auxilio judicial. Su equiparación es plena en relación a la sentencia judicial. La ejecución forzosa del laudo arbitral se regula en los arts. 44 y 45 de la Ley 60/2003 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una vez firme el laudo, el apartado 2 del art. 522 de la LEC permite a quienes hayan sido parte en el proceso «o acrediten interés directo y legítimo pedir al Tribunal las actuaciones precisas para la eficacia» del laudo constitutivo y para «vencer eventuales resistencias a lo que dispongan». La competencia objetiva para ordenar esas actuaciones precisas para la eficacia del laudo debería corresponder al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo de conformidad con el apartado 2 del art. 545 de la LEC cuya aplicación analógica resulta procedente a estos efectos²⁶.

4. *El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente establecidos al efecto*

El principio de intangibilidad o invariabilidad del fallo es una consecuencia del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva²⁷. Pues bien, si el laudo tiene los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia, nos parece obvio que se trasladen todas las garantías del derecho a la tutela al laudo arbitral. La STC 288/1993, de 4 de octubre aplica al laudo el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales en su FJ Tercero

²⁵ *Vid.*, STC 135/1994 de 9 mayo, FJ 2; STC 61/1984 de 16 mayo. FJ 1.

²⁶ *Vid.*, Remón Peñalver y Mendieta Grande, 2006, p. 581.

²⁷ STC 262/2000 de 30 octubre. FJ 2 STC 55/2002 de 11 marzo FJ 2.

«...La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1998. En este sentido su art. 37 establece con absoluta claridad que «el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las Sentencias judiciales firmes». Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es (STC 62/1991) «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada».

Incluso en el caso en que una decisión judicial admita un recurso extemporáneo y modifique un laudo arbitral que ya había adquirido firmeza, ello vulneraría el art. 24 de la CE.

Respecto al recurso de revisión señalar que la revisión del laudo arbitral firme, debería fundarse en alguno de los motivos del art. 510 LEC siendo de aplicación al arbitraje los números 1,

«cuando después de pronunciado el laudo, se recobran u obtuvieran documentos decisivos de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado».

número 2

«Si el laudo hubiera recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal o cuya falsedad se declarara después penalmente».

y número 4

«Si el laudo se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta».

5. El derecho a no sufrir indefensión

El artículo 24 de la CE regula la prohibición de indefensión, como fundamento de una obligación que tiene como destinatario a los órganos de la justicia ordinaria, quienes deben velar en todo momento para que exista un equilibrio en las posibilidades de defensa de las partes que actúan en el litigio. Al mismo tiempo, y en sentido positivo, se trata de un principio desde el que se llega a configurar un derecho subjetivo que se puede hacer valer en todas las fases del procedimiento, cuando no se respeta lo que el TC ha denominado «el derecho de defensa contradictoria» (STC 13/2006). Es decir, la posibilidad de utilizar todos los mecanismos y armas procesales que otorga a los contendientes judiciales el Ordenamiento Jurídico.

Igualmente el derecho a no sufrir indefensión se configura como una regla básica en el procedimiento arbitral. Es interpretación del TC que cuando en el procedimiento arbitral pueda probarse esa indefensión entonces el laudo podría ser anulado judicialmente por la vía del art. 41 de la Ley de Arbitraje. Aquí volvemos a ver la analogía entre el proceso judicial y el arbitral.

Un aspecto interesante nos lo ofrece la STC 174/1995, de 23 de noviembre al declarar inconstitucional el art. 38.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres²⁸ al establecer un sistema de arbitraje obligatorio que llevó a un análisis en profundidad del arbitraje. Se llega a la conclusión de que sólo procede y sólo es constitucional si existe libertad de las partes o libre autonomía de la voluntad.

Asimismo, nos parece claro que el recurso de amparo ante el TC se dirige en relación a la resolución judicial que conoce del recurso o acción de anulación del laudo y, por supuesto, no frente al laudo mismo. Si bien, a través de ese recurso de amparo contra la resolución judicial se accede, aunque de forma mediata, a un control del laudo que ya fue objeto de revisión en sede jurisdiccional.

En definitiva, con este trabajo hemos querido defender el arbitraje como método heterocompositivo de resolución de controversias totalmente coherente con la Constitución, siempre y cuando se cumplan dos premisas previas. La primera es la autonomía de la voluntad de las partes como fundamento del arbitraje. Esto es, las partes deben hacer constar de manera clara y explícita que prefieren resolver sus controversias a través de la institución arbitral.

En segundo lugar, el uso del arbitraje no puede suponer una merma de las garantías constitucionales para las partes. Piénsese que el laudo tiene efectos de cosa juzgada. Se debe garantizar los derechos fundamentales de los afectados. Estos derechos se protegen con la acción de anulación del laudo y, en caso de ser infructuoso, con un posible recurso de amparo contra la sentencia que resuelva la misma. Sólo así conseguiremos una armonía entre garantías procesales constitucionales y la extensión del arbitraje a la que estamos asistiendo en distintos ámbitos del Ordenamiento Jurídico hasta ahora ajenos al mismo.

Subrayamos nuestra defensa del arbitraje con todas sus bondades pero siempre y cuando el uso del mismo no implique menoscabar ningún derecho constitucional.

V. BIBLIOGRAFÍA

CARAZO LIÉBANA (1996). «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)». *RDM*, n.º 222: 1305-1322.

²⁸ *Vid.*, Carazo Liébana, 1996.

- CREMADES (2006). «El arbitraje en la doctrina Constitucional española». *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n.º 1:185-220.
- CRUZ VILLALÓN (2007). «Medios alternativos y Constitución». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 11: 15-26.
- GARBERÍ LLOBREGAT (2008). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES (2010). «El artículo 24 de la Constitución y el Arbitraje», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 10: 48-57.
- GONZÁLEZ SORIA (2006). «Prólogo». *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinado por Alberto Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro, 9-15. Barcelona: Marcial Pons.
- GUASP DELGADO (1956). *El arbitraje en Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona: Bosch.
- HERMOSILLA MARTÍN e RUBIO ESCOBAR (2006). «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones arbitrales». coordinado por Alberto Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro. Madrid-Barcelona: Pons.
- MARCOS FRANCISCO (2011). «Las garantías del arbitraje tras la reciente reforma de la Ley arbitral». *Actualidad Civil*, n.º 17: 1943.
- REMÓN PEÑALVER e MENDIETA GRANDE (2006). «De la ejecución forzosa del laudo». coordinado por Alberto Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro. Madrid-Barcelona: Pons.
- RUIZ-RICO RUIZ e CARAZO LIÉBANA (2013). *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LA TRANSFORMACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL
ESTADO MEXICANO EN TORNO A LA DIALÉCTICA
DESARROLLO/SUBDESARROLLO: INCURSIONES
A LA LUZ DE LA CRISIS INSTITUCIONAL
CONTEMPORÁNEA*

*The transformation of the functions of the Mexican State
around the dialectic development / underdevelopment:
incursions in light of the contemporary institutional crisis*

Isaac Enríquez Pérez
Universidad Nacional Autónoma de México
isaacep@unam.mx

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp185-221](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp185-221)

Recibido: 14.11.2018

Aceptado: 21.06.2019

Resumen

A través del presente artículo se pretende estudiar el hecho de que las funciones del Estado tienden a cambiar históricamente en México y que no se muestran de

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Enríquez Pérez, Isaac. 2019. «La transformación de las funciones del Estado mexicano en torno a la dialéctica desarrollo/subdesarrollo: incursiones a la luz de la crisis institucional contemporánea». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 185-221. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp185-221](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp185-221).

Este trabajo fue realizado como parte de las actividades de post-doctorado en la Unidad Académica en Estudios del Desarrollo de la Universidad Autónoma de Zacatecas y financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) a través de su Programa de Estancias de Investigación Vinculadas al Fortalecimiento de la Calidad del Posgrado Nacional.

manera homogénea en los esfuerzos de esta macroestructura institucional por incidir en la dialéctica desarrollo/subdesarrollo. Dichos cambios, están en función de la reconfiguración del capitalismo como modo de producción y proceso civilizatorio, así como de la gravitación que ejercen –en medio de la transnacionalización de las decisiones públicas estratégicas y de la transcontinentalización de las relaciones sociales– los *espacios globales para la toma de decisiones*. A partir del objetivo que consiste en identificar e interpretar el sentido de esas renovadas funciones estatales, se trata de incursionar en la orientación que toman las decisiones públicas y las distintas fuerzas, factores y circunstancias que inciden en la planeación del desarrollo en una nación subdesarrollada como México; no sin dejar de lado las especificidades de las políticas públicas y de las estrategias de intervención del sector público en un escenario signado por una *crisis de Estado* cada vez más pronunciada a causa de la proliferación de poderes fácticos que le disputan la articulación de la vida social.

Palabras clave

Dialéctica desarrollo/subdesarrollo; funciones del Estado; decisiones públicas; planeación del desarrollo; *espacios globales para la toma de decisiones*; *crisis de Estado*.

Abstract

Through this article we intend to study the fact that the functions of the State tend to change historically in Mexico and that they do not show homogeneously in the efforts of this institutional macrostructure to influence the dialectic of development/underdevelopment. These changes, are a function of the reconfiguration of capitalism as a mode of production and civilizatory process, as well as of the gravitation exercised – in the middle of the transnationalization of strategic public decisions and the transcontinentalization of social relations – the global spaces for decision making. Starting from the objective that consists of identifying and interpreting the meaning of these renewed state functions, it is about entering into the direction taken by the public decisions and the different forces, factors and circumstances that affect the planning of development in an underdeveloped nation such as Mexico; not without leaving aside the specificities of public policies and intervention strategies of the public sector in a scenario marked by a state crisis increasingly pronounced because of the proliferation of factual powers that dispute the articulation of social life.

Keywords

Dialectic development/underdevelopment; State functions; public decisions; development planning; global spaces for decision making; State crisis.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LAS FUNCIONES ESENCIALES DEL ESTADO EN LA CONSTRUCCIÓN DE MERCADOS Y EN LA (RE)DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA: NOTAS PARA UN PANORAMA GENERAL. III. DEL ESTADO DESARROLLISTA AL ESTADO MÍNIMO Y SITIADO POR LOS (CONTRA)PODERES FÁCTICOS: LA ENTRONIZACIÓN DEL FUNDAMENTALISMO DE MERCADO EN MÉXICO. IV. EL ESTADO MEXICANO Y LOS INTERSTICIOS DE LA PLANEACIÓN DEL DESARROLLO: ENTRE LOS ESPACIOS GLOBALES PARA LA TOMA DE DECISIONES Y LOS PROBLEMAS PÚBLICOS LOCALES/NACIONALES. V. LA RECONFIGURACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO MEXICANO DE CARA A LA CRISIS INSTITUCIONAL Y EL AHONDAMIENTO DE LAS CONTRADICCIONES DEL CAPITALISMO PERIFÉRICO. VI. LAS COORDENADAS DEL ESTADO MEXICANO EN LA CARTOGRAFÍA ESTRATIFICADA DE LA ECONOMÍA MUNDIAL. VII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA INVESTIGACIÓN. VIII. FUENTES DE CONSULTA UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La forma histórica que adopta la construcción de mercados y la (re)distribución de la riqueza en el capitalismo es definida, en buena medida, por la especificidad de las funciones del Estado; así como por los rasgos característicos propios de las políticas públicas, en tanto instrumentos de intervención para la modelación, modulación, organización y dirección de una sociedad. A su vez, esas funciones del Estado, sus entramados institucionales y el mismo proceso de toma de decisiones públicas muestran una relación dialéctica y bidireccional con las transformaciones estructurales y organizacionales del capitalismo. Esto es, la estructuración del Estado, sus instituciones y acciones concretas son condicionadas por la naturaleza y las especificidades históricas de los mercados, de los patrones de acumulación y de la modalidad de organización adoptada por la empresa en sus esfuerzos para la valorización del capital, el aumento de la tasa de ganancia, el estímulo de la innovación y para el incremento de la productividad. Más allá del determinismo economicista, entre el proceso económico, el Estado y la praxis política que éste entraña, lo que se presenta es una intergénesis que le da forma a los cauces de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo y a los mecanismos de intervención y regulación que una sociedad organizada define para hacer frente a la reestructuración, contradicciones, asimetrías y cambios del capitalismo.

Particularmente y desde 1985, en México la transformación del sentido de las políticas públicas –y de las respectivas concepciones y estrategias del modelo de desarrollo arraigado en ellas– respondió a los imperativos de la *crisis de la deuda* y a la reconfiguración misma experimentada por el modo de producción capitalista. Estos cambios en el capitalismo se

fundamentan en la emergencia de una nueva división global del trabajo y en la expansión de los sistemas internacionales de producción integrada, entrelazados –a su vez– con encadenamientos mercantiles mundiales y con redes financieras globales; a los cuales –en su conjunto– ésta economía nacional se inserta de manera desventajosa y asimétrica. De ahí que las funciones, las instituciones y la (re)estructuración del Estado mexicano se correlacionan en múltiples direcciones con las transformaciones en el patrón de acumulación y en el comportamiento de los mercados. Reconocido esto, cabe postular algunas preguntas que le dieron sentido a la investigación que sustenta estas páginas: ¿Cuáles son y en qué consisten los principales cambios experimentados por el Estado en México desde 1985? ¿Cuáles son las funciones e intervenciones que, desde, entonces despliega en torno a la contradictoria dialéctica desarrollo/subdesarrollo? ¿De qué manera incide esta nueva orientación del Estado mexicano en el proceso de acumulación de capital y en la (re)distribución de la riqueza? ¿Cómo inciden estas transformaciones del Estado mexicano en el proceso de planeación y cuáles son los márgenes de maniobra ante la gravitación de *espacios globales para la toma de decisiones* y el agravamiento de los problemas públicos locales/nacionales? ¿Cuáles son las especificidades que adoptan las funciones del Estado en las distintas latitudes del mundo y, particularmente, en México respecto a rubros como la construcción de mercados y la procuración de un mínimo bienestar social? Planteadas estas preguntas de investigación, cabe matizar que el objetivo general del presente artículo consiste en desentrañar, comprender e interpretar el sentido del Estado mexicano y sus funciones esenciales a la luz de las transformaciones endógenas y exógenas que inciden en el curso de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo y en los procesos de planeación, así como de las fuerzas, factores y agentes que les dan forma en el México contemporáneo. Esto es, se trata de analizar la reconfiguración del perfil del Estado y el sentido que adquieren en este contexto las decisiones públicas respecto a ámbitos como el proceso económico, la creación de instituciones y la modelación de la sociedad. Ello sin perder de vista el ejercicio de comparabilidad internacional.

Una premisa relevante que inspiró la reflexión y la investigación que subyacen en el presente texto fue la siguiente: la estrecha correspondencia que existe en México entre la reorientación de las concepciones sobre el desarrollo contenidas en las políticas públicas, el cambio de modelo económico y la reestructuración del Estado, tiene como correlato la emergencia y consolidación de (contra)podere fácticos que le disputan la hegemonía a éste último; así como la generalización de una crisis institucional que incide en las decisiones públicas y que tiene como trasfondo la entronización del mercado (del individuo) y la subsunción y declive de lo público.

II. LAS FUNCIONES ESENCIALES DEL ESTADO EN LA CONSTRUCCIÓN DE MERCADOS Y EN LA (RE)DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA: NOTAS PARA UN PANORAMA GENERAL

El Estado es una macroestructura institucional que sintetiza y condensa los variados y hasta contrapuestos intereses ostentados por los distintos grupos sociales que se disputan el control sobre la modelación, configuración y organización de la sociedad. Particularmente, la génesis, reproducción, irradiación y profundización del capitalismo —en tanto modo de producción y proceso civilizatorio— serían inconcebibles sin el Estado y las funciones que históricamente adopta respecto a la construcción de mercados y la (re)distribución de la riqueza.

Más aún, el Estado es un denso entramado institucional dotado de relaciones de subordinación y orientado a mediar, encauzar y atemperar los conflictos sociales y la multiplicidad de ideologías, concepciones e intereses que, *desde arriba y desde abajo*, inciden en la construcción de las instituciones que regulan la sociedad y tornan funcionales la estratificación y la desigualdad social. Sin esta arena que encauza el conflicto y regula el carácter desbordado de variadas relaciones sociales donde impera el individualismo por encima de lo colectivo, las posibilidades de integración y cohesión social serían mínimas; en tanto que las naciones se disolverían en la confrontación y la anarquía. El Estado es una síntesis de los principios, valores, imaginarios sociales, cosmovisiones, idiosincrasias, historias, culturas, simbolismos, identidades, recursos, necesidades, deseos y aspiraciones, proyectos de nación; así como de las leyes y normas que rigen la conducta y el comportamiento de los individuos y las comunidades.

Las funciones, objetivos e intervenciones del Estado son una síntesis de los intereses y necesidades mostrados —bajo distintos niveles de organización y cohesión— por las élites dominantes y los grupos sociales dominados. Como los posicionamientos y el comportamiento de ambos responden a relaciones de poder y a la correlación de fuerzas —la mayoría de las veces asimétricas—, el sentido de su acción social está dado por su aspiración de influir de manera ventajosa en los problemas públicos, las instituciones, las estructuras ideológicas y jurídicas; así como en los mecanismos propios de la asignación de recursos y de la distribución de la riqueza. Sin embargo, ni la correlación de fuerzas interna, ni el perfil que adopta el Estado y su posicionamiento en la economía mundial y la política internacional, dependen exclusivamente de factores endógenos; sino que también están expuestos a agentes, organizaciones, espacios de toma de decisiones, factores, circunstancias y condicionamientos exógenos que le dan forma a los entramados institucionales nacionales.

Entre esas funciones esenciales que, históricamente, despliega —o intenta ejercer— el Estado sobresalen la configuración y estructuración del espacio

público; la creación de normas y leyes a observar por los individuos en sus relaciones sociales y en el ejercicio de su conducta; la preservación de la integridad física de los ciudadanos y la procuración de la seguridad pública; la resolución de conflictos y la impartición de justicia; el control social para abonar a la estabilidad sociopolítica; la construcción y regulación del proceso económico; la vocación para mediar e incidir directamente en la construcción de las leyes sociales y en las relaciones de poder que definen la distribución de la riqueza; el establecimiento y garantía de los derechos de propiedad; el diseño y ejercicio de políticas sociales y la provisión de mínimos servicios para la seguridad social; la estipulación y garantía de los derechos individuales y sociales; la producción, mantenimiento y provisión de bienes públicos y bienes comunes; el ejercicio de la política exterior y de las estrategias de defensa y seguridad nacional; entre otras.

Más allá de la falsa disyuntiva que impregna a la historia del pensamiento económico (¿más mercado, o más Estado?), respecto al proceso económico, el sector público despliega varias funciones cruciales que es necesario comprender. Por un lado, para la fase de producción, el Estado sienta los entramados institucionales para el despliegue de la relación capital/trabajo y legitima —a través de la estructura jurídica— la creación y apropiación de la plusvalía. Además, crea las instituciones para las relaciones laborales, el régimen salarial y para la fijación del valor de la fuerza de trabajo; al tiempo que con sus normas, leyes y convencionalismos disciplina el cuerpo y la mente de la clase trabajadora contratada por la empresa. No menos importante es el papel del Estado en la provisión de infraestructura básica y de servicios de formación y capacitación técnica de la fuerza de trabajo para su inserción en las organizaciones productivas; así como la configuración, delimitación, ordenamiento, segmentación y gestión del territorio —y, especialmente, del espacio urbano— donde se asienta el proceso de producción. Más todavía, el sector público estimula y financia procesos de cambio tecnológico e innovación, y la organización de procesos que detonan economías de escala; al tiempo que asume la provisión de ciertos bienes y servicios que no son de interés del empresariado privado (alumbrado público, carreteras, vías de comunicación, resguardo de los medios de producción, seguridad nacional, etcétera), pero que son fundamentales para la producción a partir de la socialización de ciertos costos de la misma que, en última instancia, son sufragados con los impuestos y el gasto público. Sin todas estas funciones básicas del Estado, el proceso de valorización y acumulación de capital sería inviable y estaría regido por la anarquía.

Con relación a la fase de circulación e intercambio, el Estado incide en el sistema de precios y en su funcionamiento a través de una estructura jurídica para el despliegue del mecanismo de mercado (la garantía de los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos a través de esas leyes es

fundamental para ello) y la preservación de condiciones mínimas de competencia. Este sistema de precios es modificado y complementado a través de funciones estatales como la procuración del bienestar social; y el ajuste de la composición del producto total, tomando en cuenta costes e ingresos sociales, y suponiendo ello atenuar las externalidades propias del proceso económico y regular las conductas y acciones que los agentes privados despliegan ante ellas. No menos importante para el sistema de precios es el control de la inflación y el desempleo, que son consustanciales a la dinámica del proceso económico; así como la provisión de servicios y bienes públicos no rentables como la seguridad pública, el ejército, la policía, las prisiones, el alumbrado público, las vías de comunicación, los parques y demás áreas verdes (sobre estas funciones relacionadas con el sistema de precios consúltese McConnell, 1972: capítulo 6). En suma, el Estado crea el entorno institucional y brinda la infraestructura necesaria para la perpetuación de la relación mercantil/monetaria.

Una serie de funciones e intervenciones cruciales las realiza el Estado en la fase de distribución; siendo ello la mayor diferencia en el grado de bienestar entre una estructura social (o una nación) y otra. Entre estas intervenciones destacan: garantizar un salario directo (lo pagado a través de la nómina cada quincena o cada mes, de acuerdo al aumento de la productividad y los precios); un salario indirecto (prestaciones sociales, seguridad social, acceso a servicios de educación y salud); y un salario diferido (régimen de pensiones y jubilaciones) para la clase trabajadora y su reproducción social. Mediante la recaudación de impuestos (política fiscal) y la provisión y cobro de bienes y servicios, el Estado incide en la redistribución de la riqueza; al tiempo que a través de la política social y la seguridad social puede hacer del crecimiento económico un mecanismo que incide en la calidad de vida de la población, y estimula la fase de consumo al realizar transferencias monetarias a grupos sociales excluidos por el mercado (por ejemplo, el seguro de desempleo concedido por los Estados de bienestar europeos, y los apoyos focalizados del nuevo asistencialismo en países como México).

En la fase de consumo, el Estado garantiza un salario mínimo para procurar la producción y reproducción de la fuerza de trabajo. Incluso, en determinados momentos históricos, otorgó subsidios al consumo y estipuló precios de garantía para ciertos bienes y servicios básicos. Más aún, con la construcción de infraestructura básica y la provisión de servicios sanitarios y educativos, el Estado emprende cuantiosas inversiones públicas que lo convierten en el más grande agente consumidor de bienes, insumos y servicios necesarios para las burocracias que satisfacen y proveen dichos servicios básicos.

No menos importante es el papel del aparato de Estado en la administración de la demanda agregada y de la demanda efectiva, así como sus intervenciones ante los efectos negativos del ciclo económico y las crisis. Esto es,

con instrumentos de política económica como la política fiscal y la política monetaria –adoptados desde los ministerios de hacienda y economía y desde los bancos centrales–, el aparato de Estado hace frente y contrarresta las tendencias de los ciclos económicos a través de la administración de la demanda y el diseño y ejercicio de políticas económicas anticíclicas que encaucen o atemperen las recesiones, las crisis o las depresiones económicas. A través de instrumentos como la política fiscal, la teoría económica keynesiana postula que es posible suavizar y estabilizar las fluctuaciones y oscilaciones drásticas del proceso económico y, con ello, equilibrar la balanza de pagos, estimular el crecimiento de la economía y el pleno empleo, y procurar la estabilidad de las principales variables macroeconómicas. Aunque el mecanismo de mercado, hasta cierto punto, coordina a los agentes económicos y, mediante el sistema de precios, facilita información para la toma de decisiones, los fallos del mercado pueden pronunciarse a medida que se incurre en competencia imperfecta y en decisiones inadecuadas a partir de información limitada y sin calidad y cantidad suficientes. Por tanto, la política económica es el principal instrumento de intervención pública en el proceso económico en aras de estimular la eficiencia del mecanismo de mercado y corregir sus tendencias inherentes al desequilibrio. Con este instrumento, el aparato de Estado –según el momento histórico y la correlación de fuerzas– puede ser poseedor de medios de producción; también intervenir en la producción y/o consumo de insumos, bienes y servicios; e incidir en la reactivación de la demanda y en el fomento y estímulo de las acciones y decisiones de productores y consumidores para que ejerzan un activo papel en el proceso económico.

Retomando la metáfora del doble giro o movimiento introducida por Karl Polanyi (1992), ante la vocación y el carácter expansivo, destructivo y desbocado del mecanismo de mercado suscitados en un primer movimiento, la sociedad –en un segundo giro– tiende a organizarse políticamente para defenderse y contener, a través de diques (entramados institucionales) esa lógica que socava el tejido social, la cohesión y el sentido de comunidad. De ahí que el Estado sea la principal macroestructura con que cuenta la sociedad para defenderse de la lógica anárquica y desestructurante del mercado y de su consustancial individualismo; así como para construir redes de protección que propicien la reproducción de la fuerza de trabajo, generen cohesión social y legitimidad en torno al sistema político y el proceso de acumulación del capital. Por tanto, el Estado es un sistema orientado a la gestión y compensación –que no a la desaparición– de las desigualdades sociales agravadas por el carácter desequilibrado del mercado; además de atender la procuración de la estabilidad sociopolítica y la legitimación que son indispensables para el despliegue de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo y el encauzamiento de sus contradicciones fundamentales. Más allá de la falaz oposición entre eficiencia económica y equidad social, las funciones

redistributivas desplegadas por el Estado son fundamentales para el eficiente funcionamiento del mercado. Sin ellas, éste último se orientaría a satisfacer únicamente las necesidades del individualismo a ultranza y de los grupos sociales privilegiados, al tiempo que serían perpetuadas las desigualdades y contradicciones del capitalismo.

III. DEL ESTADO DESARROLLISTA AL ESTADO MÍNIMO Y SITIADO POR LOS (CONTRA)PODERES FÁCTICOS: LA ENTRONIZACIÓN DEL FUNDAMENTALISMO DE MERCADO EN MÉXICO

Las manifestaciones de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo en un país como México, a lo largo del último siglo, estuvieron en función de la forma en que el capitalismo se arraigó en las relaciones sociales y trajo en el territorio sus contradicciones, asimetrías y desequilibrios.

A grandes rasgos –aunque con las especificidades históricas que se presentaron y es necesario identificar y analizar de acuerdo a los cambios sexenales–, entre 1934 y 1985 las funciones del aparato de Estado en México consistieron en fungir como rector, regulador, planificador, promotor, inversionista, propietario de medios de producción, edificador de infraestructura básica e institucional, banquero y benefactor en la configuración de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo. Inspiradas en la *ideología del nacionalismo revolucionario* –que en su camino interactuó con la ideología del desarrollo, el paradigma *keynesiano/estructuralista* y con las directrices de política pública propias del Banco Mundial–, las élites políticas mexicanas impulsaron con estas funciones un proceso de industrialización dirigida por el Estado para que fuese trascendido el modelo primario/exportador que predominó desde finales del siglo XIX. Este Estado desarrollista –que también se generalizó en vastos territorios del sur del mundo– se orientó a otorgar incentivos para la expansión del empresariado privado, las inversiones también privadas y para la acumulación de capital. Entre estos incentivos destacaron la adopción de mecanismos como tarifas arancelarias y no arancelarias, derechos de importación, subsidios para la importación de bienes intermedios y de capital, y límites al establecimiento de la inversión extranjera para la protección del mercado interno. Complementado ello con la adopción de políticas de fomento industrial; el establecimiento de tipos de cambio fijos y subvaluados; y el ejercicio de estrategias activas para que el sector público se erigiese en productor y proveedor de bienes y servicios que facilitaran la industrialización y la reproducción de la fuerza de trabajo.

El fin último de estas medidas se orientó a la estructuración de un régimen de economía mixta y a la transformación de la estructura productiva a partir del activo papel interventor del sector público. El crecimiento

económico fue el eje central de las estrategias del Estado desarrollista y, a partir de su consecución, se asumió que el bienestar social derivaría por añadidura y de manera automática, pero se subordinaría a la acumulación de capital. De esta forma, entre 1934 y 1980 se edificó una amplia infraestructura física y social que se acompañó de instituciones también creadas en esas décadas y que se orientaron a la construcción de mercados y a definir formas específicas de distribución de la riqueza. A partir de la segunda mitad de la década de los cuarenta, este Estado desarrollista fundamentado en un régimen corporativo/clientelar alcanzó su auge, pero hacia 1968 las movilizaciones de la clase media cuestionaron sus fundamentos políticos y los efectos negativos de sus estrategias de desarrollo. Esto es, pese a las altas tasas de crecimiento del Producto Interno Bruto y la estabilidad de precios, tendían a perpetuarse –en el contexto de un sistema político presidencialista autoritario y de partido hegemónico– las debilidades estructurales, los desequilibrios regionales, las asimetrías del campo respecto a la ciudad, la exclusión social y la expansión del México marginal (un estudio certero y creativo sobre las contradicciones del sistema político mexicano lo ofrece González Casanova, 1975).

Sin embargo, hacia finales de la década de los sesenta y durante toda la década de los setenta, el rezago del campo, la baja productividad y competitividad del aparato productivo, así como el endeudamiento externo y la dependencia tecnológica y financiera, coincidieron con la crisis estructural del capitalismo y con la recesión de la economía mundial experimentadas hacia 1973. Este escenario sentó los cimientos de la crisis del Estado desarrollista y de su crisis fiscal que tocaría fondo con la expansión del gasto público deficitario y la bonanza petrolera, que –en su conjunto– prolongaron unos años más las estrategias proteccionistas e intervencionistas, hasta precipitarse la *crisis de la deuda* en 1982 y el consecuente viraje en el perfil de las funciones del Estado mexicano.

Las transformaciones estructurales suscitadas con los condicionamientos impuestos por la *crisis de la deuda* y su proceso de renegociación a lo largo de la década de los ochenta, condujo a México a un intenso proceso de ajuste y cambio del modelo económico que colocó al Estado en el epicentro. La mayor incidencia del llamado *Consenso de Washington* en las políticas públicas mexicanas, indujo la transición del aparato de Estado desde su posición de activo agente económico –teniendo a la inversión pública como palanca del crecimiento de la economía– y decidido rector y promotor del desarrollo hacia funciones de convocante, gestor, facilitador, publicista y compensador de la inversión privada –particularmente de la inversión extranjera directa–, así como de las exportaciones manufactureras. A su vez, con estas transformaciones orientó sus instrumentos de intervención a generar un entorno institucional (*business environment* en el

lenguaje del Banco Mundial, 1997, 2001 y 2004) propicio para el despliegue del proceso económico liderado por el empresariado privado. El acotamiento y retracción experimentado, desde 1985, por el sector público respecto al conjunto del proceso económico devino en la expansión y fortalecimiento de la iniciativa privada, especialmente de los capitales extranjeros y de aquellos sectores del empresariado nacional vinculado a los sistemas internacionales de producción integrada, a los encadenamientos mercantiles mundiales y a las redes financieras globales. Este proceso significó un vaciamiento de la capacidad del Estado mexicano para tomar decisiones económicas estratégicas y ejercer la soberanía económica; acercando a éstas a una transnacionalización capturada y condicionada por los agentes de los mercados financieros, las redes empresariales globales y por aquellos organismos internacionales que ejercen una mayor gravitación y *teledirección* en materia de política económica.

Esta reorientación de las funciones estatales en la dialéctica desarrollo/subdesarrollo supone el ejercicio de una selectiva, desarticulada, pasiva y compensatoria intervención del sector público en cuanto a la construcción de mercados y la (re)distribución de la riqueza. Ello no solo redundó en el fortalecimiento del empresariado privado y en la expansión de la inversión extranjera como motor del crecimiento económico, sino también en la proliferación de fuerzas, actores y agentes que le disputan al Estado el poder y el control del territorio.

La racionalidad del renovado Estado mexicano no lo fue más el mercado interno y sus encadenamientos productivos; ni orientó la construcción de instituciones y de infraestructura básica a ello. Más bien, la economía mundial se erigió en la nueva racionalidad de las decisiones públicas. De ahí que desde 1988, las políticas públicas se orientasen a la construcción, proyección, gestión y legitimación de la integración de la economía mexicana en los sistemas internacionales de producción integrada y en las redes financieras globales. En este sentido, el aparato de Estado –acotado en su poder económico y en sus mecanismos de intervención– se despojó de la maquinaria corporativo/clientelar encarnada en el partido *cuasi oficial* en aras de un perfil organizacional flexible que no obstaculizase la inserción actualizada de México en los circuitos de la economía global. Estas intervenciones acotadas, selectivas, compensatorias e, incluso, débiles, erráticas y hasta nulas, se correspondieron con la desincorporación y privatización de empresas públicas, y la posterior transferencia de activos estratégicos que vació al sector público de su poder económico y territorial. Así, el empresariado privado transnacional acrecentó los alcances de su poder y se posicionó en sectores estratégicos como la construcción de infraestructura, la banca comercial, los ferrocarriles, la petroquímica, los medios masivos de difusión, las telecomunicaciones, la aviación comercial, entre otros.

En este sentido, el aparato de Estado orienta sus reconfigurados entramados institucionales a esa renovada racionalidad tras apuntalar el ejercicio de una vocación geoeconómica y geopolítica para insertar –si bien de manera subordinada y generando desarticulaciones endógenas– a México en la dinámica propia de la expansión e integración global del capitalismo en condiciones de cierta legitimidad y relativa estabilidad sociopolítica que garanticen la valorización y acumulación de capital.

Este achicamiento del poder económico del sector público se ciñó al imperativo de la disciplina fiscal y del equilibrio de las principales variables macroeconómicas, aún a costa de estrangular el aparato productivo, inhibir el crecimiento económico y la creación de empleos. Encaminando con ello a la economía nacional a una especie de *estancamiento estabilizador* (para mayores detalles sobre esta tendencia véase Huerta González, 2004). El fin último de esta renovada orientación de la política económica consistió en crear condiciones de certidumbre a las decisiones, inversiones y transacciones del empresariado privado y los mercados financieros; recurriendo para ello a las estrategias de estabilización macroeconómica, redefinición y adecuación de la regulación económica, privatización, y apertura de la economía nacional.

Sin embargo, estas políticas deflacionarias adoptadas en México desde la década de los ochenta, mostraron sus efectos negativos hacia los años noventa. Entre estos destacan la erosión sistemática de las políticas de industrialización, el desmantelamiento del aparato productivo nacional, el desvanecimiento del tejido empresarial nativo, y la conversión de la inversión productiva en capitales especulativos (sobre los efectos negativos de estas políticas económicas consúltese Cárdenas, 1996; Calva, 1999, 2008 y 2000; Guillén Romo, 2000 y 2012; Huerta González, 2004 y 2016; Grupo Nuevo Curso de Desarrollo, 2012).

Más aún, las referidas estrategias de política económica redundaron en la profundización de la *desnacionalización integral* (concepto introducido, mediante una destacada elaboración teórica, por Saxe-Fernández, 1988) tras erosionarse el control y gestión del proceso económico. Inspiradas en el supuesto de la «espontaneidad del mercado», las élites tecnocráticas que controlaron el aparato de Estado desde 1985 concibieron a este mecanismo como fundamento del crecimiento económico y la libre competencia. Incluso lo asumieron como un credo incuestionable que raya en el fundamentalismo. Sin embargo, el posicionamiento de los capitales extranjeros en los sectores estratégicos y la transnacionalización –en un escenario de acuciante crisis institucional– de las decisiones económicas, acentuó esta *desnacionalización integral*; la cual se expresó en una erosión del poder y potestades del sector público en materia de toma de decisiones estratégicas relacionadas con el proceso económico. Esto es, el desmantelamiento de las históricas funciones

rectoras, intervencionistas, promotoras y reguladoras de la economía; la acelerada e irrestricta apertura comercial; y la privatización y extranjerización de activos como los bancario/financieros y amplias franjas del aparato industrial, cuestionan los imperativos de la soberanía económica; al tiempo que posicionan a las *redes globales de toma de decisiones* –de las cuales forman parte, de manera comprometida, esas élites tecnocráticas– en la hechura de la política económica y el diseño de los presupuestos públicos.

Más todavía, la reorientación de las funciones estatales en la dialéctica desarrollo/subdesarrollo y el perfilamiento de un Estado mínimo tienen como trasfondo una *crisis de lo público* que alcanza una de sus expresiones en la falta de legitimidad y en la incapacidad del Estado mexicano para articular y cohesionar a los poderes fácticos –sean socioeconómicos o políticos– que le disputan la hegemonía y el control del territorio. Actores y agentes como el empresariado privado nacional y extranjero, el alto clero, los medios masivos de difusión, los individuos que imponen «justicia por mano propia», y las organizaciones criminales –con el acotamiento y reconfiguración de las funciones del Estado–, se erigieron durante las últimas décadas en frontales poderes y contrapoderes fácticos que vieron crecer su autonomía e influencia económica, política y simbólico/cultural. No solo rompieron las reglas no escritas que les disciplinaban en el antiguo sistema político, sino que también tendieron a desafiar, subvertir, depredar y subordinar a las instituciones estatales. La expansión de esos poderes fácticos –que incluso en vastos territorios del país imponen una especie de *parainstitucionalidad estatal*– se correspondió con la incapacidad del sector público para fomentar y garantizar el crecimiento económico, la (re)distribución de la riqueza, la seguridad pública, la preservación de la integridad física de los ciudadanos, y la procuración de la justicia.

Esto significa que el Estado –en esta transformación histórica de sus funciones esenciales– fue vaciado de legitimidad, de contenido programático y de aquel proyecto de nación suscrito en la Constitución Política de 1917; y, a su vez, vio erosionado el ejercicio de su soberanía y la posibilidad de articular y cohesionar a la sociedad, a los distintos grupos sociales dotados de intereses creados, y al territorio. Ello se explica, en buena medida, porque los mecanismos, reglas no escritas y prácticas corporativo/clientelares entre el Estado y la sociedad dejaron de ser funcionales al ejercicio del poder político y al proceso de acumulación de capital cada vez más transnacionalizado y necesitado de organizaciones flexibles. A su vez, las decisiones públicas –incluidas las negociaciones en lo obscuro para construir mecanismos de poder y otros arreglos políticos– no son aceptadas ni legitimadas unánimemente por los poderes y contrapoderes fácticos y los grupos de presión que se expanden incontroladamente por el territorio y tienden a depredar las instituciones y el espacio público.

IV. EL ESTADO MEXICANO Y LOS INTERSTICIOS DE LA PLANEACIÓN DEL DESARROLLO: ENTRE LOS *ESPACIOS GLOBALES PARA LA TOMA DE DECISIONES* Y LOS PROBLEMAS PÚBLICOS LOCALES/NACIONALES

Las decisiones públicas y el ejercicio del proceso de planeación, si bien son potestades del Estado, éstos no se encuentran exentos de la gravitación desplegada por fuerzas, factores, circunstancias y agentes exógenos que —conformando escenarios relativamente autónomos respecto a las necesidades nacionales— pretenden incidir en la agenda pública y en el cauce que adopte la dialéctica desarrollo/subdesarrollo. Particularmente, se suscita una relación orgánica entre las élites políticas que dirigen al Estado y los actores y agentes que le dan forma a *espacios globales para la toma de decisiones*; sin que ello suponga una imposición vertical, y sí una compenetración y un compromiso estrecho entre ambos.

En principio y tal como se estudió en otros productos de investigación (Enríquez Pérez, 2010 y 2017), los organismos internacionales son esos sistemas abiertos e intergubernamentales dotados de un relevante poder epistémico y de atribuciones o facultades derivadas del despliegue de labores de formación de recursos humanos y de asistencia técnica y financiera, que —en su conjunto y a través de una capacidad de *teledirección*— inciden y configuran la armonización, sincronización, homogeneización, estandarización, convergencia y coordinación de las políticas públicas que, en el escenario de las últimas tres décadas, perfilan una necesaria institucionalidad global que acompaña a los mercados y a un sinfín de problemas públicos que tienen orígenes y manifestaciones también globales. Desde esas organizaciones interestatales se diseñan, estipulan y difunden directrices y pautas de comportamiento que ofrecen luz en torno al debate que se abre para el diseño y ejercicio de políticas públicas nacionales. Más aún, desde los organismos internacionales se instalan temáticas que son definidas como problemas públicos y, a partir de las cuales y bajo ciertos enfoques, se esbozan posibles soluciones y se trazan directrices, pautas normativas y cursos de acción a introducir en sus estrategias de política pública por parte de los gobiernos nacionales, así como en la configuración de la agenda pública en temas variados como la política económica, la política comercial, las relaciones laborales y sus legislaciones, la política educativa, la política social, el medio ambiente, los derechos humanos, la salud pública, el desarrollo urbano y territorial, la gobernabilidad, entre otras.

A partir de esa relación orgánica que se teje de manera compenetrada entre las élites políticas nacionales y los funcionariados internacionales, comienza a configurarse la constelación de *espacios globales para la toma de decisiones*. En principio, los códigos de comunicación, las conductas, el

tipo de pensamiento y la formación académica de los funcionarios nacionales de alto y mediano nivel que laboran en ministerios estratégicos capaces de controlar las directrices generales de la agenda pública, conforman –no siempre en circunstancias de igualdad– *comunidades epistémicas trans-territoriales* con las burocracias y cuerpos técnicos altamente calificados de los organismos internacionales. Estas *comunidades epistémicas trans-territoriales* se extienden y se nutren de capacitadores, consultores, asesores y académicos que laboran en *universidades globales* y que poseen sistemas teórico/conceptuales que delimitan cursos de acción y concepciones sobre los problemas públicos; directivos y expertos de Think Tank’s privados, agencias calificadoras y cabilderos de intereses empresariales y financieros; activistas, líderes y técnicos de influyentes Organizaciones No Gubernamentales Internacionales (ONGI); grupos de presión (empresariado, agentes financieros, iglesias); y líderes de opinión que difunden cierto tipo de mensajes relacionados con los problemas públicos a través de las industrias culturales globales. Desde esta concurrencia de intereses y formas de concebir la realidad social y sus problemáticas se estructuran los referidos *espacios globales para la toma de decisiones*. Cabe destacar que –pese a las diferencias y disputas– en esta red existe una alta cohesión social y que las identidades grupales y el capital social se perfilan sobre la base de compromisos, intereses creados, cosmovisiones y sistemas teórico/conceptuales, y códigos de comunicación compartidos que definen idiosincrasias, conductas y posicionamientos ante las decisiones públicas.

En este escenario, el Estado –especialmente en el mundo subdesarrollado– es condicionado en materia de planeación por esa *teledirección* irradiada desde los *espacios globales para la toma de decisiones* a partir de las dosis de poder, los conocimientos especializados y los contactos políticos poseídos por los actores y agentes de la red que pretenden posicionar y hacer valer sus intereses creados, cosmovisiones e ideologías en el marco de las negociaciones internacionales y del despliegue de la *diplomacia del desarrollo*.

De este modo, con la intensificación de los procesos de globalización y la diseminación planetaria de masivos flujos comerciales, monetarios, simbólico/culturales, informacionales, de personas –incluidos migrantes indocumentados–, riesgos y violencia criminal, se erigen «agujeros negros» que escapan al control y fiscalización del Estado. De ahí que la planeación y la configuración de la agenda pública orientadas a responder a los problemas públicos de los espacios locales/nacionales están también en función de los condicionamientos y limitaciones que irradian de las políticas públicas y las acciones gubernamentales concretas adoptadas en otros países y también negociadas y consensuadas en esos mismos *espacios globales*. Como parte de todo lo anterior, la noción tradicional de soberanía nacional es trastocada

y redefinida e, incluso, la autonomía de las políticas públicas es socavada con la expansión de las relaciones estratégicas entre el mercado, el Estado y demás actores socioeconómicos. Si la globalización refiere a la interacción entre presencia y ausencia, o a relaciones sociales transplanetarias que se producen sin que los actores se encuentren presentes físicamente en el espacio local donde se concretan, una relación estratégica se configura con las decisiones y acciones tomadas y ejercidas por un agente o que ocurren en determinado mercado y que, derivado de ello, gestan efectos y consecuencias en otras latitudes y sociedades que se localizan a miles de kilómetros de distancia. De ahí la trascendencia de la armonización, sincronización, estandarización, homogeneización, convergencia y coordinación de las políticas públicas a escala global; así como de los condicionamientos a los cuales está expuesto un Estado en el ámbito de la planeación y del curso que adopta la dialéctica desarrollo/subdesarrollo, de cara a la transcontinentalización y la mayor densidad o velocidad de las relaciones sociales.

Como en las naciones subdesarrolladas –pensemos en México– no se concreta una autonomía plena en torno a lo que *deben ser* los problemas públicos y las posibles soluciones encaminadas a ellos, las políticas públicas y las funciones del Estado que de esos instrumentos se desprenden están expuestos a ideologías y a sistemas teórico/conceptuales preñados de etnocentrismo, así como a una asimilación mecánica y acrítica de concepciones distantes y ajenas a la realidad de esas naciones subdesarrolladas. Más aún, es de destacar que la planeación del desarrollo es influida por las decisiones y acciones de actores y agentes que no necesariamente son parte del espacio local/nacional, así como por la expansión de mercados que no son controlados ni mínimamente por retraídos gobiernos nacionales como el mexicano que ejercen intervenciones selectivas, precarias y débiles –e incluso nulas– en el proceso económico y en la vertebración de la sociedad en general. Además, las políticas públicas y las decisiones que entrañan tienden a ser más receptivas y sensibles a los vertiginosos cambios y comportamientos de las interdependientes relaciones internacionales, sobre todo porque la economía mundial y la política internacional se posicionan como las nuevas racionalidades de la agenda pública. La misma acción de los actores y agentes gubernamentales y el perfil de las políticas públicas que la orientan, están en función de los acontecimientos, dinámica y decisiones suscitadas en otras naciones y espacios locales influyentes y capaces de articular y posicionar sus concepciones, ideologías e intereses en el debate público internacional y estandarizarlos en documentos estratégicos diseñados y difundidos por los organismos interestatales.

Particularmente, en el caso de México, desde el fin de la Segunda Gran Guerra, el Estado desempeñó un destacado papel en la configuración de la constelación de organismos internacionales que por aquellos años se

edificaba. El mismo diseño de las políticas públicas en este país está influido por factores y agentes externos, entre los cuales destacan las organizaciones intergubernamentales y su capacidad para *teledirigir* el proceso de planeación, la construcción de mercados y la redistribución de la riqueza. Entre estas organizaciones y el Estado mexicano se construyen relaciones orgánicas a partir de ciertas Convenciones, Cumbres, Conferencias, Asambleas Generales y Reuniones Anuales convocadas por los primeros y suscritas por las representaciones nacionales. En dichos eventos se estipulan normas, convenios, acuerdos, declaraciones, resoluciones, protocolos y pactos que, al ser suscritos por los Estados miembros participantes, afectan las decisiones públicas tomadas en el seno de sus gobiernos y órganos legislativos que deliberan en torno a la incorporación de estos factores exógenos. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, los Decenios de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Declaración del Milenio, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, son algunos ejemplos de cooperación internacional liderados por organismos internacionales y que tienden a perfilar y/o modificar pautas de decisión y acción en las administraciones públicas nacionales. En estos eventos y documentos se delinearán cursos de acción, comportamientos y normas para regular gran cantidad de temas relativos a la gestión de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo. Lo cual, sin duda, modifica y condiciona la toma de decisiones en los ámbitos nacionales y encauza la orientación del poder ejecutivo y de los órganos legislativos, pues en última instancia todo cambio estructural y materialización de política pública atraviesa por un proceso de reformas en las estructuras jurídicas que, en primer lugar, se estipulan como norma jurídica en una Constitución Política o en Leyes Secundarias y –a partir de ello– se estandarizan los lineamientos, funciones y acciones del sector público en el proceso económico, la construcción de mercados, la distribución de la riqueza, la procuración de justicia, la provisión de servicios sociales, la gestión y regulación de los mercados laborales, la reivindicación de los derechos humanos, el manejo de las desigualdades sociales, el ejercicio de la gobernabilidad, los procesos de democratización, entre otros.

Si bien existen estos condicionamientos exógenos y las funciones del Estado se exponen a la cesión de importantes porciones de soberanía en la formación de regímenes internacionales, son preservadas decisiones, potestades y facetas estratégicas bajo su jurisdicción. Más todavía, pese a la dispersión de las decisiones estratégicas y a la reconfiguración de la soberanía que cada vez tiende a compartirse de manera acentuada con entidades supranacionales, los aparatos de Estado desempeñan funciones cruciales y cada vez más complejas en la construcción de los mercados mundializados y en torno a varias facetas de la globalización y a la necesidad de hacer funcionales las desigualdades sociales y demás efectos negativos derivados de la

expansión e integración global del capitalismo. De ahí la importancia de analizar estas funciones renovadas del Estado mexicano, derivadas de los referidos cambios históricos y de la correlación de fuerzas interna y externa.

V. LA RECONFIGURACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO MEXICANO DE CARA A LA CRISIS INSTITUCIONAL Y EL AHONDAMIENTO DE LAS CONTRADICCIONES DEL CAPITALISMO PERIFÉRICO

La transformación de las funciones del Estado mexicano desde la década de los ochenta marcha paralela al agotamiento del Estado desarrollista, a la gestación y agravamiento de la crisis institucional, y a la desventajosa y asimétrica inserción actualizada de la economía nacional en la lógica propia de la expansión e integración global del capitalismo.

El carácter contradictorio de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo, relacionado con las formas que adquieren las transformaciones estructurales y organizacionales del capitalismo en un país como México –tal como se introdujo en apartados anteriores–, perfiló nuevas funciones del Estado mexicano en torno a la construcción de mercados y la distribución de la riqueza. Esta transformación de las funciones estatales, redefinió también a sus actores, agentes, instituciones, organizaciones y a sus instrumentos de intervención, profundizando los mecanismos de poder y reconfigurando las políticas públicas que posibilitan las condiciones para la consolidación de la expansión e integración global del capitalismo y para la reinserción de México a esta lógica. A su vez, las políticas públicas expresan las tendencias delineadas por esas transformaciones e, incluso, con ellas se apuesta al apuntalamiento de los *espacios globales para la toma de decisiones* y de la *red hegemónica* global.

A partir de los indicadores rastreados en las políticas públicas diseñadas y adoptadas durante los últimos 35 años (Poder Ejecutivo Federal, 1983, 1989, 1995, 2001, 2007 y 2013) y su entrelazamiento con las directrices de organismos internacionales–, es posible observar las siguientes funciones que delinean un nuevo perfil del Estado mexicano; a saber: a) la procuración y gestión de la estabilidad y los equilibrios macroeconómicos; b) el ejercicio de una vocación (o la reorientación) geopolítica y geoeconómica que promueve la integración de México en la economía global; c) la promoción, gestión y facilitación de la inversión privada –sobre todo de la extranjera– y de las exportaciones de manufacturas maquiladas; d) la configuración de entornos institucionales para la construcción de mercados y el despliegue de las transacciones económicas; e) la democratización del sistema político mexicano y la construcción de mecanismos de legitimidad para la élites políticas y el modelo económico; y f) el ejercicio de un nuevo asistencialismo social

para el empoderamiento de las comunidades locales marginadas y la compensación –mediante una política social focalizada– de los efectos sociales negativos derivados de la adopción de la política económica. Cabe matizar que no se reconoce que en México se cumpla a cabalidad con una de las funciones por antonomasia de los aparatos de Estado: aquella relacionada con la posesión del monopolio legítimo de la violencia y la salvaguarda de la vida, la integridad física y el patrimonio de los ciudadanos; es decir, la procuración de la seguridad pública y el encauzamiento del conflicto social por senderos institucionales que redunden en el imperio de la ley. El incumplimiento de esta función es precisamente lo que abre las múltiples vertientes de una crisis institucional en el país.

Decimos que esta función del aparato de Estado en tanto «guardián o custodio» no se realiza plenamente en México debido, en buena medida, a que no garantiza su poder y control del territorio ante los particulares y a que el país es sitiado, con mayor intensidad desde 1994, por la delincuencia organizada que estructura una economía criminal –nos referimos a actividades delictivas como el secuestro, la extorción, el cobro de derecho de piso y el narcotráfico– de amplias magnitudes que se extiende exponencialmente por el tejido social y que genera un estado de tensión permanente y de violencia que escapa a todo control de la autoridad. Cabe mencionar que la eficacia con que operan estas organizaciones criminales es mayor que la desplegada por las mismas burocracias públicas en el cobro de impuestos, la procuración de justicia y en el control del territorio. Esta debilidad del Estado se evidencia también con los feminicidios masivos de mujeres en variados puntos del país; los miles de desaparecidos y ultimados a manos del crimen organizado; los centenares de cadáveres que no logran identificarse; las turbas violentas que procuran e imponen –a través de los linchamientos– «justicia por mano propia» y que expresan enormes vacíos institucionales y policiales; el tráfico de migrantes; y con la creciente impunidad y corrupción que permea en la administración pública y que imposibilita la oportuna, expedita y eficaz procuración de justicia.

Este escenario signado por la violencia generalizada y el limitado control de las instituciones públicas sobre (contra)poderes fácticos (narcotraficantes, extorsionadores, secuestradores, traficantes de armas, combustibles y personas, etc.) que –especialmente desde el año 2006– radicalizan su fuerza, recursos y acciones (piénsese en los narcobloqueos, el secuestro y asesinato de periodistas y líderes políticos, la profundización de la lucha entre grupos criminales por el control del territorio y los mercados de narcóticos, desapariciones forzosas, homicidios dolosos que alcanzan el rango de epidemia, etc.), colocando a la población en una situación de indefensión, abandono y vulnerabilidad, e incluso a la misma élite política que es afectada –directa e indirectamente– en su integridad física por el crimen organizado, sugiere la

gestación de una *crisis de Estado* caracterizada por la erosión y depredación de los entramados institucionales, la cohesión comunitaria y el capital social. Complementado ello por una escasa legitimidad de los grupos gobernantes empeñados en socavar y vaciar de contenido a las instituciones a través de la corrupción, la impunidad y el uso patrimonialista de lo público. Se trata de una causalidad circular, en la cual la debilidad de la cohesión social y el desdén respecto a la ley y lo público, generan condiciones propicias para la germinación de grupos sociales –algunos excluidos de la economía formal; otros deseosos de la consolidación de su poder y riqueza– capaces de disputarle al Estado el monopolio de la violencia y de hacer del crimen organizado una actividad asimilada, «naturalizada» y arraigada en la sociedad. Al tiempo que estos efectos provocan y profundizan la creciente descomposición social y eclipsan los alcances de la presencia y poder del Estado en sus esfuerzos para la estructuración de la sociedad.

Cabe señalar que masivos sectores de la población mexicana experimentan una situación de exclusión social y abandono por parte del Estado que – aunada a la ancestral y persistente desigualdad social y económica–, crean el caldo de cultivo para la expansión de las actividades criminales y su «normalización» en vastos territorios del país. El crimen organizado –ante la ausencia de proyectos de desarrollo en las comunidades y el enraizamiento de contactos institucionales que reducen los riesgos de sanción penal para los criminales– se convierte en una alternativa económica y un estilo de vida viable para amplios contingentes excluidos del sistema económico y político. Este abandono de la población excluida por parte del Estado evidencia la entronización del *fundamentalismo de mercado* y la erosión sistemática de una de sus funciones básicas: la referida a la reducción de las brechas de la desigualdad social.

Realizada esta digresión, analizamos cada una de las seis funciones estatales identificadas desde 1985 hasta la actualidad.

a) *El aparato de Estado como garante de la prioritaria estabilidad macroeconómica.* Con las espirales inflacionarias, el desequilibrio externo y la crisis de la deuda gestados a inicios de los años ochenta en México, se observa en los instrumentos de política económica –y, particularmente, en la política monetaria del Banco de México– un acentuado interés por la contención del nivel de precios, el equilibrio de la balanza de pagos y la reducción del déficit fiscal. Dimensiones éstas que son asumidas como condiciones básicas para procurar la estabilidad macroeconómica.

Frente a ello, cabe cuestionarse lo siguiente: ¿Por qué se presenta en las políticas públicas y en las declaraciones de las élites tecnocráticas una preocupación –hasta cierto punto obsesiva– por el abatimiento de la inflación? La respuesta se relaciona con la promoción y procuración de condiciones

macroeconómicas adecuadas para el ejercicio de las actividades del empresariado privado y para la mayor captación de sus inversiones. Esto significa que si no se cuenta con una inflación baja y estable, tanto en las empresas como en los mercados financieros serán afectados los marcos de decisión relativos a la producción, consumo y financiamiento; al tiempo que los riesgos y la incertidumbre aumentarán para esas inversiones. La estabilidad de precios resulta relevante para los inversionistas porque les permite calcular los costes y ejercer la adecuada toma de decisiones; de lo contrario, corren el riesgo de sufrir pérdidas.

Al erigirse la economía global como la nueva racionalidad y el punto de referencia central de los agentes económicos y sus decisiones, para los promotores de las estrategias de estabilización y apertura es relevante contar con un posicionamiento ventajoso a través de la estabilidad de la balanza de pagos. Por ello, se esboza la prioridad de promover una industrialización orientada hacia las exportaciones bajo el argumento de que estas transacciones incentivan la productividad y, por tanto, el crecimiento económico. La estabilidad macroeconómica y las intervenciones selectivas del aparato de Estado para *facilitar* las condiciones y el entorno propicios a las actividades y transacciones del empresariado privado con vocación exportadora, son cruciales para el afianzamiento de la estrategia de apertura de la economía mexicana.

También se argumenta que el abatimiento del déficit fiscal se relaciona con el reordenamiento, racionalización, modernización y privatización del sector público en aras de contar con intervenciones selectivas más eficaces, corregir los fallos del Estado y eliminar las distorsiones en los mercados. Con esta medida, son dos los instrumentos del aparato de Estado que más se modificaron, al tiempo que se redefinen sus funciones y responsabilidades en general: el gasto público, sujeto a constantes recortes y a ejercicios de racionalización con el objetivo de contar con finanzas públicas sanas; y la procuración –cuando menos hasta el año 2000– de un menor endeudamiento público. Esto es, con el gasto público reducido tienden a focalizarse las intervenciones estatales y a recurrir lo menos posible a un financiamiento deficitario que incentive la inflación tras persistir una oferta monetaria que sobrepase los niveles de producción de la economía nacional. En tanto que en el mismo presupuesto público se adopta la postura de responder a las urgencias impuestas por el servicio de la deuda.

A grandes rasgos, las estrategias de estabilización, redefinición y adecuación de la regulación económica, privatización y apertura de la economía nacional adoptadas desde los años ochenta en México, responden a las exigencias de la estandarización, homogeneización, armonización, sincronización, convergencia y coordinación de políticas económicas que derive en certidumbre y en la generación de confianza en el país entre los inversionistas

extranjeros, la banca comercial privada mundializada, las agencias calificadoras del riesgo-país y los organismos financieros internacionales. Sin esta función estatal que consiste en procurar los equilibrios macroeconómicos y en generar condiciones y entornos propicios para el desenvolvimiento del proceso económico, serían imposibles los periodos de auge, estabilidad y abandono de las crisis.

b) *La reorientación de la propensión geopolítica y geoeconómica para facilitar la integración de México en la expansión global del capitalismo.* Gran parte de las políticas públicas diseñadas y ejercidas por el aparato de Estado en México desde 1986 responden a las necesidades marcadas por la intensificación de las relaciones interestatales y comerciales. Dos acontecimientos acentuaron esta tendencia: el ingreso de México al GATT en 1986, hecho que marcó la pauta para emprender a fondo las estrategias de apertura de la economía nacional; y la emergencia de nuevos regionalismos y procesos de integración económica en Europa y el Este de Asia. Ambas circunstancias incentivan en México la firma de acuerdos y tratados comerciales, el ingreso a bloques regionales y el diseño de políticas públicas de alcance transnacional.

Con esta reorientación de la función geopolítica y geoeconómica, se privilegia en las políticas públicas y en las intervenciones estatales una concepción estratégica del territorio y de su aprovechamiento en el proceso económico y en la expansión global del capitalismo. El control, dominio y explotación del territorio en tanto fuerza productiva estratégica para la valorización y acumulación del capital se expresa tanto en la integración de bloques comerciales –por ejemplo, el emanado del ahora cuestionado y renegociado Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)– como en el diseño, difusión y ejercicio de políticas públicas nacionales de alcance sectorial –el Programa Nacional de Desarrollo Urbano 1995-2000 (Enríquez Pérez, 2002) y el Programa Nacional de Desarrollo Urbano y Ordenación del Territorio 2001-2006–, o de corte transnacional –el Plan Puebla-Panamá y las Iniciativas Mesoamericanas– (Enríquez Pérez y Flores Sandoval, 2002; Torres Torres y Gasca Zamora, 2006).

A los territorios locales, y en especial aquellos que se encuentran en reserva –pensemos en los del Sur-Sureste mexicano–, se les asume como recursos escasos con dimensiones dinámicas para la integración activa en la expansión de los procesos globales a través de vías como: la producción y abastecimiento de materias primas; las capacidades empresariales; la mano de obra masiva y barata; los mercados poco explotados; el acceso al sistema urbano nacional; los conocimientos tradicionales –tanto productivos como medicinales–; la privilegiada posición geoestratégica para el desplazamiento de los flujos comerciales; los asentamientos humanos contendores de la

migración hacia el norte; y los espacios poco utilizados que se convierten en reservas necesarias para la reproducción del capital en los sistemas internacionales de producción integrada y los encadenamientos mercantiles globales impulsados por las redes empresariales bajo la adopción de los sistemas de manufactura flexible (véase Torres Torres y Gasca Zamora, 2006; Enríquez Pérez, 2011).

Esta incorporación y reconversión de espacios inéditos que fungen como reservas territoriales y asentamientos poblaciones rurales con economías de autoconsumo, se proyectan e impulsan con la finalidad oficial de crear entornos y condiciones propicios para la generación de vocaciones territoriales a partir del aprovechamiento de su localización estratégica; la disponibilidad de recursos naturales abundantes; y su posible acondicionamiento para la construcción de infraestructura básica que permita la atracción de inversiones, los flujos comerciales y la integración de las regiones a los circuitos transnacionalizados de producción y consumo —el Istmo de Tehuantepec, la Riviera Maya, la sierra de los Chimalapas, el Corredor Biológico Mesoamericano, etc., son muestra de ello— (véase Presidencia de la República, 2001).

Por su parte, con bloques regionales como el constituido con el TLCAN, se propuso utilizar la posición geoestratégica privilegiada que posee México en el contexto internacional y en las rivalidades interbloque. Se buscó también una profundización mayor de las estrategias de apertura que orientan la economía nacional hacia el exterior con mayor intensidad desde 1986, así como un posicionamiento adecuado —aunque en los hechos muchas veces desventajoso—, a partir de la generación de las ventajas comparativas y competitivas, en los sistemas internacionales de producción integrada, los encadenamientos mercantiles mundiales, las redes financieras globales y en los cada vez más intensos procesos de armonización, estandarización, convergencia, sincronización, homogeneización y coordinación de políticas económicas que se promueven en los *espacios globales para la toma de decisiones*.

En suma, tanto las políticas públicas —incluidas las llamadas reformas estructurales— como porciones importantes del gasto público, y en general buena parte de las decisiones y funciones estatales, se canalizan al estímulo de una intensa inserción de México en las circunstancias planteadas por los procesos de integración regional y global. Las estrategias de estabilización, redefinición y adecuación de la regulación económica, privatización y apertura que fomentan la orientación de la economía mexicana hacia el comercio exterior; el fortalecimiento del empresariado privado —sobre todo del transnacional ubicado en el país— en detrimento del aparato productivo nacional; la generación de condiciones institucionales y macroeconómicas propicias para el establecimiento de la inversión; la atracción de divisas a través de la promoción turística, entre muchas otras acciones estatales, lo evidencian abiertamente.

c) *La promoción, gestión y facilitación de la inversión privada.* Otra de las destacadas funciones del aparato de Estado –incluidos los gobiernos de las entidades federativas y los municipios– en torno a la dialéctica desarrollo/subdesarrollo consiste en la convocatoria de flujos de inversión privada; en especial de capitales extranjeros que son parte del sistema de la manufactura flexible orientado a privilegiar ciertos territorios y no otros. Como parte de la estrategia de apertura de la economía nacional, en el marco de la expansión de los sistemas internacionales de producción integrada, para el estímulo a la inversión extranjera directa, tanto la generación y fortalecimiento de condiciones macroeconómicas e institucionales propicias, como el cultivo de mínimas vocaciones territoriales locales para la atracción y establecimiento de esos capitales, son consideradas dos prioridades básicas en las políticas públicas globales, sectoriales, regionales y/o locales. Más aún, en el marco del fortalecimiento del empresariado transnacional en detrimento del poder económico del sector público, a la inversión privada se le concibe en los documentos oficiales como un importante motor en la generación de empleo, el aumento de la productividad, la construcción y modernización de infraestructura, y en el estímulo del crecimiento económico.

Como parte de las intervenciones selectivas, esta función de convocante y *facilitador* adoptada por el aparato de Estado se expresa en actividades de diplomacia, *marketing* y promoción que publicitan las vocaciones territoriales del país y de ciertos espacios locales en particular; en la gestión para la atracción y establecimiento de las inversiones y para la negociación o renegociación de tratados y acuerdos comerciales que las mantengan, intensifiquen y regulen; así como en la construcción de infraestructura carretera, portuaria, aeroportuaria y de telecomunicaciones que posibilite el despliegue, viabilidad y rentabilidad de la inversión productiva.

De este modo, de contar con una política industrial y de ser un agente económico activo y propietario de los medios de producción, el aparato de Estado transitó a una función de convocante, publicista, promotor, gestor y facilitador de la inversión extranjera y las exportaciones en el contexto de una economía nacional orientada hacia el exterior. Con la desincorporación y privatización de empresas públicas se incentivó y facilitó la inversión de este último en rubros estratégicos como la petroquímica, la construcción de infraestructura, el transporte, la banca comercial, las telecomunicaciones, entre otros sectores.

Dentro de la inversión privada, es la inversión extranjera directa una de las que mayor atención demanda al aparato de Estado. Diversos son los incentivos brindados para atraer sus flujos: desde el acondicionamiento de infraestructura básica hasta la exención de impuestos y la canalización de gasto público para la formación y capacitación de capital humano que responda a las exigencias laborales de las empresas que operan a partir de altos

estándares de calidad demandados en las cadenas de los sistemas internacionales de producción integrada.

d) *La creación de condiciones y entramados institucionales para garantizar las transacciones económicas y los derechos de propiedad.* Durante las últimas tres décadas, las élites tecnocráticas nacionales y transnacionales, más allá del *fundamentalismo de mercado* propio del *Consenso de Washington*, reconocieron la relevancia de las instituciones en el desempeño económico. Entre las medidas adoptadas por el aparato de Estado para ampliar el papel de las instituciones en la economía destacan la protección de los derechos de propiedad, el proceso de redefinición y adecuación de la regulación económica, la legislación económica –en especial la orientada al proceso productivo y a las relaciones laborales– y la referida firma de acuerdos comerciales (Poder Ejecutivo Federal, 1989, 1995, 2001, 2007 y 2013).

Como se especifica en los Planes Nacionales de Desarrollo elaborados desde 1989, tanto los procesos de privatización de empresas públicas como la reforma al Artículo 27 de la Constitución Política necesitaron de la definición y establecimiento de derechos de propiedad. Al privatizarse amplias franjas del sector público, resultó necesario definir y especificar los derechos de propiedad para generar certidumbre en los nuevos propietarios privados y garantizarles que –en el largo plazo– no les serían expropiados o renacionalizados los medios de producción y los activos. Por su parte, con las modificaciones al artículo 27 se procedía a disolver la propiedad ejidal de la tierra cultivable y transitar a una individualización de la misma mediante la escrituración que garantice la exclusividad de los derechos de propiedad; abriendo con ello la posibilidad de transferir voluntariamente a otros agentes dichos derechos.

Un mecanismo institucional adicional para procurar, desde el aparato de Estado, la viabilidad de la nueva estructuración de los mercados es la redefinición y adecuación de la regulación económica. Este proceso se emprende con el objetivo de generar adecuadas condiciones institucionales para las transacciones de los agentes económicos.

Gran parte de los precios de garantía que prevalecieron hasta la década de los noventa desaparecieron y el sector público dejó de jugar un papel importante en la comercialización de bienes y servicios –el cierre de FERTIMEX y de la CONASUPO es un ejemplo de ello. Además, las intervenciones directas del aparato de Estado en el proceso de desarrollo que se ejercieron con determinación hasta la década de los ochenta se tornaron selectivas, débiles y, en muchos casos, nulas injerencias. Y si bien no podemos hablar de una desregulación absoluta, lo que presenciamos es una redefinición de los procesos de regulación de la economía que apunta a desechar el proteccionismo y la intervención estatal de antaño.

La legislación económica introducida y modificada en los últimos lustros, en tanto instrumento institucional, se relaciona con las transformaciones experimentadas en el proceso económico. La flexibilización de los mercados laborales tras los cambios en la organización productiva; las reformas al sistema de seguridad social y los fondos de pensiones que individualizaron las cuentas de ahorro de los trabajadores y pasaron a formar parte de los flujos especuladores en los mercados de valores; la perpetuación de un sistema tributario que privilegia el gravamen al consumo por encima del gravamen al capital concentrado; y la socialización de las pérdidas derivadas de las quiebras en las carreteras concesionadas y del sistema bancario, mediante instrumentos como el Fondo Bancario para la Protección del Ahorro (FOBAPROA) (1995) –posteriormente nombrado Instituto para la Protección del Ahorro Bancario (IPAB) (1998)–, son todos ellos mecanismos legislativos que apuntan a generar arreglos institucionales para la valorización y acumulación del capital y para el fortalecimiento del empresariado privado transnacional beneficiado con la reprivatización de la banca comercial.

El mismo ingreso de México al GATT en 1986 y la profundización de las estrategias de apertura económica, condujo a la masiva firma de acuerdos y tratados comerciales con distintos Estados. Y aunque la economía nacional está anclada a la estadounidense –entre el 80 y el 90% del intercambio comercial desde 1994 se realiza con el vecino del norte– sin que exista la posibilidad de la diversificación en el corto y mediano plazos, se establecen las bases para la gestación de un entramado institucional capaz de posibilitar nuevas regulaciones del proceso económico. Es de destacar que el TLCAN se reduce a un área de libre comercio en condiciones asimétricas y sin la incorporación de fondos estructurales de compensación y de temas relacionados con la protección ambiental, la homologación salarial y la libre movilidad de la mano de obra.

e) *La apertura y democratización del sistema político mexicano.* Como parte de los mecanismos para la legitimación del Estado y la garantía de la gobernabilidad y ante la crisis de representatividad precipitada con los comicios electorales de 1988, se emprendieron en los dos siguientes sexenios, desde las mismas elites gubernamentales, reformas al sistema político mexicano que pretendieron su apertura y democratización mediante supuestos como el respeto al voto; el fortalecimiento del sistema de partidos; y la realización de elecciones confiables, transparentes, vigiladas y apegadas a la ley.

Sea como recomendación internacional suscrita en acuerdos comerciales, como parte de la armonización, homogeneización, estandarización y coordinación de las políticas públicas o como respuesta a la demanda interna de movimientos sociales que presionaron por la democratización del país ante las amplias posibilidades de fraude electoral, el sistema político mexicano se

redefinió en lo que fueron sus pilares básicos: el presidencialismo autoritario y el partido *cuasi oficial*. Ambas instituciones fueron erosionadas sistemáticamente desde las élites tecnocráticas, sea mediante el abandono del discurso del *nacionalismo revolucionario*, el Programa Nacional de Solidaridad –que funcionó en los hechos como el cuasi partido político del Presidente de la República entre 1988 y 1994–, el impulso de reformas electorales que otorgaron un mayor poder y participación a los partidos políticos de oposición en la toma de decisiones, y/o con el estímulo encubierto de la alternancia partidista suscitada en julio del año 2000.

Pese a procesos electorales sumamente cuestionados como el del año 2006, esta apertura y democratización del sistema político se convierte en una prioridad y una función relevante del Estado mexicano. Ello se evidencia con la canalización de vastas sumas del gasto público y con la formación, fortalecimiento y legitimación de entidades como el Instituto Federal Electoral (actualmente Instituto Nacional Electoral).

f) *El diseño e instrumentación de políticas sociales para la compensación de la desigualdad y el empoderamiento de los grupos sociales marginados*. Entre 1934 y 1982 se edificó en México un modelo de *Estado interventor corporativo* que contribuyó a la provisión de bienes y servicios básicos como la educación pública, la salud y la seguridad social; así como al otorgamiento de subsidios a la alimentación, al consumo, al transporte público y a la vivienda de interés social destinados a la población en general que accedía mediante prácticas clientelares y en apego a los lineamientos de las grandes centrales y organizaciones corporativas. Dichas prácticas, al privilegiar la atención de categorías profesionales y organizadas corporativamente –docentes, burócratas, militares, obreros pertenecientes a sindicatos afiliados a la Confederación de Trabajadores de México, etc.–, impidieron, salvo en materia educativa, la consolidación de políticas sociales dotadas de cobertura universal. Con este modelo de política social, el Estado absorbió los costos de la reproducción de la fuerza de trabajo, mientras que el empresariado privado fue eximido de ello y los salarios alcanzaron niveles predecibles.

En cambio, las políticas sociales ejercidas desde 1988 se sustentan en varios rasgos a saber: la racionalización del gasto público y del aparato burocrático que las instrumenta; la adopción de un perfil transitorio a medida que el mecanismo de mercado promueva, por sí mismo, una eficiente y equitativa asignación y distribución de los recursos que favorecerá a las amplias mayorías y reducirá a la población necesitada de asistencia social; la desconcentración, en cuanto a la ejecución y operatividad de los programas y el traslado de competencias y funciones del gobierno federal a los gobiernos de las entidades federativas o de los municipios –en algunos casos se experimentan

traslados paulatinos hacia el sector privado y las organizaciones no gubernamentales; y en la focalización selectiva o la atención y asistencia respecto a los grupos sociales más vulnerables y marginados que padecen la pobreza extrema, desmantelando con ello la política de subsidios generalizados en aras de procurar la disciplina fiscal. Cabe interpretar que estas estrategias suponen una nueva forma histórica de redistribución de la riqueza emprendida desde el aparato de Estado.

Se trata de políticas sociales que se subordinan a la política económica y a la mencionada reorientación de la vocación geopolítica y geoeconómica del aparato de Estado. Más en concreto aún, las políticas sociales como el Programa Nacional de Solidaridad, el PROGRESA, Oportunidades y Prospera presumen una vocación de compensación focalizada y selectiva respecto a los límites y promesas incumplidas de la democratización representativa y a los efectos y desequilibrios sociales negativos derivados de la aplicación de las políticas de ajuste y cambio estructural. Esto es, más que transitar de una democratización representativa a una de corte participativo, y más que combatir a fondo las desigualdades sociales, se trata de proporcionar paliativos que las compensen; de evitar un mayor deterioro de los grupos sociales en condiciones de pobreza y de construir una nueva forma de control político sobre dichos grupos mediante el denominado empoderamiento, el aprovechamiento de su capital social y la promoción de proyectos autogestivos en las comunidades.

Además, las políticas sociales participan en el proceso de acumulación del capital mediante la procuración de la estabilidad sociopolítica y el control del conflicto social –ambos necesarios para la atracción y establecimiento de la inversión extranjera–; las legislaciones que propician la privatización de los fondos de pensiones y favorecen a los mercados financieros, así como a través de la promoción del autoempleo a partir del estímulo de actividades microempresariales y la facilitación de financiamiento para que las micro, pequeñas y medianas empresas mejoren su productividad y rentabilidad.

VI. LAS COORDENADAS DEL ESTADO MEXICANO EN LA CARTOGRAFÍA ESTRATIFICADA DE LA ECONOMÍA MUNDIAL

Al ser un Estado subdesarrollado y fragmentado, el mexicano es, a su vez, un Estado periférico que le da forma a una sociedad y una economía nacional insertadas de manera desventajosa y subordinada en el concierto de la expansión e integración global del capitalismo. En ello radican, en parte, los rasgos específicos que le diferencian de las instituciones estatales propias de otras formaciones sociales que se posicionan de manera ventajosa y hegemónica en la estructura económica mundial.

De cara a una economía mundial cada vez más estratificada y signada por una división global del trabajo fundamentada en el acelerado cambio tecnológico y en la dimensión estratégica del conocimiento aplicado al mismo conocimiento y a la producción, el Estado mexicano –desarticulado y frágil en su estructura institucional, y asediado por la crisis fiscal– se limita a un papel marginal en el curso de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo y se ciñe a los imperativos de crear un mínimo entorno institucional para los procesos de acumulación de capital. Ello, en sí, le distingue también del sector público de otras latitudes y de sus funciones e intervenciones esenciales. Abrevando de un ejercicio de comparabilidad internacional, es posible identificar los siguientes rasgos:

En los Estados Unidos, medios de innovación como el Silicon Valley, financiado en un principio por el Departamento de Defensa, se convirtió en un centro para la convergencia de nuevo conocimiento tecnológico de expertos, ingenieros y científicos, de una estructura industrial dinámica y de la creación de nuevas empresas (Castells y Hall, 2001; Castells, 2002). El programa espacial estadounidense de la década de los sesenta y el programa de la «Guerra de las Galaxias» iniciado en 1983 constituyeron destacadas acciones estatales en el fomento del avance tecnológico, particularmente de la industria electrónica. El mismo establecimiento y protección de monopolios como el de la empresa AT&T y el financiamiento gubernamental de sus proyectos de investigación contribuyó al fortalecimiento de las bases para el desarrollo tecnológico. Buena cantidad de empresas dedicadas a la innovación tecnológica no hubiesen sobrevivido ni perdurado sin el financiamiento y la protección de los mercados proporcionados por el sector público estadounidense; en especial mediante los contratos militares (véase Castells, 2002: capítulo 1). En suma, la formación de redes de investigación y desarrollo es una prioridad en las estrategias adoptadas por la intervención estatal en ese país. No menos importante es el carácter geoestratégico y las consideraciones de seguridad nacional que alcanzan industrias como la aeroespacial, ampliamente intervenidas por el sector público e importantes por la tracción que ejercen sobre otras ramas y sectores productivos (Enríquez Pérez, 2014).

Estas acciones estatales se extienden a la intervención en las transacciones económicas para procurar la seguridad nacional, así como a la protección de industrias estratégicas como la microelectrónica para evitar que otras naciones ejerzan una competencia desleal que implique el control de insumos militares (Castells, 2002).

Otro rubro importante de la intervención pública en los Estados Unidos lo constituyeron, a lo largo del siglo xx, las políticas sociales. En general, la seguridad social estadounidense comprende mecanismos de mercado con determinadas regulaciones gubernamentales, complementados con políticas sociales focalizadas que procuran suministrar bienes y servicios sociales a

los individuos y familias que demuestran una condición de indigencia y marginación. Algunos estudiosos de estas políticas públicas argumentan que las intervenciones gubernamentales tienden a ser selectivas en el abatimiento de la pobreza y en la producción de bienes y servicios que la iniciativa privada no puede o no desea producir y suministrar, o bien, aquellos que son de rigurosa apropiación colectiva (Laurell, 1996).

Por su parte, dentro de la Unión Europea, en mayor o menor medida, predominan políticas públicas que propician la intensa y activa intervención del Estado en las economías de mercado y en el mantenimiento de los Estados de bienestar. Por ejemplo, en Inglaterra y Francia, la industria electrónica, apoyada de manera relevante por el sector público, estuvo ligada hasta los años ochenta a las telecomunicaciones y a la defensa. En tanto bloque regional con facultades en materia de integración económica y política, la Unión Europea fortalece la competencia internacional de la región mediante políticas públicas para el avance tecnológico que apuntalan la expansión de las principales empresas que disponen del gasto público para pactar alianzas con las corporaciones transnacionales provenientes de Japón y Estados Unidos y que les facilitan el suministro de conocimiento y tecnología. Además, las empresas transnacionales de los principales países europeos gozan de incentivos sistemáticos por parte de los gobiernos nacionales y de la misma Unión Europea en materia de desarrollo tecnológico y de protección de los mercados. Sectores importantes como la industria aeroespacial, la aviación comercial, la electrónica, el automotriz y la agricultura, prosperan a raíz del papel desempeñado por gobiernos como el inglés, el alemán y el francés en la estructuración de sus mercados y en el suministro de cuantiosos subsidios.

Más todavía, el importante desarrollo económico que experimentaron desde la década de los setenta los países del Este asiático, se atribuye a un modelo económico que privilegia la simbiosis entre el mercado y las instituciones del sector público; lo cual es parte de una concepción nacionalista del Estado desarrollista tal como ocurrió en Corea del Sur, Singapur y Japón. Dicha amalgama se evidencia en áreas como la redistribución del ingreso, el estímulo al avance tecnológico y la política industrial –generalmente proteccionista. Además de políticas públicas para procurar la estabilidad macroeconómica, la inversión en educación y capital humano, la seguridad de los sistemas financieros, las distorsiones limitadas de los precios, el desarrollo agrícola y la apertura hacia la tecnología extranjera, en el Este asiático se adoptan estrategias para ejercer una sistemática y racionalizada intervención estatal en el proceso económico, el impulso a industrias estratégicas, la generación y adquisición de nueva tecnología, y la integración respecto al mercado mundial (véase Aoki, Kim y Okuno-Fujiwara, 2000).

Algunos especialistas destacan una relación sinérgica entre el sector público y un régimen de mercado fundamentalmente privado, donde las

acciones o la producción de alguno representa el insumo y los incentivos del otro (véase Wade, 1990). Una simbiosis donde el aparato de Estado estipulaba reglas e influía en la toma de decisiones del empresariado privado a partir de las concepciones del funcionariado sobre el adecuado modelo industrial y comercial a seguir.

El desarrollo del sudeste asiático no solo necesitó de la estabilidad macroeconómica. Fueron importantes también aquellas políticas públicas que, a través de una amalgama de estrategias orientadoras del mercado y otras dirigidas por las agencias estatales, fomentan y facilitan la acumulación de capital, la asignación eficiente de recursos y el acelerado desarrollo tecnológico (Aoki, Kim y Okuno-Fujiwara, 2000). Si bien la directa intervención estatal fue relevante en el Este asiático, estos mismos autores reconocen que lo fueron aún más los incentivos brindados a instituciones como las organizaciones empresariales, las asociaciones industriales, los intermediarios financieros, las organizaciones de trabajadores y agricultores, la cultura y costumbres empresariales, entre otras; además de la interacción que el gobierno sostiene con ellas. Los subsidios –otorgados por concurso y por la vocación exportadora– se canalizaron a las empresas más eficientes y aptas para promover esas mismas cualidades y para fortalecerlas en su expansión hacia los mercados internacionales. Si bien existió autoritarismo y paternalismo, las élites políticas adoptaron la perspectiva del «crecimiento compartido» para hacerse de legitimidad y para acercar los servicios educativos a las mayorías. Esta política educativa fue relevante para la formación y multiplicación del capital humano que permitió, a su vez, contar con una burocracia de calidad y distante de los vaivenes políticos, con contingentes de trabajadores altamente cualificados y con importantes capacidades empresariales.

Con un sector público pequeño, el activismo estatal en los países del Este asiático no consistió en sustituir, sino en facilitar la coordinación dentro del sector privado, asumiendo que ambos sectores no rivalizan por el control del proceso económico (Aoki, Murdock y Okuno-Fujiwara, 2000), o bien, en dirigir o gobernar el mercado para detonar procesos de desarrollo (Wade, 1990). Esto es, el desarrollo económico de esta región necesitó de la capacidad de la iniciativa privada para coordinar la actividad económica –sea mediante los mercados, dentro de las empresas, utilizando intermediarios, o en unión con el gobierno–, así como de las intervenciones estatales para fortalecer la coordinación y la cooperación en el sector privado mediante instrumentos de política pública como las rentas contingentes, el financiamiento a la innovación tecnológica, la restricción financiera, los consejos de deliberación y las estrategias para el escalonamiento de capitales y productos extranjeros.

Las tendencias del Estado latinoamericano difieren marcadamente de los precedentes ejemplos; aún en el contexto del viraje dado –durante los

primeros quince años del nuevo milenio— por algunos gobiernos progresistas y nacionalistas en el cono sur tras el renovado impulso al perfil de Estados neodesarrollistas. En principio, durante los años ochenta y noventa, gran parte de los gobiernos latinoamericanos se orientaron, en mayor o en menor grado, a gestar las condiciones que facilitan el cambio estructural de sus economías para emprender una reinserción desventajosa en el mercado mundial.

Con la reestructuración de la economía mundial y el despliegue global de la manufactura flexible desde la década de los setenta, la nueva división internacional del trabajo y el rezago tecnológico experimentado en los países latinoamericanos posicionaron a la región como un territorio especializado en la producción de insumos —en especial de materias primas, *commodities* y de autopartes— para proveerse a las redes empresariales globales. Esta reinserción, que como afirmamos suele ser desventajosa y subordinada, tiene en los aparatos de Estado a uno de sus principales promotores y gestores. Con la *crisis de la deuda*, la autonomía en la toma de decisiones gubernamentales es trastocada e influida por diversas circunstancias, agentes y actores tanto nacionales como internacionales. A raíz de esto, la principal apuesta de los gobiernos de la región consiste en incentivar y facilitar la competitividad de algunos sectores productivos ante la creciente integración global del capitalismo.

En este escenario, la llamada reforma del Estado —al menos durante la década de los noventa— tuvo como principales líneas de acción la apertura de las economías nacionales y el ajuste de la balanza de pagos, la retracción del sector público a través de las privatizaciones, la estabilización macroeconómica a partir de la redefinición de los incentivos y los precios relativos, y la transformación y limitación de sus intervenciones en el proceso económico. No menos importantes fueron las reformas institucionales orientadas a consolidar y brindar viabilidad al *Consenso de Washington*. Sin embargo, pese al viraje neodesarrollista dado por los gobiernos progresistas sudamericanos entre el 2003 y el 2015, la región y sus élites políticas se debaten en torno a la falsa dicotomía de más Estado o más mercado; imponiéndose durante largos periodos la racionalidad de este último y asumiéndose la creencia en la espontaneidad del «libre comercio». De tal manera que —en aras de adoptar «buenas» políticas y «buenas» instituciones— ceden a la tentación de *retirar la escalera* del proteccionismo que permitió a las potencias económicas actuales trascender en su historia económica y afianzar sus sectores agrícolas, industriales y tecnológicos (sobre este argumento véase Chang, 2004).

Lo que subyace en el fondo de esta falsa disyuntiva es la disputa por el control del proceso económico, así como por la orientación y perfil del Estado en torno a tópicos nodales como la apropiación de la plusvalía y la distribución de la riqueza. Más aún, la intervención del Estado y el tipo de funciones que despliega no es una mera cuestión técnica y de procuración de

eficiencia; es, ante todo, la posibilidad de condensar los valores y principios de una comunidad respecto a la estructuración de la vida social y a la atención de sus problemas públicos medulares. Y justo esos valores y principios que le dan forma al tipo de instituciones que se otorga una sociedad, definirán el tipo de Estado que construye, así como las coordenadas que ocupa en la cartografía de la estratificada economía mundial.

VII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA INVESTIGACIÓN

Comprender las funciones del Estado en torno a la dialéctica desarrollo/subdesarrollo y los cambios que históricamente experimentan, supone comprender las transformaciones experimentadas por el capitalismo y los impactos que ello tiene en las concepciones que subyacen en el diseño y ejercicio de las políticas públicas. Supone también comprender que la planeación del desarrollo y las decisiones públicas no solo dependen de condicionamientos, factores y actores estrictamente nacionales, sino que están expuestas a la *tele-dirección* que ejercen los organismos internacionales y a la lógica que asumen los *espacios globales para la toma de decisiones* y las *comunidades epistémicas trans-territoriales* que en ellos se configuran a partir del posicionamiento de poderes fácticos que no necesariamente están arraigados en los espacios locales/nacionales en cuestión; pero que pretenden hacer valer una agenda de política pública.

Lo anterior implica que en una sociedad subdesarrollada como México se tome en cuenta la abierta *crisis de Estado* que tiene como trasfondo el socavamiento y depredación de las instituciones ante la proliferación y expansión de fuerzas y poderes fácticos que *—desde afuera y desde adentro, desde arriba y desde abajo—* le disputan la hegemonía a esa macroestructura institucional. Esta *crisis de Estado* tiende a magnificarse con la intensificación de los procesos de globalización y con la erosión de la soberanía en asuntos estratégicos. Y si bien el Estado mexicano no desaparece en sus funciones elementales ni muta en un *Estado fallido*, sus intervenciones son desarticuladas, selectivas, pasivas, precarias y hasta ausentes en aras de no trastocar los imperativos del *fundamentalismo de mercado*.

Finalmente, cabe matizar que esta crisis institucional es correlato de la contradictoria manifestación social y territorial de la dialéctica desarrollo/subdesarrollo y que si bien las específicas funciones contemporáneas del Estado son acotadas y tienden a achicar son intervenciones, resulta preciso continuar estudiando el carácter y el sentido de dichas funciones y las debilidades que muestran respecto a la construcción de mercados, la distribución de la riqueza y la procuración de la seguridad pública; no sin perder de vista la reconfiguración de las élites políticas nacionales y la relevancia que adquiere la convergencia, estandarización, sincronización armonización,

homogeneización y coordinación de las políticas públicas a escala planetaria. De ahí que sea posible plantear algunas preguntas incisivas que contribuyan a ampliar las líneas de investigación y a abrir caminos para las posibles respuestas: ¿Cómo revalorar y reincorporar los fecundos estudios sobre el Estado esbozados por la sociología política y la economía política mexicanas en los esfuerzos por comprender los rasgos característicos y específicos de esta macroestructura institucional en la actualidad? ¿De qué manera podría ampliarse el conocimiento sistemático en torno al sentido de las decisiones públicas y de las funciones e intervenciones del Estado mexicano en la dialéctica desarrollo/subdesarrollo? ¿Cómo construir comunidades interdisciplinarias que estudien las distintas aristas, fuerzas, factores, circunstancias y actores internos y externos que inciden en las decisiones públicas y en las funciones del Estado? ¿Cuáles son las especificidades que caracterizan al Estado mexicano respecto al sector público de otras latitudes, y cómo se toman allí las decisiones públicas? ¿Qué se necesita para que ese nuevo conocimiento influya en la vida pública y en la reorientación del Estado mexicano? Estos y otros interrogantes son cruciales para evidenciar la depredación de las instituciones estatales y de sus funciones esenciales de cara a la gravitación que ejercen los *espacios globales para la toma de decisiones* y, particularmente, los organismos internacionales que difunden una concepción etnocéntrica sobre el desarrollo. Más apremiantes resultan las posibles respuestas y argumentos de cara a la *crisis del pensamiento utópico* que caracteriza a las élites políticas mexicanas que se resisten, pese a los cambios electorales, a emprender una verdadera y efectiva reforma del Estado que revierta la crisis institucional y fundamente la (re)construcción de proyectos alternativos de nación que atiendan las desigualdades sociales y el carácter disruptivo y contradictorio de la misma dialéctica desarrollo/subdesarrollo.

VIII. FUENTES DE CONSULTA UTILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

- AOKI, M.; KIM, H.-Ki y OKUNO-FUJIWARA, M. [2000 (1997)]. «Introducción», en: Masahiko Aoki, Hyung-Ki Kim y Masahiro Okuno-Fujiwara (Coordinadores), *El papel del gobierno en el desarrollo económico del Asia Oriental. Análisis institucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica (FCE), pp. 5-14.
- , MURDOCK, K. y OKUNO-FUJIWARA, M. [2000 (1997)]. «Más allá de The East Asian Miracle. Introducción al enfoque del fortalecimiento del mercado», en: Masahiko Aoki, Hyung-Ki Kim y Masahiro Kuno-Fujiwara (Coordinadores), *El papel del gobierno en el desarrollo económico del Asia Oriental. Análisis institucional comparado*, México, FCE, pp. 15-62.
- BANCO MUNDIAL (1997). *Informe sobre el desarrollo mundial, 1997. El Estado en un mundo en transformación*, Washington, D. C., Banco Mundial.

- (2001). *Informe sobre el desarrollo mundial 2002. Instituciones para los mercados*, Washington, Mundi-Prensa Libros para el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial.
- (2004). *Informe sobre el desarrollo mundial 2005. Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos*, Bogotá, Banco Mundial, Mundi-Prensa Libros y Alfaomega Grupo Editor.
- CALVA, J. L. [1999 (1993)]. *El modelo neoliberal mexicano. Costos, vulnerabilidad, alternativas*, México, Juan Pablos Editor.
- (2000). *México más allá del neoliberalismo. Opciones dentro del cambio global*, México, Plaza & Janes Editores.
- (2008). *Los programas de ajuste económico en México y América Latina*, México, Centro Nacional de Promoción Social, A. C.
- CÁRDENAS, E. (1996). *La política económica en México, 1950-1994*, México, FCE, Fideicomiso Historia de las Américas y Colegio de México.
- CASTELLS, M. [2002 (1996)]. *La era de la información. Economía, Sociedad y cultura (La sociedad red)*, volumen I, México, Siglo Veintiuno Editores.
- y HALL, P. [2001 (1994)]. *Las tecnópolis del mundo. La formación de los complejos industriales del siglo XXI*, Madrid, Alianza Editorial.
- CHANG, H.-J. [2004 (2002)]. *Retirar la escalera. La estrategia del desarrollo en perspectiva histórica*, Madrid, Libros de la Catarata y Universidad Complutense de Madrid.
- ENRÍQUEZ PÉREZ, I. (2002). «Los procesos de globalización y la política pública como instrumento reestructurador del espacio urbano en México», en: *Globalización: Revista mensual de economía, sociedad y cultura*, enero, <http://rcci.net/globalizacion/2002/fg217.htm>
- (2010). «La evolución del pensamiento sobre el desarrollo en el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial: un análisis comparativo sobre su gravitación en América Latina», en: *Trayectorias. Revista de Ciencias Sociales*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, Volumen XII, n.º 31, julio-diciembre, pp. 31-60.
- (2011). «Las concepciones sobre el desarrollo regional en las políticas públicas del sur-sureste mexicano y en los proyectos autogestivos de las comunidades locales: una contrastación a la luz de las inconsistencias del Plan Puebla-Panamá», en: *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, Alicante, Universidad de Alicante, volumen 6, n.º 2, diciembre de 2011, pp. 185-218.
- (2014). «Las innovaciones organizacionales y tecnológicas en la industria aeroespacial: un análisis de su comportamiento a la luz de la comparabilidad internacional», en: Alfonso Bouzas Ortiz (Coord.), *Globalización y trabajo. Cambios tecnológicos, migración y nueva regulación laboral*, México, Instituto de Investigaciones Económicas/UNAM. En: <http://ru.iiec.unam.mx/2400/>
- (2017). «Los organismos internacionales y su incidencia en la dialéctica desarrollo/subdesarrollo: notas introductorias para comprender su naturaleza, funciones y comportamiento», en: *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, México, Centro de Estudios Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales/UNAM, n.º 127, enero-abril, pp. 49-81.
- y FLORES SANDOVAL, R. D. (2002). «El proceso de Desarrollo y la crisis ecológica ante la globalización. El caso concreto de las omisiones medioambientales

- del Plan Puebla-Panamá», en: *Globalización: Revista mensual de economía, sociedad y cultura*, junio, <http://rcci.net/globalizacion/2002/fg252.htm>
- GONZÁLEZ CASANOVA, P. [1975 (1965)] (1975). *La democracia en México*, México, Editorial Era.
- GRUPO NUEVO CURSO DE DESARROLLO (2012). *México frente a la crisis: hacia un nuevo curso de desarrollo. Manifiesto: lineamientos de política para el crecimiento sustentable y la protección social universal*, México, UNAM.
- GUILLÉN ROMO, A. (2000). *México hacia el siglo XXI: Crisis y modelo económico alternativo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa y Editorial Plaza y Valdés.
- (2012). «México, ejemplo de las políticas anti-desarrollo del Consenso de Washington», en: *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados de la Universidade de São Paulo, volumen 26, n.º 75, mayo-agosto, pp. 57-76.
- HUERTA GONZÁLEZ, A. (2004). *La economía política del estancamiento*, México, Editorial Diana.
- (2016). *El estancamiento económico y la desigualdad del ingreso. Dos procesos que se retroalimentan*, México, UNAM.
- LAURELL, A. C. (1996). «Regímenes de política social y satisfacción de necesidades sociales», en: Rodolfo García Zamora (Coordinador modular), *Funciones del Estado en el desarrollo económico y social*, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Universidad autónoma de Zacatecas y Juan Pablos Editor, pp. 91-112.
- MCCONNELL, C. R. [1972 (1970)]. *Curso básico de economía*, Madrid, Editorial Aguilar.
- PODER EJECUTIVO FEDERAL [1983 (1985)]. «Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988», en: *Antología de la planeación en México (1917-1985). Sistema Nacional de Planeación Democrática (1982-1985)*, volumen X, México, Secretaría de Programación y Presupuesto y FCE, pp. 137-518.
- (1989). *Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994*, México, Secretaría de Programación y Presupuesto.
- (1995). *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000*, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- (2001). *Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006*, México, Presidencia de la República.
- (2007). *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012*, México, Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos/Presidencia de la República.
- (2013). *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*, México, Gobierno de la República.
- POLANYI, K. [1992 (1944)]. *La gran Transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, México, FCE.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2001). *Plan Puebla-Panamá (Documento Base. Capítulo México)*, México, Presidencia de la República, presentado el 12 de marzo.
- SAXE-FERNÁNDEZ, J. (1988). «Deuda externa y desnacionalización integral», en: *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, UNAM, año XXXIV, n.º 134, octubre-diciembre, pp. 71-91.

TORRES TORRES, F. y GASCA ZAMORA, J. (coordinadores). *Los espacios de reserva en la expansión global del capital. El sur-sureste mexicano de cara al Plan Puebla-Panamá*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, Facultad de Economía e Instituto de Geografía de la UNAM y Plaza y Valdés Editores, pp. 297-319.

GLOBALIZACIÓN, ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS*

*Globalization, Budget Stability
and Autonomous Communities*

José Luis García Guerrero¹
Profesor Titular (ApC) Derecho constitucional
Universidad de Castilla - La Mancha

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp223-258](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp223-258)

Recibido: 21.11.2018

Aceptado: 21.06.2019

A mi maestro, Juan José Solozábal Echavarría

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): García Guerrero, José Luis. 2019. «Globalización, estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 223-258. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp223-258](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp223-258).

Este capítulo fue defendido bajo el mismo título, por primera vez, el 9 de septiembre de 2016, como ponencia en el curso dirigido por SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José y ARAGÓN REYES, Manuel, «El Estado autonómico en acción», Universidad Autónoma de Madrid y Fundación Manuel Jiménez Abad. Posteriormente en el Congreso nacional *Constitución financiera versus Constitución social*, organizado por TEROL BECERRA, José Manuel, en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla el 25 de abril de 2017. Finalmente, como ponencia inaugural en el II Seminario Internacional *Direitos da cidadania na nova ordem mundial*, Unochapecó (Brasil), el 11 de junio de 2018. La ponencia se integra en el proyecto de investigación *Democracia y solidaridad en las integraciones económicas* (DER 2017 83596-R).

¹ orcid.org/0000-0003-2801-5741

Resumen

El presente artículo aborda el embate de la globalización a la distribución territorial de los Estados. En particular, se centra en la incidencia de la globalización y de las normas sobre estabilidad financiera provenientes de organizaciones supranacionales en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas.

Palabras clave

Globalización; Estabilidad financiera; Comunidades Autónomas.

Abstract

The paper aims to study the onslaught of globalization to the territorial distribution of the State. In particular, it focuses on the impact of globalization and the rules on financial stability coming from supranational organizations in the field of competences of the Autonomous Communities.

Keywords

Globalization; Budget Stability; Autonomous Communities.

SUMARIO: I. LA GLOBALIZACIÓN. 1. *La primera etapa de la globalización: los diferentes tipos de integraciones supraestatales.* 2. *La segunda etapa: los acuerdos comerciales en que una parte, al menos, es una integración económica.* II. EL EMBATE DE LA GLOBALIZACIÓN A LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER. III. AL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SEGÚN SE INTENSIFICA LA INTEGRACIÓN. IV. A SU AUTONOMÍA POLÍTICA (FINANCIERA). 1. *A propósito de la soberanía.* 2. *Sobre la autonomía política y financiera.* 3. *El camino hacia la estabilidad presupuestaria.* 4. *La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.* 4.1. Principios y afección a la autonomía política y financiera. 4.2. Medidas preventivas, correctivas y coercitivas. V. AL ESTADO SOCIAL (SANIDAD Y EDUCACIÓN). VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA GLOBALIZACIÓN

La globalización evoluciona constante y raudamente, como puede apreciarse, a modo de ejemplo, siguiendo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua². En la nueva edición, con ocasión de su trigésimo centenario, en su cuarto significado referido a la economía, la define: «Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos». Además, ya no es necesario especificar «globalización económica», porque el segundo significado extiende el fenómeno al Derecho en general y al Derecho constitucional, en particular: «Extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional»³. En línea coincidente, el Fondo Monetario Internacional afirma que «La globalización es una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos interacciones de capitales, al tiempo que se difunde acelerada y generalizadamente la tecnología»⁴.

² Sobre la evolución del término globalización en el Diccionario y, en general, sobre la materia, véase GARCÍA GUERRERO, José Luis, y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *Constitucionalizando la globalización*, capítulo I, y en general vol. I y vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

³ <http://dle.rae.es/?id=JFCXg0Z>

⁴ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *World Economic Outlook: Meeting the Challenges of Globalization in the Advanced Economies*, Washington D.C., Mayo, 1997, p. 45.

Cuando se analiza la globalización, desde una perspectiva constitucional, se observa que este fenómeno supone un embate al concepto racional normativo de Constitución⁵. A medida que se intensifica la globalización resultan afectados, en mayor o menor medida, los valores y los derechos fundamentales, los derechos constitucionales y, entre ellos, muy especialmente, los de los trabajadores, el principio democrático entendido en sentido amplio, la constitución económica, los impuestos, así como el propio Estado social e, incluso, algunos mandatos constitucionales como la protección del medio ambiente. Este amplio objeto de afección por la globalización, cuya mención no ha pretendido ser exhaustiva, no puede afrontarse en un artículo, por lo que el mismo quedaría acotado al embate que la globalización origina a la distribución territorial del poder en los Estados compuestos y muy incidentalmente al Estado social.

En el párrafo anterior se acaba de reseñar que a medida que se profundiza en la globalización resultan afectados una serie de ámbitos constitucionales en mayor o menor medida; luego el embate depende de la profundización de la globalización, lo que obliga, dentro de la misma, a diferenciar entre la liberalización multilateral y la bilateral. Esta última se refiere a las integraciones económicas, donde son discernibles dos etapas: una primera en que cabe distinguir distintos tipos de integraciones⁶, ordenadas de menor a mayor intensidad de la integración: Acuerdo de libre comercio, Unión aduanera, Mercado común y Unidad económica y monetaria supraestatal; y una segunda etapa de las integraciones que se diferencia por los actores en la medida en que, al menos, una de las partes en el acuerdo comercial es una integración económica. A continuación, se van a examinar sintéticamente estas categorías.

1. *La primera etapa de la globalización: Los diferentes tipos de integraciones supraestatales*

A partir de 1994, a los pocos años de la caída del muro de Berlín, y justo tras fundarse la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC), ésta trata de reactivar la liberación multilateral del comercio (una historia jalonada

⁵ VICIANO PASTOR, Roberto, «Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol*, n.º 67-68, 2009.

⁶ Hay un cierto acuerdo doctrinal en atribuir la distinción de diferentes fases de integración por su intensidad a BALASSA, Bela, *Teoría de la integración económica*, Unión tipográfica editorial hispano-americana, México, 1964, p. 2. Una crítica doctrinal a esta posición, que no se comparte, en TORRENT, Ramón, *La integración regional ante un nuevo cambio de paradigma: reflexiones desde una perspectiva histórica y comparada*, Sieca, 2009, p. 62 nota 14. www.sieca.int/PortalData/Documentos/D2044BC3-FC44-4FCD-9232A6CDF6E81666.pdf

de éxitos vista en su conjunto), con el GATT de 1994 y con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Tras el fracaso de esta iniciativa, promovió, con el apoyo de los Estados Unidos, decididamente, las integraciones económicas supraestatales⁷ (supranacionales)⁸ que consiguen, en una primera fase, en un ámbito territorial más reducido, el mismo objetivo.

La razón que explica esta apuesta por el bilateralismo, integraciones económicas, reside en que la vieja contraposición entre uniformidad y diversidad, como en tantas otras ocasiones en Derecho constitucional, es absolutamente clave en la globalización. El multilateralismo, las integraciones y su segunda etapa requieren de una cierta uniformidad entre los Estados para poder materializarse. Obviamente, esta uniformidad es necesaria en todos los campos, aunque es más conveniente en el ámbito económico y constitucional, piénsese en la economía de mercado, la unidad económica nacional y su correlato la unidad de mercado, la propiedad privada, la libertad de empresa o la tutela judicial efectiva. Por el contrario, la diversidad es un obstáculo muchas veces insalvable. Lógicamente esa uniformidad se consigue más fácilmente entre territorios geográficamente próximos, lo que explica el éxito de los cuatro tipos de integración de la primera etapa de la globalización⁹.

Si se atiende a la mayor o menor intensidad de la integración económica, el primer tipo de integración de la primera fase de la globalización es el Acuerdo de libre comercio, aunque la mayor parte de la doctrina y la OMC utilizan la expresión Zona de libre comercio. En este artículo se van a utilizar indistintamente ambos términos. Estos instrumentos comerciales suelen ir precedidos de Acuerdos preferenciales de comercio (APC), que tienen por objeto preparar el futuro Acuerdo. Aquéllos tratan de liberalizar la circulación progresiva del mayor número posible de mercancías, pero suelen excluirse algunas especialmente sensibles, como la agricultura, la ganadería o la pesca.

⁷ La promoción por la OMC de las integraciones vuelve a intensificarse tras el nuevo fracaso de la liberalización multilateral en la Ronda de Doha, iniciada en Qatar en noviembre de 2001, hasta el punto que recoge en su normativa, concretamente en el artículo XXIV del GATT, dedicado a la aplicación territorial del tráfico fronterizo, la regulación de las uniones aduaneras y zonas [Acuerdos] de libre comercio.

⁸ La doctrina internacionalista, comunitaria y económica sobre la globalización utiliza la expresión integración supranacional; sin embargo, este autor defiende como más correcto desde una perspectiva constitucional el término supraestatal, porque hay numerosos Estados plurinacionales.

⁹ Por este motivo, y muy acertadamente, el tercer significado del sustantivo «globalización» es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua de España como «Difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la *uniformidad* de gustos y costumbres». <http://dle.rae.es/?id=JFCXg0Z>

El Acuerdo de libre comercio típico persigue la libre circulación de mercancías y de ciertos servicios entre los Estados que la integran. El objetivo se consigue eliminando aranceles progresivamente y haciendo desaparecer los contingentes de exportación hasta su total eliminación. En esta línea se prevén plazos temporales y se establecen diferencias por sectores económicos, dentro de éstos aparecen como especialmente problemáticos la agricultura, la ganadería y la pesca. Desde la firma del Acuerdo hasta su perfeccionamiento transcurren en la mayor parte de las ocasiones muchos años, a veces más de una década. El establecimiento de plazos, según los sectores, para la desaparición completa de los aranceles y de los contingentes es una forma de esperar una cierta uniformización en la materia en los diversos Estados que se integran, al tiempo que se busca preparar esos sectores para una competencia más intensa. Los aranceles y los contingentes no son los únicos instrumentos para obstaculizar la libre circulación de mercancías y servicios, los Estados emplean otros que podríamos calificar de indirectos, como son la divergencia normativa para autorizar la venta de mercancías o la diferente reglamentación para poder prestar servicios. Por esta razón todos los Acuerdos de libre comercio exigen una amplia implementación normativa y suelen contemplar regulaciones sobre origen de las mercancías y medidas fitosanitarias.

El Acuerdo de libre comercio requiere, como se acaba de indicar, una cierta uniformidad en el ámbito económico y en las instituciones constitucionales. Siempre se ha señalado que afecta únicamente a la política comercial y así es predominantemente, pero también incide en la política monetaria. Incluso más de lo que cabría imaginar. Un acuerdo de libre comercio no puede prosperar y mantenerse sin que la política monetaria, a través de los Bancos centrales de los Estados afectados, garantice una suave fluctuación entre las divisas concernidas. Las alteraciones en el valor de intercambio de las divisas pueden destruir el acuerdo comercial e iniciar guerras comerciales.

El elemento más relevante de la Unión aduanera es que toda la política comercial queda en manos de los órganos ejecutivos de la integración. Son éstos los encargados de fijar los aranceles y los contingentes, así como los demás instrumentos que se utilizan para indirectamente impedir el libre comercio y la prestación de servicios frente a terceros Estados. Creo que no se ha ponderado suficientemente la importancia de este elemento, porque el hecho de que la política comercial pase de los Estados integrados a los órganos ejecutivos de la integración implica que serán éstos los que firmen cualquier otro Acuerdo comercial con terceros Estados, directamente o a través de una persona jurídica instrumental. Es decir, que mientras un Estado forme parte de una Unión aduanera no podrá concluir acuerdos comerciales con terceros¹⁰.

¹⁰ Esta consecuencia ha originado un controvertido debate en el Reino Unido con objeto de fijar su futura relación comercial con la Unión Europea. No obstante, se debe

Finalmente, hay que destacar que la Unión aduanera, como se acaba de señalar, deja en manos de la integración toda la política comercial, pero engloba también a la política monetaria. Los Estados integrantes de la Unión verán mucho más restringida su libertad en política monetaria porque los márgenes de la misma serán más estrictos, al deber oscilar las divisas concernidas en márgenes más estrechos que en un Acuerdo de libre comercio. La consecuencia es que la Unión aduanera, de *facto* aunque no de Derecho, incluirá indirectamente partes relevantes de la política macroeconómica, porque una de sus vertientes, la comercial, está en manos de la Unión, otra vertiente, la monetaria, está fuertemente condicionada y la única libertad que conservan completamente los Estados es la política fiscal: ingresos (tributos) y gastos. El impulso de la OMC a las Uniones aduaneras como medio de avanzar en el multilateralismo se prueba una vez más, al haber previsto esta organización internacional también un estatuto tipo y las medidas a adoptar por los Estados que quieren constituirse en Unión aduanera, concretamente en el artículo XXIV del GATT.

El tercer tipo de integración es el Mercado común, la caracterización de este tipo es excesivamente dependiente del Derecho comunitario, al ser la Unión Europea la única integración que ha perfeccionado el tipo. Son relevantes también dos Uniones Aduaneras que se dirigen a crear el Mercado común, como MERCOSUR¹¹ y, en mayor medida la Comunidad Andina de Naciones¹², pese a sus continuos avances y retrocesos en el proceso de integración; aunque ambas no han dejado de inspirarse en el ejemplo europeo.

El Mercado común exige haber perfeccionado completamente los tipos de Zona de libre comercio y Unión aduanera, algo que frente a lo que generalizadamente se supone no se logró hasta principios de los años noventa del siglo pasado en la Unión Europea. La unidad económica nacional y su correlato, la unidad de mercado¹³, en un Estado es sustituida por la unidad de mer-

precisar que, recientemente, Bolivia, que forma parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), ha solicitado su ingreso en MERCOSUR (lo que está pendiente sólo de la ratificación por parte del Parlamento brasileño); y la CAN, a través de sus órganos ejecutivos, ha autorizado a este Estado a formar parte simultáneamente de dos Uniones aduaneras. La situación se debe considerar excepcional y fruto del proceso de avances y retrocesos de la CAN, que con esta medida quiebra su Unión aduanera, y de que MERCOSUR no haya consolidado todavía su Unión aduanera.

¹¹ Véase GLITZ, Frederico E. Z., «Los 25 años del MERCOSUR y las perspectivas jurídicas del proceso de integración sudamericana», en *Constitucionalizando la globalización*, ob. cit., pp. 369 y ss.

¹² Véase CONTIPELLI, Ernani, «Comunidad Andina de Naciones», en *Constitucionalizando la globalización*, ob. cit., pp. 281 y ss.

¹³ Sobre la unidad de mercado véase DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, *Unidad económica y descentralización política*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; y del

cado en el ámbito territorial que se corresponde con la integración. La unidad de mercado implica la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y trabajadores y la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Luego a la libre circulación de bienes y servicios debe añadirse la de trabajadores y la de capitales. No se suele discutir que hay también igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica; sin embargo, habría que definir con mayor precisión qué se entiende por estas condiciones básicas porque aquí se albergan serias dudas de que el requisito se haya alcanzado en ningún lugar, porque las desigualdades en el impuesto de sociedades, en los salarios y, especialmente, en los costes de financiación de las empresas hacen dudar seriamente de que esa igualdad se haya alcanzado en la Unión Europea, al punto de poderse afirmar que hay una igualdad en las condiciones básicas de ejercicio.

La política comercial queda completamente en manos de los órganos de gobierno del Mercado común, igual que en la Unión aduanera, como se acaba de indicar. La política monetaria sufre restricciones más intensas. En esta fase de integración se fija una banda estrecha de fluctuación del valor de las divisas para evitar mayores oscilaciones, con lo que una hipotética devaluación de una de ellas requeriría la aquiescencia del órgano ejecutivo de la integración. En consecuencia, se exige también una coordinación de la política fiscal, por lo que los márgenes para políticas macroeconómicas estatales quedan bastante reducidos.

Suele reforzarse la economía de mercado, en cuanto economía descentralizada y desconcentrada¹⁴, en esta última vertiente se intensifican los instrumentos de defensa de la competencia¹⁵. Este refuerzo de la economía de mercado es constatable no sólo por la experiencia europea, sino porque la propia globalización la reclama y desarrolla. Otro tanto puede decirse en relación con la propiedad privada y la libertad de empresa; la posibilidad de

mismo autor, *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios constitucionales, 2008, así como la STC 88/1986, FJ 6. También CIDONCHA MARTÍN, Antonio, «El Tribunal Constitucional y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Comentario a la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, pp. 301 y ss.

¹⁴ ASENJO, Óscar de Juan, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 144-149, defiende que la esencia de la economía de mercado radica en ser un estilo de economía donde el poder económico se encuentra descentralizado y desconcentrado. En el mismo sentido, GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, *El orden económico en la Constitución*, Asociación de Estudios Empresariales, 1978, pp. 35-40.

¹⁵ FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 166, señala: «La competencia es [...] el auténtico instrumento realizador (o, si se quiere, 'el motor') del sistema de economía de mercado».

imponer limitaciones a ésta, connaturales en una constitución económica intervencionista, es más reducida. Esta realidad explica las acusaciones de que la globalización está siendo construida sobre bases liberales o, incluso, ultraliberales.

Todo este amplio conjunto de medidas requiere de una implementación normativa que da lugar, probablemente, al elemento más distintivo de la fase de integración que denominamos Mercado común: la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que debe relacionarse con los estatales conforme al principio de competencia¹⁶, aunque hay quien defiende que la relación es conforme al principio de jerarquía¹⁷ o, en posiciones doctrinales menos extremas, de primacía¹⁸ o atribución¹⁹. Se está en presencia de una estructura constitucional desde una perspectiva material, aunque no formal. Las normas que encabezan el ordenamiento, Derecho primario, no poseen las características propias de cualquier norma constitucional: no son creación de un poder constituyente, no son producidas mediante procedimientos que permitan expresar un mayor plus de legitimidad democrática, como son los quórum elevados o la ratificación de las decisiones de los representantes por los ciudadanos

¹⁶ GARCÍA GUERRERO, José Luis, *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 150-152 y las correspondientes notas a pie de página, afirmación realizada a propósito del ordenamiento de la Unión Europea.

¹⁷ LÓPEZ CASTILLO, Antonio, SAINZ ARNAIZ, Alejandro, y FERRERES COMELLA, Víctor, *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC-1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, en posiciones cercanas al principio de jerarquía, también en relación con la Unión Europea.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15.07.1964, Asunto 6/64, *Costa/Enel*. La argumentación de la sentencia del Tribunal descansa en la propia naturaleza del derecho de la Unión; la idea básica consiste en que una vez que los Estados miembros han cedido parte de sus competencias a la Unión, la actuación de ésta ha de ser uniforme y no puede verse condicionada o limitada por una norma o decisión de uno de ellos. Esta sentencia, además, señala: «[...] a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los estados miembros, desde la entrada en vigor del tratado [...]». Pese a las reticencias de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, el Tribunal de Justicia insiste en la primacía del derecho de la Unión sobre las normas constitucionales, véase la Sentencia de 15.01.2013, Asunto C-416/10 *Krizan e.a. versus Slovenska*, apartado 70.

¹⁹ Diversos preceptos del Tratado de la Unión Europea reiteran, de forma especialmente significativa, el principio de atribución. Entre todos destaca el artículo 5 cuando dispone: «1. La delimitación de competencias de la Unión se rige por el principio de atribución... 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros».

mediante referéndum, y tampoco expresan pluralismo político, por lo que no admiten desarrollos diversificados según la orientación ideológica del creador de la norma²⁰. Tras el Derecho primario del Mercado común se sitúa el Derecho derivado, que se relaciona con el primero mediante el principio de jerarquía normativa. Este Derecho derivado se encabeza con normas de rango legal de naturaleza muy diferente. Al frente del Derecho derivado coexisten normas de rango legal, que exigen la implementación por parte de los órganos legislativos de los Estados integrados, junto con otras disposiciones legales que son de aplicación directa en todos los Estados. Las primeras son las propias de una confederación, mientras que las segundas son propias de un Estado federal. La producción de este complejo normativo exige la creación de un Parlamento y de un Gobierno del Mercado común, que se complementa, siguiendo la clásica división del poder, con un Tribunal que tiene la última palabra en la interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario. La creación de estos órganos supraestatales exige la cesión por parte de los Estados de competencias soberanas de naturaleza legislativa, ejecutiva y judicial, lo que obliga a incluir en las constituciones de los Estados cláusulas constitucionales de integración²¹.

La intensidad en la producción de normas por el Mercado común²² no se limita al campo económico. La efectividad del desarrollo de las normas económicas exige extenderlas a otros sectores del ordenamiento aparentemente distantes, homologación de títulos para el ejercicio profesional, control de fronteras y política de inmigración, creación de partidos políticos. Se puede

²⁰ La STC 11/1981, FJ 7, establece que la Constitución se presenta como un «marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». En la literatura jurídica véase HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 33 y ss.; BÖCKENFÖRDE Ernst Wolfgang, «Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica», en el libro *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 17; AGUILÓ REGLA, Josep, «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003, pp. 32-34, con el que compartimos que algunas normas de la Constitución son cerradas. También sobre el carácter abierto de las normas constitucionales, SCHNEIDER, Juan-P., «Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional», en el libro dirigido por LÓPEZ PINA, Antonio, *División de poderes e interpretación (hacia una teoría de la praxis constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 75 y 76.

²¹ Sobre la cláusula de integración en la Unión Europea véase a GARCÍA VICTORIA, Ignacio, «Unidad Económica supraestatal», en el libro *Constitucionalizando la Globalización*, ob. cit., pp. 237 y ss.

²² Véase con mayor detalle a GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Magdalena, «Esbozo de una teoría general del Mercado común como modalidad de integración económica», en el libro *Constitucionalizando la Globalización*, ob. cit., pp. 187 y ss.

considerar que cerca de un setenta por ciento de las normas de los Estados que se integran en un Mercado común proviene de órganos ejecutivos y legislativos de este ámbito territorial.

La creación de esta compleja estructura constitucional desde una perspectiva material lleva, finalmente, a adoptar buena parte de los principios que estructuran un Estado federal, como el de unidad, pluralismo, lealtad y solidaridad. Las relaciones en su seno se desarrollan conforma a los principios de *supra* y subordinación, coordinación e inordenación²³.

El cuarto tipo de integración económica es la Unidad económica y monetaria supraestatal²⁴. En esta fase el objetivo económico queda claramente superado, se han cumplido con creces los objetivos que persigue la globalización a través del multilateralismo o de las integraciones. La unidad económica debe coincidir con un proyecto político común de los Estados que forman la integración. Se requiere haber completado perfectamente las fases precedentes de Zona de libre comercio, Unión Aduanera y Mercado común.

El elemento más relevante de esta fase de integración supone la creación de una moneda común, con la consecuente desaparición de las divisas de los Estados integrados. La política monetaria se transfiere completamente a la integración, lo que implica la creación de un Banco central para ejercitar esta política, así como la supervisión de las entidades financieras. Con carácter previo a la creación de la moneda es necesaria una convergencia de la inflación, el déficit y la deuda pública. La última palabra sobre la política fiscal queda en manos de los órganos de la integración. El resultado es que éstos deciden la totalidad de la política comercial, monetaria, y dejan escaso margen a la política fiscal²⁵. Ésta en su vertiente de ingresos pierde los impuestos indirectos sobre el consumo y debería perder el impuesto de sociedades. La vertiente de gastos queda condicionada a las trazas maestras fijadas por la integración que se reserva, además, un control sobre la aprobación de los presupuestos estatales en casos de incumplimiento de los objetivos fijados.

La integración tiene la totalidad de las competencias en política comercial y monetaria y también buena parte de la política fiscal por lo que difícilmente

²³ Véase GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 233-240, que utiliza estos principios para explicar las relaciones jurídicas en las estructuras constitucionales complejas, como el Estado federal.

²⁴ Una investigación más detallada en MEIX CERECEDA, Pablo, «La Unidad Económica y Monetaria supraestatal», en el libro *Constitucionalizando la Globalización*, ob. cit., pp. 251 y ss.

²⁵ Sobre las consecuencias de transferir la política monetaria véase también a MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Agustín, «Integración económica e integración política», en el libro dirigido por LÓPEZ CASTILLO, Antonio, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 139.

puede sostenerse que no tenga también la competencia de la política macroeconómica.

Ante esta realidad, aquí se va a sostener, en línea con numerosos estudios de economistas²⁶, la necesidad de que en esta fase la integración emita la mayor parte de la deuda pública y prevea instrumentos de apoyo a la que quede en manos de los Estados (la deuda es insostenible sin el respaldo de un Banco central), intensifique los mecanismos de solidaridad (imprescindible en cualquier estructura constitucional), que responda de los depósitos bancarios de los ciudadanos de la integración (a su Banco central corresponde la supervisión de las entidades financieras) y del subsidio de desempleo (dado su peso en la política macroeconómica). En consecuencia, la integración debe asumir su propia política fiscal, en la vertiente de ingresos a través de los impuestos al consumo y a las sociedades mercantiles, y en la vertiente de gastos aprobando unos presupuestos anuales propios. La política exterior y la de defensa debe estar en manos de la integración, la primera por su interrelación con la política comercial y la segunda porque es la única forma de respaldar a la primera; lo que, a su vez, arrastra al control de fronteras y a la inmigración. Aparece un Estatuto de ciudadanía de la integración con sus correspondientes derechos y deberes. Aproximadamente, más de dos tercios de la política legislativa es producida directamente o a través de implementación por la integración. Las competencias que quedan en manos de los Estados deben coordinarse a través de los órganos de integración. La integración resultante es un Estado federal materialmente, aunque no lo sea formalmente, por lo que aquí se defiende que debe dotarse de una estructura federal que responda al concepto racional normativo de Constitución.

La Unión Europea es la que más se ha aproximado a esta fase de integración, pero todavía está distante respecto a su perfeccionamiento. Se recuerda que los órganos de la integración ni siguiera en esta fase han conseguido una igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Para lograrla y para perfeccionar esta fase, en línea con lo reseñado en el párrafo anterior, es probable que sea necesario que el grueso de la deuda pública esté en su mayor parte en manos de la Unión, que responda de los depósitos bancarios de la zona euro, que absorba la competencia en el impuesto de sociedades procediendo a una uniformidad de tipos de gravamen, y en el impuesto sobre el consumo, que apruebe anualmente unos

²⁶ KRUGMAN, Paul y DE LA DEHESA, Guillermo, *Economic and Monetary Unions and the Regions*, Group of Thirty, 1995, pp. 43 y ss. Consultado el 27/03/2019 en: http://group30.org/images/uploads/publications/G30_EMUandRegions.pdf. En la misma línea, aunque con un claro carácter contrario a la moneda única, se pronuncia el también Nobel STIGLITZ, Joseph E., junto a SEN, Amartya y FITOUSSI, Jean-Paul, *Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*, The New Press, 2010.

presupuestos generales de una cierta entidad, y que responda, también, del subsidio de desempleo. Otro tanto cabría decir respecto a la política exterior, de defensa, control de fronteras e inmigración²⁷. Se estima también que el ordenamiento de la Unión debe recoger toda la regulación necesaria y abandonar los instrumentos intergubernamentales, que hasta ahora ha utilizado predominantemente al desarrollarse el proceso de construcción a varias velocidades, lo que no implica *per se* la eliminación de diversos ritmos en la integración, que atendiendo a la diversidad imperante en la Unión Europea es actualmente, probablemente, inevitable. Finalmente, y como corolario, es necesaria la elaboración y aprobación de una Constitución federal.

2. *La segunda etapa: Los acuerdos comerciales en que una parte, al menos, es una integración económica*

En la primera aproximación a esta materia en 2005²⁸ se pensaba que hasta aquí llegaba la globalización, es decir, que la tendencia de las empresas y los mercados en superar el marco estatal iba a quedar satisfecha con integraciones económicas supraestatales cada vez más intensas. No obstante, en 2013²⁹ ya se pudo afirmar que ésta era la primera etapa de la globalización, pero hay una segunda caracterizada porque en estos nuevos acuerdos una de las partes, al menos, debe ser una integración económica y es el ejecutivo de la misma quien firma el nuevo acuerdo comercial. Hasta ahora, éstos se han limitado a Acuerdos de libre comercio, esto es, al primer tipo de integración de la primera fase. No obstante, habrá que estudiar con detenimiento estos nuevos acuerdos porque hay quien ha extraído consecuencias equivocadas al estimar que son un nuevo tipo, ya que presentan elementos novedosos, que, sin embargo, en realidad, siempre han estado presentes en la política comercial de los Estados Unidos, como la creación de un órgano más o menos ejecutivo, la intensa implementación normativa que exigen y la creación de

²⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Documento de reflexión sobre el futuro de las finanzas de la UE*, 2017, p. 22. Consultado el 27/03/2019 en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-eu-finances_es.pdf

²⁸ GARCÍA GUERRERO, José Luis, «Integración económica y reforma constitucional», en el libro colectivo: *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, ONU, PUND, Santo Domingo, 2005, pp. 135-155.

²⁹ GARCÍA GUERRERO, José Luis, «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embaite al concepto racional normativo de Constitución», en el libro *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional (Liber Amicorum en Homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez)*, coordinado por JORGE PRATS, Eduardo y VALERIO JIMENIÁN, Manuel, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, República Dominicana, 2014, pp. 544-591.

órganos arbitrales o judiciales. Cuestión esta última que levantó una especial polémica en Europa con ocasión de la negociación del Acuerdo Transatlántico de comercio e inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP)³⁰, interrumpida tras la llegada de Trump a la Casa Blanca.

Es razonable pensar que estas integraciones de la segunda etapa de la globalización se intensifiquen en el futuro y pasen a los siguientes tipos: Unión aduanera, Mercado común, y Unidad económica y monetaria supraestatal. El límite que pueda alcanzar la globalización y sus acuerdos de integración no puede vislumbrarse hoy con seguridad, pero no cabe descartar que, en el largo plazo, se pretenda alcanzar la unidad económica mundial. Ahora bien, debe advertirse que pasar de Unión aduanera a Mercado común no es tarea fácil, ni siquiera en la primera etapa de la globalización, fundamentalmente porque exige una cierta infraestructura monetaria, lo que explica que este objetivo sólo se haya alcanzado en Europa, fracasara en su día en el Pacto Andino y no se haya conseguido todavía en MERCOSUR.

II. EL EMBATE DE LA GLOBALIZACIÓN A LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER

La forma de Estado desde la perspectiva de la distribución territorial del poder ha conocido históricamente el Estado unitario y el Estado compuesto. La primera forma de éste fue el confederal, posteriormente se desarrollaron el federal, el regional y el autonómico³¹. Estas dos últimas han sido una aportación a la ciencia constitucional mundial por parte de la española.

Se ha demostrado históricamente que la forma confederal desemboca en una disgregación del Estado o en su transformación en unitario. La forma confederal nació en los Estados Unidos de América con la independencia de las colonias americanas y sobrevivió con dificultades hasta la aparición, pocos años después, del Estado federal estadounidense³². El Estado regional fue creado por la Segunda República española como *tertium genus* entre el Estado federal y el unitario para tratar de afrontar las reivindicaciones de los nacionalismos periféricos españoles y otro tanto sucedió con el Estado

³⁰ Véase TAIBO, Carlos, *Para entender el TIPP (Una visión crítica del Acuerdo Transatlántico de comercio e inversiones)*, Catarata, Madrid, 2016.

³¹ En esta materia es de obligada consulta SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, *Bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid, 1988; *Nación y Constitución: soberanía y autonomía en la forma política*, Biblioteca Nueva, 2004; y *Tiempo de reformas: el Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, 2006. También AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, *El Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

³² Véase GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 325 y ss.

autonómico, tras la aprobación de la Constitución española de 1978. Éste, tras su construcción básicamente jurisprudencial³³, no difiere sustancialmente de los Estados federales más descentralizados del mundo³⁴ e, incluso, el País Vasco puede considerarse el ente territorial periférico con más autonomía política del mundo.

La globalización no afecta a la distribución territorial del poder de un Estado unitario en la medida en que todas las competencias pertenecen al poder central. Por el contrario, origina un embate, de intensidad variable, a todos los Estados compuestos, concreta y específicamente, a su ámbito competencial, a la autonomía política de los entes territoriales periféricos y al Estado social, especialmente en materia educativa y sanitaria.

El estudio de este embate es de intensidad variable, como se acaba de decir, por lo que sus consecuencias obligarían, a diferenciar, de una parte, entre las dos vertientes de la globalización (multilateral y bilateral), los distintos tipos de integración y entre las dos etapas o fases de las integraciones; y, de otra, exigirían distinguir entre los diferentes Estados compuestos y dentro de cada uno de ellos entre las concretas aplicaciones que se han hecho por cada Estado. Al no ser posible aquí abarcar este ámbito, el trabajo se acotará, de un lado, al Estado autonómico español y, de otro, a la Unión Europea. No obstante, la detección de los problemas en el Estado autonómico permite al lector avezado trasladarlos *mutatis mutandis* a cualquier otra forma de Estado compuesto en su concreta aplicación. La referencia a la Unión Europea viene dada por la pertenencia de España a esta integración y por tratarse de la única que está construyendo el cuarto tipo de integración de la primera etapa de la globalización: la Unidad económica y monetaria supraestatal. Sin embargo, ello no impedirá analizar otros embates originados por el multilateralismo, por otros tipos de integraciones o por la segunda etapa de éstas cuando el ámbito material afectado lo permita.

III. AL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SEGÚN SE INTENSIFICA LA INTEGRACIÓN

En cualquier Estado compuesto se reconoce el pluralismo territorial, lo que conlleva aceptar que los entes territoriales periféricos ostentan autonomía política. Su ejercicio implica potestades ejecutivas y legislativas, lo que

³³ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, 2005.

³⁴ Véase GARCÍA GUERRERO, José Luis, «Lo Stato autonómico, evoluzione e qualche conclusione dopo la prima riforma integrale si alcuni statuti», en el libro *Regionalismi e Statuti (Le riforme in Spagna e in Italia)*, dirigido por GAMBINO, Silvio, Giuffrè, Milano, 2008, p. 293.

supone la aparición de ordenamientos territoriales, subordinamientos en el caso autonómico, que se relacionan con el poder central conforme al principio de competencia. Si se sigue a García Pelayo, el Estado autonómico daría lugar, como en cualquier Estado compuesto, a la aparición de relaciones jurídicas de coordinación, supra y subordinación, e inordenación³⁵. La existencia de este Estado, que reconoce el pluralismo territorial, exige una cierta tensión entre los principios de uniformidad y diversidad. Si se impone el primero, este tipo de Estado deriva en un unitario; si lo hace el segundo, el proceso desemboca en la disgregación del mismo. En consecuencia, el sistema conlleva una tensión permanente que genera conflictos políticos y competenciales. Los primeros deben resolverse en una cámara de representación territorial, no cabe un Estado intensamente descentralizado sin esta segunda asamblea. Precisamente aquí residen parte de los problemas centrifugos del Estado español; el Senado no es una cámara auténtica de representación territorial y esa función la cumple el Congreso de los Diputados, lo que origina graves distorsiones en su función: la representación del pueblo español. Los segundos, los conflictos competenciales, agotada la vía política, deben resolverse, en última instancia, por un órgano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional en el caso español, como es propio de cualquier Estado Constitucional de Derecho, que al integrarse en la estructura constitucional del poder central es manifestación de la subordinación (relaciones de supra y subordinación) del poder periférico a éste.

La manifestación por excelencia de las relaciones de coordinación es la distribución competencial entre el poder central y los entes territoriales autonómicos, lo que significa que en ciertos ámbitos materiales hay un parlamento central que aprueba leyes que obligan a todos los ciudadanos españoles y en otros existen parlamentos autonómicos que dicta leyes que sólo vinculan en el ámbito de su comunidad autónoma. Es en esta esfera de la distribución competencial donde la globalización origina el embate más relevante, dependiendo su intensidad de las categorías que se han discernido dentro de una teoría general de la globalización, como, a continuación, se va a poder apreciar.

Si se analiza la vertiente multilateral, se puede apreciar que la liberalización de mercancías afecta levemente a ámbitos competenciales que corresponden a las autonomías. La agricultura, la ganadería o los aprovechamientos forestales son materias tradicionalmente atribuidas a los entes territoriales periféricos y así sucede en el caso de las comunidades autónomas en España, como dispone el artículo 148.7^a y 8^a CE. La afección se produce porque las decisiones regulatorias se adoptan en la OMC y ante este organismo sólo hay

³⁵ *Derecho Constitucional Comparado*, ob. cit., pp. 233 y ss.

representación por parte del gobierno español que se encuentra, además, limitado por la presencia también en esta institución de la Unión Europea, que expresa la posición consensuada en este ámbito territorial y persigue llegar a acuerdos con los demás Estados o integraciones allí representados.

La afección del multilateralismo a las competencias autonómicas en este ámbito se estima³⁶ muy escasa porque los tres ámbitos materiales reseñados son especialmente sensibles, como lo prueba la existencia del Comité de Agricultura de OMC, y no han dado lugar a avances de liberalización multilateral de suficiente entidad como para afectar a las competencias de las autonomías. Además, la garantía de la unidad de mercado³⁷ por el poder central y europeo absorbe la mayor parte de las regulaciones que pudieran incidir en la esfera autonómica. Otro tanto sucede con los Acuerdos preferenciales de comercio, que, por la sensibilidad de estas materias, ligadas a otros imperativos constitucionales (pleno empleo, desigualdad entre territorios, adecuada distribución de la población en el territorio), excepcionan o someten a cláusulas de protección estas esferas competenciales; al tiempo que en las restantes pretenden intensificar el tráfico de mercancías o sentar las bases de futuros Acuerdos de libre comercio.

El embate adquiere consistencia cuando se firma el Acuerdo de libre comercio, que implica la libre circulación de mercancías, algunos servicios, y más recientemente, inversiones y propiedad intelectual. La circulación de servicios, en principio, y la protección de inversiones no afectaría a la competencia autonómica, pero sí podría hacerlo la salvaguardia de la propiedad intelectual (ésta en la globalización integra, además, buena parte de la garantía de la innovación tecnológica), que, en algunos casos, obligaría a adoptar medidas normativas y ejecutivas en orden a su protección. No obstante, el gran embate se produce en el ámbito competencial, como se ha señalado, a modo de ejemplo, en agricultura, ganadería o aprovechamientos forestales. Garantizar la libre circulación de todas estas mercancías obliga a dictar toda una serie de normas por los órganos de la integración que son aplicadas por órganos arbitrales o, en el mejor de los casos, jurisdiccionales. Y aquí reside el problema, los órganos de la integración asumen competencias del legislativo y ejecutivo autonómico (leyes y reglamentos) en todas las medidas normativas que tengan que dictar para asegurar la libre circulación. En estos órganos ejecutivos de la integración sólo está representado el gobierno del

³⁶ Sólo un estudio capilar del ordenamiento OMC, Unión Europea, estatal y autonómico podría permitir comprobar las afecciones concretas a este último. Obviamente, una investigación de esa profundidad debería ser específica y no puede afrontarse en este capítulo; por lo que en esta ocasión y en las sucesivas nos moveremos en el ámbito de las meras estimaciones.

³⁷ Véase *supra* nota 10.

poder central, con lo que al parlamento y al gobierno autonómico sólo les queda, en el caso español, la posibilidad de influir (al primero indirectamente) a través de las conferencias sectoriales o, incluso, con más intensidad, en las comisiones bilaterales. En consecuencia, resultan afectadas las relaciones de coordinación (competencias) entre el poder central y el autonómico y otro tanto sucede en las relaciones de inordenación, esto es, la contribución del poder territorial a la conformación de la voluntad estatal.

En el segundo tipo de integración, en la Unión aduanera, sus órganos ejecutivos, donde están presentes los ejecutivos de los Estados integrados, fijan unos aranceles comunes frente al exterior, así como contingentes de importación. Esto no supone un incremento sustancial del embate al principio de coordinación, pero sí al de inordenación. El Estado autonómico prevé mecanismos a través de los cuales el ente territorial contribuye con los demás a conformar la voluntad estatal que fija los contingentes y los aranceles. Éstos pueden ser muy importantes, incluso, decisivos, para la agricultura, la ganadería o los aprovechamientos forestales de una determinada comunidad autónoma. Este problema constitucional se resuelve a través de las conferencias sectoriales, que reúnen al ministro del ramo con los respectivos consejeros autonómicos (la competencia parlamentaria se salvaguarda por las instrucciones que transmiten a éstos). El sistema se resiente cuando por mor de la Unión aduanera el ministro nacional debe consensuar esos aranceles y contingentes con los de los otros Estados.

El problema se agrava en el tercer tipo de integración, el Mercado común. Su unidad de mercado y las consecuentes libertades de circulación de mercancías, servicios, capitales y mano de obra; la aparición de poderes legislativos, ejecutivos y judiciales; y la consecuente inserción del ordenamiento del poder central en el de la integración llevan a transferir los ámbitos competenciales referidos a la integración. La legislación en la materia corresponderá al Consejo y al Parlamento Europeo en el caso de la Unión. El legislativo y el ejecutivo autonómico pierden estas competencias. Ha quedado completamente afectado el principio de coordinación, así como el de inordenación, que sólo podrá atenuarse en su embate, muy parcialmente, si se prevén mecanismos para que la posición del ejecutivo nacional, de cara a las negociaciones con los demás Estados miembros, se conforme en la correspondiente conferencia sectorial o en una comisión bilateral. La afección también puede atenuarse si se prevé la integración en la delegación estatal de representantes de la comunidad autónoma cuando la regulación europea le resulte vital. Esta atenuación del embate es posible respecto a la posición del Consejo Europeo. Queda abierto el fleco del Parlamento europeo sin que aquí se atisbe otra posibilidad que la de implementar mecanismos de relación entre el parlamento y el ejecutivo autonómico con los europarlamentarios estatales o con algunos de éstos.

El cuarto y último tipo de integración, la Unidad económica y monetaria supraestatal, se estima que todavía no se ha perfeccionado en el único lugar del mundo en que se está construyendo: la Unión Europea. Se cree que no origina, en principio, mayores ataques a los principios de coordinación e inordenación, más allá de que supone que se ha perfeccionado el tipo de Mercado común.

Por el contrario, la segunda etapa de las integraciones viene a suponer la destrucción completa de las relaciones de coordinación e inordenación. Esta fase o etapa, como se ha visto, supone que la Unión Europea firme un Acuerdo de libre comercio con otro Estado o con otra integración. Desde una perspectiva constitucional, ello supone multiplicar por tres el embate a las relaciones jurídicas de coordinación e inordenación. Éstas funcionan cuando hay una relación directa entre la autonomía y el poder central; cuando las competencias se trasladan a la Unión Europea (lo que ya sucede en el tipo Mercado común) esto significa que, como regla general, no hay relación directa entre el ente regional y el supraestatal y que el único contacto puede realizarse, indirectamente, a través de la intermediación del poder central. Y en lo que aquí interesa, estas relaciones jurídicas desaparecen cuando se trata de establecer una relación con los órganos de la integración de la segunda etapa (el acuerdo de la Unión con otro Estado o integración) porque en este caso hay dos grados de intermediación, dos instancias de poder, entre el ente regional y la integración de la segunda etapa, concretamente el estatal y el europeo. En este último caso, en la segunda fase de las integraciones, es el propio poder central el que se sitúa en la misma posición que tiene el ente regional cuando se crea un Mercado común, esto es, entre el Estado y el Acuerdo de integración se coloca como instancia intermedia la Unión Europea. En conclusión, se puede extraer como regla que los embates de las integraciones se doblan, como mínimo, cada vez que en la relación entre dos poderes se interpone otra instancia de poder. En estos casos suele haber, además, una transferencia de competencias del poder legislativo al ejecutivo.

IV. A SU AUTONOMÍA POLÍTICA (FINANCIERA)

1. *A propósito de la soberanía*

Desde hace tiempo se viene sosteniendo que la globalización supone un embate a la soberanía que se intensifica a medida que se profundiza en el multilateralismo o en el bilateralismo (integraciones). Previamente, Rodrik ya había formulado su trilema sobre cómo es imposible incrementar dos de las tres siguientes variables: integración, soberanía, democracia³⁸. El éxito

³⁸ RODRIK, Dani, *La paradoja de la globalización (Democracia y el futuro de la economía mundial)*, Antoni Bosch, Barcelona, 2011. RUBIO LLORENTE, Francisco,

universal de su trabajo cercena cualquier duda al respecto. No obstante, hay quien ha venido relativizando la utilidad del concepto soberanía³⁹ y extrayendo como consecuencia la irrelevancia de su pérdida. Se estima que esta posición es errónea. Aunque se admitiera la poca relevancia de la soberanía, seguiría siendo cierto lo que en último extremo significa: el derecho universal de los ciudadanos a tomar las decisiones del gobierno de su comunidad.

En el multilateralismo y en los tipos de integración Acuerdo de libre comercio o Unión aduanera es factible admitir la regla de la soberanía compartida⁴⁰ gracias a que en el multilateralismo cada Estado toma su decisión autónomamente y en los dos primeros tipos de integración funciona la regla de la unanimidad entre los ejecutivos de los Estados miembros. Al fin y al cabo, es cierto, que la soberanía tiene un plano interno: poder supremo, absoluto indivisible e irresistible; pero tiene también uno externo que se manifiesta en el ámbito internacional en que las relaciones con los demás Estados se mantienen conforme al principio de igualdad. La regla de la unanimidad y el plano externo de la soberanía parecen pues salvar su núcleo más intenso. Esta fórmula no sería suficiente para sostener la soberanía del Estado en el tipo Mercado común. Así, en el caso de la Unión Europea se requeriría además una colegislación en todos los ámbitos materiales entre el Parlamento Europeo y el Consejo; además, este último debería configurarse como cámara de representación territorial, funcionando al modo de los Congresos o Dietas de los Estados confederales⁴¹. En el tipo de Unidad económica y monetaria supraestatal, la unanimidad en la toma de decisiones se ha visto sustituida por la mayoría cualificada y, a veces, incluso, por la minoría cualificada. No puede por menos que reconocerse que se ha transferido ámbitos soberanos de tal entidad que podría afirmarse, quizá, que hay más soberanía

«Globalización económica y reforma constitucional», *Revista de Occidente*, n.º 388, 2013, pp. 5-9, en su discurso de investidura como *doctor honoris causa* por la Universidad de Valladolid, llamó la atención sobre el trabajo de Rodrik e incluyó a la globalización como uno de los tres grandes problemas del Derecho Constitucional español.

³⁹ HELLER, *La soberanía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1965. WYDUCKEL, D., «La soberanía en la historia de la dogmática alemana», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 1, monográfico sobre «Soberanía y Constitución», Junta General del Principado de Asturias, 1998. Un análisis de la soberanía en el contexto de la globalización en KRASNER, Stephen D., *Soberanía: Hipocresía organizada*, Paidós, 2001. SASSEN, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona, Bellaterra, 2001.

⁴⁰ El término «soberanía compartida» ha disfrutado de gran predicamento en la Unión Europea para explicar su déficit democrático. Ha sido utilizado también reiteradamente en España como forma de superar el contencioso con el Reino Unido en relación con Gibraltar.

⁴¹ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, ob. cit., pp. 213-214.

en la Unión que en los Estados miembros. En la segunda etapa de la globalización el ejercicio de la soberanía corresponde a la Unión, los Estados quedan en la misma posición que una comunidad autónoma respecto a la integración europea.

2. *Sobre la autonomía política y financiera*

La situación en el ámbito autonómico es la misma *mutatis mutandis* que se acaba de describir en la esfera estatal, con la única diferencia que el equivalente a la soberanía en el Estado es la autonomía política conferida por la Constitución a las comunidades autónomas. En el apartado anterior ya se analizó cómo a medida que se profundiza en la globalización sufren las relaciones de coordinación e inordenación (pérdida de competencias y de potestades para conformar la voluntad estatal), lo que supone, indudablemente, un grave cercenamiento de la autonomía política a medida que se intensifica la globalización. No obstante, no acaba aquí la pérdida de autonomía política, porque ésta integra a la autonomía financiera. No cabe plena autonomía política sin la financiera⁴². Por esta razón, el artículo 156.1 CE confiere a las comunidades autónomas «autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles».

La autonomía financiera, presupuesto de una plena autonomía política, todavía no ha sido puesta en cuestión por el multilateralismo, pero no está muy lejos en el tiempo. La OMC ya tiene un comité de medidas en materia de Inversiones relacionadas con el comercio, no está tan lejos la liberalización multilateral de los capitales, y los entes territoriales periféricos, como es lógico, no tienen representación directa ante este organismo. La política comercial de los Estados Unidos, desde sus inicios, sanciona en sus Acuerdos de libre comercio la libertad de inversiones, antesala de la libre circulación. Hasta el tipo de Mercado común no había libre circulación de capitales, pero hoy ya hay Acuerdos de libre comercio y Uniones aduaneras que lo prevén *ad intra*, esto es, entre los Estados miembros. La Unión Europea en su tipo Mercado común la consagró *ad intra* y cuando inició el camino a la Unidad económica y monetaria supraestatal la sancionó *ad extra*, esto es, libre circulación de capitales no sólo entre los Estados miembros, sino también abierta al resto del mundo.

⁴² La derogada Ley catalana 2/2012 de estabilidad presupuestaria tenía por finalidad, según su artículo 1.2, velar por la autonomía financiera de la Generalidad. Sobre su posible inconstitucionalidad, véase el (un) comentario al Dictamen del Consejo de Estado en GALERA VICTORIA, Adoración, «El legislador autonómico y el principio de estabilidad presupuestaria», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, pp. 609 y ss.

3. El camino hacia la estabilidad presupuestaria

La libre circulación de capitales no implica *per se* una limitación a la autonomía política. La mayor parte de los entes territoriales periféricos no se verán afectados por la libre circulación. No lo serán si mantienen un equilibrio fiscal, entre ingresos y gastos, en el corto, medio y largo plazo; y tampoco si carecen de deuda pública. Ahora bien, pueden ver cercenada su autonomía política si acumulan deuda, hipotecando no sólo el futuro de las nuevas generaciones, sino el margen de discrecionalidad de los futuros representantes de ente regional. La acumulación de deuda pública obliga a realizar emisiones y en un mundo con libre circulación de capitales ésta sólo será cubierta si los fundamentos económicos se consideran ortodoxos, esto es, propios de una política económica liberal en su vertiente de estabilidad financiera⁴³. El apartamiento de la ortodoxia económica, con la consecuente reducción de la discrecionalidad política, obligará a pagar más intereses para colocar la deuda, lo que puede llevar en último extremo al *default*, al hacer inviable el pago de la deuda, de los intereses y de los gastos corrientes. Obviamente, el poder central puede acudir en rescate de la autonomía, siempre que la situación no se haya generalizado al punto de poner en peligro la deuda del propio Estado e, incluso, en estos casos, el poder central puede acudir a su Banco central, que actuaría como prestamista de último recurso; aunque el abuso de esta última situación conduciría a devaluaciones de la propia divisa.

En consecuencia, la libre circulación de capitales *ad intra* y *ad extra* obliga a una ortodoxia económica, esto es, a una estabilidad presupuestaria⁴⁴, en su versión más extrema a la regla de oro (*golden rule*), lo que implica eliminar una parte muy importante del pluralismo político en materia económica, por ejemplo, las políticas *keynesianas*. Como se ha visto en el párrafo anterior, hay una excepción que consiste en acudir a la función de prestamista de último recurso del Banco central, pero ello conduce antes o después a la devaluación de la divisa, lo que supone un duro castigo a los ciudadanos que se sitúan en posición ahorradora. Lo que explica que existan idearios que se niegan a aceptar esta opción y adoptan posiciones ordoliberalas, como

⁴³ La estabilidad financiera de los entes territoriales periféricos puede lograrse mediante la autocontención, como se indica en el texto, o mediante la imposición por parte del poder central. Sobre esta distinción, específicamente, y sobre la materia tratada en el texto, en general, es imprescindible la consulta a MEDINA GUERRERO, Manuel, «El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, pp. 112 y 109-147.

⁴⁴ En numerosos Estados federales, la ortodoxia económica y la estabilidad presupuestaria se fia a los mercados financieros, véase ANDERSON, George, *Fiscal federalism: a comparative introduction*, Oxford University Press, 2010, p. 73. También a MEDINA GUERRERO, Manuel, «El Estado autonómico...», *ob. cit.*, p. 130.

sucede en Alemania, donde hay un cierto consenso al respecto entre los democristianos, los socialdemócratas y los liberales.

Se debe hacer una última consideración, antes de entrar en el mayor embate de la globalización a la autonomía política. La estabilidad presupuestaria puede alcanzarse reduciendo el gasto o elevando los impuestos, como recuerdan algunas posiciones de política económica. Ahora bien, la elevación de impuestos tiene límites evidentes. Una parte importante de las clases medias europeas, concretamente los asalariados, pagan bastante más de la mitad de sus ingresos en tributos y se encuentran, probablemente, en presencia de un sistema fiscal con efectos confiscatorios⁴⁵. Ni siquiera la Unión Europea, y mucho menos los Estados, puede elevar los impuestos a sus multinacionales en gran cuantía por el riesgo de afectarles en su competitividad frente a las radicadas en otros Estados (una decisión del G-20 y su correspondiente implementación sí lo permitiría); y ello por no hablar del posible traslado de la sede fiscal. Se agotan los nichos recaudatorios, resta los impuestos indirectos, que explican la insistencia de la Unión, durante la pasada crisis económica, en que sus Estados miembros recurrieran a aquéllos, especialmente al IVA. Sin ánimo exhaustivo, hay un tercer elemento relevante que explica por qué la subida de impuestos no siempre es la solución frente al recorte de gastos. La pasada crisis demostró que el enfriamiento de la economía, cuando se produce una crisis tan intensa como la recientemente sufrida, hunde de forma espectacular la recaudación fiscal y que los incrementos en los tipos fiscales, a partir de cierto nivel, no ayudan a mejorar sustancialmente la recaudación, pero sí a enfriar más la economía. Por esta razón hasta los más acérrimos defensores de la estabilidad presupuestaria contemplan como excepción temporal a la misma una crisis económica profunda. Se ha señalado aquí la existencia de ciertos límites a la subida de impuestos a las clases medias y a las empresas, pero la referencia es de carácter general para Europa. En España, la tributación directa a las personas físicas, excepcionados los asalariados, tienen un gran margen todavía, y respecto a las personas jurídicas se estima que también, aunque la certeza en la respuesta requeriría un estudio comparativo tributario específico.

⁴⁵ En confrontación con la novedosa, desde una perspectiva de Derecho Constitucional Comparado, prescripción introducida por el artículo 31.1 CE, cuando dispone que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos [...] mediante un sistema tributario justo [...] que, *en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*». Nuestro Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el límite máximo de progresividad, que no una vez superado adquiere «alcance confiscatorio», pero sí lo ha hecho la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 1995. Ésta establece que la carga tributaria del sistema fiscal en su conjunto, para no vulnerar el principio de no confiscatoriedad, no debe exceder del cincuenta por ciento de los ingresos del sujeto pasivo.

Tras estas consideraciones de política económica y tributaria, se entenderán perfectamente las posiciones ordoliberales⁴⁶ impuestas en el Marco económico de la Unión, que se manifiestan con su máxima intensidad en la política monetaria y en el diseño del Banco Central Europeo⁴⁷. La estabilidad presupuestaria y la prohibición al Banco central de actuar como prestamista de último recurso eran exigencias ordoliberales, emanadas del consenso de la clase política alemana que perseguía una estabilidad de la divisa, imprescindible para su política exportadora, y, en directa relación, un control de la inflación que garantizara la competitividad de la economía europea e impidiera la pérdida de poder adquisitivo de los ahorros de sus ciudadanos.

Con estos presupuestos puede comprenderse que la Unión Europea, cuando inicia el camino de Mercado común a Unidad económica y monetaria supraestatal, impusiera como condición a los Estados para entrar en la moneda única una deuda pública inferior al sesenta por ciento del PIB, una inflación que no difiera en uno y medio por ciento de la de los tres países con menos inflación y un déficit público inferior al tres por ciento. Asimismo, se comprende que la Unión dictara sus primeras directivas y reglamentos destinados a exigir el principio de estabilidad presupuestaria, así como toda la normativa posterior destinada a garantizarla, recurriendo, incluso, a mecanismos coercitivos y sancionadores⁴⁸. También, se entiende la exigencia de

⁴⁶ Véase EUCKEN, W., *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Springer, Berlin/New York, 1992; y del mismo autor, «A Policy for Establishing a System of Free Enterprise» en WÜNSCHE, H. F. (Ed.), *Standard Texts on the Social Market Economy: Two Centuries of Discussion*, Fischer, Stuttgart, 1982, pp. 115-131. Véase GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, y CANEDO ARRILLAGA, José Ramón, «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 163-183, que cita los anteriores trabajos.

⁴⁷ CLOSA MONTERO, Carlos J., «Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 165, 2014, pp. 70-71, resalta como la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE se inspira en la doctrina del ordoliberalismo alemán que tiene un amplio consenso entre la clase política (CDU-CSU, SPD y FDP) y los economistas. MENENDEZ MENÉNDEZ, Agustín, «Integración económica e integración política», *ob. cit.*, p. 142, señala: «La fuerte (aunque selectiva) impronta de la tradición constitucional ordoliberal alemana sobre la configuración de la Eurozona se refleja de forma especialmente intensa en la definición de los objetivos de la política monetaria».

⁴⁸ El Tratado intergubernamental de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Europea y los Reglamentos núms. 1466/1997 y 1467/1997, modificados por el 1175/2011 y 1177/2011, respectivamente, así como la Directiva 2011/85/UE. Lo que se complementa con los Reglamentos núms. 1173/2011, 1174/2011 y 1176/2011, conjunto de medidas, los citados reglamentos y la directiva, que se conocen como el *Six pack*.

introducir cláusulas constitucionales de estabilidad presupuestaria⁴⁹, así como la regla de oro, *golden rule*, aunque ésta resulta de muy difícil encaje en un Estado que se proclama social⁵⁰.

El cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria es exigido por la Unión a sus Estados miembros, únicos responsables ante ella, por lo que éstos se ven obligados a crear mecanismos para obligar a sus entes territoriales periféricos a que se ajusten a la citada estabilidad, ante el riesgo de que un déficit excesivo de éstos conduzca a todo el Estado a una posición de incumplimiento. En este marco se sitúa la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad presupuestaria y Sostenibilidad Financiera⁵¹, representativa del mayor embate de la globalización a la autonomía política de las comunidades autónomas.

4. *La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad presupuestaria y Sostenibilidad financiera*

4.1. Principios y afección a la autonomía financiera y política

La Ley Orgánica 2/2012, tras el preámbulo, determina el objeto y su ámbito de aplicación subjetiva. A continuación, con buena técnica constitucionalista (es un ordenamiento eminentemente principalista⁵²), sanciona siete principios: estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, responsabilidad, y lealtad institucional. Se estima que los tres principios nucleares de la ley son la estabilidad presupuestaria, la sostenibilidad financiera y el principio de responsabilidad; este último implica que el Estado no asume ni responde de los compromisos financieros asumidos por las comunidades autónomas, esto es, que no se compromete a acudir en su rescate. El principio de transparencia y el de plurianualidad de los presupuestos son instrumentales de los nucleares y facilitan su consecución. El de

⁴⁹ Véase GARCÍA ROCA, Javier y MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, Madrid, 2013.

⁵⁰ Más sentido hubiera tenido la *Golden rule* en un Estado liberal; Buchanan luchó para realizar una reforma constitucional en los Estados Unidos que introdujera la regla, aunque por escaso margen no lo consiguió.

⁵¹ Que es una consecuencia directa de la reforma del artículo 135.1 y 2 de la CE. Sobre esta Ley Orgánica véase ARIAS ABELLÁN, María Dolores, «Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las comunidades autónomas», en *Revista d'Estudies Autonomic i Federals*, n.º 18, 2013, pp. 126 y ss.

⁵² ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 75.

eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos toma como parámetro principal de cumplimiento los tres nucleares; y en la misma línea se mueve el de lealtad institucional, clave en todo Estado compuesto, que encuentra aquí un reconocimiento normativo expreso, tras su deducción implícita de la Constitución por la jurisprudencia⁵³.

La cuestión a dilucidar es si el gobierno del poder central vela por el cumplimiento de estos principios, que traen su origen de la integración económica europea y de la globalización y su libre circulación de capitales, respetando el principio de autonomía financiera⁵⁴ y qué supuestos de la ley pueden afectarla⁵⁵.

Los supuestos que afectan a la autonomía financiera de las comunidades son las disposiciones que pretenden garantizar la estabilidad presupuestaria, la sostenibilidad financiera y la fijación del período necesario para no incurrir en morosidad en el pago a proveedores⁵⁶.

La estabilidad financiera afecta a la autonomía financiera de una comunidad porque ésta no puede incurrir en déficit estructural ajustado a un ciclo económico, salvo medidas excepcionales y temporales. Se admite un déficit máximo estructural del cero coma cuatro por ciento del PIB cuando se afronten reformas estructurales destinadas a mejorar el crecimiento económico. Se consideran medidas excepcionales que permiten incurrir en déficit estructural las catástrofes naturales, la recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria no previsibles por las administraciones públicas que perjudiquen sustancialmente la situación y sostenibilidad financiera, así como la social. Es importante destacar que la garantía de la estabilidad presupuestaria no opera expresamente sobre los ingresos (impuestos), sino sobre los gastos, cuyo incremento viene determinado por el crecimiento del PIB siempre que no haya desequilibrio estructural en las cuentas públicas o deuda

⁵³ STC 247/2007, FJ 23.

⁵⁴ El artículo 10.2 establece de forma reveladora: «Corresponde al Gobierno, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local, y respetando en todo caso el principio de autonomía financiera [...] velar por el cumplimiento de dichos principios [...]».

⁵⁵ Véase DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, «¿Se ha transformado la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas tras la reforma constitucional del artículo 135 y la adopción de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera?», *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, n.º 6, 2013.

⁵⁶ Un amplio estudio sobre el «cerco» que la LO 2/2012 establece sobre el principio de autonomía financiera en CARRASCO DURÁN, Manuel, *Estabilidad presupuestaria y comunidades autónomas*, en *Revista d'Estudis Autonomic i Federals*, n.º 18, 2013, pp. 169 y ss.

pública superior a lo determinado. A estos efectos el gobierno central calcula el crecimiento previsto del PIB y el consecuente límite de gasto. La determinación de todos estos parámetros se realiza conforme a la metodología utilizada por la Comisión Europea en aplicación de su normativa.

También afecta a la autonomía financiera la instrumentalización que se realiza de la sostenibilidad financiera que se remite a una deuda pública máxima del sesenta por ciento, respecto al PIB, modificable sólo mediante cambio de la normativa europea. Así como su distribución, un cuarenta y cuatro por ciento para la administración central, un trece para la autonómica, que además se refiere específicamente para cada comunidad, y un tres para la local. Otro tanto sucede cuando las autonomías vulneren el plazo de pago fijado a proveedores, lo que implica una reducción del gasto público que permita restablecer el cumplimiento. Aunque aquí sí se prevé expresamente la subsanación del incumplimiento mediante el incremento de ingresos.

4.2. Medidas preventivas, correctivas y coercitivas

El cumplimiento de las exigencias normativas, que persiguen la estabilidad presupuestaria, la sostenibilidad financiera y el cumplimiento del plazo del pago a proveedores, se garantiza a través de medidas preventivas, correctivas y coercitivas.

Las medidas preventivas también son tres. En primer lugar, cuando una comunidad supere el noventa y cinco por ciento en relación al trece por ciento de su PIB regional sólo se le permitirá operaciones de endeudamiento de tesorería. En segundo lugar, si en el seguimiento sobre los periodos medios de pago a proveedores se observa un retraso de más de treinta días, durante dos meses consecutivos, se formula una comunicación de alerta por el Ministerio de Hacienda; ésta indicará el importe que debe dedicar la comunidad autónoma mensualmente al pago a proveedores y las medidas de reducción de gastos o incrementos de ingresos para garantizar que la tesorería pueda cumplir con el objetivo. La medida se mantiene hasta ese momento. En tercer lugar, cuando se aprecie riesgo de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda, formulará una advertencia motivada. El ente regional tiene un mes para adoptar las medidas necesarias; si no las adopta o son consideradas insuficientes por el Ministerio entran en juego las medidas correctivas.

Las medidas correctivas comienzan porque todas las operaciones de endeudamiento deben ser autorizadas por el poder central. Esta cautela era innecesaria en la pasada crisis económica porque la deuda autonómica de la mayor parte de las comunidades no era cubierta, ya que, como se explicó anteriormente, una de las consecuencias de la libre circulación de capitales es

que éstos no acuden a cubrir la deuda de aquellos sujetos que han vulnerado la ortodoxia de la política económica liberal, o lo hacen a tipos de interés inasumibles para las autonomías. Ello obligó a crear el Fondo de Liquidez Autonómica por el que el poder central prestaba dinero a las comunidades autónomas. La segunda medida correctiva es la obligación de elaborar un plan económico-financiero, que permita subsanar el incumplimiento en el año en curso y en el siguiente. Si el Consejo de Política Fiscal y Financiera lo estima idóneo, se levanta la obligación de autorización por el poder central de las operaciones de endeudamiento. La última medida correctiva consiste en la elaboración de un plan de reequilibrio cuando una comunidad autónoma haya incurrido en déficit estructural o superación de la deuda pública a consecuencia de una catástrofe natural, recesión económica grave o situación de emergencia extraordinaria. El plan de reequilibrio recogerá detalladamente la senda prevista para restablecer la estabilidad presupuestaria y/o el objetivo de deuda pública fijado.

Los planes económico-financieros y los planes de reequilibrio se encuentran bajo el control del Consejo de Política Fiscal y Financiera, en cuanto a su idoneidad y adecuación, que puede reclamar la elaboración de un nuevo plan que cumpla los objetivos. Si no se presentase o no cumpliera, operan las medidas coercitivas. El Ministerio de Hacienda elabora informes trimestrales de seguimiento del cumplimiento de las medidas contenidas en los planes. Si se verifica una desviación, requerirá a la comunidad autónoma para que la justifique, aplique medidas o implemente otras nuevas que garanticen el cumplimiento del objetivo. Si en el informe del trimestre persiste el incumplimiento, se aplicarán las medidas coercitivas.

Las medidas coercitivas operan cuando falta la presentación o la aprobación o se incumple el plan económico-financiero o el plan de reequilibrio o si se incumple el plazo de pago a proveedores en los términos analizados. La primera medida consiste en la no disponibilidad de créditos; el acuerdo detallará la medida de reducción del gasto e identificará el crédito presupuestario afectado. La segunda medida es un depósito del cero coma dos por ciento del PIB regional en el Banco de España; si a los tres meses no se hubiera presentado o aprobado el plan o no se hubiera aplicado las medidas, el depósito no devenga intereses; si transcurre un nuevo plazo de tres meses y persiste el incumplimiento, el depósito puede convertirse en multa coercitiva. Si resultan insuficientes las anteriores, como tercera medida, el Gobierno podrá enviar, bajo la supervisión del Ministerio de Hacienda, una comisión de expertos para evaluar la situación económico-presupuestaria de la comunidad; aquélla opera al modo de la *Troika* comunitaria europea, recabando información que les permita presentar una propuesta de medidas que serán de obligado cumplimiento para el ente regional. Finalmente, el incumplimiento de las medidas

coercitivas anteriores lleva a la puesta en marcha del mecanismo de ejecución autonómica (federal) del artículo 155 CE⁵⁷.

Si se recapitula el contenido de este apartado, se puede concluir que en el momento en que se incurre en un exceso de deuda pública, en desequilibrio presupuestario o en demora en el pago a proveedores se comienza a perder autonomía financiera. Ésta se ve más restringida cuando la comunidad autónoma incurre en la obligación de elaborar un plan económico-financiero o un plan de reequilibrio o ambos. Si se persiste en los incumplimientos y el gobierno central envía a la comisión de expertos, su propuesta de medidas a adoptar, que se recuerda que es vinculante, no afecta a la autonomía financiera de la comunidad e indirectamente a la autonomía política, sino directamente a ésta⁵⁸. La aplicación del artículo 155, dependiendo del alcance concreto de las medidas que se prevean, supone un intervención o suspensión de la autonomía en los ámbitos materiales afectados⁵⁹.

La forma que tiene el poder central de corregir los desequilibrios presupuestarios y los excesos en la deuda pública en la LO 2/2012 se puede considerar que tiene un sesgo que puede agravar la pérdida de autonomía política de las comunidades autónomas. No cabe decir lo mismo en el incumplimiento del plazo en el pago a proveedores; en este caso, el gobierno permite superar la falta de tesorería recortando gastos o incrementando los ingresos, lo que puede hacerse aumentando los impuestos. En cambio, en la exigencia de estabilidad presupuestaria y en el exceso de deuda hay un sesgo tendente a que la comunidad pierda autonomía. Éste consiste en que se pide expresamente recortar el gasto. Se estima que es un sesgo y que no hay agravamiento de la pérdida de autonomía, en principio, porque nada impide que la autonomía suba impuestos, si hay margen, tal y como se indica *supra*, y logre reducir el porcentaje de deuda fijada o restablezca la estabilidad presupuestaria.

No obstante, a lo reseñado en el párrafo anterior habría que realizar tres consideraciones. El Estado fija un porcentaje en la distribución de la deuda pública de todo el Estado: trece por ciento las comunidades Autónomas, cuarenta y cuatro el poder central y tres por ciento las corporaciones locales. La fijación de estos porcentajes tiene unos amplios márgenes de discrecionalidad y podría ser

⁵⁷ Véase GARCÍA TORRES, Jesús, «Las medidas necesarias», en el libro *La Constitución de los españoles. Estudios en Homenaje a Juan José Solozabal Echavarria*, capítulo XXVIII, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, y la bibliografía por él citada.

⁵⁸ Se coincide con MEDINA GUERRERO, Manuel, «El Estado autonómico...», ob. cit., pp. 142-143, sobre la novedad de la medida en el Derecho constitucional comparado y en su más que probable inconstitucionalidad.

⁵⁹ La LO 2/2012 reduce la discrecionalidad que la Constitución otorga al Gobierno para poner en marcha esta coerción autonómica, lo que no deja de ser cuestionable como señala MEDINA GUERRERO, Manuel, «El Estado autonómico...», ob. cit., p. 144.

objeto de debate⁶⁰. Por lo que resulta obvio que, si en lugar de fijar un trece para las autonomías se estableciera un quince por ciento, habría más margen y autonomía política y si, por el contrario, se determinara un once, habría menos margen. La segunda consideración hace referencia al mayor margen de maniobra que tiene el poder central de corregir sus desequilibrios incrementando tributos respecto a las comunidades autónomas, lo que se agrava cuando el poder central ha impedido a éstas crear nuevos impuestos como sucedió con los que pretendían gravar las transacciones financieras. Aunque hay que reconocer, también, que la mayor parte de las autonomías tienen, todavía, un amplio margen. Así lo prueba la supresión en algunas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. También el poco uso que se ha realizado de recargos sobre impuestos estatales, tras la dura experiencia (coste electoral) de la Comunidad de Madrid en el recargo del IRPF, pocas autonomías se han atrevido a aplicar estas medidas. La tercera y última consideración versa igualmente sobre el mayor margen que posee el Estado central para recortar gastos en el corto plazo frente a las autonomías. El análisis del presupuesto de éstas muestra que prácticamente el setenta por ciento de su gasto está relacionado con el Estado social, en su mayor parte dedicado a sanidad y educación. El poder central puede recortar a corto plazo en inversiones y cumplir el objetivo, cualquier recorte autonómico sustancial, por la configuración de su presupuesto, afecta a la educación y sanidad y tiene un coste electoral mucho más acusado.

V. AL ESTADO SOCIAL (SANIDAD Y EDUCACIÓN)

Como se ha venido señalando en el análisis efectuado hasta el momento de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el recorte de gastos ocupa un lugar estelar en la misma. Si se atiende a los presupuestos generales del Estado se observa que hay una partida inmovible, el pago del principal de la deuda pública y sus intereses, lo que ha quedado sancionado tras la reforma constitucional del artículo 135 CE⁶¹. El presupuesto de la Seguridad Social es una partida prácticamente inmovible, con tendencia al incremento en el gasto de su principal partida, las pensiones, por la composición demográfica actual. En consecuencia, ambas deben ser eliminadas a la hora de analizar la distribución del gasto, susceptible de recorte. Si se atiende a los presupuestos generales del Estado, excluyendo

⁶⁰ El preámbulo de la Ley catalana 1/2014 de presupuestos de la Generalidad de Cataluña discrepa con esta distribución y anuncia un requerimiento previo al recurso contencioso-administrativo.

⁶¹ Véase por todos, LÓPEZ GARRIDO, Diego (dir.) y MARTÍNEZ ALARCÓN (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2013.

ambas partidas, la distribución del gasto entre las diferentes administraciones es la siguiente: 48 por ciento las comunidades autónomas, 33 el poder central y 19 las corporaciones locales⁶².

El grueso del gasto de ese cuarenta y ocho por ciento, que corresponde a las comunidades autónomas, es destinado a educación y sanidad, concretamente casi un setenta, como se indicó *supra*. La consecuencia es evidente. La globalización con su libre circulación de capitales y la opción política asumida por la Unión en su Marco económico, con el consecuente recorte del pluralismo político en este ámbito, suponen un embate considerable al Estado social, especialmente en sus vertientes educativa y sanitaria⁶³. Éste se incrementa por otro efecto que deriva de la globalización que obliga a la competencia entre integraciones económicas. La Unión Europea lo ha entendido perfectamente y ha marcado en su normativa como objetivo estratégico primordial incrementar su competitividad. El logro a toda costa de este objetivo puede alcanzarse relativizando o minimizando los valores y principios que presiden el ordenamiento comunitario⁶⁴. Así ha ocurrido en las pensiones (Grecia y Portugal) en los derechos de los trabajadores (salarios y condiciones de trabajo) y puede suceder en el medio ambiente. Incluso, se ha visto *supra* cómo puede condicionar la estructura fiscal, primando los impuestos indirectos frente a los directos o afectando al propio principio de justicia tributaria⁶⁵. Y en lo que aquí interesa, el Estado del bienestar europeo⁶⁶ puede ser concebido como un coste económico susceptible de reducción para mejorar la competitividad, frente a otras integraciones. Es más, algunas opciones ideológicas pueden estar interesadas en su menoscabo y desaparición, porque es indudable que el Estado del bienestar europeo es en la actualidad un faro cuya estela persiguen en buena parte del resto del mundo.

⁶² Véase GARCÍA GUERRERO, José Luis, «Lo Stato autonómico...», *ob. cit.*, p. 326, dato obtenido en 2008, que no ha sufrido una modificación sustancial.

⁶³ La Ley catalana 6/2012, de 17 de mayo, de estabilidad presupuestaria, señala expresamente en su preámbulo su preocupación por garantizar el Estado del Bienestar encomendado en su Estatuto. En la misma línea se manifiesta el preámbulo de la Ley 1/2014, de 27 de enero, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2014.

⁶⁴ Véase CASAS BAAMONDE, María Emilia, «El gobierno económico de la Unión Europea y el Estado social», en el libro *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria...*, *ob. cit.*, pp. 235-286.

⁶⁵ Véase NIETO MONTERO, Juan José, «La configuración constitucional de los tributos ante la globalización», en el libro *Constitucionalizando la globalización*, *ob. cit.*, vol. II, pp. 1535 y ss.

⁶⁶ Véase TAJADURA TEJADA, Javier, «La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización», en *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, 2006, pp. 120-137. Véase también LÓPEZ GARRIDO, Diego, *La Edad de Hielo (Europa y Estados Unidos ante la Gran Crisis: el rescate del Estado de bienestar)*, RBA, Barcelona, 2014.

VI. CONCLUSIÓN

A modo de recapitulación de este artículo puede concluirse que la Constitución de 1978 reconoció el pluralismo político y, consecuentemente, la autonomía política. El juego de estos principios constitucionales ha permitido a España transformarse en uno de los Estados más descentralizados del mundo. Aunque es cierto que la autonomía financiera debió esperar hasta avanzados los años noventa para consolidarse⁶⁷; sin embargo, precisamente en esos años surge con fuerza la globalización; ésta y la integración económica en que se incardina España han generado unas condiciones económicas y tomado unas decisiones: Marco económico ordoliberal, libertad de circulación de capitales *ad intra* de la Unión Europea y *ad extra*, competitividad, estabilidad presupuestaria (en su variante extrema de la *Golden rule*) o sostenibilidad financiera; que suponen un significativo embate a la autonomía financiera y, a su través cuando no directamente, a la autonomía política de los entes territoriales periféricos de los Estados compuestos y, por tanto a las comunidades autónomas. Otro tanto puede decirse del Estado Social. Es obligación del constitucionalista dar cuenta de estos problemas, cuyo conocimiento es el presupuesto previo necesario en la búsqueda de soluciones en la pequeña medida que pueda aportar nuestra Ciencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J. «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003, pp. 289-317.
- AJA FERNÁNDEZ, E. *El Estado autonómico: federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- ANDERSON, G. *Fiscal federalism: a comparative introduction*, Oxford University Press, 2010.
- ARAGÓN REYES, M. *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- ARIAS ABELLÁN, M. D. «Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las comunidades Autónomas», en *Revista d'Estudies Autonomic i Federals*, n.º 18, 2013, pp. 126-168.
- ASENJO, Ó. de J. *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- BALASSA, B. *Teoría de la integración económica*, Unión tipográfica editorial hispano-americana, México, 1964.

⁶⁷ A pesar del tiempo transcurrido, sigue siendo de gran utilidad en la materia el trabajo de MEDINA GUERRERO, Manuel, *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

- BÖCKENFÖRDE, E.W. «Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica», en el libro *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- CARRASCO DURÁN, M. «Estabilidad presupuestaria y comunidades autónomas», en *Revista d'Estudis Autonomic i Federals*, n.º 18, 2013, pp. 269-206.
- CASAS BAAMONDE, M. E. «El gobierno económico de la Unión Europea y el Estado social», en LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.) y MARTÍNEZ ALARCÓN (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2013.
- CIDONCHA MARTÍN, A. «El Tribunal Constitucional y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Comentario a la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, pp. 301-336.
- CLOSA MONTERO, C. J. «Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 165, 2014, pp. 65-94.
- COMISIÓN EUROPEA. *Documento de reflexión sobre el futuro de las finanzas de la UE*, 2017.
- CONTIPELLI, E. «Comunidad Andina de Naciones», en el libro de GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 281-300.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. *Unidad económica y descentralización política*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios constitucionales, 2008.
- «¿Se ha transformado la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas tras la reforma constitucional del artículo 135 y la adopción de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera?», *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, n.º 6, 2013, pp. 59-68.
- EUCKEN, W. «A Policy for Establishing a System of Free Enterprise» en WÜNSCHE, H. F. (Ed.), *Standard Texts on the Social Market Economy: Two Centuries of Discussion*, Fischer, Stuttgart, 1982.
- *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Springer, Berlin/New York, 1992.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autónimo*, Iustel, 2005.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. *World Economic Outlook: Meeting the Challenges of Globalization in the Advanced Economies*, Washington D.C., Mayo, 1997.
- FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GALERA VICTORIA, A. «El legislador autonómico y el principio de estabilidad presupuestaria», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, pp. 609-624.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, S. *El orden económico en la Constitución*, Asociación de Estudios Empresariales, 1978.
- GARCÍA GUERRERO, J. L. «Integración económica y reforma constitucional», en el libro colectivo: *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, ONU, PUND, Santo Domingo, 2005.

- «Lo Stato autonómico, evoluzione e e qualche conclusione dopo la prima reforma integrale si alcuni statuti», en el libro *Regionalismi e Statuti (Le riforme in Spagna e in Italia)*, dirigido por GAMBINO, S., Giuffrè, Milano, 2008.
- *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución», en el libro *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional (Liber Amicorum en Homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez)*, coordinado por JORGE PRATS, E. y VALERIO JIMENÍAN, M., Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, República Dominicana, 2014.
- GARCÍA GUERRERO, J. L., y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *Constitucionalizando la globalización*, capítulo I, y en general vol. I y vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M. Á. *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA TORRES, J. «Las medidas necesarias», en el libro *La Constitución de los españoles. Estudios en Homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, capítulo XXVIII, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.
- GARCÍA VICTORIA, I. «Unidad Económica supraestatal», en el libro de GARCÍA GUERRERO, J. L., y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 225-250.
- GLITZ, F. E. Z., «Los 25 años del MERCOSUR y las perspectivas jurídicas del proceso de integración sudamericana», en el libro de GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 369-392.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M. «Esbozo de una teoría general del Mercado común como modalidad de integración económica», en el libro de GARCÍA GUERRERO, J. L., y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 187-224.
- GORDILLO PÉREZ, L. I., y CANEDO ARRILLAGA, J. R. «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 163-183.
- HELLER. *La soberanía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1965.
- HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- KRASNER, S. D. *Soberanía: Hipocresía organizada*, Paidós, 2001.
- KRUGMAN, P. y DE LA DEHESA, G. *Economic and Monetary Unions and the Regions, Group of Thirty*, 1995.
- LÓPEZ CASTILLO, A.; SAINZ ARNAIZ, A. y FERRERES COMELLA, V. *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitu-*

- cional (DTC-1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- LÓPEZ GARRIDO, D. *La Edad de Hielo (Europa y Estados Unidos ante la Gran Crisis: el rescate del Estado de bienestar)*, RBA, Barcelona, 2014.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.) y MARTÍNEZ ALARCÓN (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- MEDINA GUERRERO, M. *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- «El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, pp. 109-147.
- MEIX CERECEDA, P. «La Unidad Económica y Monetaria supraestatal», en el libro de GARCÍA GUERRERO, J. L., y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 251-280.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. «Integración económica e integración política», en el libro dirigido por LÓPEZ CASTILLO, A. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MONTERO, J. J. «La configuración constitucional de los tributos ante la globalización», en el libro de GARCÍA GUERRERO, J. L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *Constitucionalizando la Globalización*, vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1535-1574.
- RODRIG, D. *La paradoja de la globalización (Democracia y el futuro de la economía mundial)*, Antoni Bosch, Barcelona, 2011.
- RUBIO LLORENTE, F. «Globalización económica y reforma constitucional», *Revista de Occidente*, n.º 388, 2013, pp. 5-20.
- SASSEN, S. *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona, Bellaterra, 2001.
- SCHNEIDER, J.-P., «Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional», en el libro dirigido por LÓPEZ PINA, A. *División de poderes e interpretación (hacia una teoría de la praxis constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1987.
- SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J., *Bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid, 1988.
- *Nación y Constitución: soberanía y autonomía en la forma política*, Biblioteca Nueva, 2004.
- *Tiempo de reformas: el Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, 2006.
- STIGLITZ, J. E.; SEN, A. y FITOUSSI, J.-P., *Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*, The New Press, 2010.
- TAIBO, C. *Para entender el TIPP (Una visión crítica del Acuerdo Transatlántico de comercio e inversiones)*, Catarata, Madrid, 2016.
- TAJADURA TEJADA, J. «La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización», en *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 2, 2006, pp. 120-137.

- TORRENT, R. *La integración regional ante un nuevo cambio de paradigma: reflexiones desde una perspectiva histórica y comparada*, Sieca, 2009.
- VICIANO PASTOR, R. «Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol*, n.º 67-68, 2009, pp. 91-99.
- WYDUCKEL, D., «La soberanía en la historia de la dogmática alemana», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 1, monográfico sobre «Soberanía y Constitución», Junta General del Principado de Asturias, 1998, pp. 203-294.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES*

The right to Social Security before the European Committee of Social Rights

Verónica Lidia Martínez Martínez

Profesora-Investigadora doctora de la Universidad Anáhuac
Investigadora Nacional del Sistema Nacional de Investigadores
del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (México)
marb_cap@hotmail.com

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp259-291](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp259-291)

Recibido: 10.10.2018

Aceptado: 21.06.2019

Resumen

A partir de un breve estudio de la Carta Social Europea de 1961, sus protocolos y la Carta Social Europea Revisada, en el presente trabajo, con base en la interpretación autorizada que hace el Comité Europeo de Derechos Sociales al momento de pronunciarse sobre los informes presentados por los Estados, se exponen los requerimientos mínimos que deben reunir los sistemas de seguridad para ajustarse a la Carta de 1961 y a la Carta revisada, así como la justiciabilidad del derecho a la seguridad social en el procedimiento de reclamaciones colectivas.

Palabras clave

Comité Europeo de Derechos Sociales; Carta Social Europea; Carta Social Europea Revisada; seguridad social; sistema de informes; quejas colectivas.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Martínez Martínez, Verónica Lidia. 2019. «El Derecho a la Seguridad Social ante el Comité Europeo de Derechos Sociales». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 259-291. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp259-291](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp259-291).

Abstract

Based on a brief study of the European Social Charter, its protocols and the European Revised Social Charter, in this paper, based on the authoritative interpretation made by the European Committee of Social Rights when deciding on the reports submitted by States, the minimum requirements that security systems must meet to comply with the 1961 Charter and the revised Charter, as well as the justiciability of the right to social security based on the system of collective complaints.

Keywords

European Committee of Social Rights; European Social Charter; Revised European Social Charter; social security; reporting system; collective complaints.

SUMARIO: I. EL CONSEJO DE EUROPA. II. PROTOCOLOS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA. III. CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA. IV. EL SISTEMA DE INFORMES Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. V. EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. VI. PROBLEMÁTICA DE LOS MECANISMOS DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. VII. FUENTES DE INFORMACIÓN.

I. EL CONSEJO DE EUROPA

El Consejo de Europa (CdE) –creado el 5 de mayo de 1949– se conforma por 47 miembros en los que se incluyen los 28 Estados miembros de la Unión Europea (UE). El CdE se constituye como una organización internacional de carácter regional y de pleno derecho, ajena a la UE.

Los principales tratados de derechos humanos de corte social del CdE son la Carta Social Europea (CSE), sus protocolos y la Carta Social Europea Revisada (CSER) que en comunión con el Código de la Seguridad Social, su protocolo adicional y el Código de la Seguridad Social Revisado constituyen el entramado básico en materia de seguridad social.

La CSE, a la que se considera como la Constitución Social de Europa, se redactó en Turín el 18 de octubre de 1961 con la intervención de la Organización Internacional del Trabajo, y se firmó en Estrasburgo el 27 de abril de 1978¹. En la actualidad la CSE ha sido aceptada por cuarenta y tres Estados de los cuarenta y siete Estados miembros del CdE².

La CSE se compone de un preámbulo, cinco partes y un anexo. La segunda parte de la CSE se integra con diecinueve artículos, que se corresponden con los diecinueve objetivos de la primera parte, los cuales se perseguirán por los Estados miembros por todos los medios apropiados.

Los derechos reconocidos en la segunda parte de la CSE son: el derecho al trabajo (artículo 1); el derecho a condiciones de trabajo equitativas (artículo 2); el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3); el derecho a una remuneración equitativa (artículo 4); el derecho a la libertad sindical (artículo 5); el derecho a la negociación colectiva (artículo 6); los derechos de los niños

¹ La Carta Social Europea entró en vigor el 26 de febrero de 1965.

² Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldova, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Federación de Rusia, San Marino, Serbia, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Ex República Yugoslava de Macedonia, Turquía, Ucrania, Reino Unido ha ratificado la Carta Social Europea. Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza no se han adherido a la CSE.

y adolescentes (artículo 7); los derechos de las trabajadoras (artículo 8); el derecho a la orientación profesional (artículo 9); el derecho a la formación profesional (artículo 10); el derecho a la protección de la salud (artículo 11), así como el derecho a la asistencia social y médica (artículo 13).

De igual manera en la CSE se reconoce el derecho a los beneficios de los servicios sociales (artículo 14.); los derechos de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social (artículo 15.); el derecho de protección a la familia (artículo 16); los derechos de las madres y los niños (artículo 17); el derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes contratantes (artículo 18); los derechos de los trabajadores migrantes (artículo 19); el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 20), así como el derecho a la información y consulta con los trabajadores o sus representantes de conformidad con la legislación y prácticas nacionales.

La tercera parte de la Carta contiene las obligaciones de los Estados en relación con la CSE; en tanto que la cuarta parte reglamenta el sistema de control de presentación de informes por los Estados miembros. En la parte quinta se regula lo referente a la suspensión de obligaciones en caso de guerra o de peligro público, las restricciones a los derechos y los principios establecidos en la CSE, así como la firma, ratificación, entrada en vigor, enmiendas y denuncias del instrumento en análisis.

Los países que han suscrito la CSE de 1961, a la que se denomina original, no se encuentran vinculados por la totalidad de los diecinueve preceptos de la Parte II, puesto que el sistema de ratificación les permite obligarse a cinco de los siete artículos que conforman el núcleo duro de la CSE, el cual se integra por el derecho al trabajo, el derecho de sindicación, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica y el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia. Asimismo, los Estados deben ratificar un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la CSE. El número total de artículos y párrafos numerados a los que deben quedar obligados los Estados no tiene que ser inferior a diez artículos o a cuarenta y cinco párrafos numerados³.

II. PROTOCOLOS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

El texto de la Carta Social de 1961 constituye un ordenamiento vivo porque ha evolucionado a través de diversas modificaciones efectuadas por la

³ Artículo 20.1 c) de la Carta Social Europea, [Consulta: 30 de septiembre de 2018], disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934>>

vía de los protocolos y la interpretación autorizada que realiza el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) como se analiza en los dos últimos apartados de este trabajo.

El Protocolo Adicional de la Carta Social Europea, cuya adopción data del 5 de mayo de 1988 (y en vigor a partir del 4 de septiembre de 1992) mejora la protección de algunos derechos ya incluidos en la Carta originaria, referentes al derecho al trabajo y a la protección social, en concreto; el derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de formación sin discriminación basada en el sexo; el derecho a la información y a la consulta; el derecho a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y el derecho de las personas ancianas a la protección social.

A través de este protocolo se incorporan cuatro nuevos derechos a la CSE, los cuales son: el derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo; el derecho a información y consulta; el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral, así como el derecho a la protección social de las personas de edad avanzada.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la CSE, aprobado el 21 de octubre de 1991, confirma el papel político del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria como órganos del CdE, además de consignar las funciones del CEDS y del Comité Gubernamental⁴.

Empero, el principal objetivo de este segundo protocolo de la CSE es fortalecer el mecanismo de informes a través de la inclusión de organizaciones internacionales no gubernamentales que se ocupan de analizar los informes que presentan los Estados parte, además de existir la posibilidad de que el CEDS que evalúa los informes, solicite información y aclaraciones complementarias a los Estados⁵.

Por último, el Protocolo Adicional de 9 de noviembre de 1995 (en vigor a partir del 1º de septiembre de 1998) permite la instauración del sistema de reclamaciones colectivas que complementa el mecanismo de informes establecido desde la adopción de la CSE en 1961.

A diferencia de la Carta originaria, ratificada por la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, el Protocolo de 1995 sólo lo han ratificado quince países de los cuarenta y siete Estados miembros del CdE⁶.

⁴ En el Protocolo de 21 de octubre de 1991 cambia el nombre de Subcomité del Comité Social Gubernamental por el de Comité Gubernamental.

⁵ Artículo 2, inciso 3 del Protocolo de Enmienda a la Carta social Europea, de 21 de octubre de 1991, [Consulta: 29 de septiembre de 2018], disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1899.pdf?view=>>

⁶ El Protocolo de 1995 ha sido aceptado por Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza, los últimos catorce países son miembros de la UE.

Uno de los principales objetivos del proceso de Turín y de la Resolución 2180 (2017)⁷ de la Asamblea Parlamentaria es la aceptación del Protocolo de 1995 por parte de un mayor número de países, pues ello contribuirá a reducir la carga de trabajo de las autoridades nacionales involucradas en la presentación de informes; provocará una supervisión más efectiva del cumplimiento de los derechos sociales y reducirá la presentación de casos ante los tribunales nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

III. CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

La Carta Social Europea Revisada (CSER) fue elaborada entre 1990 y 1994 por un específico Comité ad hoc (*Charter-Rel*), instituido con motivo de la Conferencia ministerial informal sobre derechos humanos celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990⁸. Según su mandato, el Comité recibió instrucciones de hacer propuestas para mejorar la eficacia del CSE y el funcionamiento de su maquinaria de supervisión.

En su duodécima reunión (10 a 14 de octubre de 1994), el Comité de *Charter-Rel* adoptó un proyecto de CSER, el cual se presentó al Comité Ministros

⁷ En la Resolución 2180 (2017), El «proceso de Turín»: refuerzo de los derechos sociales en Europa, la Asamblea Parlamentaria del CdE hace un llamamiento a los Estados miembros del CdE para que apoyen, a través de sus gobiernos y parlamentos, los debates y la cooperación iniciados en el marco del Proceso de Turín y procedan de la siguiente manera: 7.1. Contribuir al fortalecimiento de la CSE como un sistema normativo mediante: 7.1.1. Reafirmando los principios de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en el discurso público y en los documentos legislativos y de política; 7.1.2. En el caso de los 13 Estados miembros que aún no lo han hecho, la ratificación de la CSER, para mejorar los niveles de cumplimiento de esta importante norma de derechos sociales; 7.1.3. En el caso de los cuatro países que aún no lo han hecho (Dinamarca, Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido), ratificando el Protocolo por el que se modifica la CSE (STE n.º 142, «Protocolo de Turín») para permitir la elección de Miembros de la ECSR por la Asamblea, como ya se solicitó en la Recomendación 1976 (2011) sobre el papel de los parlamentos en la consolidación y el desarrollo de los derechos sociales en Europa; 7.1.4. En el caso de los Estados miembros que aún no lo hayan hecho, ratificando el Protocolo Adicional a la CSE que establece un Sistema de Quejas Colectivas (ETS No. 158), a fin de garantizar una supervisión más efectiva del cumplimiento de los derechos sociales; 7.1.5. Participar activamente en las actividades parlamentarias destinadas a promover el sistema de tratados de la CSE y mejorar su aplicación, que la Asamblea organiza regularmente en cooperación con otros órganos del CdE, especialmente el ECSR, y proporciona contribuciones voluntarias para este fin. *Vid.* Resolución 2180 (2017), El «proceso de Turín»: refuerzo de los derechos sociales en Europa, Asamblea Parlamentaria [Consulta: 24 de agosto de 2018], disponible en <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23993&lang=en>>

⁸ Giovanni GUIGLIA, «El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea: A propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales» (*UNED, Revista de Derecho Público*, n.º 82, septiembre-diciembre 2011), 548.

del CdE. El texto intitulado «La versión europea revisada de la CSE», se adoptó el 3 de abril de 1996 y abrió a la firma el 3 de mayo de 1996⁹.

Las modificaciones que realiza la CSER a la Carta originaria, son las siguientes¹⁰: en el artículo 2 (relativo a condiciones de trabajo equitativas) las vacaciones anuales pagadas pasan de un mínimo de dos a cuatro semanas; en el artículo 3 (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo) se obliga a los Estados a instituir de forma progresiva los servicios de salud en el trabajo con funciones esencialmente preventivas y de asesoramiento; en el artículo 7 (derecho de los niños y los adolescentes a la protección) se establece la edad mínima de dieciocho años para acceder a trabajos considerados peligrosos o insalubres (en la Carta originaria no se fijaba edad mínima alguna)

Por su parte, en el artículo 8 de la CSER (derecho de las trabajadoras a la protección por maternidad), la duración del permiso por maternidad pasa de doce a catorce semanas, además se extiende el periodo durante el cual la mujer embarazada no puede ser objeto de despido (que va desde que notifica el embarazo al empleador hasta el final del permiso de maternidad).

En el numeral 2 del artículo 12 de la CSER se establece que las Partes contratantes se comprometen a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social en lugar del Convenio n.º 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al que hacía referencia la CSE originaria. El Código Europeo de Seguridad Social requiere la aceptación de un número mayor de partes que el Convenio 102 de la OIT, pues seis de las nueve partes deben aceptarse, aunque ciertas ramas cuentan para más de una parte, como por ejemplo, la atención médica cuenta como dos partes, y la edad avanzada cuenta como tres. Cada contingencia establece niveles mínimos de cobertura personal y niveles mínimos de beneficios.

Por añadidura, en el artículo 19 de la CSER (derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la protección y a la asistencia), ya no se protege sólo a la esposa del trabajador, sino al cónyuge (hombre o mujer) del operario o de la trabajadora¹¹.

Tanto la Directiva comunitaria 80/987/CE sobre la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador como la Resolución 839 (1978)¹²

⁹ La CSER entró en vigor el 1º de septiembre de 1999.

¹⁰ Luis JIMENA QUESADA, Defensa y garantía de los derechos sociales por el Consejo de Europa: Atención Especial al Comité Europeo de Derechos Sociales, en Carlos L. ALFONSO MELLADO et al., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (Bomarzo, España, 2014), 58-59.

¹¹ Idem.

¹² A través de la Recomendación 839 de 28 de septiembre de 1978 la Asamblea Parlamentaria del CdE recomienda al Comité de Ministros que al aplicar y revisar la Carta Social tome en consideración las propuestas siguientes: i. Intensificar las actividades de informa-

han influido en la extensión del catálogo de derechos sociales que reconoce la CSER, la que además de reunir en un instrumento todos los derechos contemplados en la Carta originaria y en sus protocolos, adiciona los siguientes derechos: derecho a la protección en caso de despido (artículo 24); el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia del

ción, para que todos los interesados conozcan el contenido de la CSE; ii. Incitar la ratificación de la CSE por parte de los Estados miembros que todavía no han ratificado este instrumento, así como propiciar que, en plazos razonables, los Estados Miembros acepten el mayor número posible de disposiciones de la CSE; iii. La actualización del contenido de los derechos contenidos en la Parte II de la CSE. Las reformas propuestas por la Asamblea fueron las siguientes: Exigir a los Estados miembros, la aplicación de una política de empleo activa, y asegurando a todo trabajador real o potencial una adecuada protección contra el desempleo y sus consecuencias (artículo 1); en materia de contratación, promoción, despido y traslado erradicar cualquier diferencia entre trabajadores y trabajadoras e incrementar a un mínimo de cuatro semanas las vacaciones anuales pagadas (artículo 2); la necesidad de un ambiente de trabajo acorde con la naturaleza del trabajo, el desarrollo social y técnico de la sociedad (artículo 3); reforzar el derecho de huelga de los trabajadores y la supresión del derecho de los patronos a acciones colectivas (artículo 6), la inclusión de controles médicos periódicos; el incremento de la duración de la licencia por maternidad y su financiamiento con fondos público; iv. Tratándose de los inmigrantes, la Asamblea recomienda la inclusión en la CSE del derecho a la instrucción en el idioma del país de acogida y, en lo posible, el derecho de voto en las elecciones locales, además de la aplicación por parte de los Estados Miembros, de las disposiciones de la Convención Europea relativa al estatuto jurídico de los trabajadores migrantes, en la medida en que tales disposiciones aseguren una protección mejor que la prevista en la CSE; v. La inclusión de los siguientes derechos: el derecho a una seguridad social de base, el derecho a una pensión de vejez; el derecho a asegurar a las personas disminuidas el adecuado acondicionamiento de sus puestos de trabajo; el derecho de los trabajadores a participar en el proceso de adopción de decisiones en las empresas; el derecho a estar informados de la situación, finanzas y planificación futura de la empresa en que trabajan; el derecho de los trabajadores a participar en las decisiones relativas a las condiciones de trabajo; la protección de los trabajadores contra los efectos de la racionalización y de la introducción de tecnologías nuevas; el derecho de los hombres y de las mujeres a la igualdad de oportunidades y de trato en todas las esferas económicas, sociales y culturales; el derecho a la instrucción, y en particular a una instrucción básica, el derecho a licencia de estudios; el derecho a un alojamiento decente; el derecho de los trabajadores fronterizos a una protección social y económica adecuada, así como a una protección contra la discriminación en materia fiscal; el derecho de las personas de edad avanzada a una protección económica y social, además del derecho de las categorías menos favorecidas de la población a una protección social y económica reforzada; vi. Habida cuenta de la inclusión de nuevos derechos y de la modificación de las normas actuales, en consecuencia, la Asamblea propuso aumentar el número de obligaciones mínimas consignadas en la CSE, y vii. La revisión de los mecanismos de control establecidos en la CSE. Concretamente lo relativo a la aceleración del procedimiento de control de informes; el mejoramiento del formulario utilizado como base para la preparación de los informes bienales y el fortalecimiento de la función de los órganos que intervienen en el proceso de control. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 839 de 28 de septiembre de 1978, [Consulta: 1 de octubre de 2018], disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/6650/files/E_CN.4_1333-ES.pdf>

empresario (artículo 25); el derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26); el derecho de los trabajadores con cargas familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (artículo 27); el derecho de los representantes de los trabajadores a la protección en el lugar de trabajo y a la concesión de facilidades apropiadas para desempeñar sus funciones (artículo 28); el derecho a la información y a la consulta en caso de despidos colectivos (artículo 29); el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30) y el derecho a la vivienda (artículo 31).

La Carta Revisada –destinada a sustituir de forma progresiva a la CSE de 1961¹³ es invocada en el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por lo que puede servir como orientación en la actividad de los órganos comunitarios de la UE. Cabe mencionar que la Asamblea Parlamentaria del CdE al considerar a la CSER como el estándar de derechos sociales más completo en Europa ha promovido su firma y ratificación.

A pesar de su revisión, el sistema de ratificación de la Carta de 1996 presenta una alta variabilidad, debido a que los Estados no están obligados a comprometerse en la realización de todos los derechos enunciados¹⁴. Se deben aceptar al menos seis de los nueve artículos de la parte II de la Carta, esto es, los artículos 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho sindical), 6 (derecho a la negociación colectiva), 7 (derecho de los niños y adolescentes a protección), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social y médica), 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica o económica), 19 (derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia) y 20 (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razón de sexo).

Las anteriores disposiciones retoman, con algunas adiciones, el denominado núcleo duro de la Carta originaria. Asimismo, el número total de artículos aceptados no debe ser inferior a dieciséis y el número total de párrafos no debe ser inferior a sesenta y tres.

Esta modalidad de ratificación, que da lugar a que no todos los Estados estén obligados por los mismos preceptos, si bien es flexible, constituye uno de los principales obstáculos por los que la Unión Europea ha dudado en adherirse a la CSE y reconocerla como parte del Derecho de la Unión, tal y como acontece con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades¹⁵.

¹³ Artículo B de la Carta Social Europea Revisada, [Consulta: 11 de agosto de 2018], disponible en <<http://rm.coe.int/168047e013>>

¹⁴ Artículos 20 y 33 de la Carta Social Europea, *op. cit.*, nota 3.

¹⁵ Artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada), [Consulta: 22 de septiembre de 2018], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF>

IV. EL SISTEMA DE INFORMES Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde el año 2000 el Comité de Expertos Independientes cambió su nombre por el de Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). A pesar de que el Comité, no tiene carácter jurisdiccional, es la instancia encargada de la interpretación, defensa y control de la CSE, sus protocolos y la CSER a través del procedimiento de informes que presentan los gobiernos y el sistema de reclamaciones colectivas.

El sistema de informes o sistema de información se estableció en la Parte IV de la CSE de 1961, pero desde 2006 el Comité de Ministros del CdE dividió las disposiciones de la Carta originaria y de la CSER en las siguientes áreas temáticas:

- **Grupo 1.** Empleo, formación e igualdad de oportunidades: artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24, 25.
- **Grupo 2.** Salud, seguridad social y protección social: artículos 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30.
- **Grupo 3.** Derechos laborales: artículos 2, 4, 5, 6, 21, 26, 28, 29.
- **Grupo 4.** Niños, familias, migrantes: artículos 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31.4.

Conforme a la anterior división, los Estados miembros de la Carta informarán de forma anual al CEDS (el 31 de octubre)¹⁶ sobre la aplicación del grupo temático que corresponda a ese año de los cuatro grupos en que se clasifica la CSE. En consecuencia, cada disposición de la CSE al ser revisada una vez cada cuatro años, tal y como lo apunta Jimena Quezada, carece de una importante fuerza de reacción ante situaciones nacionales que merecerían una respuesta más rápida en términos de justicia social, pues en el intervalo de cuatro años entre informe e informe referente a cada grupo temático, es posible que se hayan producido cambios normativos o jurisprudenciales internos, con conclusiones tardías del CEDS¹⁷.

La otra gran debilidad del mecanismo de informes es la falta de información suficiente suministrada por los Estados miembros. Es necesario que los informes que proporcionen los Estados miembros contengan toda la información pertinente sobre las medidas adoptadas para garantizar la aplicación de cada disposición de la CSE o de la CSER.

¹⁶ El nuevo sistema entró en vigencia a partir del 31 de octubre de 2007.

¹⁷ Luis JIMENA Quezada, «Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2012», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 20/2º, Semestre 2012, 364.

En lo particular, los informes deberán mencionar el marco legal (las leyes, reglamentos, convenios colectivos, jurisprudencia nacional, las decisiones pertinentes de los tribunales y otros órganos judiciales) y las medidas adoptadas para implementar el marco legal (disposiciones administrativas, programas, planes de acción, proyectos, etc.), las razones y alcance de las reformas, además de sus ámbitos de validez –personal, territorial, espacial y temporal–, cifras, estadísticas, la duración de los requisitos de residencia cuando corresponda, o cualquier otra información que permita una evaluación del grado en que se aplican las disposiciones normativas de la CSE. En el caso del numeral 12§4 de la CSE es necesario que los informes contengan la lista completa de los acuerdos bilaterales y multilaterales suscritos o cualquier otro medio propuesto o adoptado.

Toda la documentación que se aporte se examina durante el año siguiente por el CEDS, quien dicta una conclusión en la que decide la conformidad o no del país a la CSE o a la CSER, según sea el caso. Una vez que se hacen públicas las conclusiones, se transmiten al Comité Gubernamental –órgano compuesto por un representante de los gobiernos de cada una de las Partes contratantes– para que supervise el cumplimiento de las conclusiones del CEDS.

En caso de incumplimiento del Estado a las conclusiones, el Comité Gubernamental procederá a la elaboración de un informe que será tomado en consideración por el Comité de Ministros del CdE para emitir, por una mayoría cualificada de dos tercios de sus miembros, una recomendación en la que solicite al Estado miembro que modifique y adapte su normativa a los dictados de la CSE o de la CSER.

Al hacer la valoración de los informes que se presentan por los Estados, el CEDS hace una interpretación técnica autorizada de las distintas disposiciones de la Carta originaria y de la CSER, lo que provoca que se delimite su alcance y se les dote de un significado específico. En el punto doce de la primera parte de la CSE y de la CSER se dispone que todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la seguridad social.

A pesar de que cada país es libre de definir su propio sistema de seguridad social, la CSE y la CSER imponen un conjunto de normas mínimas comunes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social. En lo particular, en los artículos 12§1 de la CSE y de la CSER se consigna el derecho de todas las personas a la seguridad social, por lo que corresponde a los Estados la obligación de garantizar este derecho mediante la existencia de un sistema de seguridad social que se reglamente en la ley y funcione en la práctica. De acuerdo con el CEDS para que se constituya un sistema de seguridad social en el sentido del artículo 12§1 de la CSE, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el sistema de seguridad social cubra los siguientes beneficios: atención médica, prestaciones de enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, maternidad, invalidez y sobrevivientes¹⁸.
- El sistema de seguridad social debe financiarse de forma colectiva, lo que significa que las contribuciones deben ser realizadas por los operarios, empleadores y el presupuesto del Estado¹⁹.
- El sistema de seguridad social debe cubrir un porcentaje significativo de la población por lo que hace al seguro de enfermedad y prestaciones familiares, y a su vez, amparar a un porcentaje de la población activa en materia de enfermedad, maternidad, beneficios de desempleo, pensiones, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales²⁰.
- Cuando el sistema se financia con impuestos, su cobertura en términos de personas protegidas debe basarse en el principio de no discriminación, sin perjuicio de las condiciones para la titularidad del derecho (prueba de medios, etc.)²¹.

Asimismo, el CEDS ha considerado que para dar cumplimiento al artículo 12§1 de la CSE, las prestaciones proporcionadas en las distintas ramas de la seguridad social deben ser adecuadas y, en particular, las prestaciones sustitutivas de los ingresos no deben ser tan bajas como para hacer que los beneficiarios caigan en la pobreza. La insuficiencia de un beneficio en una sola rama basta para provocar la no conformidad²² con las disposiciones de la CSE.

Lo anterior pone de manifiesto que no basta con la existencia de un sistema de seguridad social, sino que las prestaciones provistas dentro de las diferentes ramas de la seguridad social deben ser adecuadas. En este sentido,

¹⁸ Conclusiones 2013, Georgia, artículo 12§1, [Consulta: 29 de agosto de 2018], disponible en <

¹⁹ Conclusiones XVI, Observación interpretativa, artículo 12§1, 12§2 y 12§3, [Consulta: 29 de agosto de 2018], disponible en <[²⁰ Idem.](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“fulltext”:[“XVI”],“ESCDcType”:[“FOND”,”Conclusion”,”Ob”],“ESCDcIdentifier”:[“XVI-1_035_04/Ob/FR”]}></p>
</div>
<div data-bbox=)

²¹ Conclusiones XVI-1, Statement of Interpretation on article 12, [Consulta: 26 de septiembre de 2018], disponible en <[²² Conclusiones 2006, Portugal, \[Consulta: 30 de septiembre de 2018\], disponible en <\[Estudios de Deusto\]\(http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“fulltext”:\[“conclusionportugal2006”\],“ESCDcType”:\[“FOND”,”Conclusion”,”Ob”\],“ESCDcIdentifier”:\[“2006/def/PRT/12/1/FR”\]}></p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“fulltext”:[“ConclusionXVI-1”],“ESCDcIdentifier”:[“XVI-1_035_04/Ob/FR”],“ESCDcType”:[“FOND”,”Conclusion”,”Ob”]}></p>
</div>
<div data-bbox=)

cuando se trata de beneficios de reemplazo de ingresos, su nivel debe situarse entre el 40% y el 50% de la mediana de los ingresos equivalentes. Cuando el nivel del beneficio originalmente cae por debajo del 40% del ingreso medio equivalente, es manifiestamente inadecuado, sin que la agregación de otros beneficios genere la conformidad con el artículo 12§1 de la CSE²³.

Sólo cuando un beneficio de sustitución de ingresos se encuentre entre el 40% y el 50% del ingreso medio equivalente, se podrá tener en cuenta otros beneficios suplementarios, como la asistencia social y los subsidios de vivienda, según corresponda²⁴.

En lo concerniente al artículo 12§1 de la CSER, el Comité dispone que cuando se trata de prestaciones de sustitución de ingresos, su nivel debe fijarse de manera que guarde una proporción razonable con los ingresos anteriores y nunca debe caer por debajo del umbral de pobreza definido como el 50% del ingreso medio equivalente calculado sobre la base del valor umbral de Eurostat en riesgo de pobreza²⁵.

Por lo que respecta al recurso a las prestaciones complementarias, el CEDS ha establecido que corresponde a los Estados Partes demostrar que este tipo de prestaciones se proporcionan efectivamente a todas las personas afectadas por las prestaciones de la seguridad social por debajo del umbral del 50%. Empero, la dependencia de los beneficios suplementarios de carácter de asistencia social no debe transformar al sistema de seguridad social en un sistema básico de asistencia social²⁶.

Los anteriores requerimientos obedecen a que conforme al artículo 12§2 de la CSE, los Estados miembros deben mantener un régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social. En el artículo 12§2 de la CSER se dispone que el régimen de seguridad social debe cumplir con un nivel equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social.

Ante la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social, el incumplimiento de este instrumento dará lugar a una conclusión de no conformidad

²³ Conclusiones XVIII-1, Austria, [Consulta: 30 de agosto de 2018], disponible en <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"ESCDcIdentifier":\["XVIII-1/def/AUT/12/1/EN"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)> y Conclusiones 2013, Finlandia, artículo 12§1 [Consulta: 30 de agosto de 2018], disponible en <<http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=2013/def/FIN/12/1/FR>>

²⁴ Conclusiones 2013, Hungría, artículo 12§1, [Consulta: 30 de agosto de 2018], disponible en <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["conclusio2013hungary"\],"ESCDcIdentifier":\["2013/def/HUN/12/1/EN"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

²⁵ Conclusiones 2006, Portugal, *op. cit.*, nota 22.

²⁶ Conclusiones XVI-1, Statement of Interpretation on article 12, *op. cit.*, nota 21.

con el artículo 12§2 de la CSER. Empero, cuando el Estado en cuestión no ha ratificado el Código Europeo de Seguridad Social, el CEDS realiza su propia evaluación del sistema de seguridad social para decidir sobre la conformidad con el referido artículo 12§2²⁷.

En lo concerniente a los artículos 12§3 de la CSE y de la CSER se consagra la obligación de las Partes contratantes de esforzarse por elevar de forma progresiva el sistema de seguridad social a un nivel superior. Puede darse el caso que la evolución positiva del sistema de seguridad social sea conforme a lo dispuesto en los artículos 12§3 de la CSE y de la CSER, incluso si el sistema de seguridad social no ha alcanzado los niveles requeridos en los dos primeros párrafos de los artículos 12 de ambos instrumentos normativos.

La expansión de esquemas, la protección contra nuevos riesgos y el aumento de las tasas de beneficios²⁸, son ejemplos representativos de la mejora en los sistemas de seguridad social tendientes a cumplimentar los artículos 12§3 de la CSE y de la CSER, cuyo carácter dinámico (reconocido por el CEDS desde sus primeras conclusiones)²⁹ obedece a la posibilidad de aceptar modificaciones en los sistemas de seguridad social, siempre que se tomen en consideración los siguientes requerimientos:

- La naturaleza de los cambios. Todo cambio en un sistema de seguridad social debe garantizar el mantenimiento de un sistema básico de seguridad social obligatorio que sea lo suficientemente extenso³⁰ (ámbito de aplicación, condiciones de concesión de derechos de emisión, importes de la prestación y plazos).
- Las razones dadas para los cambios (objetivos perseguidos) y el marco de la política social y económica de la que se derivan³¹.
- El contenido de los cambios introducidos (alcance, condiciones para otorgar el beneficio, nivel del beneficio, períodos, etc.)³². Ninguna modificación debe socavar la protección social efectiva de todos los miembros de la sociedad contra los riesgos sociales y económicos³³ o excluir

²⁷ Conclusiones XIV-1, Finland, [Consulta: 2 de octubre de 2018], disponible en <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["ConclusionsXIV-1,Finland"\],"ESCDcIdentifier":\["XIV-1/def/FIN/12/2/EN"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

²⁸ Conclusiones XVI-1, Statement of Interpretation on article 12, *op. cit.*, nota 21.

²⁹ Conclusiones I, Statement of Interpretation on Article 12.3, [Consulta: 29 de septiembre de 2018], disponible en <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["i"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["I_Ob_-45/Ob/EN"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

³⁰ Conclusiones XVI-1, Statement of Interpretation on article 12, *op. cit.*, nota 21.

³¹ Conclusiones XVI, Observación interpretativa, artículo 12§1, 12§2 y 12§3, *op. cit.*, nota 19.

³² *Idem*.

³³ Conclusiones XVI-1, Statement of Interpretation on article 12, *op. cit.*, nota 21.

- categorías enteras de trabajadores de la protección social ofrecida por el sistema de seguridad social³⁴ (categorías y número de personas afectadas, niveles de derechos de emisión antes y después de la alteración).
- La necesidad o importancia de la reforma (las categorías y el número de personas afectadas, la cantidad de beneficios antes y después de la modificación) y su adecuación en la situación que ha dado lugar a estos cambios³⁵.
 - La existencia de medidas de asistencia social para los que se encuentren en situación de necesidad como consecuencia de las modificaciones introducidas³⁶.
 - La expresión de los resultados que se obtengan con los cambios³⁷.
 - Todo cambio en un sistema de seguridad social debe garantizar el mantenimiento de un sistema básico de seguridad social obligatorio que sea lo suficientemente extensivo³⁸.
 - Las modificaciones no deben transformar el sistema de seguridad social en un sistema básico de asistencia social³⁹.
 - Que las restricciones o limitaciones a los derechos en el ámbito de la seguridad social sean justificadas y compatibles con la CSE y la CSER en la medida en que sean necesarias para garantizar el mantenimiento de un determinado sistema de seguridad social⁴⁰.
 - No puede ser un elemento a valorar en las restricciones de los derechos las crisis económicas de un país.

Las medidas que no respetan estos límites no pueden considerarse conformes con los artículos 12§3 de la CSE o de la CSER.

De acuerdo con los anteriores criterios, al igual que en el Sistema Universal de Derechos Humanos⁴¹, el CEDS ha determinado que en tiempos de cri-

³⁴ *Idem*.

³⁵ Conclusiones XVI, Observación interpretativa, artículo 12§1, 12§2 y 12§3, *op. cit.*, nota 19.

³⁶ Conclusiones XIII-4 Observación interpretativa artículo 12§3, [Consulta: 24 de septiembre de 2018], disponible en <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["ConclusiónXIII4"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclsión","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["XIII-4_Ob_-2/Ob/FR"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

³⁷ Conclusiones XVI, Observación interpretativa artículo 12§1, 12§2 y 12§3, *op. cit.*, nota 19.

³⁸ Conclusiones XVI-1, Statement of Interpretation on article 12, *op. cit.*, nota 21.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Conclusiones XIII-4, Statement of Interpretation on article 12§3, [Consulta: 30 de septiembre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["ConclusionXIII4"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["XIII-4_Ob_-2/Ob/FR"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

⁴¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que los poderes públicos tienen el deber de asegurar, en todo momento e incluso en épocas de

sis económica no debe existir una reducción en la protección de los derechos reconocidos por la CSE y la CSER. Por el contrario, los gobiernos deben adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que los derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más⁴².

Por último, para garantizar el respeto y acceso al derecho a la seguridad social de las personas que se desplazan entre Estados, los artículos 12§4 de la CSE y de la CSER imponen a las partes contratantes⁴³ la obligación de adoptar medidas unilaterales, legislativas, administrativas, acuerdos bilaterales y multilaterales apropiados para que sin perjuicio de las condiciones establecidas, se garantice la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de seguridad social. Por supuesto, que lo anterior requiere que los Estados eliminen todas las formas de discriminación de su legislación de seguridad social contra los extranjeros.

crisis, al menos el contenido esencial de los derechos, lo que ha abierto camino para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado en materia de derechos sociales.

⁴² Introducción general a las Conclusiones XIX-2, 2009, [Consulta: 11 de septiembre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["SOCIALSECURITY"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-XIX-2,2009-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>; Reclamación 76/2012 Federación de Pensionistas Asalariados de Grecia (IKA-ETAM) vs. Grecia, [Consulta: 11 de septiembre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["SOCIALSECURITY"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-78-2012-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>; Reclamación 77/2012, Federación Panhelénica de Pensionistas de la Servicio Público (POPS) vs. Grecia [Consulta: 11 de septiembre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["SOCIALSECURITY"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-77-2012-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>; Reclamación 78/2012, interpuesta por el Sindicato de Pensionistas del Personal Ferroviario de Atenas-Piraeus (ISAP) vs. Grecia, [Consulta: 11 de septiembre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["SOCIALSECURITY"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-78-2012-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>; Reclamación 79/2012, Federación Panhelénica de Pensionistas de la Empresa Pública de Electricidad vs. Grecia, Consulta: 11 de septiembre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["SOCIALSECURITY"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-79-2012-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>; y Reclamación 80/2012, Sindicato de Pensionistas del Banco Agrícola de Grecia (ATE) vs. Grecia, [Consulta: 11 de septiembre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["SOCIALSECURITY"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-80-2012-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

⁴³ El alcance del Artículo 12§4 se extiende a los trabajadores por cuenta propia, en comisión de servicios, los refugiados y los apátridas. Vid. Conclusions XIV-1, Turkey, article 12§4, [Consulta: 6 de octubre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["ConclusionsXIV-1,Turkey"\],"ESCDcIdentifier":\["XIV-1defTUR/12/4EN"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

Por consecuencia, al no encontrarse garantizada la igualdad de trato en la recepción de las prestaciones de seguridad social se contraviene los artículos 12§ 4 de la CSE y de la CSER. Además, conforme a los referidos artículos 12§4, en ningún caso, se justifica que la legislación nacional pueda reservar un beneficio de seguridad social de forma exclusiva para los nacionales o imponer condiciones adicionales o más restrictivas para los extranjeros.

De igual manera en la legislación nacional tampoco se puede estipular criterios de elegibilidad para beneficios de seguridad social que, aunque se aplican sin referencia a la nacionalidad, son más difíciles de cumplir para los extranjeros y, por lo tanto, los afectan en mayor medida⁴⁴. Sin embargo, la legislación puede requerir que se complete un período de residencia para las prestaciones no contributivas. A este respecto, los artículos 12§4 de la CSE y de la CSER exigen que cualquier período de residencia sea razonable⁴⁵ (residencia no excesiva). El CEDS ha calificado de excesiva la exigencia de diez años de residencia para acceder a una pensión de jubilación.

Por disposición de los artículos 12§4 de la CSE y de la CSER, los otros principios que han de observarse y respetarse son la conservación de los derechos adquiridos, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes; así como la concesión o derecho a la retención de mayores derechos mediante la agregación de empleo o períodos de seguro completados en el extranjero; el mantenimiento y el restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la totalización de los períodos de seguro, empleo o residencia completados de conformidad con el marco legal de cada una de las partes contratantes.

V. EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

De acuerdo con el preámbulo del Protocolo Adicional a la CSE de 9 de noviembre de 1995, la instauración del procedimiento de reclamaciones colectivas obedece a la necesidad de mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la CSE y reforzar la participación de los empresarios, trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales⁴⁶. Las principales características del procedimiento de reclamaciones colectivas son las siguientes:

⁴⁴ Conclusiones XIII-4, Statement of Interpretation on article 12, *op. cit.*, nota 40.

⁴⁵ Conclusiones 2004, Lithuania, article 12-4, [Consulta: 9 de octubre de 2018], <[⁴⁶ Preámbulo del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“fulltext”:[“Conclusions2004,Lithuania”],”ESCDcIdentifier”:[“2004/def/LTU/12/4/EN”],”ESCDcType”:[“FOND”,”Conclusion”,”Ob”]}></p></div><div data-bbox=)

- Este mecanismo se aplica solamente a los Estados partes del Protocolo de 1995 de la CSE.
- Las quejas pueden interponerse sin que se hayan agotado los recursos nacionales y sin que la organización querellante haya sido necesariamente víctima de la violación.
- La interposición de la reclamación colectiva puede tener un carácter preventivo, debido a que puede interponerse para que se dictamine sobre la conformidad o no de una norma o práctica con la CSE o la CSER.

Durante la sesión 1196 del Comité de Ministros celebrada los días 2 y 3 de abril de 2014 se determinó que los Estados que han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas sólo están obligados a presentar un informe simplificado cada dos años para evitar las fluctuaciones excesivas en la carga de trabajo del CEDS y hacer más operativo y simplificado el sistema de informes para los Estados que hayan aceptado el Protocolo de 1995.

Las organizaciones que están legitimadas para presentar reclamaciones colectivas son los interlocutores sociales europeos, como la Confederación Europea de Sindicatos (CES) en nombre de trabajadores; el Business Europe (anteriormente UNICE) y la Organización Internacional de Empleadores (IOE) en nombre de los empleadores, además de las organizaciones no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el CdE⁴⁷, cuya solicitud sea aceptada por el Comité Gubernamental, y los interlocutores sociales a nivel nacional. El Protocolo de 1995 establece que cualquier Estado contratante podrá reconocer el derecho de representación a organizaciones no gubernamentales (ONG) nacionales dentro de su jurisdicción para que puedan presentar quejas colectivas⁴⁸.

el 22 de junio de 1995 y abierto a la firma 9 de noviembre de 1995. Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995, [Consulta: 9 de octubre de 2018], <<http://www.junta-deandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/22671.pdf>>

⁴⁷ En julio de 2016, el Comité de Ministros adoptó la Resolución (2016) 3 sobre el estado participativo. Este ordenamiento establece las reglas para la concesión de estatus participativo a las ONG internacionales, brinda más información sobre los antecedentes del Estado, las condiciones que deben cumplir las ONG internacionales y las posibilidades que brinda a las ONG internacionales de cooperar con el Consejo de las OING. Europa. En la actualidad, 288 OING tienen un estatus participativo. Las ONG internacionales que gozan de un estatus participativo forman la Conferencia de ONG, quien representa a la sociedad civil en el Consejo de Europa y trabaja para promover la democracia participativa. Además de celebrar dos sesiones anuales al año, organiza eventos vinculados a las prioridades del Consejo de Europa.

⁴⁸ Hasta ahora solo Finlandia ha otorgado a las organizaciones no gubernamentales nacionales representativas dentro de su jurisdicción, el derecho a presentar quejas en su

Toda reclamación colectiva deberá presentarse por escrito en uno de los idiomas oficiales del CdE (inglés o francés) con la referencia al precepto o preceptos de la CSE o de la CSER aceptado/s y en qué medida se inobserva por el Estado. Al turnarse la reclamación colectiva al CEDS se pronunciará, en un principio, sobre su admisibilidad o no.

En tanto que al Estado en cuestión se le pide en primer lugar que presente por escrito observaciones respecto de la admisibilidad a trámite de la queja⁴⁹. El reclamante puede entonces ser invitado a contestar a las observaciones presentadas por el Estado. Sin embargo, el CEDS puede decidir también no hacer partícipes al Estado y al reclamante cuando la admisión o inadmisibilidad a trámite de la queja interpuesta sea notoria. La decisión sobre la admisión a trámite se publica en el sitio web del CEDS.

Una vez decretada la admisibilidad de la reclamación, el CEDS puede solicitar a las partes las aclaraciones, informaciones u observaciones escritas que procedan, así como organizar una audiencia con sus representantes⁵⁰. Existe la posibilidad de que, de oficio o a instancia de parte, se adopten de forma excepcional medidas inmediatas, con el propósito de evitar que se produzca un grave daño irreparable y con la finalidad de asegurar el respeto efectivo de los derechos reconocidos en la CSE y en la CSER.

Finalmente, el CEDS deberá adoptar una decisión sobre el fondo de la reclamación. Esta decisión incluye los motivos considerados, y puede que también las opiniones discrepantes. Las decisiones se transmiten entonces al Comité de Ministros del CdE, quien aprobará la resolución basada en la decisión del CEDS. Cuando en la recomendación se determina que la normativa no es acorde con el articulado de la CSE o de la CSER se invita a la adopción de medidas al respecto, por lo que el Estado demandado deberá informar sobre las medidas seguidas para dar cumplimiento a la decisión del CEDS.

Debido a su naturaleza colectiva, las quejas solo pueden plantear problemas de inconformidad de la legislación o de la práctica de un Estado con las disposiciones de la CSE o de la CSER. La reclamación 88/2012⁵¹ seguida por la Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales en contra de Finlandia es a este respecto ilustrativa. Según el dicho de la organización querellante, el Estado

contra. Declaration contained in a letter from the President of Finland, dated 21 August 1998, registered at the Secretariat General on 26 August 1998. Or. Engl.

⁴⁹ Artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, *op. cit.*, nota 46.

⁵⁰ Idem. Artículo 7.4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea.

⁵¹ Reclamación 88/2012, Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales vs Finlandia, [Consulta: 7 de octubre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["88/2012"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\],"ESCDcIdentifier":\["cc-88-2012-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

finlandés no ha mantenido el sistema de seguridad social a un nivel satisfactorio ni ha elevado de manera progresiva el sistema a un nivel superior, en contravención a los numerales 12§1, 12§2 y 12§3 de la CSE.

El CEDS al analizar el caso observó que, en el caso de Finlandia, el 50% de los ingresos medios equivalentes correspondían en 2013 a 970 euros por mes para una persona sola, y que el 40% de los ingresos medios equivalentes correspondían a 776 euros por mes durante ese mismo año. En tanto que la prestación mínima diaria de enfermedad en 2013 fue de 23,77€ a 59,4 euros mensuales, lo que era equivalente al 31% de la renta mediana equivalente.

Asimismo, el Comité observó que, después de aplicar el impuesto sobre la renta del 20%, la prestación mínima de enfermedad por mes era de 475 euros mensuales, lo que representaba tan sólo el 24% de los ingresos medios equivalentes que contrasta con el importe medio de la prestación de enfermedad pagada en 2012 que fue de 1.370 euros, que resulta superior al ingreso mediano equivalente en el año 2013⁵².

En lo concerniente a las prestaciones de maternidad y prestaciones de rehabilitación, el CEDS observó que el nivel de estas prestaciones fue el mismo que el beneficio por enfermedad y, por lo tanto, correspondía al 31% de la renta mediana equivalente antes de la aplicación de los impuestos y al 24% de la renta media equivalente después de impuestos⁵³. Respecto del subsidio de desempleo básico al ubicarse en 32,46 euros al día en 2013 representó el 36% del ingreso mediano equivalente⁵⁴. Al aplicar a esta última prestación los respectivos impuestos quedó en 558 euros mensuales en 2013, o sea, el 29% de los ingresos medianos equivalentes.

Por su parte, en el caso de la pensión de garantía al ubicarse en 738,82 euros en 2013, representó el 38% de la renta mediana equivalente. Es a partir de las anteriores cifras que el CEDS observó que al situarse el nivel de las prestaciones de la seguridad social por debajo del 40% del ingreso mediano equivalente, resultaban inadecuadas en el sentido del artículo 12§1 de la CSE, por lo que el CEDS no consideró el posible impacto de otras prestaciones complementarias como las prestaciones de asistencia social y la asignación de vivienda.

Y, por lo que hace al artículo 12§3 de la CSE, el Comité hizo referencia al examen de la situación en Finlandia en el contexto del procedimiento de presentación de informes durante el período de 2008-2011. Después de tomar nota de una serie de mejoras realizadas en el ámbito de la seguridad social durante el período de referencia, el CEDS llegó a la conclusión de que la situación en Finlandia era conforme al artículo 12§3 de la CSE, sin que los

⁵² Idem. Reclamación 88/2012, párrafos 68 y 69

⁵³ Idem. Reclamación 88/2012, párrafo 70.

⁵⁴ Idem. Reclamación 88/2012, párrafo 71

argumentos aducidos en la reclamación interpuesta justifiquen que el Comité llegue a una conclusión diferente.

Por su parte, en la reclamación 66/2011 presentada el 21 de febrero de 2011 por la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos Griegos (ADEDY) contra Grecia⁵⁵, ambos sindicatos reclamaron, por lo respecta al derecho de la seguridad social, que el artículo 74§9 de la Ley n.º 3863/2010 se limita a regular las prestaciones en especie por enfermedad, pero se excluye el reembolso de los gastos de prescripción, además de que la cobertura de la seguridad social contra los riesgos sociales y económicos que se otorgan a los menores que participan en contratos de aprendizaje especiales, a razón del 1%, resulta limitada y rudimentaria.

En este caso el Comité consideró que las alegaciones de los querellantes, en su contenido, se relacionaban con el artículo 12§3 y no con el artículo 12§2 como originalmente sostenían ambas organizaciones. Asimismo, el CEDS estableció que al ser limitada la protección contra los riesgos sociales y económicos representaba un deterioro del esquema de seguridad social, por lo que se incumplía con los criterios establecidos para ser compatible con el artículo 12§3 de la CSE.

A pesar del exíguo número de Estados que han aceptado el Protocolo de 1995, hasta la fecha los principales casos resueltos tienen que ver con impacto negativo de las crisis financieras y económicas en el disfrute de los derechos sociales fundamentales en Europa. Lo anterior se evidencia con las reclamaciones 76/2012⁵⁶; 77/2012⁵⁷; 78/2012⁵⁸; 79/2012⁵⁹ y 80/2012⁶⁰ interpuestas en contra de las políticas de austeridad instauradas por el gobierno de Grecia al aprobar la Ley n.º 3845 de 6 de mayo de 2010; la Ley n.º 3847 de 11 de mayo de 2010; la Ley n.º 3863 de 15 de julio 2010; la Ley n.º 3865 de 21 de julio de 2010; la Ley n.º 3896, de 1º de julio de 2011 y la Ley n.º 4024, de 27 de octubre de 2011. Las anteriores disposiciones normativas contemplaron las siguientes medidas⁶¹:

⁵⁵ Reclamación 66/2011 Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos Griegos (ADEDY) contra Grecia [Consulta: 7 de octubre de 2018], <[⁵⁶ Reclamación 76/2012, *op. cit.*, nota 42](http://hudoc.esc.coe.int/eng/##{“ESCDIdentifier”:[“cc-66-2011-dmerits-en”]}>]. La queja fue registrada el 21 de febrero de 2011.</p></div><div data-bbox=)

⁵⁷ Reclamación 77/2012, *op. cit.*, nota 42

⁵⁸ Reclamación 78/2012, *op. cit.*, nota 42

⁵⁹ Reclamación 79/2012, *op. cit.*, nota 42

⁶⁰ Reclamación 80/2012, *op. cit.*, nota 42

⁶¹ Mª Carmen SALCEDO BELTRÁN, “Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (número 22/2, Semestre 2013) 120-121.

- Recorte de las pensiones de base de los menores de cincuenta y cinco años en un 40% de la cifra que superaban los 1.000 euros, y para los que tenían esa edad o superior que cobraban una pensión por encima de 1.200 euros, la reducción aplicada fue la equivalente al 20% de la cifra que superara esa cuantía. En el caso de jubilación anticipada, la reducción fue de un 50% aproximadamente, y en el caso de pensionistas que cobraban dos pensiones, la reducción se aplicó en ambos beneficios.
- Disminución de las pensiones complementarias, conforme al sector y a la entidad aseguradora (caja) que las gestione. En concreto, respecto de las relacionadas con la función pública, se acordó que la reducción fuera del 20%, y en el caso de que, después de aplicarla, la pensión restante superara los 500 euros, se disminuyó en un 50% más.
- Reducción o supresión de las primas de las festividades de Navidad y Pascua, así como las primas de vacaciones reconocidas para los pensionistas o los beneficiarios de asistencia social. En concreto se suprimieron para los que tenían una pensión mensual superior a 2.500 euros, y se dejaron en 400 euros las pagas de Navidad y en 200 euros las primas de Pascua y verano respecto de los que cobraban menos de esa cuantía.
- Creación de una contribución general obligatoria, denominada de solidaridad, imputable a los pensionistas que cobraban por encima de los 1400 euros, por lo que la aportación oscilaba entre el 3% y el 14%, sin que la cuantía de la pensión pudiera ser inferior, después de aplicar la deducción, al umbral señalado. De manera adicional se instauró una contribución complementaria a la anterior, para los pensionistas menores de sesenta años, cuyo porcentaje fluctuó entre el 6% (pensiones entre 1700 y 2300 euros) y el 10% (pensiones superiores o iguales a 2.900 euros).
- Suspensión o reducción de las pensiones en caso de ocupación, cuando los pensionistas menores de cincuenta y cinco años que ejercían una actividad profesional no pudieran recibir una pensión de jubilación principal o complementaria. De superar esa edad, podían cobrarla con una disminución del 70% para asalariados no especializados y en un 50% para profesiones liberales y trabajadores independientes respecto de la cuantía que superaba en treinta días de salario.
- Disminución entre el 5% y el 20% de la prestación de solidaridad social para los pensionistas del sector privado⁶², además de la supresión o disminución de las prestaciones que se señalaron con anterioridad.

⁶² Este beneficio consiste en un subsidio no contributivo destinado a los pensionistas que tienen muy pocos ingresos como consecuencia de cobrar unas pensiones de jubilación o invalidez muy bajas, siendo su cuantía entre 230 y 57,50 euros, dependiendo de los ingresos.

Después de analizar las referidas reclamaciones colectivas, para el CEDS la crisis económica no debería generar la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la CSE, quedando los gobiernos obligados a tomar todas las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta originaria estén efectivamente garantizados en un período de tiempo en el que los beneficiarios requieren de una mayor protección⁶³. De acuerdo con el CEDS, el gobierno de Grecia no llevó a cabo el nivel mínimo de investigación y análisis sobre los efectos de medidas de alcance que son necesarias para evaluar de manera significativa su impacto total en los grupos vulnerables de la sociedad. Tampoco discutió los estudios disponibles con las organizaciones interesadas, a pesar de que representan los intereses de muchos de los grupos más afectados por las medidas en cuestión⁶⁴.

El CEDS ha considerado que existen otros mecanismos que son más adecuados para abordar las denuncias relativas a los efectos de la legislación impugnada sobre el derecho de propiedad de los pensionistas, y toda vez que el gobierno helénico tampoco procuró, como lo exige el artículo 12§3 de la CSE, mantener un nivel de protección suficiente en beneficio de los miembros más vulnerables de la sociedad, el CEDS concluyó que, debido al efecto acumulativo de las medidas restrictivas y de los procedimientos adoptados para su puesta en práctica, contenidas en las disposiciones normativas, el gobierno helénico infringe los artículos 12§3 y 31§1 de la CSE al modificar los regímenes pensionarios públicos y privados.

Cabe mencionar que el 23 de agosto de 2017 se registró la queja colectiva 156/2017, interpuesta por la Asociación Panhelénica de Pensionados del Grupo OTE Telecomunicaciones en contra Grecia. La organización querellante alegó que las leyes 4336/2015, 4387/2016 y 4472/2017 implementadas por el Estado griego, que introdujeron la reducción de ciertas pensiones y asignaciones, fueron adoptadas en contravención al artículo 12 en sus párrafos segundo y tercero de la Carta originaria. La queja registrada el 23 de agosto de 2017, se desechó por inadmisibles el 22 de marzo de 2018, porque el CEDS concluyó que se refería a la CSE de 1961 y al Protocolo Adicional de 1988, que al 23 de agosto de 2017 en se presentó la queja, no se encontraban vigentes para Grecia con motivo de la ratificación de la CSER el 18 de marzo de 2016 y su entrada en vigor el 1º de mayo de 2016.

Importante también ha sido la justiciabilidad indirecta del derecho de la seguridad social a partir del principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las

⁶³ Reclamación 79/2012, párrafo 70, *op. cit.*, nota 42.

⁶⁴ Reclamación 77/2012, párrafo 74, *op. cit.*, nota 42.

opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos de las personas. En este supuesto es de destacarse la reclamación colectiva 102/2013⁶⁵ interpuesta por la Asociación Nacional de Magistrados de Paz (ANGdP) en contra de Italia.

La ANGdP refirió que la legislación italiana no prevé la protección de la seguridad social en favor de los juzgados de paz (*giudici di pace*), lo que es contrario a los artículos E y 12§1 de la CSE, al existir discriminación para esta categoría de jueces honorarios en comparación con los jueces titulares y otras categorías de jueces legos, quienes cuentan con un sistema de seguridad social.

En vista de las tareas asignadas y desempeñadas, así como a la forma de su integración en el poder judicial, el CEDS consideró que las personas que desempeñan las funciones de justicia de paz, no constituyen una categoría homogénea en materia de seguridad social, sino de manera funcional son equivalentes a los magistrados titulares conforme al artículo 12§1 de la Carta originaria, por lo tanto, en la práctica, pueden disfrutar de la seguridad social en virtud de un régimen de pensiones, un contrato de trabajo o una actividad profesional autónoma⁶⁶.

Los argumentos que presentó el Estado italiano para justificar el trato diferenciado fueron: el procedimiento de selección, el mandato fijo, el trabajo a tiempo parcial, el servicio honorario, la remuneración mediante indemnización y el hecho de que las personas que desempeñan las funciones de justicia de la paz son designados como proveedores de servicios; mientras que los jueces titulares y las otras categorías de jueces legos, como los *giudici onorari aggregati*, desempeñan sus funciones de manera estable, continua y exclusiva.

El CEDS consideró que los argumentos vertidos por la parte demandada se refieren a meras modalidades de organización del trabajo y que, por lo tanto, no constituyen una justificación objetiva y razonable del trato diferenciado de las personas cuya equivalencia funcional ha sido reconocida⁶⁷, lo que provoca un trato diferenciado en materia de seguridad social que contraviene el artículo E en relación con el artículo 12§1 de la CSE⁶⁸.

⁶⁵ Reclamación 102/2013, Asociación Nacional de Magistrados de Paz vs Italia [Consulta: 6 de octubre de 2018], <[⁶⁶ Idem. Reclamación 102/2013, párrafo 77.](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“fulltext”:[“SOCIALSECURITY”],“ESCDcType”:[“FOND”,“Conclusion”,“Ob”],“ESCDcIdentifier”:[“cc-102-2013-dmerits-en”]}>. La queja fue registrada el 2 de agosto de 2013.</p></div><div data-bbox=)

⁶⁷ Idem. Reclamación 102/2013, párrafo 82.

⁶⁸ Idem. Reclamación 102/2013, párrafo 83.

De igual manera relacionada con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación se encuentra la queja colectiva 121/2016. En esta queja que se encuentra pendiente de resolución, la organización querellante, Equal Rights Trust (ERT) refiere que al modificarse en Bulgaria el 28 de julio de 2015 la Ley de Subsidios Familiares para Menores (FACA) viola la CSER en sus artículos 12 (derecho a la seguridad social), 16 (derecho a una protección social, jurídica y económica apropiada de la familia), 17 (derecho de los niños y jóvenes a una situación social, jurídica y económica adecuada; protección) en correlación con la cláusula de no discriminación establecida en el artículo E del mismo instrumento normativo.

Otras quejas colectivas que se encuentran pendientes de resolverse por el CEDS en los que se reclama la violación al derecho de la seguridad social son las siguientes⁶⁹:

Cuadro 1. Quejas colectivas pendientes de resolverse por el CEDS

Queja colectiva	Resumen
<p>Asociación Panhelénica de Pensionistas del Grupo OTE de Telecomunicaciones (PAP-OTE) vs. Grecia Queja n.º 165/2018</p>	<p>La denuncia se registró el 30 de abril de 2018. Se refiere a los artículos 12§2, 12§3 (derecho a la seguridad social) y 23 (derecho de las personas de edad a la protección social) de la CSER. PAP-OTE sostiene que a pesar de que la jurisprudencia del CEDS y de la jurisprudencia nacional ha declarado la legislación destinada a reducir las pensiones contraria a la Constitución helénica y a la CSER, Grecia no se ha ocupado del problema.</p>
<p>Sindacato autonomo Pensionati Or.SA vs. Italy Queja n.º 167/2018</p>	<p>La queja se registró el 11 de mayo de 2018. Se refiere a los artículos 12§3 (derecho a la seguridad social) de la Carta de 1961 y al artículo 4§1 (derecho de las personas de edad a la protección social) del Protocolo Adicional de 1988 a la Carta de 1961. El sindicato querellante alega que las disposiciones del artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 65/2015 y del artículo 1 (483) (e), de la Ley 147/2013 introducen medidas de regresión social injustificadas en materia de seguridad social.</p>

.../...

⁶⁹ Quejas pendientes del CEDS, [Consulta: 6 de octubre de 2018], <<https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/pending-complaints>>

.../...

Queja colectiva	Resumen
<p style="text-align: center;">Unione sindacale di base (USB) vs. Italia Queja n.º 170/2018</p>	<p>La queja se registró el 9 de agosto de 2018. Se relaciona con los artículos 1 (el derecho a trabajar), 4 (el derecho a una remuneración justa), 5 (el derecho de sindicación), 6§4 (el derecho de negociación colectiva – colectiva acción), 12 (el derecho a la seguridad social), 24 (el derecho a la protección en caso de despido) y E (no discriminación) de la CSER.</p> <p>En este caso, USB se queja del abuso de los contratos de trabajadores «socialmente útiles» por parte de los municipios y organismos públicos de Sicilia y Campania que contribuyen a hacer que la situación de estos empleados del sector público sea más precaria, lo que se traduce en la inobservancia de las referidas disposiciones de la CSER.</p>

En contraposición a lo expuesto, existen casos en los que el CEDS no ha declarado la transgresión del derecho a la seguridad social, dentro de éstos, se encuentra la queja 42/2007 interpuesta por la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) en contra de Irlanda⁷⁰. En esta reclamación registrada el 26 de febrero de 2007, la FIDH sostuvo que la negativa de las autoridades irlandesas a permitir el acceso de pensionistas no residentes, beneficiarios de la pensión irlandesa contributiva de vejez al Free Travel Scheme infringe las obligaciones de Irlanda contenidas en los artículos 12§4 y 23 de la CSER en combinación con el artículo E del mismo ordenamiento.

En la queja interpuesta, el CEDS observó que la prestación en cuestión no constituye un derecho legal que pueda asimilarse a los beneficios derivados de la legislación de seguridad social, por lo tanto, no existe violación al artículo 12§4 de la CSER.

Por su parte, en la queja 43/2007 presentada por el Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP) en contra de Portugal⁷¹, la denuncia tenía por objeto determinar si la exclusión de los miembros de la Fiscalía de

⁷⁰ Reclamación 42/2007 Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) vs. Irlanda, [Consulta: 4 de octubre de 2018], <[⁷¹ Reclamación 43/2007 Sindicato dos Magistrados do Ministério Público \(SMMP\) vs. Portugal, \[Consulta: 5 de octubre de 2018\], <\[Estudios de Deusto\]\(http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“ESCDIdentifier”:\[“cc-43-2007-dmerits-en”\]”}>. La queja fue registrada el 17 de abril de 2007</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“ESCDIdentifier”:[“cc-42-2007-dmerits-en”]”}></p>
</div>
<div data-bbox=)

los beneficios del Servicio de Bienestar Social del Ministerio de Justicia (SSMJ) por disposición del Decreto Legislativo n.º 212/2005, de 9 de diciembre de 2005 es coherente con la CSER. La SMMP afirmó que la situación en juego se trataba de una violación a los artículos 12§1, 12§2 y 12§3 de la CSER.

El CEDS al observar que parte de la queja se refería a los servicios de bienestar social, consideró que estaba fuera del alcance del artículo 12 de la CSER, y al no tener relación con los artículos 12§1 y 12§2 de la Carta revisada, pues la SMMP no reclamó que los cambios en el régimen de la seguridad social implementados por el Decreto Legislativo n.º 212/2005 coloquen al sistema de seguridad social portugués en un nivel insuficiente para ratificar el Código Europeo de Seguridad Social o que éstos constituirían un obstáculo para mantener dicho sistema, por consecuencia, la queja se refiere al artículo 12§3 de la CSER.

Si bien el Decreto Legislativo transfirió a los miembros del Ministerio Público del SSMJ al régimen general de salud aplicable a todos los funcionarios del Estado (ADSE), para el CEDS no hay una diferencia en el alcance material y las modalidades prácticas de los dos esquemas, y mientras ambos sistemas brinden un nivel de seguridad social lo suficientemente amplio, por consecuencia no existe contravención al artículo 12§3 de la CSER.

En el caso de la queja 50/2008 interpuesta por la Confédération française démocratique du travail (CFDT) en contra de Francia⁷² se alegó que las normas que rigen la disolución de las fuerzas civiles francesas con base en Alemania no garantizan de forma adecuada los derechos establecidos en la CSER en sus artículos 4 (derecho a una remuneración justa), 12 (derecho a la seguridad social), 18 (derecho a ocupar una ocupación remunerada en el territorio de otras Partes) y 19 (derecho de los trabajadores migratorios y sus familias a la protección y asistencia) en correlación con el artículo E del mismo ordenamiento. En concreto la CFDT impugnó la negativa de las autoridades francesas a conceder a los funcionarios civiles de las fuerzas francesas en Alemania el beneficio del artículo 6 del Decreto 70-79, de 27 de enero de 1970.

En lo concerniente a este caso, el Comité consideró que no es necesario examinar si las quejas presentadas por la organización querellante se encontraban en el ámbito de las disposiciones sustanciales invocadas como transgredidas, debido a que los denunciados se encontraban contratados bajo especiales condiciones de contratación que no pueden considerarse como discriminatorias.

⁷² Reclamación 50/2008 Confédération française démocratique du travail (CFDT) vs. Francia, en: [Consulta: 8 de octubre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"ESCD cIdentifier":\["cc-50-2008-dmerits-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>. La queja fue registrada el 1 de abril de 2008.

Respecto de la queja 73/2011 presentada por el Syndicat de Défense des Fonctionnaires (SDF) en contra de Francia⁷³, la organización sindical alegó que las normas sobre accidentes de trabajo se aplicaron incorrectamente, especialmente en lo que respecta al derecho de reconocimiento de un accidente de trabajo en caso de depresión o ansiedad. El sindicato expuso diversos ejemplos para sustentar que la referida deficiencia tiene consecuencias adversas para todos los funcionarios públicos y para los empleados reasignados de France Télécom y La Poste en particular.

Después de analizar el asunto, el CEDS por unanimidad consideró que a los funcionarios públicos, en general, y a los funcionarios de France Télécom y La Poste, en particular, no se les impide disfrutar del derecho al reconocimiento de los accidentes laborales (incluidos los causados por la depresión). Además, de que valdría la pena estudiar la aplicación práctica de las normas jurídicas de Francia sobre los accidentes del trabajo caso por caso. Las posibles críticas a la duración de los procedimientos judiciales y a las formas de compensación proporcionadas por parte de la SDF en los casos particulares que expone, no pueden conducir a la conclusión de que la situación jurídica es contraria al artículo 12 de la CSE.

El mismo razonamiento fue aplicado por el CEDS respecto de las deficiencias atribuidas por la SDF a las medidas relativas al acoso psicológico y la inversión de la carga de la prueba debido a la no incorporación de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 a la legislación francesa antes del 2 de diciembre de 2003.

Por su parte, en la reclamación colectiva 108/2014 presentada por la Sociedad finlandesa de derechos sociales en contra de Finlandia⁷⁴, la organización sostuvo que el Estado finlandés infringe el artículo 12§3 de la CSER al no mantener un sistema de seguridad social en un nivel satisfactorio y elevarlo de forma progresiva al nivel más alto. En lo esencial, la querellante reclamó que las prestaciones de desempleo para las personas de edad se han reducido de manera gradual y el nivel de la asignación básica así como la subvención del mercado laboral se encontraban por debajo de los requerimientos que exige la CSER.

La organización afirmó que, anteriormente, las personas de edad que quedaban desempleadas tenían derecho a una prestación por desempleo

⁷³ Reclamación 73/2011, Syndicat de Défense des Fonctionnaires (SDF) vs. Francia, [Consulta: 8 de octubre de 2018], <[⁷⁴ Reclamación 108/2014, Sociedad finlandesa de derechos sociales en contra de Finlandia \[Consulta: 3 de octubre de 2018\], <\[Estudios de Deusto\]\(http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“ESCDcIdentifier”:\[“cc-108-2014-dadmissandmerits-en”\]}>”. La reclamación fue registrada el 29 de abril de 2014.</p></div><div data-bbox=\)](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{“ESCDcIdentifier”:[“cc-73-2011-dmerits-en”]}>”. La queja se registró el 19 de julio de 2011.</p></div><div data-bbox=)

prolongada relacionada con las ganancias, si habían agotado su derecho a quinientos días de beneficios cuando la persona cumpliera cincuenta y cinco años de edad. Asimismo, la prestación de desempleo prolongada relacionada con las ganancias se abonaba hasta que la persona alcanzaba la edad de sesenta años, si a partir de ese momento le correspondía el derecho a una pensión de desempleo. Empero, entre 2011 y 2014 al modificarse el sistema de beneficios de desempleo, la pensión de desempleo quedó abolida, por lo que una persona desempleada ahora debe esperar hasta la edad de sesenta y tres años para recibir una pensión de vejez.

En el contexto de la presente queja, el CEDS consideró que aumentar el límite de edad para recibir ciertos beneficios y eliminarlos de manera gradual para los trabajadores más jóvenes puede ser legítimo, de acuerdo con la situación del empleo en el país, además de que para Finlandia, la prolongación de las carreras profesionales ha sido una de las cuestiones prioritarias en los últimos años, lo que condujo, entre otras cosas, a la introducción de una reforma integral de las pensiones con un plan de jubilación flexible.

Asimismo, el Comité consideró que las medidas denunciadas se introdujeron con el objetivo de mantener a los trabajadores de mayor edad en la fuerza de trabajo durante más tiempo, y no impiden que los miembros de la sociedad continúen disfrutando de una protección efectiva contra los riesgos sociales y económicos. Incluso el CEDS determinó que las medidas adoptadas fueron proporcionales al objetivo, en particular porque el límite de edad para recibir las prestaciones de desempleo prolongadas relacionadas con las ganancias es menor para los desempleados de más edad y aumenta de forma gradual para las generaciones más jóvenes.

A su vez, al observar el CEDS que las personas en Finlandia pueden recibir una pensión de vejez temprana a la edad de sesenta y tres años y una pensión completa a los sesenta y cinco años, encontrándose la prestación por desempleo disponible para todos por una duración de quinientos días (que excede la requerida por el Código Europeo de Seguridad Social), y que un período prolongado de protección sigue estando disponible para las personas de edad desempleadas que han agotado su derecho al seguro de desempleo, por consecuencia provoca que no exista violación al artículo 12§3 de la CSER.

A lo anterior se adiciona que en sus Conclusiones de 2013 el Comité consideró que la situación en Finlandia era conforme con el artículo 12§2 al abarcar las nueve ramas con un alcance personal satisfactorio, y que las pensiones relacionadas con los ingresos se habían mantenido en un nivel estable en relación con los salarios (la tasa de compensación neta era de alrededor del 65%), mientras que la tasa de compensación del seguro de desempleo era de alrededor del 60% de la retribución neta.

Otro ejemplo infructuoso lo constituye la reclamación colectiva n.º 120/2016 presentada por Fellesforbundet para Sjøfolk (FFFS) en contra

de Noruega⁷⁵. En este asunto el sindicato querellante denunció la contravención a las disposiciones del artículo 12 (derecho a la seguridad social) en correlación con la cláusula de no discriminación de la CSER, con motivo de la exclusión de los marineros españoles que trabajaban en buques de pabellón noruego de los regímenes de seguridad social por razón de su nacionalidad.

El Comité consideró que la cuestión objeto de la queja al relacionarse con la coordinación de los regímenes de seguridad social se encontraba dentro del alcance del artículo 12§4 de la CSE y de la reserva realizada a este numeral por Noruega, pues la situación denunciada surgió cuando este país estaba obligado por la Carta de 1961 (ratificada el 26 de octubre de 1962) y no por la Carta revisada (ratificada el 7 de mayo de 1997).

A pesar de que la Carta originaria no prevé ninguna cláusula de reserva, el Comité aceptó que las reservas son procedentes, cuando se han aceptado el número mínimo de disposiciones previstas en el artículo 20 de la Carta de 1961⁷⁶, siempre que no sean demasiado generales y no contravengan el objeto y propósito de la CSE, tal y como lo dispone el principio general de derecho internacional codificado en el artículo 19 c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Para el CEDS al determinar que la aceptación de Noruega a las disposiciones de la CSE se mantuvo por encima del mínimo y la reserva cumplía con las condiciones del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por consecuencia determinó que el Estado noruego no estaba obligada a conceder, en virtud de la Carta de 1961, los derechos de seguridad social a los marineros extranjeros no domiciliados en Noruega.

Por último, cabe mencionar la queja colectiva 113/2014 presentada por la Unione Italiana del Lavoro UIL Scuola–Sicilia en contra de Italia. En este asunto registrado el 14 de noviembre de 2014, el sindicato querellante alegó que las normas italianas de protección social, y en particular el Decreto interministerial n.º 83473, de 1 de agosto de 2014, sólo otorgaba a las empresas el derecho a recibir asistencia de la Cassa integrazione guadagni (fondo de despido), y excluía a los organismos de formación establecidos en la forma de asociaciones sin fines de lucro, en contravención a la CSER en sus artículos

⁷⁵ Reclamación 120/2016, Fellesforbundet para Sjøfolk (FFFS) vs Noruega, [Consulta: 3 de octubre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"ESCDcIdentifier":\["cc-120-2016-dadmiss-en"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

⁷⁶ Conclusiones XIV-1 (1998), Países Bajos, artículo 6§4, [Consulta: 4 de octubre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"ESCDcIdentifier":\["XIV-1/def/NLDANT/6/4/EN"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)> y Conclusiones VII (1981), Alemania, artículo 6§4, [Consulta: 1 de octubre de 2018], <[http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"fulltext":\["ConclusionVIIgermaby"\],"ESCDcIdentifier":\["VII/def/DEU/6/4/EN"\],"ESCDcType":\["FOND","Conclusion","Ob"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{)>

12 (derecho a la seguridad social), 25 (derecho de los trabajadores a la protección de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador) en combinación con la cláusula de no discriminación contenida en el artículo E del mismo ordenamiento.

Después de advertir que el sistema de prestaciones por desempleo en Italia establece varias categorías de prestaciones y cubre a todos los trabajadores del sector privado, mientras que los amortiguadores sociales sólo resultan aplicables a situaciones muy específicas e incluso, de acuerdo con las distintas reformas, se han introducido criterios más restrictivos para acceder a los mismos, con el objetivo final de reemplazar este régimen por un nuevo sistema de desempleo, el CEDS determinó que no se transgrede el artículo 12§1 de la CSE⁷⁷.

En lo concerniente al artículo 12§3 de la CSE, si bien la U.I.L. Scuola-Sicilia refirió que a 2650 personas del sector de capacitación siciliano se les negó el acceso a los beneficios de los amortiguadores sociales después de la adopción del Decreto Interministerial n.º 83473/2014, el CEDS decretó su imposibilidad para pronunciarse sobre la desproporción o exceso en el tratamiento de los amortiguadores sociales por excepción, toda vez que la parte reclamante no proporcionó información sobre el número total de operarios que tuvieron acceso a las medidas impuestas, tampoco detalló el porcentaje de esos 2650 trabajadores en comparación con todos los trabajadores en la región de Sicilia, ni la información sobre el contexto económico de los centros de capacitación, sus posibles dificultades económicas o el posible impacto de estas restricciones en los trabajadores de estos centros⁷⁸.

Además, en busca de una solución temporal, el Comité consideró que al haberse adoptado el Decreto interministerial n.º 90973/2015 en la región siciliana, se introdujo un aumento en los recursos asignados por excepción, lo que al permitir a las regiones extender la protección en el contexto de los amortiguadores sociales a una parte de los centros de capacitación⁷⁹, hace improcedente la violación del artículo 12§3 de la CSE.

VI. PROBLEMÁTICA DE LOS MECANISMOS DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Los sistemas de informes y de reclamaciones se complementan para lograr la justiciabilidad directa del derecho a la seguridad social. Empero al depender de la información que proporcionen las partes contratantes y ante la

⁷⁷ Reclamación 113/2014, *Unione Italiana del Lavoro UIL Scuola-Sicilia vs Italia*, [Consulta: 5 de octubre de 2018], <<http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-113-2014-dmerits-en>>

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Idem*.

falta de ejecutabilidad directa de las conclusiones y decisiones que emite el CEDS, ambos mecanismos de control dependen en gran medida de la voluntad política de los Estados, lo cual debilita la efectividad de los mismos.

A la fecha la CSE en su versión originaria y revisada no forman parte del derecho de la Unión Europea y ambos instrumentos internacionales son escasamente utilizados por el Tribunal de Luxemburgo al emitir sus fallos, a pesar de que ambos contienen el más completo catálogo de derechos sociales. Esto por supuesto ha contribuido al escaso diálogo que existe entre el CEDS y el Tribunal de Justicia de la UE como partes integrantes de los dos sistemas representativos de derechos humanos que coexisten en Europa.

A lo anterior se adiciona que en las reclamaciones colectivas, con excepción de Finlandia, los entes legitimados son las organizaciones sindicales gubernamentales, que en su mayoría, se especializan e interesan en los conflictos de índole laboral, por lo que se estima necesaria el conocimiento y resolución de peticiones individuales por parte del CEDS en los que exista una vulneración de todos los derechos sociales reconocidos en la CSE y en la CSER, lo cual fortalecería la justiciabilidad directa de este tipo de derechos y se evitaría el recurrir al complejo y prolongado sistema de denuncias individuales seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sólo permite reclamar las violaciones de derechos sociales en conexión con derechos sustantivos de corte individual y procedimental.

Es preciso que los derechos sociales cuenten con garantías adecuadas y efectivas que posibiliten su accionabilidad con la mayor prontitud posible, pues la mayoría de ellos son paliativos en casos de necesidad y para la realización del ser humano en su entorno individual y colectivo.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

GUIGLIA, G. «El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea: A propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales», *UNED, Revista de Derecho Público*, n.º 82, septiembre-diciembre 2011.

JIMENA QUESADA, L. «Defensa y garantía de los derechos sociales por el Consejo de Europa: Atención Especial al Comité Europeo de Derechos Sociales», en ALFONSO MELLADO, C. L. et al., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, España, 2014.

— «Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2012», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 20/2º, Semestre 2012.

SALCEDO BELTRÁN, M.^a C. «Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 22/2º, Semestre 2013.

- TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (versión consolidada), [Consulta: 22 de septiembre de 2018], disponible en <http://eur.lex.europa.eu/resource.htm?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF>
- CARTA SOCIAL EUROPEA, [Consulta: 30 de septiembre de 2018], disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934>>
- PROTOCOLO DE ENMIENDA A LA CARTA SOCIAL EUROPEA, DE 21 DE OCTUBRE DE 1991 [consulta: 29 de septiembre de 2018], disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1899.pdf?view=>>>
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA DE 1995 [consulta: 9 de octubre de 2018], <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccar/2_267_1.pdf>
- CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA, [Consulta: 11 de agosto de 2018], disponible en <<http://rm.coe.int/168047e013>>
- RECOMENDACIÓN 839 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1978 [consulta: 1 de octubre de 2018], disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/6650/files/E_CN.4_1333-ES.pdf>
- RESOLUCIÓN 2180 (2017). «El “proceso de Turin”: refuerzo de los derechos sociales en Europa», Asamblea Parlamentaria [Consulta: 24 de agosto de 2018], disponible en <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23993&lang=en>>
- CONCLUSIONES Y QUEJAS COLECTIVAS DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, en: [http://hudoc.esc.coe.int/eng/##{"ESCDcType"}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/##{).
- QUEJAS PENDIENTES DEL CEDS, en: <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/pending-complaints>.

LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS
PARLAMENTARIAS EN EL PROCEDIMIENTO
LEGISLATIVO. ANÁLISIS DEL *IUS IN OFFICIUM*
EN LA TRAMITACIÓN DE LAS
«LEYES DE DESCONEXIÓN» DE CATALUÑA*

*Rights of the parliamentary minorities in the legislative
procedure. Analysis of ius in officium in the parliamentary
procedure of disconnection rules of Catalonia*

José Carlos Nieto Jiménez
Universidad de Málaga¹
jcnieto@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp293-314](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp293-314)

Recibido: 10.12.2018

Aceptado: 21.06.2019

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Nieto Jiménez, José Carlos. 2019. «Los derechos de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo. Análisis del *Ius in Officium* en la tramitación de las “leyes de desconexión” de cataluña». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 293-314. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp293-314](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp293-314).

¹ Graduado en Derecho por la Universidad de Málaga (2018) y Máster en Derecho Constitucional CEPC-UIMP (2019). Este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de una beca de iniciación a la investigación de la Universidad de Málaga durante el curso 2017/18. Constituye una versión ampliada, completada y actualizada de la comunicación que con mismo título fue presentada en el II Congreso Nacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Jurídicas, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el 20 y 21 de septiembre de 2018. Agradezco al profesor Ángel Rodríguez sus útiles recomendaciones para la realización de este trabajo.

Resumen

La tramitación parlamentaria de la Ley del referéndum y de la Ley de transitoriedad supuso el inicio de una nueva etapa del «conflicto catalán». Con la aprobación de estas normas de desconexión se consumó el desafío al Estado español y especialmente al Tribunal Constitucional, que había prohibido por cuestiones de fondo la tramitación de iniciativas como las que nos ocuparán. El paso por el Parlamento de estas normas estuvo protagonizada por la actuación la mayoría (absoluta) independentista que cercenó derechos esenciales y articuladores del *ius in officium* de los diputados de la oposición minoritaria. Estudiaremos qué concretos derechos y facultades fueron vulneradas y como el Tribunal Constitucional, con más o menos acierto, protegió los mismos.

Palabras clave

Cataluña; derecho de enmienda; Derecho Parlamentario; desconexión; dictamen; *ius in officium*; minorías; oposición; procedimiento legislativo; reglamento parlamentario; tramitación parlamentaria; Tribunal Constitucional.

Abstract

As the Referendum Law and «Transitoriedad» Law were passed by the Catalanian Parliament, a new period of the «catalan conflict» began. The approval of these disconnection laws entailed a challenge against the Spanish State and, especially, against the Spanish Constitutional Court, as it had expressly forbidden the parliamentary approval of such pieces of legislation due to substantive issues. The implementation of these laws was conducted by the pro-independent absolute majority of the Catalanian Parliament and it was characterised by the undermining of the basic political rights, i.e. *ius in officium*, of the remaining members from minority parties that constituted the opposition. This paper will focus on the specific rights and powers that were violated during the conflict and how the Spanish Constitutional Court attempted to protect them.

Keywords

Catalonia; Constitutional Court; disconnection; *ius in officium*; judgement; legislative procedure; minorities; opposition; parliamentary law; parliamentary procedure; parliamentary rules; right of amendment.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL *IUS IN OFFICIUM*. 1. *El artículo 23.2 CE y el ius in officium de los diputados*. 2. *Minorías parlamentarias*. III. LA TRAMITACIÓN DE LAS PROPOSICIONES DE LEY EX. ART. 81.3 RPC. IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA TRAMITACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO EMPLEADO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de las «leyes de desconexión» durante el Pleno del Parlamento de Cataluña que tuvo lugar los días 6 y 7 de septiembre de 2017 fue, a nuestro juicio, el ejemplo más evidente de ruptura y desafío al Estado español y sus instituciones que por parte de los partidarios de la independencia de Cataluña se había dado hasta el momento.

Nos centraremos en la tramitación parlamentaria de las proposiciones de ley del referéndum, por un lado, y de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, por otro, pretendiendo comprobar si la tramitación de sendas iniciativas en el breve plazo de 48 horas comportó la vulneración de algún derecho fundamental reconocido a los diputados autonómicos en la oposición². Para ello, en primer lugar, analizaremos el art. 23.2 de la Constitución Española (CE), por ser el derecho fundamental en él reconocido el que pudo verse menoscabado a causa del extraordinario procedimiento empleado. Tras ello, examinaremos qué ocurrió durante las sesiones plenarias en las que se aprobaron las proposiciones de ley, para terminar concluyendo si existió o no vulneración de los derechos de los diputados en tanto que cargos representativos.

II. EL *IUS IN OFFICIUM*

1. *El artículo 23.2 CE y el ius in officium de los diputados*

Durante las sesiones plenarias celebradas los días 6 y 7 de septiembre de 2017 en el Parlamento de Cataluña el principal argumento esgrimido por los diputados de la oposición que tomaron la palabra para expresar su rechazo a los procedimientos que la mayoría llevaba a cabo no era otro que el de la vulneración de sus derechos como tales parlamentarios. Esta, posteriormente acreditada por el Tribunal Constitucional (TC), vulneración de los derechos de los representantes durante los debates de las «leyes de ruptura» nos

² La rapidez con la que se pretendía sustanciar la tramitación de las iniciativas responde a que no hubiera una impugnación del Gobierno y por ende una suspensión por el TC antes de que fueran aprobadas.

conduce hasta el art. 23 de la Constitución, concretamente a su segundo apartado, donde, como veremos, encuentran valor y protección constitucional esos derechos que se consideraban menoscabados³.

El art. 23.2 CE señala que «asimismo, tienen derecho (los ciudadanos) a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». De este segundo apartado nos interesa conocer que conlleva ese derecho a acceder a los cargos públicos.

Lo primero que hemos de estudiar es si en la noción de «cargo público» podemos encontrar comprendidos a esos diputados del Parlamento de Cataluña que consideraban menoscabados sus derechos fundamentales. La primera idea de cargo público la encontramos construida por el Tribunal Constitucional (TC) en una serie de pronunciamientos que recayeron con ocasión del examen de constitucionalidad del art. 11.7 de la Ley de elecciones locales en los que, tras interpretar de manera sistemática los dos apartados del art. 23 CE, entendió que los cargos públicos a los que se refiere el segundo apartado del art. 23 CE son los cargos de representación política⁴.

De una manera más clara y directa podemos encontrar los verdaderos rasgos definitorios de la noción de cargo público representativo en la STC 23/1984, de 20 de febrero. Basándose en la conexión existente entre los dos apartados del art. 23 CE y en el art. 10.2 CE en relación con el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos concluye que los cargos públicos a los que alude el art. 23.2 CE son los cargos de representación política, que «son

³ Como ejemplo del argumento central sostenido por los diputados de la oposición podemos señalar algunas de las manifestaciones recogidas en el Diario de Sesiones (Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, serie P, n.º 80, correspondiente al 6 de septiembre de 2017): «Para conseguir los objetivos políticos que se plantean, que pueden ser legítimos, deciden hacer saltar por los aires todos los procedimientos y garantías democráticas, los derechos de las minorías parlamentarias, y más importante que el derecho de los diputados y diputadas *per se* es el hecho de que lo son en tanto que representantes de los ciudadanos y ciudadanas...» (palabras pronunciadas por el diputado Ferran Pedret del PSC, recogidas en la pág.10); «lo que hoy se nos plantea es la suspensión de los derechos y las garantías de los parlamentarios, y, por tanto, de la ciudadanía que representamos, previstos en el Reglamento, en la Ley del Consejo de Garantías Estatutarias y en el propio Estatuto de Autonomía» (palabras pronunciadas por el portavoz de CSQP Joan Coscubiela, recogidas en la p. 11).«Nosotros no podemos participar en una votación que, de hecho, lo que hace es certificar la pérdida de los derechos de los diputados y grupos de la oposición» (palabras pronunciadas por el presidente del GPSC, Miquel Iceta, recogidas en la p. 17).

⁴ El artículo mencionado, que fue declarado inconstitucional, pretendía ligar la permanencia en un determinado partido a la titularidad del escaño. En este sentido pueden consultarse, entre otras, las SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 10/1983 de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo o la 28/1984, de 28 de febrero. (Pérez Alberdi 2013: 49 y 50).

los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución –Comunidades autónomas, municipios y provincias» (F.J 4)⁵.

Una vez sabemos que los diputados autonómicos pueden insertarse dentro del ámbito de aplicación del derecho fundamental contemplado en el art. 23.2 CE convendría recordar la íntima conexión existente entre los dos apartados del artículo 23 CE. Así, «los cargos públicos representativos son los que dan efectividad al derecho de participación política de los ciudadanos (...) de manera que los representantes son el instrumento a través del cual se realiza el derecho a participar en los asuntos públicos de los ciudadanos» (Pérez Alberdi 2013: 51). Este dato importante para conocer mejor los rasgos definitorios del derecho de acceso a los cargos públicos que estamos tratando puede completarse con las notas de la representación política, la elección y el acceso a órganos del Estado tanto de la Administración central como de las Administraciones territoriales (García Roca 1999: 42).

No podemos perder de vista en el marco de las características que rodean a este derecho fundamental que nos encontramos ante un derecho de configuración legal. Así, el legislador regulará los aspectos relativos al ejercicio del derecho pero debiendo en todo caso respetar el límite impuesto por el contenido esencial del mismo. Algunos autores entienden que lo que se esconde detrás de la expresión «derecho de configuración legal» no es más que «el especial apoderamiento que el constituyente quiso hacer en el legislador a la hora de la delimitación del contenido del derecho constitucionalmente garantizado» (Pulido Quecedo 1992: 58). Además, el derecho contemplado en el art. 23.2 CE es un derecho de naturaleza no sustantiva. Con ello se pretende poner de manifiesto que el Texto Fundamental no constitucionaliza un concepto sustantivo de cargo público, sino que tal sustantividad debe buscarse en la normativa reguladora del cargo en cuestión (Pulido Quecedo 1992: 66).

⁵ El art. 25 PIDCP dispone que: «Todos los ciudadanos gozarán, (...) de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país». Por su parte, el art. 21 DUDDH señala que: «Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto».

Sin embargo, de una interpretación literal y poco profunda del art. 23.2 CE poco sentido encuentra traer a colación este precepto en relación a la vulneración de sus derechos que los diputados del Parlamento de Cataluña alegaban. Por ello y para entender el porqué de centrarnos en el señalado precepto constitucional hemos de dejar ya a un lado el tenor literal del mismo y comprobar cómo la doctrina y la jurisprudencia han ido hallando en el artículo toda una serie de derechos y garantías que, ahora sí, cobran sentido en relación con las protestas de los diputados catalanes durante los días 6 y de septiembre.

El TC en su Sentencia 5/1983, de 4 de febrero, ya vino a expresar la idea según la cual en el contenido del derecho a acceder a cargos públicos también podemos encontrar el derecho de permanecer en ellos «porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido», es decir, el derecho de *acceder* comprende el de *permanecer*. Esta doctrina fue completada en la STC 32/1985, de 6 de marzo en la que se señala que esa permanencia de la que hablábamos a su vez comprende la posibilidad de *desempeñar* el cargo acorde con lo dispuesto en la ley, la cual ha de respetar el contenido esencial del derecho reconocido *ex art. 23.2 CE* (Pulido Quecedo 1992: 74 y 75). Por tanto el contenido del derecho vendría integrado por el acceder al cargo público, permanecer en el mismo y ejercer las funciones que comporta.

Es la facultad de desempeñar el cargo público el contenido implícito de ese derecho del 23.2 CE la que mayor repercusión va a tener a nivel jurisprudencial, concretamente en lo que tiene que ver con la construcción jurisprudencial del *ius in officium*. Será aquí y en relación con esta facultad implícita del derecho fundamental, donde más concretamente cobre protagonismo la posible vulneración de los derechos de los diputados autonómicos catalanes en la oposición.

En este sentido, la consideración de que dentro del ámbito de protección del derecho fundamental del art. 23.2 CE se puede incluir el ejercicio de los derechos, deberes y facultades consustanciales a las funciones representativas del Parlamento como concreción de la más genérica facultad de desempeñar el cargo ha sido argumentada por el Tribunal Constitucional a partir de dos premisas.

La primera pasa por tener presente la noción de que el representante político es el instrumento que da funcionalidad al derecho del art. 23.1 CE y por ende un menoscabo de las facultades que le asistieren al diputado en el desempeño de tal cargo no supondría sino una simultánea vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos de los ciudadanos, que en caso contrario quedaría vacío de contenido.

El segundo argumento nos lleva a recordar que el derecho explícito del art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, rasgo que el TC como vimos extendió a la facultad implícita de desempeñar el cargo. Corresponde

pues a la ley, debiendo entender incluidos a estos efectos a los reglamentos parlamentarios, determinar cuáles sean los concretos derechos y facultades que asisten al diputado en el desempeño del cargo representativo. Una vez creados, esas facultades y derechos pasarán a conformar lo que denominamos *ius in officium* del cargo representativo, dotando de una importante herramienta a los diputados, como es el recurso de amparo que permite acudir directamente al TC cuando esos derechos y facultades, en última instancia surgidos del art. 23.2 CE, sean ignorados o menoscabos por los órganos parlamentarios, no olvidando que ello serviría no sólo para proteger el derecho del representante sino también el derecho del art. 23.1 CE.

Ahora bien, hay que tener presente que «no toda lesión de la legalidad del *ius in officium* creado por los reglamentos parlamentarios supone una lesión del derecho fundamental (...) pues únicamente tienen relevancia constitucional aquellas actuaciones de los órganos parlamentarios que o bien comporten un tratamiento desigual o discriminatorio o bien impidan o coarten derechos o facultades de los representantes que pertenezcan al núcleo de la función parlamentaria» (Pérez Alberdi 2013: 59). En este sentido, el TC ha ido delimitando cuáles son los derechos, deberes y facultades de los diputados que poseen esa relevancia. A los efectos de comprobar posteriormente si algunos de los derechos, deberes o facultades que entraron en juego durante las sesiones parlamentarias de los días 6 y 7 de septiembre son merecedores de incardinarse dentro del núcleo de la función parlamentaria y cuya lesión por ende permitiría entender conculcado un derecho fundamental es ya necesario señalar que entre esos derechos merecedores de relevancia en el seno de la función parlamentaria se encuentra el derecho a presentar enmiendas⁶.

Este derecho no es ni mucho menos el único que se comprende en el núcleo del cargo representativo. Así, se entiende que el derecho de palabra y de propuesta «son los polos en torno a los cuales gira la vida parlamentaria a los que cabría añadir el derecho a participar en los trabajos o actividades parlamentarias y el de acceder a los cargos electivos parlamentarios». De ese derecho al uso de la palabra nace el derecho del parlamentario a intervenir en los debates. Del derecho de propuesta surge el derecho de intervención, el de presentar enmiendas antes referido, de votar e interpelar, preguntar o presentar mociones como instrumento de control al Gobierno (Pulido Quecedo 1992: 320 y 321).

Por tanto, en la esfera de protección del art. 23.2 CE situamos el acceder y permanecer en el cargo público, por un lado, y el ejercicio de los derechos, deberes y facultades inherentes a la condición de cargo público representativo que nos ocupa, por otro. Ello lo conectamos con la naturaleza de

⁶ SSTC 23/1990, de 15 de febrero; 118/1995, de 17 de julio; 27/2000, de 31 de enero y AATC 118/1999, de 10 de mayo y 35/2001, de 23 de febrero.

configuración legal que el derecho del 23.2 CE posee, teniendo presente la idea que es tarea de la ley (incluyendo los reglamentos parlamentarios) concretar esos derechos y facultades del diputado que pasarían a configurar el *ius in officium* de su cargo, que pone a disposición de los diputados una valiosa herramienta para acceder directamente al TC solicitando el amparo cuando esos derechos y facultades sean menoscabados por los órganos parlamentarios⁷. Hemos conocido también que no todo acto parlamentario que afecte a su actividad va a repercutir en el derecho reconocido *ex art. 23.2 CE*. Más allá de la pura y simple infracción de un precepto del Reglamento de la Cámara nosotros centramos la atención en la ignorancia o menoscabo de los derechos integradores del núcleo más esencial de la función parlamentaria para poder hablar así de lesión constitucional.

2. Minorías parlamentarias

Las consideraciones hasta el momento realizadas pretenden circunscribirse a los diputados que conforman las llamadas «minorías parlamentarias». Así, por vincular nuestro estudio a la cobertura constitucional de que disponen los diputados integrados en la oposición, realizamos las siguientes consideraciones al respecto de las minorías parlamentarias.

En un Estado democrático como el nuestro, si bien existe un principio mayoritario que hace que los más, independientemente del partido político al que pertenezcan, sean quienes terminen decidiendo, no debemos dejar de lado al principio minoritario que lleva a incorporar a los menos en el proceso de adopción de decisiones. En él, con altas dosis de probabilidad, los menos no lograrán imponer sus posturas y puede que ni siquiera sean determinantes para la adopción final de la decisión. Sin embargo, como exigencia del valor igualdad y del valor libertad, al menos, debe respetarse su intervención en la deliberación, a fin de dotar de calidad a la misma.

Esta idea de poder poner de manifiesto las distintas opiniones en el seno del proceso deliberativo hace que ese principio mayoritario del que empezábamos hablando deje paso a otro más elemental como sea el del pluralismo. El intercambio de opiniones que viene dado por ese poder participar de las minorías en el debate permite en última instancia legitimar la decisión final,

⁷ Se trata del recurso de amparo contemplado en el art. 42 LOTC, vía natural de protección del derecho de acceso y permanencia en los cargos parlamentarios. El precepto dispone que «las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes».

la cual no será vista ya como una imposición de la mayoría, sino como fruto de una confrontación de opiniones previa en el que todas las partes estén en un plano de igualdad. Así, «el Estado democrático ha de ser un estado inclusivo (...) involucrando a todos los participantes, con independencia de la opción que defiendan y de su relevancia numérica, en las distintas fases del procedimiento y no sólo en el momento último de la votación» (Requejo Rodríguez 2000: 30).

Dicho esto, consideramos apropiado tomar como referencia el concepto de minoría que se basa en el que se considera el único criterio posible, esto es, el numérico. Así, debe entenderse por minorías «aquellas fuerzas políticas que gracias al apoyo de los electores desarrollan su actividad en el ámbito parlamentario en una posición de inferioridad numérica» (Requejo Rodríguez 2000: 33). Nos referimos pues a aquellas fuerzas políticas que tras haber participado en un proceso electoral, en el que otros partidos han conseguido más escaños, se sitúan en una posición de inferioridad numérica en las Cámaras.

En el caso del Parlamento de Cataluña, durante la XI Legislatura, los grupos abiertamente independentistas (Junts pel Sí y la CUP) sumaban 72 escaños de 135 que componen la Cámara. De esta manera dos partidos que se habían presentado a las elecciones con el firme objetivo de declarar la independencia y que impulsaron la tramitación y finalmente aprobación de las «leyes de ruptura» superaban la mayoría absoluta de la Cámara. El resto de grupos: Ciudadanos, PSC, PPC y Cataluya Sí Que Es Pot⁸ sumaban 63 escaños situándose de este modo en esa posición de inferioridad numérica de la que hablábamos anteriormente.

En el caso que nos ocupa, la merma de derechos de los diputados de la oposición afecta principalmente al derecho a presentar enmiendas y solicitar dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias. En relación al primero cabe destacar que la posibilidad de presentar enmiendas no es sino la opción que queda a las minorías que de otro modo no pueden participar en la iniciativa legislativa. Tras la presentación de las enmiendas se abre una fase de deliberación, clave en el Estado democrático. Como veníamos diciendo, el que las minorías participen en esa fase de debate sirve «para que la regla mayoritaria se legitime a través de la implicación en el procedimiento de unas minorías que saben que, al dar a conocer sus ideas pueden influir, bien en la decisión que se adopte, bien en los ciudadanos» (Requejo Rodríguez 2000: 97).

En conclusión, en un Estado democrático el derecho que tienen las minorías a que sus posturas sean expuestas y discutidas es esencial, en íntima

⁸ En este grupo encontramos tanto a diputados que critican la tramitación de las leyes, como a diputados que apoyan su tramitación e incluso su aprobación. Se trata de un grupo con grandes tensiones internas que se refleja en la división existente a la hora de votar.

conexión con el valor del pluralismo y la calidad del Parlamento (López Aguilar 1991: 168). Así, garantizar la supremacía de la Constitución lleva irremediablemente a garantizar que, en los ámbitos parlamentario y jurisdiccional, «las minorías nunca van a ser sojuzgadas por unas mayorías que, en ningún caso, podrán erigirse en titulares del poder soberano» (Requejo Rodríguez 2000: 165).

III. LA TRAMITACIÓN DE LAS PROPOSICIONES DE LEY EX ART. 81.3 RPC

A fin de poder concluir si los diputados de los grupos minoritarios del Parlamento de Cataluña vieron vulnerado el derecho fundamental que el art. 23.2 CE les reconoce y una vez expuestos los anteriores planteamientos teóricos, hemos de analizar los aspectos más controvertidos que rodearon la tramitación parlamentaria de las proposiciones de ley del referéndum de autodeterminación⁹, por un lado y de transitoriedad jurídica y fundacional de la república¹⁰, por otro.

La proposición de ley del referéndum de autodeterminación mediante la que se pretendía dar cabida y otorgar seguridad jurídica al que habría de ser celebrado de manera subsiguiente a su aprobación fue presentada en el Registro General del Parlamento de Cataluña el día 31 de julio de 2017 por los Grupos de Junts pel Sí y la CUP¹¹. La iniciativa fue firmada por todos los diputados integrados en los grupos parlamentarios proponentes a excepción de los que eran miembros de la Mesa¹².

⁹ La «proposición de ley del referéndum de autodeterminación» fue publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, n.º 500, de 6 de septiembre de 2017.

¹⁰ El texto de la «proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república» fue publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, n.º 507, de 7 de septiembre de 2017.

¹¹ Durante la XI Legislatura los Grupos parlamentarios de Junts pel Sí y de la CUP conforman las dos principales fuerzas independentistas con presencia en el hemiciclo.

¹² Con ello se busca poner en marcha el mecanismo de la declaración de urgencia a que se refiere el art. 105.1 RPC, que señala que para que la Mesa pueda acordar que un asunto sea tramitado por el procedimiento de urgencia, este debe haber sido solicitado por el Gobierno, tres grupos o por una quinta parte de los diputados (como se cumple en este caso). Lo que solicitan los diputados proponentes, a través de la invocación del art. 105.4 RPC es la tramitación de la proposición de ley por un procedimiento que no puede calificarse solo de urgencia sino de urgencia extraordinaria. El tenor literal de los apartados tercero y cuarto del art. 105 RPC es el siguiente: «3. La declaración de urgencia comporta la reducción a la mitad de los plazos fijados con carácter ordinario. 4. Los plazos a que se refiere el apartado 3 pueden reducirse todavía más si lo acuerda la Mesa del Parlamento».

La segunda de las iniciativas legislativas que nos ocupan, la proposición que se convertiría en Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república y que pretendía servir de norma fundamental y diseñar las líneas maestras de la Cataluña independiente a formar en caso de la victoria del sí en el referéndum de autodeterminación, fue presentada el 28 de agosto en el Registro General del Parlamento de Cataluña por los Grupos de Junts pel Sí y la CUP en forma de proposición de ley. A diferencia de la proposición de ley del referéndum tan sólo fue suscrita por los presidentes de los grupos proponentes, la portavoz de Junts pel Sí y tres diputados de la CUP¹³.

Por su parte, el artículo 37.3 d) del Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPC) señala como una de las funciones de la Mesa del Parlamento la de admitir o inadmitir a trámite los escritos y documentos de naturaleza parlamentaria. Con este propósito, el órgano rector de la cámara se reunió de manera extraordinaria a las 09.00 horas del día 6 de septiembre de 2017 para proceder a debatir sobre la admisión a trámite de la proposición de ley del referéndum. El texto de la proposición fue admitido a trámite accediendo a su tramitación por la vía de urgencia extraordinaria con los votos favorables de los miembros de Junts pel sí y Catalunya Sí Que Es Pot¹⁴. Inmediatamente después, minutos antes de las 10.00 a.m., fue publicado el texto de la iniciativa en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (BOPC).

Precisamente esta publicación centrará uno de los principales argumentos que defendió la oposición durante el debate que se llevó a cabo en la sesión plenaria. Ocurrió que la publicación fue materializada por cuatro miembros de la Mesa, los cuatro diputados de Junts pel Sí presentes en el órgano. Los diputados de la oposición defendieron que el Secretario General se negó a ordenar la publicación y que por tanto al no existir fedatario público que la certificara carecía de eficacia al vulnerarse lo establecido por el art. 42.1 RPC¹⁵.

Puesto que el TC en su Sentencia 114/2017, de 17 de octubre, en la que declara inconstitucional y nula la ley del referéndum y en la que analiza la tramitación parlamentaria de la norma, nada considera al respecto del incidente surgido sobre la publicación, consideramos lo siguiente: si bien el

¹³ Es decir, la proposición de ley de transitoriedad jurídica no incluye la solicitud de su tramitación por el procedimiento de urgencia ni menos por el de urgencia extraordinaria.

¹⁴ Durante la XI Legislatura la Mesa del Parlamento, formada por 7 miembros, estaba integrada por 4 miembros de Junts pel Sí, 1 de Ciudadanos, 1 del PSC y otro de Catalunya Sí Que Es Pot.

¹⁵ Según el cual: «La Mesa del Parlamento se reúne convocada por el presidente y está asesorada por el secretario general o por el letrado que lo sustituye, el cual redacta el acta de las sesiones y se ocupa, bajo la dirección del presidente, de la ejecución de los acuerdos».

artículo 42.1 RPC señala que es el Secretario General el que tiene la competencia para ejecutar los acuerdos que se adopten en la Mesa no es menos cierto que esta competencia ha de ejercitarse, a tenor del mismo precepto, «bajo la dirección del Presidente» por lo que en todo caso queda supeditado el ejercicio de esta competencia a la decisión última del Presidente, sin que se pueda considerar que el precepto atribuye mayor autonomía decisoria al Secretario General. Es más, el artículo 112 RPC señala que es la Mesa, como tal órgano, la que «dispone» la publicación de las proposiciones de ley que hayan sido admitidas a trámite por la misma. Por todo ello, entendemos que no existe óbice alguno para entender ajustado al Reglamento el hecho de que sea la propia Mesa la que asuma como propia la labor de la publicación y no haga uso de ese «valerse de alguien» para proceder a la misma.

Respecto de la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, cabe señalar que fue admitida a trámite por la Mesa de la Cámara en una reunión que tuvo lugar al filo de la una de la madrugada del ya 7 de septiembre con los votos favorables de los diputados de Junts pel Sí, la abstención del representante de Catalunya Sí Que És Pot y el voto negativo del representante de Ciudadanos y el PSC¹⁶. En dicha reunión también se acordó la publicación de la iniciativa.

Dicho esto, nos centramos en lo acontecido durante las sesiones plenarias de los días 6 y 7 de septiembre donde podemos incardinar los acontecimientos que, y ya avanzamos algo nuestras conclusiones, dieron lugar a la vulneración del derecho fundamental que el art. 23.2 CE reconoce a los diputados.

El Pleno convocado para los días señalados no contemplaba en su orden del día la sustanciación de trámite alguno relacionado con las proposiciones de ley que nos ocupan¹⁷. Sin embargo, las mismas marcarían el devenir de las sesiones celebradas aquellos días. Esto fue así porque las portavoces de los grupos parlamentarios de Junts pel Sí y la CUP (signatarios e impulsores de las proposiciones de ley) solicitaron la celebración de dos votaciones.

Con la primera se pretendía alterar el orden del día para incluir como nuevo punto el debate y votación de las proposiciones de ley que escaso tiempo antes la Mesa había calificado, admitido a trámite y publicado. Por su

¹⁶ El TC en su Sentencia 124/2017, en la que, como también se verá, declaró inconstitucional y nula la norma, señala en su fundamento jurídico sexto a) que se acordó en la reunión de la Mesa la tramitación «por el procedimiento de urgencia extraordinaria». No obstante, hay que matizar que como consta en publicación de la iniciativa no fue solicitado por parte de los diputados firmantes de la proposición su tramitación por el procedimiento mencionado, cuya aplicación sí que se pretendía con la proposición de ley del referéndum.

¹⁷ En este sentido, consultar Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, serie P, n.º 80, correspondiente al 6 de septiembre de 2017, así como <https://www.parlament.cat/document/altres-publicacions/232287.pdf>

parte, con la segunda votación, se buscaba el respaldo del Pleno para pasar directamente al debate y votación de las proposiciones, eliminando así del procedimiento de aprobación de las iniciativas los trámites ordinarios contemplados en el Reglamento. Estas dos votaciones fueron solicitadas al amparo del art. 81.3 RPC¹⁸.

Habida cuenta de que el art. 81.3 RPC se tornó en eje central de las discusiones que tuvieron lugar durante las sesiones plenarias, cobrando un igual protagonismo a lo largo de este trabajo, es necesario poner de manifiesto en este texto la literalidad del precepto señalado, que es la siguiente:

«El orden del día del Pleno puede ser alterado si este lo acuerda, a propuesta del presidente o a petición de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los miembros del Parlamento, y cuando así lo obliga el cumplimiento de una ley. Si debe incluirse un asunto, este debe haber cumplido los trámites reglamentarios que lo permiten, salvo un acuerdo explícito en sentido opuesto, por mayoría absoluta».

Cabe destacar que la solicitud de la votación que legitimaría la exención de los trámites ordinarios que debe seguir toda proposición de ley incluía la concesión para poder, en el plazo de dos horas, presentar enmiendas al articulado (no de totalidad) de las iniciativas, concesión formulada por los grupos proponentes que no encuentra cabida alguna en el Reglamento ya que el artículo 37.3 RPC señala que ha de ser la Mesa quien, en su caso, lo ordene.

Ante tales pretensiones los grupos no firmantes de las proposiciones tomaron la palabra de manera sucesiva para oponerse a la tramitación pretendida y señalar las vulneraciones que comportaba, según su modo de entender¹⁹. Las críticas y protestas de la oposición, las cuales suscribimos plenamente, se centraron en los siguientes aspectos:

En primer lugar se señaló la vulneración del art. 82 RPC toda vez que no se respetaron las 48 horas mínimas que en él se indican para poder iniciar un debate si no se ha distribuido como mínimo en ese plazo la documentación

¹⁸ Los preceptos del Reglamento del Parlamento de Cataluña que mencionamos a lo largo del texto se corresponden con la versión del mismo vigente durante la celebración de las sesiones plenarias de los días 6 y 7 de septiembre de 2018. Ocurre que por Resolución de 26 de julio de 2017 fue aprobada una reforma del Reglamento (<https://www.boe.es/caa/dogc/2017/7421/f00001-00013.pdf>) que modificó un importante número de artículos del mismo. Como consecuencia de ello, la numeración de los preceptos se alteró. Así por ejemplo el art. 81.3 RPC en el que se centra nuestro estudio se corresponde con el actual art. 83.3 RCP. La versión actualizada a junio de 2018 puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.parlament.cat/document/cataleg/165484.pdf>

¹⁹ Estos son los Grupos parlamentarios de Ciudadanos, PSC, Catalunya Sí Que Es Pot y PPC.

necesaria²⁰. Es evidente que este plazo y por ende este artículo se ignoró porque la admisión a trámite y publicación de la iniciativa acababa de tener lugar escaso tiempo antes²¹.

En segundo lugar, los grupos minoritarios consideraron vulnerado su derecho a solicitar dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) en el que este pudiera pronunciarse sobre la adecuación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) de las iniciativas²².

Por su parte, la tercera vulneración del derecho de los diputados a desempeñar las facultades que el Reglamento les atribuye se concretó en la imposibilidad de presentar enmiendas a la totalidad. Tan sólo pudieron presentarse enmiendas al articulado y durante el breve plazo de dos horas.

Por todo ello, los grupos de la oposición plantearon varias solicitudes de reconsideración centradas en la admisión a trámite de las iniciativas, la propuesta de alteración del orden del día y la exención de trámites esenciales en el procedimiento legislativo. Estas solicitudes fueron rechazadas por una Mesa de mayoría soberanista²³.

²⁰ La literalidad del artículo es la que sigue: «no puede iniciarse una discusión si, como mínimo, dos días antes no se ha distribuido el informe, el dictamen o la documentación que debe servir de base para el debate, salvo acuerdo de la Mesa del Parlamento o de la comisión en sentido opuesto (...)».

²¹ La Presidenta no lo creyó así argumentando que si por un acuerdo de la Mesa ese plazo de 48 horas puede obviarse, el Pleno, como órgano supremo, también podría acordar tal cosa. Según esta interpretación, el Pleno, como órgano supremo (art. 71.1 RPC), en cualquier caso podría ejercer las competencias que el RPC de manera expresa atribuye a la Mesa. Es decir, aceptar el argumento de la Presidenta sería tanto como abrir la posibilidad de que el Pleno, sin necesidad de motivar sus decisiones, asumiera como propias funciones expresamente atribuidas a la Mesa por el Reglamento.

²² Este derecho trae causa del propio Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuyo art. 76.2 b) señala que «el CGE puede dictaminar, en los términos que establezca la ley, sobre la adecuación al presente Estatuto y a la Constitución (...) de las proposiciones de ley sometidas a debate y aprobación del Parlamento...». Por su parte, el art. 16.1 b) de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias señala que «el CGE dictamina sobre la adecuación al Estatuto y a la Constitución de... las proposiciones de ley sometidas a la aprobación del Parlamento...». En este supuesto del art. 16.1 b) están legitimados para pedir el dictamen dos grupos, una décima parte de los diputados y el Gobierno. Será la Mesa la que deba acordar la admisión o inadmisión a trámite de la solicitud.

Llamativo cuanto menos es el argumento esgrimido por la portavoz de Junts Pel Sí que invoca el art. 81.3 RPC para defender la exclusión del trámite de solicitud de dictamen al CGE: «que se haga sin las solicitudes de informe al Consejo de Garantías porque la ley de transitoriedad claramente supera el marco estatutario y el marco constitucional». Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, serie P, n.º 81, correspondiente al 7 de septiembre de 2017, p. 54.

²³ Pese a que el rechazo de las reconsideraciones se había producido, los grupos intentaron sin éxito tener en su poder el texto de la resolución adoptada por la Mesa en ese senti-

Antes de proceder a las votaciones planteadas, la Presidenta hizo partícipe al plenario de la advertencia que el Secretario General y el Letrado Mayor habían hecho llegar a la Mesa en el sentido de que el punto que se pretendía incluir en el orden del día podía estar afectado por las resoluciones interlocutorias del Tribunal Constitucional²⁴. Pese a ello los grupos proponentes decidieron seguir adelante con la tramitación.

Finalmente, el resultado afirmativo de la primera votación permitió la alteración del orden del día en el sentido propuesto. Por su parte, la segunda de las votaciones, la que pretendía suprimir todos los trámites ordinarios a excepción de los de calificación, admisión a trámite y publicación (los cuales ya se habían producido), la presentación de enmiendas al articulado durante dos horas²⁵ y el debate y votación de las mismas, también contó con el respaldo de la mayoría absoluta independentista.

Así, aprobada la alteración del orden del día y la exclusión de todos los trámites reglamentarios a excepción de los mencionados y una vez debatidas las enmiendas al articulado que en el plazo de dos horas pudieron presentarse (mientras se sustanciaban los restantes puntos del orden del día del Pleno), las proposiciones de ley fueron sometidas a votación²⁶ resultando aprobadas y dando lugar a la Ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación y a la Ley 20/2017 de transitoriedad jurídica y fundacional de la república²⁷.

do. Es lógica esa petición desde el momento en que el Reglamento en su artículo 38.3 exige que la resolución de la Mesa respecto de la propuesta de reconsideración sea motivada. Pese a ello el debate de forma siguió desarrollándose en el Pleno con el objetivo puesto en realizar las dos votaciones propuestas por los grupos signatarios de la proposición.

²⁴ STC 259/2015, de 2 de diciembre, que resuelve la impugnación formulada por el Gobierno de España contra la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña; ATC 141/2016, de 19 de julio, por el que se estima el incidente de ejecución de la STC 259/2015 planteado por el Gobierno de España en relación con la Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña, de 20 de enero de 2016, de creación de comisiones parlamentarias; ATC 24/2017, de 14 de febrero, por el que se estima el incidente de ejecución de la STC 259/2015, ATC 141/2016 y ATC 170/2016 planteado por el Gobierno de España en relación con la Resolución 306/XI del Parlamento de Cataluña, de 6 de octubre de 2016, sobre la orientación política general del Gobierno.

²⁵ No obstante, habría que considerar esta posibilidad de enmendar parcialmente el texto como un «privilegio» otorgado por la portavoz del grupo que intentó y en sus propias palabras «garantizar los derechos de los grupos parlamentarios». En este sentido confrontar con el Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, serie P, n.º 81, del 7 de septiembre de 2017, p. 54.

²⁶ En esta votación final del texto de las iniciativas no participaron los grupos de Ciudadanos, PSC y PPC.

²⁷ Publicadas, respectivamente, en el BOPC, n.º 501, de 6 de septiembre y n.º 508 de 8 de septiembre.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA TRAMITACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO EMPLEADO

Los primeros y más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de la aprobación de las «leyes de desconexión» los podemos encontrar en la STC 114/2017 de 17 de octubre y en la STC 124/2017 de 8 de noviembre, en las que se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las normas aprobadas. Siguiendo con nuestro propósito de saber si durante la tramitación de las iniciativas se dio algún vicio que permitiera invalidar el procedimiento, cabe destacar que obviar o vulnerar los artículos que regulan el procedimiento legislativo puede permitir calificar de inconstitucional la ley de que se trate «cuando se altere con ello, de modo sustancial, el proceso de formación de voluntad en el seno de las cámaras»²⁸. Nos centraremos en tres aspectos de la tramitación que cumplen esta condición.

Por lo que se refiere a la imposibilidad de los grupos minoritarios de presentar enmiendas a la totalidad a las proposiciones de ley y el breve plazo con el que contaron para presentar enmiendas al articulado cabe señalar que para nosotros constituye la primera de las vulneraciones del derecho al ejercicio del cargo que garantiza el art. 23.2 CE. Precisamente, por ser el derecho de enmienda una concreción del derecho fundamental reconocido en aquel artículo (Redondo García 1997: 385) y ser un instrumento al servicio del valor pluralismo político debiera haber sido objeto de mayor atención por el Tribunal. No se trata aquí de estudiar la naturaleza de derecho de configuración legal del art. 23.2 CE, como parece hacer el Alto Tribunal en su STC 114/2017, de 17 de octubre, al despachar la imposibilidad de presentar enmiendas con que se encontraron los diputados con la siguiente reflexión: «la ordenación de las facultades de enmienda de los representantes corresponde a los reglamentos parlamentarios, sin que sea identificable principio constitucional que imponga que en todo procedimiento legislativo deba existir, necesariamente, un trámite para la presentación de enmiendas a la totalidad». (F.J. 6º, C). El RPC contempla sobradamente la facultad de presentar enmiendas²⁹. Se trata de enjuiciar la vulneración de una facultad, que,

²⁸ STC 114/2017, de 17 de octubre, (F.J. 6º, A). Sin olvidar la importancia que la doctrina del TC viene atribuyendo al escrupuloso respeto de los preceptos encargados de regular el procedimiento legislativo, hasta el punto de concluir que el no atender a los mismos puede suponer viciar de inconstitucionalidad la ley cuando a través de esta inobservancia se altere de manera sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las cámaras. Por todas las resoluciones en este sentido, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1.a); 103/2008, FJ 5; 176/2011, de 8 de noviembre, FJ 4; 84/2015, de 30 de abril, FJ 4; 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 5.b); 213/2016, de 15 de diciembre, FJ 3; y 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5.b).

²⁹ El art. 115 RPC otorga a los diputados y grupos parlamentarios un plazo de diez días para presentar enmiendas a la totalidad a la proposición de ley presentada y admitida

reglamentariamente prevista, se integra en el status del cargo público de naturaleza representativa.

La segunda actuación que tuvo lugar en los plenos del 6 y 7 de septiembre que coartó un derecho de los representantes que situamos en el núcleo esencial de la función parlamentaria nos conduce hasta el hecho según el cual los diputados no pudieron contar con la información necesaria que servía de base al debate con una antelación mínima de 48 horas (art. 82 RPC). Como recuerda la sentencia, en el derecho a desempeñar el cargo representativo también podemos encontrar garantizado el poder hacerlo en «iguales condiciones de acceso al conocimiento de los asuntos», sin que puedan quedar privados, «del tiempo necesario para el estudio en detalle de los mismos»³⁰.

Por tanto, se constata la vulneración de dos derechos de los diputados que situamos en el núcleo esencial de la función representativa que los diputados asumen, hablamos del derecho de enmienda y del que busca que los diputados conozcan, con la antelación suficiente, la información de relevancia para tratar el asunto de que se trate³¹.

La tercera vulneración de una facultad de los diputados situada en el núcleo esencial de la función parlamentaria se concretó en la imposibilidad de iniciar el trámite de solicitud de dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias a fin de que este se pronunciara sobre la adecuación de las iniciativas a la Constitución Española y al Estatuto de Autonomía de Cataluña, antes de que fueran votadas. Esta imposibilidad fue fruto de que la mayoría absoluta del Pleno, esgrimiendo lo señalado en el art. 81.3 *in fine*, aprobó eliminar entre otros trámites del procedimiento este derecho de los diputados que trae causa del propio EAC. Por ello, negar la posibilidad, mediante una votación en el Pleno de la Cámara, de dar inicio al procedimiento para solicitar dictamen al Consejo no puede considerarse sino como un ataque a la «integridad del propio procedimiento legislativo y a la vez de los derechos de los representantes a ejercer esta concreta facultad que la Ley les

a trámite. Por su parte el art. 118 RPC señala que «una vez finalizado el plazo para solicitar las comparecencias de las organizaciones y los grupos sociales, o cuando estas ya se han celebrado, los diputados y grupos disponen de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas al articulado de los proyectos y proposiciones de ley».

³⁰ STC 114/2017 de 17 de octubre (F.J. 6º, C).

³¹ Al hilo de la reflexión que realiza el TC según la cual «no siempre la reducción de plazos y abreviación de tiempos para los actos parlamentarios constituye un ilícito, y menos aún con relevancia constitucional» consideramos que, en nuestro caso, la Mesa en ningún caso veló por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad que en el seno de las previsiones excepcionales deben primar. Por ello, la abreviación de tiempos que se produjo si tiene relevancia constitucional, quedando afectado el art. 23.2 CE al ser los diputados privados de dos funciones nucleares del *ius in officium* de los parlamentarios.

confiere y que se incorpora a su estatus jurídico-constitucional»³². Una solución intermedia hubiese pasado por no incluir el posible dictamen del CGE en la votación de la exención de los trámites, es decir, respetar el derecho de los diputados a iniciar el procedimiento de solicitud de dictamen y que la Mesa, en su caso, motivadamente, hubiese inadmitido la solicitud *ex art. 26.1 LCGE*³³.

Una vez considerada la vulneración que tuvo lugar en el Pleno del Parlamento de Cataluña durante la aprobación de las «leyes de desconexión» de tres derechos de los diputados situados en el núcleo más esencial del *ius in officium* a ellos reconocido es el momento de analizar si el procedimiento en el que incardinamos estas vulneraciones concretas es merecedor a su vez de algún reproche de inconstitucionalidad. Examinamos, entonces, la *infracción directa o inmediata* más genérica, por englobar en su seno otras dotadas de relevancia constitucional. Nos centramos pues en la utilización del art. 81.3 RPC como vía a través de la que fueron tramitadas y aprobadas las proposiciones de ley que nos ocupan.

Lo dispuesto en el art. 81 RPC con casi idéntica literalidad y similar contenido material lo contempla el Reglamento del Parlamento de Cataluña desde su versión del año 1980 en el art. 61.4 RPC, no habiendo sido modificado en ninguna de las múltiples reformas que ha sufrido la norma. Por su parte, el art. 98.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) permite, igualmente, alterar el orden del día del Pleno a petición de los Grupos. Lo que sí exige, sin posibilidad de que la mayoría absoluta pueda levantar ese

³² STC 114/2017 de 17 de octubre (F.J. 6, D).

³³ De hecho, esta solución que planteamos llegó a darse toda vez que aunque el Pleno había aprobado excluir del procedimiento el inicio del trámite de solicitud de dictamen, el GPSC se dirigió a la Mesa, buscando superar el primer filtro del procedimiento, la cual llegó a examinar la solicitud, que inadmitió. Ello daría lugar a la STC 10/2018, de 5 de febrero y a la STC 27/2018, de 5 de marzo en la que se estimó el recurso de amparo del GPSC, declarando vulnerado su derecho del art. 23.2 CE. No obstante, destacamos que no compartimos la remisión que hacen ambas sentencias, copiando literalmente sus fundamentos, a la STC 114/2017. En esta sentencia, cuyos razonamientos acabamos de compartir, todas las consideraciones que se contienen en relación a la supresión de la posibilidad de pedir dictamen están referidas al acuerdo que la mayoría absoluta del Pleno adopta y que como ya hemos analizado supone sin lugar a duda una vulneración del derecho de los diputados. Ocurrió que al margen de que el Pleno aprobó (sin cabida legal) la eliminación del procedimiento para solicitar el dictamen, el Grupo Parlamentario Socialista se dirigió a la Mesa, dando inicio así al procedimiento que se encaminaba a superar lo que hemos llamado primer filtro. La Mesa, en un acto de incoherencia con lo que la mayoría absoluta independentista acababa de aprobar, accedió a examinar la petición de dictamen del Grupo Socialista. La Mesa inadmitió a trámite la solicitud y sin entrar a valorar las razones políticas que le pudieron llevar a ello, hemos de considerar que esta inadmisión a trámite si tiene cabida legal, en el art. 26.1 LCGE.

requisito, es que el asunto que se incluya haya cumplido los trámites reglamentarios que así lo permitan³⁴.

Dicho esto, en relación a la aplicación del art. 81.3 RPC realizamos las siguientes consideraciones:

En primer lugar, consideramos invocado y aplicado de manera correcta el primer inciso del artículo, que permite, a petición de dos grupos, alterar el orden del día. Como hemos visto no supone ninguna innovación, contemplado en otros reglamentos parlamentarios³⁵.

En segundo lugar, no consideramos correctamente interpretado y por ende aplicado la parte del precepto que, en principio, permite por mayoría absoluta eliminar determinados trámites parlamentarios. La literalidad del precepto, recordamos, es la siguiente: «Si debe incluirse un asunto, este debe haber cumplido los trámites reglamentarios que lo permiten, salvo un acuerdo explícito en sentido opuesto, por mayoría absoluta».

En ningún caso se está permitiendo a la mayoría absoluta decidir que trámites del procedimiento legislativo van a existir o no, de lo que se está hablando es de la posibilidad de excluir, si así lo decide la mayoría absoluta, ciertos trámites previos a que se inicie el procedimiento legislativo en sí, que creemos van referidos a cuestiones netamente formales alejadas en todo caso de trámites que pudieran incluirse en el núcleo de la función representativa como terminó ocurriendo en nuestro caso³⁶. Tal vez la redacción contenida en el art. 98.3 RCD sea más clara en este sentido.

Así, si bien entendemos que está correctamente incluido en el orden del día *ex* art. 81.3 RPC el debate de las proposiciones de ley del referéndum y de transitoriedad (al margen de que por cuestiones materiales iniciativas de esa índole no debieron ser tramitadas), en ningún caso puede aceptarse que el inciso que sigue en ese mismo apartado fuera utilizado para trasladar una

³⁴ El precepto dispone lo siguiente: «1. El orden del día del Pleno puede ser alterado por acuerdo de éste, a propuesta del Presidente o a petición de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los miembros de la Cámara (...) 3. En uno y otro caso, cuando se trate de incluir un asunto, éste tendrá que haber cumplido los trámites reglamentarios que le permitan estar en condiciones de ser incluido».

³⁵ Como afirma Fernández Cañueto (2018, 230), «no parece ser manifiestamente inconstitucional que a través del art. 81.3 RPC se pueda modificar el orden del día para incluir el debate y votación de una proposición de ley, afirmación esta que bien puede ser ampliable a todos aquellos preceptos de los demás reglamentos parlamentarios cuyo contenido sea similar».

³⁶ Así, consideramos que los trámites a los que se refiere el art. 81.3 RPC son principalmente los recogidos en el art. 113 donde se contempla por ejemplo la necesidad de contar, antes de poder incluir la toma en consideración de una proposición de ley en el orden del día, con la expresa conformidad del Gobierno en caso de que suponga aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios.

supresión, que creemos pensada para trámites previos al comienzo de la tramitación legislativa propiamente dicha, a trámites nucleares del procedimiento legislativo y más que esenciales en lo que respecta al *ius in officium* de los diputados.

La ausencia de regulación posterior a la inclusión de un asunto en el orden del día *ex. art.* 81.3 RPC unida a la interpretación interesada que se mantuvo respecto del precepto condujo, como en efecto señala el Tribunal, a la articulación de un procedimiento *ad hoc* por parte de la mayoría parlamentaria³⁷.

En relación a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al hilo de este aspecto del art. 81.3 RPC no compartimos que desde el primer momento de aplicación del precepto la mayoría se «sirvió de él para improvisar y articular *ad hoc* un insólito cauce...»³⁸. En todo caso, el procedimiento creado por la mayoría comenzó una vez el asunto ya fue incluido en el orden del día a través del art. 81.3 RPC. Para el Tribunal, este precepto «no consiente tal operación». Esta consideración la realiza el Tribunal en mitad de un razonamiento en el que está mezclando los hechos producidos y sin distinguir los dos incisos del art. 81.3 RPC. Así, el «no consiente tal operación» debiera referirse al ya criticado hecho de eximir trámites que el precepto no permite eliminar pero no es predicable a la operación misma de incluir un nuevo punto en el orden del día.

Dicho esto, compartimos todas aquellas críticas del Tribunal que van dirigidas a considerar que una vez incluido el asunto *ex art.* 81.3 RPC debería haberse iniciado un procedimiento legislativo concreto de los contemplados en el Reglamento pues «sólo entonces, incoado ya y en marcha el procedimiento, serían también identificables los trámites realizados y los aún pendientes y la posibilidad o no de omitir o excluir fundadamente algunos de estos últimos para la incorporación del asunto a un orden del día del Pleno, posibilidad que en modo alguno puede decirse ilimitada».

Por tanto, si la clave está en que no es el art. 81.3 RPC el idóneo para continuar la tramitación del asunto incorporado, en tanto que no abre la puerta a ningún procedimiento legislativo *strictu sensu*, hubieran podido salvarse estos reproches con la solicitud de tramitar las proposiciones por el

³⁷ En efecto, en ningún caso «ni el art. 81.3 RPC ni ningún otro precepto que desarrolle la alteración del orden del día en los demás reglamento parlamentarios, habilita para que a su través la mayoría parlamentaria cree un procedimiento legislativo *ad hoc* gracias al cual posteriormente se puedan tramitar proposiciones de ley, pues es imprescindible que se desarrolle por alguna de las vías previstas en el propio Reglamento, que esté incoado, que haya cumplido los trámites reglamentarios previos que lo permiten y que no queden excluidos aquellos otros que son imprescindibles en cualquier tipo de procedimiento legislativo» (Fernández Cañueto 2018: 230)

³⁸ STC 114/2017 de 17 de octubre (F.J. 6º, C).

procedimiento de lectura única, una simple invocación a este procedimiento que hubiese permitido echar abajo las tachas de que la mayoría «innovó el RPC mismo». Sin embargo, la reforma del RPC aprobada en el 26 de julio de 2017 que entre otros artículos modificaba el del procedimiento de lectura única había sido recurrida ante el TC. En efecto, el art. 135.2 RPC relativo a esa vía, estaba suspendido por providencia del Tribunal de 31 de julio de 2017 al tiempo en el que hubiera sido favorable para los grupos su aplicación los días 6 y 7 de septiembre³⁹.

Así, los grupos de la mayoría sabían que con la redacción previa a la reforma del Reglamento no era posible tramitar por lectura única las proposiciones sin contar con el apoyo del resto de los grupos. Por ello, prefirieron obviar la referencia a este trámite, cuyos requisitos de aplicación no se reunían y optar por interpretar de manera retorcida el art. 81.3 RPC haciéndolo parecer la puerta de inicio de un procedimiento legislativo, lo que se aleja bastante del espíritu del precepto y de «cualquiera de las vías previstas como *numerus clausus* en el RPC»⁴⁰.

V. CONCLUSIONES

En consonancia con todo lo dicho hasta el momento concluimos lo siguiente:

1. Durante la tramitación parlamentaria de las proposiciones de ley del referéndum y de transitoriedad se vulneraron tres derechos elementales de las minorías parlamentarias, que, por formar parte del núcleo esencial del cargo representativo de naturaleza parlamentaria nos permiten apreciar la vulneración del derecho reconocido en el art. 23.2 CE y por ende, una lesión constitucional. Estos derechos son: El derecho a presentar enmiendas a la totalidad y el derecho a presentar

³⁹ El nuevo artículo 135.2 RPC surgido de la reforma del Reglamento aprobada el 26 de julio de 2017 señala que: «El grupo parlamentario promotor de una proposición de ley puede solicitar su tramitación por el procedimiento de lectura única. Corresponde al Pleno acordarla, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces o a iniciativa de esta, siempre que la proposición cumpla los requisitos de habilitación establecidos por el apartado 1». El Tribunal Constitucional dictó el 29 de noviembre de 2017 una sentencia interpretativa en la que se dispone que «no es inconstitucional el art. 135.2 RPC, interpretado en los términos establecidos en el fundamento jurídico 8, en el sentido de que su redacción no significa que excluya la posibilidad de articular un trámite de proposición de enmiendas y debate sobre ellas». En ese fundamento mencionado el Tribunal reconoce que el silencio que guarda el precepto respecto del trámite de enmiendas no supone que se prescinda de él; sino que debe entenderse como falta de una expresa previsión normativa.

⁴⁰ STC 114/2017 de 17 de octubre (F.J. 6, C).

enmiendas al articulado en un plazo razonablemente superior al concedido, el derecho a contar con toda la información y documentación necesaria con la antelación debida y el derecho a iniciar el trámite para interesar del CGE un dictamen sobre la adecuación de las normas a la CE y al EAC.

En cuanto a la vía empleada para tramitar las iniciativas señalamos que:

2. El art. 81.3 RPC, en tanto que permite alterar e incluir un nuevo punto a debate y votación fue aplicado adecuadamente.
3. En el momento de sustanciarse la votación para alterar el orden del día no se hizo referencia a ningún procedimiento en concreto y menos al de lectura única, cuya reforma había sido suspendida por providencia del TC de 31 de julio 2017.
4. Es a partir de la inclusión del nuevo punto por la vía del art. 81.3 RPC cuando comienza un verdadero procedimiento *ad hoc* toda vez que el artículo no sólo no es una vía reconocida para iniciar un procedimiento legislativo sino que su previsión de que por mayoría absoluta puedan excluirse ciertos trámites fue utilizada para menoscabar y obviar derechos que situamos en el núcleo de la función representativa y, en última instancia, protegidos por el art. 23.2 CE en tanto que integrantes del *ius in officium* de los diputados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ CAÑUETO, D. (2018). «La alteración del orden del día para aprobar las leyes de referéndum y transitoriedad. El uso del art. 81.3 RPC». *Revista de Derecho Político*, n.º 102, mayo-agosto 2018, pp. 201-233.
- GARCÍA ROCA, J. (1999). *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1991). *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*. Madrid: Colección Monografías del Congreso de los Diputados (n.º 20).
- PÉREZ ALBERDI, M.R. (2013). *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Colección Monografías del Congreso de los Diputados (n.º 95).
- PULIDO QUECEDO, M. (1992). *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Madrid: Civitas.
- REDONDO GARCÍA, A.M. (1997). «La facultad de presentar enmiendas como concreción del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE», en Pau i Vall, Francesc (coord.): *Parlamento y Justicia Constitucional*. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Pamplona: Aranzadi, pp. 379-396.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2000). *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*. Barcelona: Ariel.

REGIMEN DE PROPIEDAD Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA EN CUBA: DE 1959 A LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 2019*

*Property regime and work for own account in Cuba:
from 1959 to the new constitution of 2019*

Albert Noguera Fernández

Universitat de València

albert.noguera@uv.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp315-350](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp315-350)

Recibido: 04.04.2019

Aceptado: 21.06.2019

Resumen

En julio de 2018, la Asamblea Nacional de Cuba inició el trámite de discusión de un nuevo proyecto de Constitución, cuya aprobación, mediante referéndum, se produjo en febrero de 2019. Esta Constitución es la concreción jurídico-formal de todo un conjunto de transformaciones sociales y económicas que vienen produciéndose en la isla desde inicios de la década de los 90, con la caída del bloque socialista. El presente artículo lleva a cabo un análisis de las transformaciones que en materia de propiedad y de regulación del trabajo por cuenta propia se han producido durante este período, así como de las novedades que la nueva Constitución introduce en estos aspectos.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Noguera Fernández, Albert. 2019. «Regimen de propiedad y trabajo por cuenta propia en Cuba: De 1959 a la nueva Constitución de 2019». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 315-350. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp315-350](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp315-350). El presente artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de I+D: «La Constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo» financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad para el trienio 2017-2019 (proyecto DER2016-80011-P)

Palabras clave

Cuba; Constitución; propiedad; trabajo por cuenta propia.

Abstract

In July 2018, the National Assembly of Cuba began the process of discussing a new draft Constitution, which was approved, by referendum, in February 2019. This Constitution is the legal-formal concretion of a whole set of social and economic transformations that have been taking place on the island since the early 1990s, with the fall of the socialist bloc. The present article carries out an analysis of the transformations that have occurred during the period in terms of property and regulation of self-employment, as well as of the new features that the new Constitution introduces in these aspects.

Keywords

Cuba; Constitution; property; self-employment.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REVOLUCIÓN DE 1959 Y LA CONSTITUCIÓN DE 1976: PROPIEDAD Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA EN LA PRIMERA FASE DE LA REVOLUCIÓN. III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1992 Y SU LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA: LA AMPLIACIÓN DEL TRABAJO POR CUENTA PROPIA. 1. *La propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas*. 2. *La propiedad agraria*. 3. *La ampliación del trabajo por cuenta propia*. IV. LA RETIRADA DE FIDEL CASTRO Y LAS TRANSFORMACIONES DE LA DÉCADA 2007-2017. 1. *Adelgazamiento del sector estatal, nueva ampliación del trabajo por cuenta propia y el Código del Trabajo de 2013*. 2. *La sindicalización del trabajo por cuenta propia*. 3. *Atracción y ampliación de la inversión extranjera*. 4. *Cambios en la propiedad agraria y reforma de la Ley de vivienda*. V. LA CONSTITUCIÓN DE 2019 Y LOS NUEVOS REGIMENES DE PROPIEDAD EMERGENTES. 1. *La propiedad cooperativa*. 2. *Propiedad privada y privatizaciones*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En julio de 2018, la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) de Cuba inició el trámite de discusión y aprobación de la nueva Constitución de Cuba, aprobada en referéndum en febrero de 2019. El nuevo texto introduce novedades importantes tanto en el ámbito político como económico en Cuba. Uno de estos aspectos es el régimen de propiedad y vinculado a él, el trabajo por cuenta propia.

El presente trabajo analizará el régimen de propiedad establecido por la hasta hace poco vigente Constitución de 1976 y la regulación del trabajo por cuenta propia, las transformaciones producidas en éstos desde la caída del bloque socialista hasta la actualidad y la propuesta contenida en la nueva Constitución de 2019.

La necesidad de adelgazamiento de un amplio y, en muchos casos, ineficaz sector estatal, ha obligado a desarrollar otros tipos de propiedad y/o gestión de los medios de producción y servicios, así como a una fuerte ampliación del trabajo por cuenta propia. La actual Constitución abre la puerta a que ello se pueda hacer a través tanto de lo privado como de lo cooperativo. En función de por cuál de estos dos modelos se acabe optando, el devenir del socialismo en Cuba será uno u otro.

II. LA REVOLUCIÓN DE 1959 Y LA CONSTITUCIÓN DE 1976: PROPIEDAD Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA EN LA PRIMERA FASE DE LA REVOLUCIÓN

El triunfo de la Revolución, el 1 de enero de 1959, implicó una reformulación del gobierno en Cuba. El 3 de enero de 1959, el Presidente de la

República designó a Fidel Castro como Comandante en jefe de las Fuerzas de Tierra, Mar y Aire, declaró cesante en sus cargos a las personas que detentaban la presidencia de la República y las funciones legislativas, disolvió el Congreso de la República y sus funciones las asumiría a partir de entonces el Gobierno Revolucionario. Además, declaró cesantes en sus cargos a los alcaldes, concejales y gobernadores¹.

Al mes siguiente, en febrero, el nuevo poder revolucionario aprobó un nuevo texto constitucional, denominado Ley Fundamental, que como establecía el programa del Moncada, estaba basado en la Constitución de 1940². El nuevo texto reproducía íntegramente el redactado de la Constitución del 40 en su parte dogmática, sin embargo, introducía novedades en algunas partes, entre ellas, la estructura del aparato estatal³ o la regulación de la propiedad. En este sentido, se modificó el art. 24 del texto del 40, en cuanto que ahora se abría la posibilidad de expropiación sin previa indemnización⁴.

¹ Libro de Actas del Consejo de Ministros, Acta no.1, pp.2-4, Archivo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de la República de Cuba (citado por Martha Prieto, *El orden constitucional cubano. Realidades y perspectivas* [manuscrito inédito], Marzo 2005).

² La Constitución de 1940, aprobada en un contexto internacional especial, y por ello en un marco nacional muy radicalizado, contó, en los debates convencionales, con la presencia de una delegación de los comunistas de entonces, organizados en el Partido Unión Revolucionaria Comunista, los cuales, apoyándose en una extraordinaria movilización popular, lograron la redacción de un texto constitucional considerado de los más progresistas de América en esos momentos. No obstante, las grandes conquistas políticas y sociales de aquella Constitución quedaron en simple letra muerta, porque se difirieron a supuestas leyes complementarias que nunca llegaron a dictarse. (Julio Fernández Bulté, «Tras las pistas de la Revolución en cuarenta años de Derecho», *Revista Temas*, nº 16-17 (1999): 105). No obstante, como afirma Martha Prieto, a pesar de las similitudes establecidas tradicionalmente entre la Constitución de 1940 y la Ley fundamental de 1959, no podemos olvidar que el carácter del proceso revolucionario y las medidas y declaraciones políticas del momento, nos obligan a interpretar los preceptos de la Ley fundamental, no de manera aislada o desde un punto de vista normativista, sino teniendo en cuenta el momento histórico y el papel de esta Ley en el asentamiento de las bases para una nueva institucionalidad, con la cual cosa podemos considerar la Ley fundamental de 1959 como un documento bien diferente al de la Constitución de 1940 (Martha Prieto, «Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución», en *Temas de Derecho constitucional cubano*, comp. por Marta Prieto y Lissette Pérez (La Habana: Ed. Félix Varela, 2000), 33).

³ la Ley fundamental había eliminado el antiguo poder legislativo bicameral (senado y cámara de representantes) y pasó sus facultades legislativas al Consejo de Ministros. El aparato de poder al amparo de la nueva Ley, se estructuró a nivel nacional a través de un Presidente de la República, como jefe de Estado, un Consejo de Ministros como máximo órgano constituyente, legislativo, ejecutivo y administrativo, y al frente de éste un Primer Ministro (Martha Prieto, *El orden constitucional cubano. Realidades y perspectivas*, *Ibid.*).

⁴ Aunque la indemnización dejó de ser previa, los afectados recibieron una indemnización mediante bonos pagaderos en determinado tiempo y pago de cuotas vitalicias. La

En estos primeros años, el Consejo de Ministros aprobó diferentes leyes de confiscación, de intervención y nacionalización. Entre 1959 y 1968 se implementan diferentes procedimientos legales correspondientes a tres etapas, que suponen un cambio radical de la estructura de propiedad en la isla. En concreto podemos distinguir⁵:

Una primera etapa de confiscación que se desarrolló durante el propio 1959 y tuvo como objetivo esencial la confiscación los bienes pertenecientes a Fulgencio Batista y otros miembros del régimen derrocado, aunque también se dictaron otras disposiciones de carácter nacionalizador⁶.

Una segunda etapa de nacionalización mediante expropiación forzosa, por vía judicial o administrativa, con indemnización y por compra que tuvo lugar entre los meses de junio y octubre de 1960, nacionalizándose las principales empresas norteamericanas, haciéndose necesaria su recuperación para encausar el desarrollo económico del país⁷.

Y, una tercera etapa caracterizada por la intervención directa de los organismos estatales, como paso previo a la confiscación, la nacionalización o la liquidación de la misma. En esta etapa, las medidas revolucionarias adoptaron la forma de respuesta a la reacción de los sectores de la burguesía nacional aliada a los Estados Unidos, dando como resultado la profundización de las nuevas relaciones de producción, y la plena configuración de la propiedad estatal socialista, comprendiendo este período de octubre de 1960 a marzo de 1968⁸.

Ley de Reforma Agraria, de 17 de mayo de 1959, la cual afectó por igual a cubanos y a extranjeros y marcó el inicio del proceso nacionalizador, establecía el pago de indemnización que se hizo mediante la emisión en bonos de la Reforma Agraria al 4,5% anual, amortizables en 20 años (Olga Miranda, «Las nacionalizaciones cubanas», en *Temas de Derecho constitucional cubano*, Ibid.: 83).

⁵ Francisco E. García Henríquez, Yarelis Martínez Lorenzo y Jhosvany Martínez Barreiro, *Compendio de disposiciones legales sobre nacionalización y confiscación* (La Habana: Ministerio de Justicia, 2004), 48-147.

⁶ Ley de Reforma Constitucional de 10 de enero de 1959; Ley de 13 de enero de 1959; Ley n.º 112, de 27 de febrero de 1959; Ley n.º 270, de 27 de abril de 1959; Primera Ley de Reforma Agraria, de 17 de mayo de 1959; Ley n.º 351, de 29 de mayo de 1959; Ley n.º 381, de 12 de junio de 1959; Ley n.º 413, de 19 de junio de 1959; Ley n.º 438, de 7 de julio de 1959; Ley n.º 543, de 2 de septiembre de 1959; Ley n.º 617, de 27 de octubre de 1959; Ley n.º 647, de 24 de noviembre de 1959; Ley n.º 664, de 23 de diciembre de 1959.

⁷ En esta etapa se dictó: la Ley n.º 851, de 6 de julio de 1960; la Resolución n.º 1 del Consejo de Ministros, de 6 de agosto de 1960; y, la Resolución n.º 2 del Consejo de Ministros, de 17 de septiembre de 1960.

⁸ La legislación dictada fue: Resolución n.º 3 del Consejo de Ministros, de 24 de octubre de 1960; Resoluciones del Consejo de Ministros, n.º 4 de 28 de enero, n.º 5 de 23 de mayo, n.º 6 de 14 de diciembre y n.º 7 de 3 de enero, de 1963; Resoluciones del Consejo de Ministros, n.º 8 de 17 de abril, n.º 9 de 30 de diciembre, de 1964; Resolución n.º 10 del Consejo

Al finalizar las nacionalizaciones de 1963, la propiedad estatal ocupaba en Cuba el 95% de la industria, el 98% de la construcción, el 95% del transporte, el 70% de la agricultura, el 75% del comercio minorista y el 100% del comercio mayorista⁹. Tales cifras estaban muy cerca, de las de muchos países con más de dos décadas de socialismo.

Este amplio sector de la economía estatal, aún mayor después de la denominada «Ofensiva revolucionaria» que prorrogó las acciones confiscatorias hasta 1968, permitió la integración y el progresivo desarrollo en Cuba de las nuevas relaciones de producción y estructura socio-económica de carácter socialista.

Estructura socio-clasista (del total de ocupados en la economía nacional en %) 1970, 1980, 1988

	1970	1981	1988
Sector Estatal	87,4%	91,8%	94,0%
Obreros de producción	45,1%	47,5%	48,0%
Obreros de servicios	25,3%	12,3%	13,0%

.../...

de Ministros, de 17 de febrero de 1965; Ley n.º 890, de 13 de octubre de 1960; Acuerdos de la Junta Central de Planificación de 7 de junio y de 21 de junio de 1961; Ley n.º 891, de 13 de octubre de 1960; Ley de Reforma Urbana, de 14 de octubre de 1960; Ley n.º 923, de 4 de enero de 1961; Ley de Nacionalización de la Enseñanza, de 6 de junio de 1961; Ley n.º 947, de 27 de junio de 1961; Acuerdo de la Junta Central de Planificación de 30 de junio de 1961; Acuerdo n.º IV de la Junta Central de Planificación, de 19 de junio de 1961; Acuerdo n.º VII de la Junta Central de Planificación, de 30 de agosto de 1961; Acuerdo de la Junta Central de Planificación, de 17 de octubre de 1961; Acuerdo n.º V de la Junta Central de Planificación, de 3 de noviembre de 1961; Acuerdo n.º III de la Junta Central de Planificación, de 24 de noviembre de 1961; Acuerdo de la Junta Central de Planificación, de 8 de diciembre de 1961; Acuerdos de la Junta Central de Planificación, de 2 de abril, 25 de junio y 27 de julio de 1962; Ley n.º 988, de 29 de noviembre de 1961; Ley n.º 989, de 5 de diciembre de 1961; Ley n.º 1028, de 24 de mayo de 1962; Ley n.º 1076, de 4 de diciembre de 1962; Ley n.º 1090, de 1 de febrero de 1963; Segunda Ley de Reforma Agraria, de 3 de octubre de 1963; Ley n.º 1320, de 27 de noviembre de 1976 -Ley de Asociaciones; Resoluciones del Instituto Nacional de Reforma Agraria No.596-706, de 27 de diciembre de 1960; Resoluciones del Instituto Nacional de Reforma Agraria n.º 713 de 8 de enero, n.º 61-190 de 16 de febrero y n.º 61-194 de 7 de febrero, de 1961; Resoluciones del Ministerio de Industria n.º 61-197 de 12 de junio, n.º 204 y 207 de 31 de mayo, de 1961; Resolución de la Corporación Nacional de Transportes n.º 6498, de 14 de octubre de 1960; Resolución del Ministerio del Interior n.º 454, de 29 de septiembre de 1961; Resolución del Ministerio de Hacienda n.º 2, de 4 de enero de 1963; Ley n.º 1188, de 25 de abril de 1966.

⁹ Datos tomados de «Plan para la economía nacional de 1964», Revista *Cuba Socialista*, n.º 3 (1964).

.../...

	1970	1981	1988
Administrativos	3,8%	6,7%	6,5%
Técnicos	9,0%	17,7%	20,1%
Dirigentes	4,2%	7,6%	6,4%
Sector No Estatal	12,6%	8,2%	6,0%
Campesinado tierras estatales	44,4%	44,4%	44,4%
Pequeño agricultor individual	9,8%	4,3%	3,0%
Cooperativista	–	1,1%	2,0%
Trabajador por cuenta propia	2,8%	2,8%	1,0%

Fuentes: JUCEPLAN. Boletín Estadístico de 1970. Comité Estatal de Estadística. Censos de población y vivienda 1970 y 1981. Comité Estatal de Estadística. Anuario Estadístico de Cuba de 1988. Tomado de: M. Espina. «Transformaciones recientes de la estructura socio-clasista cubana», Revista *Papers*, n.º 52 (1997).

Como vemos en el cuadro, las formas de trabajo por cuenta propia son prácticamente inexistentes. Como señaló Fidel Castro en el discurso pronunciado en el VIII aniversario del ataque al cuartel Moncada, el 26 de julio de 1961: «Hay infinidad de pequeños negocios, hay infinidad de «timbiriches», hay infinidad de pequeños talleres, hay infinidad de gente que trabaja por su propia cuenta (...)»¹⁰. La estrategia del gobierno revolucionario fue intentar asimilar en el sector estatal a todos estos titulares de negocios, comercios y micro-establecimientos privados en los que se vendían productos alimenticios y otros, limitando el fenómeno del autoempleo. La manera utilizada para ello fue a través de la Ley Fiscal n.º 998 de 1962, donde se delinean los principios que deben regular, a partir de entonces, esta actividad laboral y la diferencian del trabajo privado. Tales principios fueron: despliegue de actividades autorizadas sobre la base del trabajo personal o la ayuda familiar, prohibición de establecimientos abiertos al público, imposibilidad de emplear personal asalariado, así como determinación administrativa de la especie de profesión, arte u oficio por cuya realización se obligaba a personas naturales al pago de un quantum impositivo¹¹.

¹⁰ Versiones taquigráficas del Gobierno Revolucionario (La Habana: Centro de Documentación del Comité Central del PCC), 3952.

¹¹ Yuri Pérez, *Fundamentos jurídicos para la armonización de intereses públicos y privados en sede de alojamiento turístico en Cuba* [tesis doctoral], Universidad de La Habana, 2014, Disponible en: file:///C:/Users/USER/Downloads/Fundamentos%20juridicos%20para%20la%20a%20-%20Perez%20Martinez,%20Yuri.pdf

Todas estas restricciones redujeron al sector al mínimo. Se desterró del sector el ejercicio profesional privado. Aunque excepcionalmente, se mantuvieron profesiones determinadas, a modo de remanente: médicos, estomatólogos, optometristas, quiropodistas, veterinarios y mecánicos dentales. En 1976, desde el punto de vista legal, se excluyó de las actividades laborales por cuenta propia autorizadas, el ejercicio profesional de la medicina y la veterinaria. Tras la ininterrumpida actividad por parte de algunos profesionales privados, graduados con anterioridad al año 1964, se permitió, con carácter excepcional y observando los requisitos establecidos por los Organismos de la Administración Central del Estado competentes en la materia. Lo anterior se explica sobre la base de un acuerdo tomado por los estudiantes de medicina donde juraban ejercer la profesión de forma social y no de manera privada, cuestión que se expresó jurídicamente¹².

Llevadas a cabo todas estas transformaciones, las nuevas relaciones de producción y estructura socio-económica de carácter socialista quedaron institucionalizadas definitivamente con la Constitución socialista de 1976 y su legislación complementaria¹³.

La Constitución de 1976 reconoció como forma principal de propiedad, la propiedad socialista (Art. 14). Ésta puede adoptar tres formas distintas: la más importante, que es la propiedad estatal, integrada por los bienes colectivos que conforman el patrimonio del Estado; la propiedad cooperativa¹⁴; y la propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales¹⁵.

Además, la Constitución permitía también algunas formas de propiedad individual: la propiedad de los pequeños agricultores sobre las tierras y

¹² Ibid. p. 32.

¹³ Sobre el proceso de institucionalización del sistema jurídico y político socialista cubano véase Julio Fernández Bulté, «Problemas y desafíos de Cuba contemporánea: el sistema político y el sistema jurídico», ponencia presentada en el Taller *Problemas y desafíos para Cuba contemporánea* (Notre Dame: Instituto Kellog para Estudios Internacionales, 1998).

¹⁴ La propiedad cooperativa está integrada por los bienes que sus miembros aportan, y constituye una nueva forma de colectivización que destina su producción no sólo al beneficio de los cooperativistas, sino también al desarrollo de la producción agropecuaria en general. Esta característica esencial no la convierte en antagónica de la propiedad estatal socialista, pues tienen de común que los medios de producción son de carácter social, las relaciones personales son de colaboración y ayuda mutua y el fin en ambos es el mismo: solventar las múltiples demandas sociales. (Fernando Alvarez, *Comentarios a la Constitución Socialista* (La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1989), 83.

¹⁵ Estas organizaciones políticas, de masas y sociales son consideradas sujetos de relaciones jurídicas y por ende, poseen patrimonio propio, determinado éste por los estatutos o reglamentos que establecen los fines que se proponen y que se cumplimentan con sus bienes, sobre los que tienen el derecho de propiedad (Ibid.).

demás bienes agropecuarios (Art. 19) y la propiedad personal¹⁶ (Art. 21). Dentro de ésta última incluimos también la propiedad sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar que no se empleen para explotar trabajo ajeno, sobre la que se fundamenta la actividad por cuenta propia.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1992 Y SU LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA: LA AMPLIACIÓN DEL TRABAJO POR CUENTA PROPIA

El desplome vertiginoso del campo socialista en 1989 y en consecuencia, la desaparición repentina para Cuba del orden internacional al que se encontraba orgánicamente articulada, se tradujo en una profunda crisis para su economía, la cual fue profundizada con el recrudecimiento del bloqueo norteamericano. En este contexto, la introducción de reformas para hacer frente a la fuerte crisis económica empieza a partir de la celebración del IV Congreso del PCC, en octubre de 1991, y tuvo su expresión jurídica en la Ley de Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992. Entre otros aspectos, la reforma introdujo cambios en las formas de propiedad y una importante ampliación del ámbito del trabajo por cuenta propia.

La reforma del art. 14 constriñó la posesión exclusiva del Estado sobre «todos los medios de producción» a sólo aquellos «medios *fundamentales* de producción», pasando a describir en el art. 15 cuáles son estos medios fundamentales de producción¹⁷. Asimismo, si bien el art. 15 mantiene la prohibición de que estos sean transmitidos en propiedad a personas naturales o jurídicas, establece, ahora, una excepción autorizante a la formulación negativa general, permitiendo la transmisión en «casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines de desarrollo del país y no afecte los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo».

¹⁶ La propiedad personal incluye el derecho de propiedad sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona.

¹⁷ De acuerdo con el citado art. 15, éstos son: a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación; b) Los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera.

1. *La propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas*

Ello abrió un espacio en la economía cubana para el desarrollo de la propiedad mixta. El Art. 23 reconoce, ahora explícitamente, la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyan conforme a la ley. E incluso, abre la opción para la posibilidad, si en algún momento futuro el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo lo considerase oportuno, de una propiedad íntegramente privada. Antes de este reconocimiento constitucional, la posibilidad de creación de empresas mixtas o de contratos de asociación económica internacional como modalidad de inversión extranjera, había estado ya prevista por el Decreto-Ley n.º 50 de 1982. Éste había sido aprobado con el objetivo de propiciar y regular, en ocasiones excepcionales, el establecimiento de relaciones con entidades o empresas extranjeras sobre todo capitalistas, para la obtención de capital, tecnología y mercado. Sin embargo, la confusión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto-Ley¹⁸ no otorgaba al inversionista foráneo certidumbre y seguridad para la ejecución de sus proyectos económicos y su aplicación práctica fue muy poco relevante. El número de Asociaciones Económicas Internacionales en 1990, era de 3¹⁹. Es a partir de 1992 cuando este instrumento legal empieza a regir dentro de un marco de clara constitucionalidad que se produce un importante incremento de la inversión suscrita por capital extranjero.

En 1995 el fenómeno de la inversión adquiere plena configuración legal con la aprobación de la Ley No.77 de Inversión Extranjera, la cual establece la posibilidad de autorizar inversiones extranjeras en todos los sectores, con la excepción de los servicios de salud y educación a la población y las instituciones armadas, salvo en su sistema empresarial²⁰. En cuanto a las formas,

¹⁸ Por un lado, el no reconocimiento de forma taxativa en la Constitución de esta forma de propiedad podía servir para fundamentar una presumible inconstitucionalidad de la misma, sin embargo, por otro lado, ejemplos como el del reconocimiento en el Código Civil aprobado por la Ley 59 de 16 de julio de 1987, de las Fundaciones como sujeto de derechos y obligaciones (art. 39.1.d), demostraban la posibilidad de existencia armónica de otras formas de propiedad menores junto a aquellas fundamentales reconocidas en la Constitución.

¹⁹ Carlos García Valdés. «La economía cubana de los años 90: transformaciones en la economía socialista», en *Economía: Análisis, propuestas, alternativas*, comp. Por Carlos García Valdés et.al. (La Habana: Ed. Ciencias Sociales, 1998), 40.

²⁰ Hasta 1991 la inversión extranjera había estado dirigida, principalmente, hacia el sector del turismo. A partir de ese año, la posibilidad de inversión se abrió progresivamente. En 1992 está ya abierta en todas las ramas consideradas no estratégicas e incluso algunas de estas últimas como la comercialización de productos farmacéuticos de base biotecnológica. En 1993 se acepta la posibilidad de representaciones de bancos extranjeros en Cuba para ampliar la infraestructura de servicios financieros al resto de la inversión extranjera que opera en el país. Y, en octubre de 1994, el gobierno cubano mediante discurs-

el art. 12 de la Constitución señala que las inversiones extranjeras adoptarán alguna de las siguientes formas: empresa mixta, contrato de asociación económica internacional o empresa de capital totalmente extranjero²¹. Tanto el Decreto-Ley 50/82 como la Ley 77/95, limitan el alcance de la preceptiva constitucional al capital procedente del exterior excluyendo la posibilidad de formación de una propiedad privada nacional²².

El conjunto de estas transformaciones en las formas de propiedad junto a la nueva regulación del comercio exterior, produjeron un aumento en la presencia de empresarios extranjeros y de turistas que llevará consigo la aparición de una red comercial en divisa destinada a la población no nacional. Pero también, la disposición creciente de divisas en manos de la población, ya sea por ingresos en concepto de propinas o regalos recibidos por trabajadores cubanos en empresas extranjeras o vinculadas al turismo, por negocios ilegales de sectores de la ciudadanía con turistas o empresarios, y principalmente, por remesas familiares exteriores en dólares (se estima que entre 1989 y 1996 se ingresaron en el país por concepto de remesas familiares alrededor de 3.000 millones de dólares)²³.

so de Carlos Lage (Secretario del Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo y miembro del Consejo de Estado) en la inauguración de la XII Feria Internacional de La Habana (31 octubre 1994), anunció que ningún sector productivo de la economía nacional estaba cerrado a la inversión extranjera (Carlos Lage, «Discurso en la inauguración de la XII Feria Internacional de La Habana», en *Periódico Granma*, 1 de noviembre de 1994; Vid. también Julio Carranza, Luis Gutiérrez y Pedro Monreal, *Cuba: la reestructuración económica. Una propuesta para el debate* (La Habana: Ed Ciencias Sociales, 1995).

²¹ En el Art. 2 de la Ley aparecen definidas cada una de estas formas de inversión de la siguiente manera: *Empresa mixta*: Compañía cubana que adopta la forma de Sociedad Anónima por acciones nominativas, en la que participan como accionistas uno a más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros; *Contrato de asociación económica internacional*: Pacto o acuerdo entre uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros, para realizar conjuntamente actos propios de una asociación económica internacional, aunque sin constituir persona jurídica distinta las partes; y, *Empresa de capital totalmente extranjero*: Entidad mercantil con capital extranjero, sin la concurrencia de ningún inversionista nacional.

²² En el año 1996 existían en Cuba 260 Asociaciones Económicas Internacionales (éstas comprenden empresas mixtas y contratos de asociación económica internacional) de más de 50 países. En 1997 el número de AIE es de 317 y al concluir el año se estudiaban más de 120 proyectos de asociación («Cuba. La economía al cierre de 1997», en *Revista Cuba Socialista*, n.º 9 (1998): 46). En el año 2000, se concertaron 31 negocios entre empresas mixtas y contratos de asociación. En total, desde el inicio del proceso de apertura hasta el 2001, el monto de inversión directa contratada es de alrededor 5.000 millones de dólares (Juan Triana, «La transformación económica en el socialismo», *Academia. Revista del Colegio de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de La Habana*, n.º 1 (2001): 23).

²³ Vid. Hiram Marquetti, *La economía del dólar: balance y perspectivas*, revista TEMAS, n.º 11 (1997).

Ésta situación trajo como principal consecuencia que el gobierno cubano aprobase en 1993 del Decreto-Ley No.140 de despenalización de la tenencia de divisas, por el que se legalizó la tenencia y operación en divisas en todo el territorio nacional para los ciudadanos cubanos. Creándose, en consecuencia, en el plano económico interno, una economía de carácter dual.

2. *La propiedad agraria*

Respecto a la agricultura, la reforma no implicó un cambio en las formas de propiedad de la tierra. En esos momentos, la propiedad estatal abarcaba aproximadamente el 82% de la superficie total de la tierra cultivable del país, la propiedad cooperativa (Cooperativas de Producción Agropecuaria) ocupaban el 8% y la propiedad privada de los pequeños agricultores (Cooperativas de Crédito y Servicios o miembros de Asociaciones Campesinas) el 10%²⁴. No obstante, sí que se producen transformaciones con respecto a la forma de gestión de la más importante de estas formas, la propiedad estatal de la tierra.

A partir de 1993 las grandes extensiones de tierra que ocupaban las granjas o empresas agrícolas del Estado, son fragmentadas mediante el Decreto-Ley No.142 de septiembre de 1993 en pequeñas formas de producción cooperativa denominadas Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC). Estas se caracterizan por el hecho de que la propiedad jurídica de la tierra continúa siendo del Estado que la cede a los productores asociados en usufructo gratuito por tiempo indefinido, pero ahora los productores asociados cooperativizan o son dueños del producto y sus ganancias. En cuanto a los medios de producción, los productores los comprarán a crédito al Estado.²⁵

Si bien la Constitución de 1976 ya reconocía como forma de propiedad agropecuaria la cooperativa, ahora el texto constitucional añade en el art. 20: «(...) *esta propiedad cooperativa es reconocida por el Estado y constituye*

²⁴ Albert Noguera, *Derecho y Hegemonía. Un estudio socio-jurídico de la Cuba actual* (Buenos Aires: Ediciones Cooperativas, 2007), 117.

²⁵ El debate teórico sobre la naturaleza jurídica de esta forma organizativa, las UBPC, sus posibilidades y limitaciones, se reflejó desde sus inicios. Según el punto de vista de los modelos cooperativos, se considera que su creación constituye un rescate del cooperativismo estatal; con un carácter híbrido, por su dualismo funcional y estructural. Por su funcionamiento, se sitúa entre una unidad comercial y una unidad técnico-productiva; y por su estructura está a medio camino entre la empresa estatal y una verdadera cooperativa. Por otra parte, varios especialistas consideran que su carácter de cooperativa solo reside en su producción cooperada. En cuanto el sujeto que se integra a las UBPC, algunos lo definen por su pertenencia a una cooperativa estatal, por el medio estatal del que proviene y su relación con la propiedad de los principales medios de producción. Otros criterios caracterizan a este sujeto a partir de su participación en la gestión. (Niurka Pérez y Dayma Echevarría, «Participación y producción agraria en Cuba: las UBPC», *Revista Temas*, n.º 11 (1997): 71).

una forma avanzada y eficiente de producción socialista. (...) El Estado brinda todo el apoyo posible a esta forma de producción agropecuaria».

Aunque la fragmentación de la tierra en las UBPC perseguía la creación de un nuevo sistema de estímulos con el objetivo de hacer aumentar la producción disminuyendo el gasto en los recursos materiales, las UBPC tenían como único comprador al Estado que además, planificaba los niveles de entrega y fijaba los precios. La imposibilidad de acceso directo al mercado con excedentes hacía que los trabajadores agrícolas ahora constituidos como propietarios socialistas²⁶, continuaran siendo en la práctica asalariados estatales y por lo tanto el poder de estímulo de la medida era muy limitado. Durante el primer año de su creación, en 1993, el 59 % de las UBPC no cañeras proyectaban pérdidas para 1994 (30,6 millones de pesos)²⁷.

Eso fue una de las causas que llevó en 1994, mediante el Decreto No.191 del Consejo de Ministros emitido el 19 de septiembre y Resolución Conjunta de los Ministros de Agricultura y Comercio Interior de 20 de septiembre, a la apertura de los Mercados Agropecuarios, donde pueden concurrir con sus excedentes todos los agentes vinculados a la producción agropecuaria y los precios se determinan por la oferta y la demanda. Se introducen por tanto, mecanismos de mercado y flexibilización de la comercialización en la agricultura nacional.

Estructura de tierra según propiedad (% del total)²⁸

Tierra Cultivable	1992	1996²⁹
Estatal	75,2	33
Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA)	10,2	10
Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC)	–	42
Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS) y campesinos dispersos	14,6	15

Fuentes: Ministerio de la Agricultura e Informe de Carlos Lage al V Pleno del Comité Central del PCC. La Habana. 23 de abril de 1996.

²⁶ El concepto de propietarios socialistas es utilizado por Víctor Figueroa en «El nuevo modelo agrario en Cuba bajo los marcos de la reforma económica», en *Desarrollo rural y participación* (La Habana: Ediciones de la Universidad de La Habana, 1996).

²⁷ Ver *Boletín de Información Económica*, IPS, n° 30 (1994).

²⁸ Fuentes: Ministerio de la Agricultura e Informe de Carlos Lage al V Pleno del Comité Central del PCC, La Habana, 23 de abril de 1996.

²⁹ Para 1996, la estructura es sobre la base de la forma de explotación de la tierra ya que las tierras de las UBPC continúan siendo propiedad del Estado, y por otra parte, se mantiene el amplio dominio del sector socialista en la agricultura, con el 85% al igual que en 1992 y en los años anteriores.

En resumen, con las medidas introducidas por la reforma: a) fraccionamiento de la gran propiedad estatal para la creación de las UBPC; b) establecimiento de asociaciones con capital extranjero; y, c) reparto en régimen de usufructo de las tierras ociosas a los interesados en hacerlas producir; se produce una diversificación en la tenencia de la tierra y por tanto, una reorganización de la producción, quedando desde este momento, dividida en nueve formas diferentes agrupadas en cuatro sectores: sector estatal (empresa estatal, granjas EJT, granjas del MININT); sector cooperativo (UBPC, CPA); sector privado (campesino individual -CCS, AC-, usufructuario individual o familiares); y sector mixto (empresas mixtas).

3. *La ampliación del trabajo por cuenta propia*

Conjuntamente con lo anterior, en 1993 por cuanto el desarrollo y organización de la economía nacional imposibilitaba que las empresas o unidades presupuestadas estatales pudieran asegurar determinados servicios y productos necesarios para la población, que de hecho ya se estaban prestando en el marco de la economía sumergida, se aprueba el Decreto-Ley n.º 141 y la Resolución No.1 del Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social – Comité Estatal de Finanzas (CETSS-CEF) de 8 de septiembre.

Esta regulación reconoce el trabajo por cuenta propia como una alternativa de empleo en 115 actividades para una parte de la población. Los precios de estos servicios o productos se establecerán a partir de la relación oferta-demanda y en el tipo de moneda acordada por quienes participen en la transacción³⁰. No obstante, se mantiene como política de Estado, la exclusión del ámbito del trabajo por cuenta propia de los graduados universitarios, bajo el fundamento de que debían entregar sus conocimientos a las necesidades del país y en beneficio de toda la sociedad que costeó de forma total y gratuita la formación. Así como de dirigentes políticos o administrativos, militares, funcionarios, jueces, fiscales o los que ostentaron cualquier cargo público similar.

³⁰ Antes de 1993, el Decreto-Ley n.º 14 de 3 de julio de 1978 había abierto la posibilidad de realizar actividades laborales por cuenta propia en aquellos ámbitos que la economía nacional no podía cubrir. Esta legislación pero, establecía unos límites muy estrechos: permitía el trabajo no estatal en determinadas actividades sólo como una fuente adicional de ingresos para trabajadores con vínculo laboral-estatal o jubilados, permitiéndoles vender su producto sólo a entidades estatales y organizaciones sociales o políticas, no a intermediarios o a la población. Además, por la Resolución Conjunta n.º 14 de 1982 del CETSS y el CEF se prohibía el ejercicio de estas actividades a los graduados de nivel superior y técnico medio -excepto cuando se demuestre la imposibilidad de encontrar empleo estatal- y a los dirigentes de entidades estatales. Tales medidas adoptaron un carácter aún más restrictivo con el proceso de rectificación iniciado en 1986.

Además, el Estado tampoco se retiró de ninguna actividad, continuando prestando aquellos servicios en los que concurrían, ahora, los trabajadores por cuenta propia (barberías, peluquerías, sastrerías, etc.).

En el periodo de 1996 a 2010, se introdujeron más modificaciones legales³¹ en el sentido de ampliar el trabajo por cuenta propia: se permitió mediante autorización el ejercicio de la modalidad laboral a profesionales universitarios, siempre que no fuera en la profesión o especialidad de graduación. Ampliación de los sujetos cuentapropistas a personas trabajadores disponibles pendientes de reubicación y a aquellos desvinculados laboralmente. Autorización a ciudadanos cubanos y extranjeros residentes permanentemente en el territorio nacional, etc.

Aunque, seguramente, una de las principales novedades fue que desde 1996 los familiares ayudantes fueron considerados como cuentapropistas al igual que titular de la actividad. Atrás quedó la colaboración y cooperación familiar, pues el auxilio podía ahora prestarlo, además de cónyuges, padres, hermanos e hijos, también los convivientes, familiares o no, del trabajador autorizado a prestar el servicio. Además, se estableció sobre el ayudante un impuesto de un 20% del regulado para la actividad en la cual se ayudaba, de lo cual se desprendía que mediaba retribución en concepto de salario. El hecho de que esta medida no fuera acompañada de la regulación de derechos y garantías de este conviviente no familiar que trabajaba en la actividad, dio margen a la desprotección de estos trabajadores³².

El conjunto de estos cambios llevó a muchos trabajadores del sector estatal a pasarse al trabajo por cuenta propia, ya que éste se presentaba como una esfera de actividad donde se obtienen mayores ingresos. En 1988 el porcentaje de población ocupada en el sector estatal era, como ya hemos señalado,

³¹ Entre las disposiciones jurídicas que regularon la materia se encuentran: Resolución Conjunta n.º 1 «Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia» de fecha 18 de abril de 1996 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Finanzas y Precios. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 19, año XCIV, pp. 137 y ss.; Resolución Conjunta n.º 1 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Finanzas y Precios de fecha 10 de abril de 1998 modificativa del «Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia». Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 22, año XCVI, lunes 4 de mayo de 1998, La Habana, pp. 379 y ss.; Resolución n.º 8 de fecha 31 de marzo de 2003 de Ministro de Trabajo y Seguridad Social; Resolución n.º 11 de fecha 25 de marzo de 2004 del Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 32, martes 11 de mayo de 2004, La Habana, pp. 2 y ss.; Resolución n.º 9 de fecha 11 de marzo de 2005 del Ministro Trabajo y Seguridad Social. Gaceta Oficial de la República, edición extraordinaria, número 13, miércoles 25 de mayo de 2005, La Habana, pp. 1 y ss.

³² Yuri Pérez, *Fundamentos jurídicos para la armonización de intereses públicos y privados en sede de alojamiento turístico en Cuba*, Ibid.: 40.

de un 94% mientras que el 6% lo estaba en el sector privado. En 1994 la cifra de ocupados en el sector estatal ha disminuido a un 69,8% y la del sector privado ha aumentado a 21,8%.

Según datos del Anuario Estadístico de 1988 los trabajadores no estatales se cifraban en este año en 41.400. En 1995 la Dirección de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social los contaba en 208.346. Si tomamos en cuenta, dice J. Núñez, que sobre la base de parámetros internacionales calculados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la experiencia de América Latina, especialistas del Centro de Estudios Laborales y del Trabajo han encontrado que por cada trabajador por cuenta propia existen como promedio 3,5 no registrados que pueden ser ayudantes familiares o no, la cifra se convierte en 1.094.100 que significan el 21 % de los ocupados en la economía nacional³³. Mayra Espina sitúa esta cifra, en sus estimaciones, alrededor del 30,2%. El hecho que del conjunto de trabajadores registrados en el sector no estatal en 1995, el 74% fueran hombres (datos MTSS), cuando muchas de estas actividades tienen un carácter familiar o implican tareas tradicionalmente consideradas femeninas, deja entrever que junto a ellos están involucradas también un alto número de mujeres³⁴. Cifras oficiales de la Oficina Nacional de Estadística (Anuario Estadístico de Cuba de 1998 y 2002) cuantifican los empleados en el sector no estatal en: 1996, 18,9% de la población; 1997, 19,5%; 1998, 20,5%; 1999, 22,0%; 2000, 22,5%; y, 2001, 23,4%³⁵. En La Habana, al cierre del 2000, el sector informal empleaba 84.400 personas, experimentando respecto a 1999, un crecimiento del 7,2%, entre 1992 y 1999 los ocupados en entidades estatales decrecieron en la capital, de 885,3 miles de trabajadores a 773,9, que representa el 25,9% del total de ocupados en este sector³⁶.

IV. LA RETIRADA DE FIDEL CASTRO Y LAS TRANSFORMACIONES DE LA DÉCADA 2007-2017

Ubicaremos el inicio de este segundo periodo de transformaciones con el abandono, en julio de 2006, de la dirección política del país por parte de Fidel

³³ Liliana Nuñez, «Más allá del cuentapropismo en Cuba», *Revista Temas*, n.º 11 (1997).

³⁴ Mayra Espina, «Reforma económica y reestratificación de la estructura socio-clasista cubana», *Revista Academia*, n.º1-2 (2001): 27.

³⁵ Mayra Espina. «Reestratificación y desigualdad», en Mayra Espina et.al. *Heterogeneidad social en la Cuba actual* (La Habana: Centro de Estudios de Salud y Bienestar Humano, 2004), 19.

³⁶ Maricela Perera, *La subjetividad en grupos de la capital* [Mecanuscrito inédito] (La Habana: Fondos del Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, 2002), 7-8.

Castro. A partir de este momento, y con Raúl Castro al frente, se activa otro paquete de transformaciones del modelo socio-económico, plasmadas en múltiples modificaciones a leyes, decretos-leyes, decretos y reglamentos.

Como afirma Mylai Burgos³⁷, dichas transformaciones han tenido tres momentos clave: sus inicios, desde 2006 con mayor consolidación a partir de 2008. Posteriormente, el VI Congreso del PCC, en abril de 2011, y los lineamientos de políticas económicas y sociales surgidos de él que tuvieron un proceso previo de discusión participativa en el seno de la sociedad. Y, por último, el restablecimiento de las relaciones diplomáticas con Estados Unidos, a partir de 2015.

1. *Adelgazamiento del sector estatal, nueva ampliación del trabajo por cuenta propia y el Código del Trabajo de 2013*

Uno de los cambios con más trascendencia en este periodo fue el anuncio por parte de Raúl Castro, siguiendo el punto 169 de los lineamientos de la política económica y social del VI Congreso del PCC³⁸, de la necesidad por cuestiones de eficiencia del sector estatal, de una reordenación laboral del país consistente en el desplazamiento de 500 mil trabajadores del sector público hacia el sector privado (arrendamiento o usufructo, las cooperativas y el trabajo por cuenta propia), en un plazo no mayor a seis meses entre finales de 2010 y el primer trimestre de 2011.

Para facilitar esta transición, se llevaron a cabo reformas en la legislación reguladora del trabajo por cuenta propia. El mismo 2010 se aprobó la Resolución n.º 32/2010 del Ministerio de Trabajo y seguridad Social, complementada con un sinnúmero de normas³⁹.

³⁷ Mylai Burgos, «Análisis Crítico Constitucional de los Cambios Socio-jurídicos en la Cuba Actual», *Revista Direito & Práxis*, n.º 4 (2017): 3179.

³⁸ Este punto establece: «Desarrollar un proceso de reordenamiento laboral en el país que, bajo el principio de la idoneidad demostrada, contribuya a eliminar las plantillas infladas y los tratamientos paternalistas, para estimular la necesidad de trabajar y reducir los gastos de la economía y el Presupuesto del Estado».

³⁹ Decreto-Ley n.º 275 de 30 de septiembre de 2010, «Modificativo del Decreto Ley n.º 171/97, Del Régimen de arrendamiento de Viviendas, habitaciones o espacios»; Resolución n.º 305 de 7 de octubre de 2010, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, que aprueba el Reglamento del Arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios; Resolución n.º 399 de 7 de octubre de 2010, del Ministro del Transporte, que aprueba el Reglamento de la licencia de operación de transporte para personas naturales; Resolución n.º 750 de 7 de octubre de 2010, del Ministro de la Agricultura, que regula la contratación de trabajadores agrícolas asalariados permanente y trabajadores agrícolas eventuales; Resolución n.º 33 de 7 de octubre de 2010, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, que regula la contratación por las Cooperativas de créditos y servicios de trabajadores permanentes asalariados para que trabajen junto a los Agricultores pequeños y por los agricultores pequeños,

Un año más tarde, fue sustituida por la Resolución n.º 33/2011, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, «Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia».

El objetivo de todas estas reformas fue ampliar y flexibilizar las actividades por cuenta propia. Entre otras medidas, destaca: la posibilidad, a partir de ahora, de que todos los ciudadanos cubanos y extranjeros residentes permanentemente en el país, mayores de 17 años pueden ejercer el trabajo por cuenta propia cumpliendo los requisitos establecidos; La aceptación del desarrollo de más de una actividad por cuentapropista; El levantamiento de la prohibición de comercializar productos y servicios a entidades estatales, dentro de los límites financieros definidos; La realización de la actividad por cuenta propia en otros lugares diferentes al domicilio del titular; Se amplían a 181 las actividades que se pueden realizar; Se establece la posibilidad de la utilización de fuerza de trabajo asalariada subordinada y dependiente de cuentapropistas para todas las actividades permitidas, estableciéndose en algunos casos límites de personas a contratar; Aumentan de 20 a 50 el número de sillas de que pueden disponer los elaboradores-vendedores de alimentos y bebidas mediante servicio gastronómico; y, también se exonera del pago del impuesto por la utilización de la fuerza de trabajo a los que contrataban hasta 5 trabajadores, entre otras.

Además, se autoriza la concesión de créditos bancarios para los cuentapropistas en aras a que puedan invertir en sus negocios, se introducen cambios en el régimen de tributación y se fija, mediante el Decreto-Ley n.º 278/2010 de 30 de septiembre, un régimen especial de Seguridad social para los trabajadores por cuenta propia que no son sujetos del régimen general de la Seguridad Social o cualquier otro régimen especial.

de los servicios de trabajadores agropecuarios eventuales que ejercen el trabajo por cuenta propia; Resolución n.º 34 de 7 de octubre de 2010, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, que aprueba el procedimiento para la afiliación al régimen especial de seguridad social para los trabajadores por cuenta propia; Decreto-Ley n.º 277 de 30 de septiembre de 2010, «Modificativo del Decreto-Ley n.º 169, de las normas generales y de procedimientos tributarios»; Resolución n.º 286 de 7 de octubre de 2010, de la Ministra de Finanzas y Precios, que aprueba las normas relativas al pago de los impuestos sobre los ingresos personales, las ventas, los servicios públicos, por la utilización de la fuerza de trabajo, y las referentes al pago de la contribución a la seguridad social por los trabajadores por cuenta propia; Resolución n.º 287 de 7 de octubre de 2010, de la Ministra de Finanzas y Precios, que establece el impuesto sobre servicios públicos, en lo concerniente al arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios; Resolución n.º 289 de 7 de octubre de 2010, de la Ministra de Finanzas y Precios, que establece el pago en pesos cubanos del impuesto sobre documentos, para trámites de inscripción y reinscripción en el registro de contribuyentes, de los trabajadores por cuenta propia, con independencia de la moneda en que operan Decreto-Ley n.º 274 de 30 de septiembre de 2010, Modificativo del Decreto-Ley n.º 174/97, «De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia».

En materia de Seguridad social, la afiliación al régimen especial de Seguridad Social de estos trabajadores es obligatoria y constituye un requisito indispensable para que ejerzan su trabajo y reciban beneficios de la Seguridad Social. El mismo ofrece protección al cuentapropista ante la vejez, la invalidez parcial o permanente y, en caso de muerte, a su familia, así como a la trabajadora con ocasión de la maternidad⁴⁰ (arts. 1, 2 y 3 del Decreto-ley n.º 278)⁴¹.

Esta flexibilización del trabajo por cuenta propia implica un cambio importante respecto a la existencia de este sector, el cual, si bien antes era visto con recelo, aunque se lo aceptaba como irremediable y necesario ante la situación económica, ahora pasa a verse como plenamente compatible con la esfera pública, dentro de los contornos de la transición socialista.

Aunque no se ha logrado desplazar hacia el sector privado a toda la cantidad de trabajadores prevista, sí se ha producido un fuerte incremento del mismo. Cuando se aprobó la ampliación y flexibilización del trabajo por cuenta propia, en septiembre-octubre del año 2010, ejercían esta modalidad unas 157 mil personas. En agosto del año 2011 ya eran 333.206. En mayo de 2017, ya eran 556.064 las personas inscritas en esa forma de empleo (un 12% del total de ocupados del país), y las cifras continúan en ascenso⁴². Entre las

⁴⁰ Alcides Francisco Antúnez, Carlos Justo Bruzón y Sudis María Velázquez, «Un análisis a partir de la constitución cubana sobre el ejercicio del autoempleo: incidencias en el nuevo relanzamiento del modelo económico del siglo XXI», *Foro*, vol. 16, n.º 1 (2013): 75.

⁴¹ El Decreto-ley n.º 284 realiza una modificación al mismo en cuanto adiciona una disposición especial al Decreto ley n.º 278 que será la cuarta: «Están exonerados de la obligación de afiliarse al régimen de Seguridad Social: la trabajadora de sesenta años o más y el trabajador de sesenta y cinco años o más. Los trabajadores que tengan cumplidas esas edades y de forma voluntaria permanezcan afiliados al régimen especial o lo hagan con posterioridad a la vigencia del presente decreto-ley recibirán los beneficios que les corresponden». También modifica las disposiciones primera y segunda del referido texto legal: «Primera. Durante el término de diez años, contados a partir del mes siguiente al de la fecha de entrada en vigor del presente decreto-ley, el trabajador que ingrese al régimen con menos de cincuenta años de edad, si es mujer, y cincuenta y cinco años de edad, si es hombre, puede abonar de forma voluntaria a la Seguridad Social, con efecto retroactivo, la contribución correspondiente por el tiempo que considere oportuno a partir de la fecha en que, debidamente autorizado, ejerce la actividad. Segunda. Durante el término de diez años, contados a partir del mes siguiente al de la fecha de entrada en vigor del presente decreto-ley, el trabajador que ingrese al régimen con menos de cincuenta años de edad, si es mujer, y cincuenta y cinco años de edad, si es hombre, puede abonar de forma voluntaria a la Seguridad Social, con efecto retroactivo, la contribución referida en los arts. 12 y 13 por el tiempo que considere oportuno a partir de la fecha en que, debidamente autorizado, ejerza la actividad».

⁴² Alejandra García Elizalde, «El sindicato, apoyo para el trabajador cuentapropista», *Periódico Granma*, La Habana, 23 de mayo de 2017.

actividades más representativas se ubican las de transporte, la elaboración de alimentos y el arrendamiento de viviendas.

En paralelo a lo anterior, la ANPP aprobó, el 20 de diciembre de 2013, la nueva Ley no. 116 «Código del Trabajo». Éste supone la modificación de 101 artículos, la inclusión de 28 nuevas normativas y la total reelaboración del Capítulo II, referente a las Organizaciones Sindicales, el artículo 2 acerca de los principios que rigen el derecho de trabajo y la modificación parcial de su Capítulo XV referente a las autoridades de Trabajo.

Por primera vez se desarrollan las relaciones laborales en el sector privado, en una sección de capítulo enteramente dedicado a ello (Sección primera, Capítulo VII), que regula las «Relaciones de trabajo entre personas naturales» y establecen los «derechos mínimos que debe garantizar el empleador».

Aunque se mantienen gran parte de las prácticas y técnicas de ordenación laboral existentes en el anterior Código⁴³, el nuevo introduce fuertes elementos de flexibilidad laboral. El comunicado del secretariado nacional de la Central de Trabajadores de Cuba (CTC), de 13 de septiembre de 2010, establecía: «se modificará el actual tratamiento laboral y salarial (...) pues ya no será posible aplicar la fórmula de proteger o subsidiar salarialmente de forma indefinida a los trabajadores».

En este sentido, y para mencionar algunos ejemplos, el nuevo Código elimina la redacción del viejo según la cual «el contrato de trabajo por tiempo determinado debe expresar la fecha de su terminación, que no puede exceder de tres años», permitiendo que los contratos temporales por tiempo determinado no se encuentran sometidos a límite temporal máximo de duración, lo que dota de notable inseguridad jurídica a los trabajadores contratados bajo esta modalidad.

Además, se extiende la duración del periodo de prueba. De acuerdo con la antigua ley, éste no podía exceder de 30 días, en el actual Código del Trabajo este puede abarcar «entre treinta y hasta ciento ochenta días» (art. 32). Asimismo, los nuevos arts. 36, 37 y 38 utilizan el indeterminado concepto de «idoneidad demostrada» para posibilitar la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador.

Cambian también las condiciones para los llamados trabajadores disponibles. Se denomina así a aquellos que se amortizaba su plaza y se le brindaba la posibilidad de reubicarse en otra plaza. Hasta ahora solo se aplicaban procesos de disponibilidad cuando existían ofertas de reubicación de los trabajadores y la ley establecía que los trabajadores que eran despedidos recibían su salario básico completo hasta que fuesen colocados en otro Trabajo. El nuevo

⁴³ Sobre este, vid. Guillermo Ferriol, «El derecho laboral en Cuba. Fundamentos, actualidad y perspectivas», *Alegatos*, n.º 72 (2009): 29-66.

Código del Trabajo prevé la figura de trabajadores disponibles que no puedan ser reubicados y reduce la cantidad de dinero a recibir. Ahora el subsidio del 100%, será limitado únicamente a un mes, después del cual el trabajador recibirá un beneficio únicamente del 60% de su salario básico durante un mes para aquellos que han trabajado hasta 19 años, dos meses para aquellos que han trabajado entre 20 y 25 años, tres meses para aquellos que acumulan entre 26 y 30 años y un máximo de cinco meses para aquellos que han trabajado más de 30 años (art. 53).

En paralelo a las modificaciones en el Trabajo, se ha llevado a cabo también una reforma del sistema general de Seguridad social a través de la nueva Ley n.º 195/2008, de 27 de diciembre, desarrollada reglamentariamente mediante el Decreto n.º 283/2009 del Consejo de Ministros, de 6 de abril.

El elemento más cuestionado de la nueva Ley ha sido el retraso de la edad de jubilación para tener derecho a la pensión, que pasa de 55 a 60 años para las mujeres y de 60 a 65 años para los Hombres (art. 22.I.a)⁴⁴. Además, se modifican los requisitos requeridos para optar a una pensión por edad⁴⁵ e introducen diversas modificaciones en el sistema de financiación de la Seguridad social, mediante aprobación de la nueva Ley n.º 113/2012 del sistema tributario y el Decreto n.º 308/2012 del Consejo de Ministros que establece el Reglamento de las normas generales y procedimientos tributarios.

En 1962, se suprimió la obligación de cotizar para los trabajadores asalariados, estableciéndose el principio de contribución exclusiva del empleador. Durante todo este tiempo, los recursos para financiar el conjunto de Servicios y prestaciones ofrecidas gratuitamente por el Sistema Nacional de Salud y el régimen de asistencia social provenía de las cotizaciones de los empleadores

⁴⁴ Sobre la Ley de Seguridad social, vid.: «80 preguntas y respuestas sobre el anteproyecto de nueva ley de seguridad social», *Granma*, n.º 70, 11 de marzo de 2014; Susana Lee, «En vigor Reglamento de la Ley de Seguridad Social», *Granma*, n.º 129, 9 de mayo de 2009.

⁴⁵ Se aumenta el tiempo de servicios requerido de veinticinco a treinta años para optar por la pensión por edad en los trabajadores comprendidos en pensión ordinaria Categoría I; en tanto para los comprendidos en Categoría II, se eleva también la edad de jubilación en cinco años y se fija el tiempo de servicios en treinta años como mínimo, manteniendo la condición de haber laborado en trabajos comprendidos en esta categoría no menos de quince años anteriores a su solicitud, o el 75% del tiempo de servicio requerido para tener derecho a la pensión, si en el momento de solicitarla no se encontraba desempeñando un cargo comprendido en esta categoría. Otro cambio importante es la forma de cálculo de la pensión. La Ley dispone que los cinco años naturales en los que el trabajador haya devengado sus mayores salarios, serán seleccionados dentro de los últimos quince y no diez como estipulaba la ley anterior [Jesús R. Mercader, *Las últimas reformas laborales en Cuba (2009-2014)* (Washington DC: Cuba Study Group, 2015), 6].

y de las transferencias del Presupuesto General del Estado. Teniendo en cuenta la incapacidad del anterior sistema para financiar la Seguridad Social, la nueva Ley tributaria de 2012 establece un impuesto sobre los ingresos personales de todos los trabajadores (arts. 16 y 17)⁴⁶.

2. *La sindicalización del trabajo por cuenta propia*

La Ley no. 116/2013 por la que se aprueba el nuevo Código del Trabajo, regula las organizaciones sindicales en su Capítulo II. La ampliación, desde 2010, del sector de trabajadores por cuenta propia ha ido acompañado de un plan de expansión de la sindicalización en el sector.

Las vías de sindicalización de estos trabajadores son diversas. La CTC tiene tres fuentes fundamentales de afiliación: los trabajadores estatales, los no estatales y los jubilados que bajo el principio de voluntariedad quieran sindicarse. Muchos de los trabajadores por cuenta propia mantienen, a la vez, un vínculo laboral con el sector estatal, por lo que acceden a las filas de la CTC desde su actividad estatal⁴⁷. Respecto al resto, se estableció un plan mediante el que funcionarios de la CTC realizan visitas a cada negocio y conversan con cada trabajador, sin distinciones entre empleadores y empleado, para explicarles las ventajas de su afiliación. La CTC tiene creados 16 sindicatos que organizan a los trabajadores no estatales por las actividades económicas que realizan: gastronómicos, arrendatarios, artistas, usufructuarios, etc.

Según datos de la CTC, en mayo de 2017, el 81,9% del total de trabajadores por cuenta propia del país estaban ya sindicalizados⁴⁸. De acuerdo con la propia CTC, los objetivos de la sindicalización de este sector son básicamente tres: en primer lugar, facilitar las articulaciones entre el sector estatal y no estatal de la economía. Por ejemplo, con el apoyo del sindicato, el Ministerio del Turismo mantiene una atención directa con los arrendatarios de viviendas. Las entidades turísticas suelen entablar contratos directos con los trabajadores por cuenta propia y les permitan incorporarse a las ofertas de las agencias, además de viabilizar la relación con inmigración. En segundo lugar, apoyar el trabajo político-ideológico y evitar la proliferación de «ideologías neoliberales» en el naciente sector privado. Y, en tercer lugar, dar

⁴⁶ Con anterioridad a la nueva Ley, la Ley n.º 73/1994 del sistema tributario, de 4 de agosto, ya había establecido un impuesto sobre los ingresos personales de los trabajadores asalariados en sus art. 18. Sin embargo, en la práctica, nunca se llegó a aplicar.

⁴⁷ Alcides Francisco Antúnez, Carlos Justo Bruzón y Sudis María Velázquez, «Un análisis a partir de la constitución cubana sobre el ejercicio del autoempleo: incidencias en el nuevo relanzamiento del modelo económico del siglo XXI», *Ibid.*: 66.

⁴⁸ Alejandra García Elizalde, «El sindicato, apoyo para el trabajador cuentapropista», *Ibid.*

respuestas a las necesidades diversas de este sector, realizando, por ejemplo, encuentros periódicos con los secretarios generales de las secciones sindicales donde los trabajadores por cuenta propia plantean sus quejas y demandas.

3. *Atracción y ampliación de la inversión extranjera*

Con el objetivo de atraer y ampliar la inversión extranjera de la isla, en 2014 se aprobó la Ley n.º 118 de inversión extranjera, de 29 de marzo, que deroga la anterior de 1995. Esta ley introduce distintas novedades, entre ellas, establece que la inversión extranjera puede ser autorizada en todos los sectores, con excepción de los servicios de salud y educación a la población, y de las instituciones armadas, salvo en sus sistemas empresariales⁴⁹.

Además, la Ley introduce la nueva figura de la «cartera de oportunidades», una especie de catálogo dirigido a los inversionistas extranjeros en el que se publican, cada año, las oportunidades de inversión en promoción y regula garantías para los inversionistas que antes no estaban recogidas, explícitamente, en la ley anterior⁵⁰. A la vez, reconoce a las empresas mixtas, los inversionistas nacionales y los inversionistas extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional, y las empresas de capital totalmente extranjero, un conjunto de beneficios en materia de exención fiscal⁵¹.

La Cartera de Oportunidades de Inversión Extranjera 2017-2018, contó con 456 proyectos, por un monto de capital ascendente a 10.700 millones de dólares. Se potenciaron los proyectos que generan encadenamientos productivos. Con relación a la versión anterior se incorporaron 156 proyectos, 29 de ellos en la Zona Especial de Desarrollo Mariel (ZEDM). Los proyectos prioritarios se concentraron en los sectores de Turismo (152), Agroalimentario (104 de ellos, 10 ubicados en la ZEDM), Azucarero (7), Industria (33 de ellos, 17 ubicados en la ZEDM), Farmacéutico y Biotecnológico (15 de ellos,

⁴⁹ Sobre ello, vid. O.E. Pérez Villanueva, *La ruta necesaria del cambio económico*, Ciencias Sociales, La Habana, 2013. La ruta necesaria del cambio económico (La Habana: Ed. Ciencias Sociales, 2013); O.E. Pérez Villanueva, «La inversión extranjera directa en Cuba: necesidad de su relanzamiento», *Economía y desarrollo*, Vol. 152-2 (2014): 37-52.

⁵⁰ Entre ellas, el Estado cubano garantiza que los beneficios concedidos a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones se mantienen durante todo el período por el que hayan sido otorgados. También les garantiza la libre transferencia al exterior de sus dividendos y beneficios y la opción de venta en cualquier momento de su parte en la asociación.

⁵¹ En concreto, es el Capítulo XII de la Ley n.º 118 de 2014, sobre el régimen especial de tributación el que atribuye incentivos fiscales para las empresas mixtas y asociaciones económicas internacionales, puesto que aunque aparecen impuestos regulados por la nueva Ley n.º 113 de 2012, del Sistema tributario, se eximen temporalmente y se reducen de manera significativa los tipos impositivos en muchos casos.

13 ubicados en la ZEDM), Energías renovables (13), Construcción (14 de ellos, 5 ubicados en la ZEDM)⁵².

Todo ello, ha hecho aumentar, especialmente el número de empresas mixtas, durante los últimos años. La Administración cubana no detalla la identidad de los inversores extranjeros para protegerlos de actuaciones de Estados Unidos y, por ello, los datos disponibles son orientativos.

Según datos del Gobierno cubano de octubre de 2018, más del 50% de los proyectos de inversión en Cuba provienen de países de la UE. Los sectores donde se concentra la inversión extranjera son la industria básica (energía, minería y cemento), el turismo, la industria ligera, la agricultura, la industria alimentaria (bebidas) y tabaco.

España es el principal inversor en una amplia gama de sectores tales como el turismo, industrias varias, servicios financieros, suministro de aguas, cemento, etc. Canadá ha sido tradicionalmente otro gran inversor en turismo, energía y níquel. Los inversores de los demás países juegan un papel poco relevante, salvo China, Brasil (en los sectores del níquel, tabaco y la gestión de un ingenio azucarero, operado por la empresa brasileña Odebrecht) y Venezuela (en la producción de software, exploración geológica, producción de insumos agrícolas, servicios de actividades agrícolas, desarrollo de flotas marítimas y reciclaje de chatarras. Así como en el sector del petróleo. Destaca la terminación de la refinería de petróleo de Cienfuegos, sin acabar desde la época soviética)⁵³.

4. *Cambios en la propiedad agraria y reforma de la Ley de vivienda*

En materia de propiedad agraria, una de las novedades introducidas en este periodo, a través del Decreto-Ley n.º 259/2008, emitido por el Consejo de Estado, fue la entrega en usufructo a personas naturales o jurídicas de tierras ociosas para su producción agropecuaria⁵⁴. El objetivo de esta medida fue la concesión de derechos a los campesinos para producir en mejores condiciones laborales y de sustento básico, así como mejorar la satisfacción de necesidades de alimentación de la población en general por el aumento de la producción alimentaria, lo que implica una disminución de los precios en el mercado, además de una mayor variedad y calidad.

⁵² Vid. *Cuba. Cartera de oportunidades de inversión extranjera, 2017-2018*: file:///C:/Users/USER/Downloads/Cartera%20de%20Oportunidades%20de%20Inversion%20Extranjera%202017-2018.pdf

⁵³ Vid. http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/CUBA_FICHA%20PAIS.pdf

⁵⁴ Desarrollado por el Decreto n.º 282/2008. «Reglamento para la implementación de la entrega de tierras ociosas en usufructo».

El límite máximo a entregar a personas naturales sin tierras es de 13.42 hectáreas. En el caso de quienes posean tierras, en propiedad o usufructo, podrán incrementarlas hasta completar 40.26 hectáreas (art. 6). El periodo del usufructo es de hasta diez años y podrá ser prorrogado sucesivamente por términos de hasta diez años (art. 2). El Decreto obliga al usufructuario a trabajar personalmente la tierra concedida, así como la posibilidad de construir una vivienda e instalaciones de trabajo para el aprovechamiento de las labores allí realizadas.

Las personas jurídicas autorizadas para la entrega de tierra son granjas estatales, UBPC, cooperativas de producción agropecuaria, cooperativas de créditos y servicios, entidades estatales no agropecuarias y otras instituciones que quisieran destinar las tierras para el autoabastecimiento de sus trabajadores, además de otras que se autoricen excepcionalmente (art. 11). A éstas, se les otorga la tierra por un periodo de veinticinco años prorrogable a un período igual (art. 2)⁵⁵.

Esta regulación ha sufrido diversas modificaciones. En 2012, este Decreto-Ley fue sustituido por el Decreto-Ley n.º 300/2012, de entrega de tierras estatales en usufructo. En 2013, el último de 2012 volvió a ser modificado por el Decreto-Ley n.º 311/2013 modificativo del anterior.

Las reformas al primer Decreto-Ley van en el sentido de ampliar la cota máxima de tierra a entregar⁵⁶. Asimismo, teniendo en cuenta que la mayoría de tierras han sido entregadas a campesinos individuales⁵⁷, para evitar procesos individualistas de producción y favorecer la asociación colectiva, desde 2012, se establece que el usufructuario deberá estar vinculado, mediante una relación contractual, a una granja estatal con personalidad jurídica, una unidad básica de producción cooperativa (UBPC), o una cooperativa de producción agropecuaria (CPA); ubicadas en una proximidad de hasta cinco kilómetros.

⁵⁵ En julio de 2009 se habían realizado 110 mil solicitudes de entrega de tierras ociosas en usufructo y se aprobaron cerca de 82 mil, abarcando unas 690 mil hectáreas que implicaban el 39 % del área de tierras ociosas del país («Entrevista a Orlando Lugo Fonte, Presidente de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP)», *Periódico Trabajadores*, 22 de junio 2009).

⁵⁶ Se mantiene la solicitud inicial en un área de 13,42 hectáreas, pero más tarde esta puede extenderse hasta 67,10 hectáreas. Anteriormente se aprobaban hasta 40,26 hectáreas.

⁵⁷ Hasta 2012 se habían otorgado 1.523.000 hectáreas. Habían sido procesadas 197.000 solicitudes, de las cuales 174.271 ya habían sido aprobadas. Entre el total de solicitudes, 2.700 corresponden a personas jurídicas y el resto a personas naturales. De estas últimas, entre el 9% y 10% son mujeres, 23% tiene experiencia en la agricultura, lo cual arroja 77% sin dominio de la actividad. Más de 35% de los usufructuarios tenían entre 20 y 35 años («Nuevas regulaciones sobre la entrega de tierras en usufructo», *Opciones. Semanario económico y Financiero de Cuba*, 26 de octubre de 2012).

Otro cambio importante en la isla ha sido el de la autorización de la compraventa de viviendas, mediante el Decreto-Ley 288/2011 del Consejo de Estado, de 28 de octubre, modificativo de la Ley General de Vivienda n.º 65/1988, acompañado de seis resoluciones complementarias para aplicar la ley⁵⁸.

Hasta este momento, estaban permitidas las permutas o intercambios, pero no la compraventa de viviendas. La nueva reforma autoriza la compraventa de viviendas por parte de ciudadanos y extranjeros residentes permanentes en la isla y permite a los compradores y vendedores fijar libremente el precio. La permuta subsiste, pero ahora es legal el pago de una compensación que antes se hacía de forma ilegal. Con el fin de evitar la concentración de propiedades, el Decreto-Ley limita la posesión de propiedades a dos, una residencia permanente y otra de veraneo o descanso⁵⁹.

V. LA CONSTITUCIÓN DE 2019 Y LOS NUEVOS REGIMENES DE PROPIEDAD EMERGENTES

Del 20 al 22 de julio de 2018, la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) de Cuba inició el trámite de discusión de un anteproyecto de nueva Constitución cubana elaborado por un grupo de trabajo del Buró Político del Partido Comunista de Cuba (PCC) creado el 13 de mayo de 2013 y una comisión parlamentaria creada el 2 de junio de 2018 para este objetivo. El nuevo texto sometido, de acuerdo con el art. 72 del Reglamento de la ANPP, a un proceso de discusión popular entre la ciudadanía y, finalmente, a ratificación mediante referendo popular en febrero de 2019, introduce nuevas e importantes novedades en materia de propiedad.

El art. 18 de la Constitución señala que la forma principal de propiedad en el país es la «propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción». Esto se complementa con el art. 27 que afirma que «la empresa estatal socialista es el sujeto principal de la economía nacional». Sin embargo, la necesidad de adelgazamiento del ineficaz sector estatal obliga a desarrollar otros tipos de propiedad y/o gestión de los medios de producción y Servicios.

⁵⁸ Resolución 85/11 del Banco Central de Cuba; Resoluciones 342 y 343/11 del Instituto Nacional de la Vivienda; Resolución 351/11 del ministerio de Finanzas y Precios; y, Resolución 270/11 del Ministerio de Justicia.

⁵⁹ Damien Cave, «Cuba to allow buying and selling of property, with few restrictions», *The New York Times*, 4 de noviembre de 2011; Carmelo Mesa-Lago, «Las reformas de Raúl Castro y el congreso del Partido Comunista de Cuba: avances, obstáculos y resultados», *Documentos CIDOB América Latina*, n.º 35 (2011): 8.

En este sentido, el art. 22 de la Constitución reconoce las siguientes formas de propiedad: la socialista de todo el pueblo; la cooperativa; la mixta; de las organizaciones políticas, de masas y sociales; la privada; y, la personal.

En esta enumeración hay dos novedades, la primera es que se reconoce la propiedad cooperativa, en general. Las pocas referencias que la Constitución de 1976 hacía a la propiedad cooperativa se referían sólo a las cooperativas agropecuarias. Y la segunda, es la referencia a la propiedad privada. La Constitución anterior reconocía sólo la personal.

Con ello, la Constitución abre la puerta a dos posibles vías de sustitución del amplio sector estatal en el socialismo cubano: la vía de la propiedad cooperativa o de la propiedad privada, las cuales se convierten en las nuevas formas de propiedad emergentes.

1. *La propiedad cooperativa*

El anteproyecto de Constitución presentado en julio de 2018 por la Asamblea Nacional y sometido a proceso de discusión popular entre la ciudadanía, reconocía, en su art. 21, las formas de propiedad citadas (la socialista de todo el pueblo; la cooperativa; la mixta; de las organizaciones políticas, de masas y sociales; la privada; y, la personal) y seguidamente, incluía un último párrafo de este artículo que señalaba que el Estado «estimula aquellas formas de propiedad de carácter más social». Con lo cual se entendía, que se fomentaría la propiedad cooperativa por encima de la privada.

Después del proceso de consulta entre la ciudadanía, de la sistematización de las propuestas hechas en los debates ciudadanos y de su incorporación en el texto final de la Constitución que se aprueba mediante referéndum, la referencia del último párrafo al estímulo estatal de las formas de propiedad de carácter más social, desaparece. El texto final de la Constitución establece, simplemente, «Todas las formas de propiedad sobre los medios de producción interactúan en similares condiciones».

Tradicionalmente había existido, en la Cuba socialista, una desconfianza hacia la propiedad cooperativa, motivada por los escritos de Ernesto Ché Guevara. En sus notas críticas sobre la economía política de la URSS, escritas entre 1965 y 1966⁶⁰, el Ché lleva a cabo una fuerte crítica contra las cooperativas agrícolas en la URSS, conocidas como *koljós*, las cuales en su criterio estaban introduciendo una superestructura capitalista dentro la sociedad socialista. Éste sostenía que las cooperativas no constituyen una forma socialista de propiedad pues imponen una superestructura con relaciones de

⁶⁰ Ernesto Guevara, *Apuntes críticos de la economía política* (La Habana: Ciencias Sociales, 2006).

propiedad y palancas económicas capitalistas⁶¹. Ello ha supuesto siempre un obstáculo al desarrollo de esta forma de propiedad en la isla.

Hasta 2012, solo se reconocían en Cuba cooperativas de tipo agropecuario (Cooperativas de Créditos y Servicios, Cooperativas de Producción Agropecuaria y UBPC). La cooperativa se entendía, además, como una forma de organizar un patrimonio del Estado cedido en usufructo a la cooperativa o a sus socios y cuyas decisiones estaban supeditadas al ministerio del que dependieran. A partir de 2012 y siguiendo los lineamientos aprobados por el VI Congreso del PCC de 2011 (Lineamientos 2, 25, 26, 27, 28 y 29), el Decreto ley 305/2012 del Consejo de Estado «De las cooperativas no agropecuarias» y el Decreto ley 306/2012 del Consejo de Estado «Del régimen especial de seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias» abren la posibilidad para la constitución de cooperativas no agropecuarias en la isla⁶². Ahora la cooperativa pasa a entenderse como una persona jurídica de derecho privado sin relación con los organismos de Estado y que puede pueden fijar libremente los precios de sus productos (art. 25 DL 306 y 66.2 D 309). Asimismo, reconoce también las llamadas cooperativas de segundo grado como forma de federación de distintas cooperativas para organizar actividades complementarias entre ellas.

Además, junto al reconocimiento de las cooperativas no agropecuarias, el Estado fomenta su creación mediante la adopción de distintas medidas en beneficio de esta forma de propiedad. Así, el art. 51 del Decreto n.º 309/2012 que establece el Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado⁶³, exonera del pago del alquiler, hasta un año y por una sola vez, a

⁶¹ Sobre ello, vid. Helen Yaffe, «El Ché Guevara: Las cooperativas y la economía política de la transición al socialismo», en *Cooperativas y socialismo. Una mirada desde Cuba*, comp. por Camila Piñeiro (La Habana: Ed. Caminos, 2011), 132-166.

⁶² Junto a estas normas y en relación con ellas se dicta también el Decreto ley 309/2012 del Consejo de Ministros «Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado», la Resolución 570/2012 del Ministerio de Economía y Planificación y la Resolución 427/2012 del Ministerio de Finanzas y Precios. A raíz de la aprobación de esta legislación, a primeros de julio 2013 ya habían comenzado a funcionar las primeras 124 cooperativas asociadas a actividades del transporte, la construcción, la recogida de materias primas y los mercados agropecuarios. Entre estas cooperativas la mayoría se desprenden del sector estatal (112) por no resultar esa forma de gestión eficiente, y el resto, surgen del trabajo por cuenta propia, además de estas, un nuevo grupo de setenta y una ya ha sido aprobado y van a empezar a funcionar (Ana María Puyo, «la nueva normativa cubana de cooperativas no agropecuarias», *Revista Vasca de Economía Social*, n.º 11 (2014): 179.

⁶³ El Decreto-Ley número 305, de 15 de noviembre de 2012, «De las Cooperativas no Agropecuarias», en su Disposición Final Sexta dispone que el Consejo de Ministros, una vez que entre en vigor el referido Decreto-Ley, emite el Reglamento para las Cooperativas de primer grado.

aquellas Cooperativas que asuman en el transcurso del primer año de su existencia la reparación de las instalaciones estatales arrendadas.

En materia fiscal, el Estado también les otorga un conjunto de beneficios. El apartado segundo de la Resolución del Ministerio de Finanzas y Precios 427/2012, «exonera a las cooperativas no agropecuarias del Impuesto sobre Ventas por la comercialización a la población de productos agropecuarios». El apartado séptimo establece, para estas cooperativas, un conjunto de deducciones al impuesto sobre utilidades⁶⁴. La Ley no. 113/2012, «del Sistema Tributario», les exime del pago de las obligaciones tributarias por los primeros 3 meses iniciales de operaciones por los conceptos siguientes: impuesto sobre Utilidades, impuesto sobre las Ventas, impuesto sobre los Servicios, impuesto por la Utilización de la Fuerza de Trabajo.

Asimismo, se establece que las cooperativas no agropecuarias que tienen la licencia de exportación están exentas del pago del Impuesto sobre las Ventas por todas las operaciones de exportación (art. 153 b. Ley no. 113). O que se eximen del pago del Impuesto por la Utilización de la Fuerza de Trabajo a aquellas que posean de 1 a 5 trabajadores contratados⁶⁵.

Como fija el Decreto-Ley 306, sobre el régimen especial de seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias, ellas deberán realizar contribuciones a la seguridad social según un régimen especial. Los miembros de cooperativas cuentan con todas las prestaciones de la seguridad social del régimen general (protección por enfermedad, accidentes profesionales o no, maternidad, invalidez total y a su familia en caso de muerte), y a diferencia de los Trabajadores por cuenta propia que contribuyen con una base de un 25%, la base para los cooperativistas es de un 20%⁶⁶.

⁶⁴ Apartado séptimo: «Para el cálculo del Impuesto sobre Utilidades, las cooperativas no agropecuarias, al total de los ingresos obtenidos en el año fiscal, además de los conceptos que se descuentan conforme a lo establecido en el artículo 108 de la nueva Ley n.º 113 «Del Sistema Tributario» se deducirán los siguientes conceptos: a) El arrendamiento de los bienes muebles e inmuebles a entidades debidamente autorizadas para ello, que les sean exoneradas o bonificadas, cuando asuman reparaciones en los locales estatales que arrienden, las que deben ser justificadas documentalmente; b) una retribución por socio, consistente en el salario medio de la provincia, o en su caso, en el municipio especial Isla de la Juventud, donde esté establecida u opere la cooperativa; y c) los montos destinados a la creación de las reservas para cubrir contingencias. Los gastos asociados a la actividad serán contabilizados en su totalidad y no se exigirá justificación del cuarenta por ciento (40 %) de estos».

⁶⁵ Contraloría General de la República de Cuba. *Funcionamiento de las Cooperativas no agropecuarias* [folleto], La Habana, 2016: 68. Disponible en: <http://www.contraloria.gob.cu/documentos/eventos/Programa%20Cooperativas%20no%20agropecuarias.pdf>

⁶⁶ Camila Piñeiro, «Las cooperativas no agropecuarias en La Habana. Diagnóstico preliminar», en *Economía Cubana: Transformaciones y Desafíos*, comp. Por Camila Piñeiro et.al. (La Habana: Ciencias Sociales, 2014), 6.

Respecto al financiamiento de estas cooperativas, se creó un fondo fideicomiso del Presupuesto del Estado que será gestionado por los bancos a partir de las normas emitidas por el Banco Central de Cuba, que será destinado en forma de créditos blandos a aquellas cooperativas que por sus condiciones iniciales no sean sujeto de crédito. Como establece el DL 305, este fondo será a partir de una reserva del presupuesto del Estado que se le va a dar al sistema bancario para que otorgue créditos, fundamentalmente, para capital inicial. Las cooperativas podrán además solicitar créditos a los bancos comerciales, en condiciones similares a una empresa estatal⁶⁷. Hasta enero de 2014 el 73% de las cooperativas aprobadas en los dos primeros grupos habían solicitado créditos⁶⁸.

Todos estos elementos han favorecido que, desde 2012 en adelante, hayan empezado a crearse cooperativas de trabajo no agropecuarias en la isla. En mayo de 2014, ya existían un total de 498 Cooperativas no agropecuarias en distintas actividades económicas, de las cuales 384 fueron de origen estatal y 114 no estatal.

Actividades y número de cooperativas autorizadas (mayo 2014)

	Actividad	N.º	%
1	Gastronomía	213	42,9
2	Comercio minorista de productos agropecuarios	101	20,3
3	Construcción y producción de materiales de construcción	68	13,7
4	Servicios personales y técnicos	32	6,4
5	Comercialización de aves	17	3,4
6	Recuperación de desechos	15	3,0
7	Transporte de carga y servicios al transporte	11	2,2
8	Muebles, cerámica, confecciones textiles, calzado, talabartería, plásticos	11	2,2
9	Transporte de pasajeros	6	1,2
10	Servicios contables	6	1,2
11	Producción y servicios decorativos	5	1,0
12	Servicios de energía	5	1,0

.../...

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

.../...

	Actividad	N.º	%
13	Producción de alimentos y bebidas	3	0,6
14	Servicios técnicos de mantenimiento y reparación de equipos	3	0,6
15	Impresiones gráficas, decoración e interiorismo	1	0,2
16	Comercialización mayorista de productos agropecuarios 1 0.2	1	0,2
	Total	498	

Fuente: Centro de Investigaciones de Desarrollo Local (CIDEL), La Habana, Mayo 2014 (Tomado de: Camila Piñeiro, «Las cooperativas no agropecuarias en La Habana. Diagnóstico preliminar», *ibid.*: 11).

En el año 2015 se produjo un modesto incremento de 22 nuevas cooperativas, de las cuales 19 fueron en La Habana, dos en Artemisa y una en Cienfuegos⁶⁹.

A pesar de las ventajas señaladas, diversos autores, en el interior de la isla, señalan la necesidad, todavía, de superar muchas deficiencias si lo que se quiere es facilitar este tipo de propiedad para que pueda convertirse en una auténtica alternativa al adelgazamiento del sector estatal. Entre ellas, estos autores⁷⁰, señalan problemas referidos a un proceso legal de constitución demasiado largo, complicado, burocratizado y supeditado a la voluntad administrativa. Un régimen económico confuso. Un régimen de disciplina social y solución de conflictos poco eficaz. O, la inexistencia de una organización que represente los intereses de las nuevas cooperativas ante el Estado, que podría conformarse como consejos de cooperativas desde el nivel municipal al nivel nacional y que, entre otras tareas, podría cumplir funciones

⁶⁹ Silvia Odriozola Guitart y Ady Regla Palma Arnaud, «Cooperativas no agropecuarias en el sector de la construcción en La Habana: un análisis de su gestión», *Economía y Desarrollo*, n.º 159 (1) (2018): 89.

⁷⁰ Maelia Esther Silveira Pérez, «Las cooperativas a la luz de los nuevos cambios económicos en Cuba. Actualidad y perspectivas de futuro», *Cubalex, Revista electrónica de estudios jurídicos*, n.º 4 (2010); Camila Piñeiro, «¿Y las cooperativas, cuando? Potencialidades de las cooperativas para la actualización del modelo económico cubano», *Palabra Nueva*, n.º 211 (2011): 55-56; Jesús Cruz y Camila Piñeiro, «Una introducción a las cooperativas», en *Cooperativas y Socialismo: Una mirada desde Cuba*, comp. Por Camila Piñeiro (La Habana: Editorial Caminos, 2011), 31-54; Camila Piñeiro, «Ahora que sí van las cooperativas, vamos a hacerlo bien. Roles de las cooperativas en el nuevo modelo económico cubano», *Revista Caminos*, 5 de febrero de 2013; Vid. También. Roberto Muñoz, Grizel Donéstevez y Jaime García, *Desarrollo y cooperativismo: desafíos al modelo cubano de transición al socialismo* (La Habana: Editorial Caminos, 2014).

similares a las que hoy realiza la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP) en relación a las cooperativas agropecuarias.

2. Propiedad privada y privatizaciones

La propiedad privada constituye el otro sector emergente en la isla. En paralelo a lo anterior, la nueva Constitución reconoce ahora el papel del mercado⁷¹ en la economía y abre la posibilidad para la privatización de la propiedad y/o gestión de un amplio número de bienes y servicios.

La Constitución anterior de 1976, en su art. 15, listaba el conjunto de los bienes que conformaban la propiedad social y afirmaba ser inalienables⁷², salvo casos excepcionales, donde debían cumplirse dos requisitos: que dicha transmisión se destinara a los fines de desarrollo del país, y que no afectara los fundamentos del Estado, es decir, la «existencia de una economía basada en la propiedad socialista de todo el pueblo».

La nueva Constitución introduce cambios importantes en este artículo, que ahora pasa a ser el 23. En concreto, elimina del listado de bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables: los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, empresas, bancos, instalaciones y bienes nacionalizados y expropiados, así como granjas del pueblo, fábricas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas. Asimismo, éstos quedan también fuera de los dos requisitos consignados para la transmisión de derechos, es decir, se puede autorizar que otros actores los usen, disfruten y gestionen, aunque ello afecte los fundamentos del Estado, y aunque no contribuya al desarrollo del país⁷³.

Respecto a «otros bienes» incluidos en la propiedad socialista de todo el pueblo (infraestructuras de interés general, principales industrias e instalaciones

⁷¹ El art. 18 de la Constitución incluye la regulación del mercado dentro del marco de la planificación económica.

⁷² Estos bienes listados en la Constitución son: «las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos; sobre el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona de su soberanía, los bosques, las aguas, las vías de comunicación; sobre los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como sobre las granjas del pueblo, fábricas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomenta o adquiera» (art. 15).

⁷³ Sobre ello, vid. Luis Emilio Aybar Toledo, «El proyecto de Constitución abre puertas a la privatización de la propiedad social», *La Tizza Cuba*, 10 de septiembre de 2018, disponible en: <https://medium.com/la-tiza/el-proyecto-de-constituci%C3%B3n-abre-puertas-a-la-privatizaci%C3%B3n-de-la-propiedad-social-d6da49c0e2b3>.

económicas y sociales, así como otros de carácter estratégico para el desarrollo económico y social del país), el art. 24 los mantiene como inalienables, aunque en el último párrafo establece que respecto a su gestión se actuara conforme lo establecido por la ley, abriendo la puerta a la gestión privada de esta parte de la propiedad estatal. Además, aunque el art. 30 fija la obligación del Estado de regular la concentración de la propiedad en personas no estatales con el fin de «preservar los límites compatibles con los valores socialistas de equidad y justicia social», no se dice nada sobre la concentración de la gestión de bienes y Servicios de propiedad estatal en una misma empresa, lo que no deja de ser otra forma de concentración.

A la vez, el art. 18 de la anterior Constitución donde se dice que «El comercio exterior es función exclusiva del Estado», se elimina en la nueva, no especificándose el régimen bajo el que éste funcionará.

VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, hemos visto como la aprobación de la Ley Fundamental de 1959 implicó una modificación del art. 24 de la Constitución de 1940, en cuanto que ahora se abría la posibilidad de expropiación sin previa indemnización. Ello permitió abrir, entre 1959 y 1968, una etapa de nacionalización y confiscación de tierras y bienes que suponen un cambio radical de la estructura de propiedad en la isla, configurándose la propiedad estatal como casi único modelo de propiedad y reduciéndose al mínimo las formas de trabajo por cuenta propia.

No será hasta la década de los 90, con el desplome del campo socialista y la adopción de reformas para hacer frente a la fuerte crisis económica, que se empiezan a introducir cambios en las formas de propiedad, apareciendo ahora la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas y produciéndose un fraccionamiento de la gran propiedad agraria estatal, y una importante ampliación del ámbito del trabajo por cuenta propia, aunque éste es visto todavía con recelo. Es a partir de 2011, ante la necesidad de adelgazar un ineficaz sector estatal, que el trabajo por cuenta propia pasa a ser visto como una alternativa real de trabajo para una amplia masa de trabajadores provenientes del sector estatal, y empieza a desarrollarse una amplia normativa respecto a éste.

A la vez, desde 2007, momento en que Fidel castro abandona la dirección política del país, empiezan también a adoptarse un conjunto de modificaciones respecto a la propiedad agraria, la vivienda, etc. que constituyen el preludeo de la actual Constitución de 2019. Este texto amplía las formas de propiedad, estableciendo dos nuevas formas de propiedad emergentes y carentes, hasta el momento, de reconocimiento constitucional: la de las cooperativas no agropecuarias y la propiedad privada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ TABIO, F. *Comentarios a la Constitución Socialista* (La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1989), 83.
- ANTÚNEZ, A.F., JUSTO BRUZÓN, C. y VELÁZQUEZ, S.M. «Un análisis a partir de la constitución cubana sobre el ejercicio del autoempleo: incidencias en el nuevo relanzamiento del modelo económico del siglo XXI», *Foro*, vol. 16, n.º 1 (2013): 75.
- AYBAR TOLEDO, L.E. «El proyecto de Constitución abre puertas a la privatización de la propiedad social», *La Tizza Cuba*, 10 de septiembre de 2018, disponible en: <https://medium.com/la-tizza/el-proyecto-de-constituci%C3%B3n-abre-puertas-a-la-privatizaci%C3%B3n-de-la-propiedad-social-d6da49c0e2b3>.
- BURGOS, M. «Análisis Crítico Constitucional de los Cambios Socio-jurídicos en la Cuba Actual», *Revista Direito & Práxis*, n.º 4 (2017): 3179.
- CARRANZA, J., GUTIÉRREZ, L. y MONREAL, P. *Cuba: la reestructuración económica. Una propuesta para el debate* (La Habana: Ed Ciencias Sociales, 1995).
- CAVE, D. «Cuba to allow buying and selling of property, with few restrictions», *The New York Times*, 4 de noviembre de 2011.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CUBA. *Funcionamiento de las Cooperativas no agropecuarias* [folleto], La Habana, 2016: 68. Disponible en: <http://www.contraloria.gob.cu/documentos/eventos/Programa%20Cooperativas%20no%20agropecuarias.pdf>
- CRUZ, J. y PIÑEIRO, C. «Una introducción a las cooperativas», en *Cooperativas y Socialismo: Una mirada desde Cuba*, comp. Por Camila Piñeiro (La Habana: Editorial Caminos, 2011), 31-54.
- «Cuba. La economía al cierre de 1997», en *Revista Cuba Socialista*, n.º 9 (1998): 46 Ver *Boletín de Información Económica*, IPS, n.º 30 (1994).
- «Entrevista a Orlando Lugo Fonte, Presidente de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP)», *Periódico Trabajadores*, 22 de junio 2009).
- ESPINA, M. «Reestratificación y desigualdad», en *Mayra Espina et.al. Heterogeneidad social en la Cuba actual* (La Habana: Centro de Estudios de Salud y Bienestar Humano, 2004), 19.
- «Reforma económica y reestratificación de la estructura socio-clasista cubana», *Revista Academia*, n.º 1-2 (2001): 27.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J. «Problemas y desafíos de Cuba contemporánea: el sistema político y el sistema jurídico», ponencia presentada en el Taller Problemas y desafíos para Cuba contemporánea (Notre Dame: Instituto Kellog para Estudios Internacionales, 1998).
- «Tras las pistas de la Revolución en cuarenta años de Derecho», *Revista Temas*, n.º 16-17 (1999): 105.
- FERRIOL, G. «El derecho laboral en Cuba. Fundamentos, actualidad y perspectivas», *Alegatos*, n.º 72 (2009): 29-66.
- FIGUEROA, V. «El nuevo modelo agrario en Cuba bajo los marcos de la reforma económica», en *Desarrollo rural y participación* (La Habana: Ediciones de la Universidad de La Habana, 1996).
- GARCÍA ELIZALDE, A. «El sindicato, apoyo para el trabajador cuentapropista», *Periódico Granma*, La Habana, 23 de mayo de 2017.

- GARCÍA HENRÍQUEZ, F.E., MARTÍNEZ LORENZO, Y. y MARTÍNEZ BARREIRO, J. *Compendio de disposiciones legales sobre nacionalización y confiscación* (La Habana: Ministerio de Justicia, 2004), 48-147.
- GARCÍA VALDÉS, C. «La economía cubana de los años 90: transformaciones en la economía socialista», en *Economía: Análisis, propuestas, alternativas*, comp. Por Carlos García Valdés et.al. (La Habana: Ed. Ciencias Sociales, 1998), 40.
- GUEVARA, E. *Apuntes críticos de la economía política* (La Habana: Ciencias Sociales, 2006).
- LAGE, C. «Discurso en la inauguración de la XII Feria Internacional de La Habana», en *Periódico Granma*, 1 de noviembre de 1994.
- MARQUETTI, H. La economía del dólar: balance y perspectivas, *revista TEMAS*, n.º 11 (1997).
- MERCADER, J.R. *Las últimas reformas laborales en Cuba (2009-2014)* (Washington DC: Cuba Study Group, 2015), 6.
- MESA-LAGO, C. «Las reformas de Raúl Castro y el congreso del Partido Comunista de Cuba: avances, obstáculos y resultados», *Documentos CIDOB América Latina*, n.º 35 (2011): 8.
- MIRANDA, O. «Las nacionalizaciones cubanas», en *Temas de Derecho constitucional cubano*, comp. por Marta Prieto y Lissette Pérez (La Habana: Ed. Félix Varela, 2000), 83.
- MUÑOZ, R., DONÉSTEVEZ, G. y GARCÍA, J. *Desarrollo y cooperativismo: desafíos al modelo cubano de transición al socialismo* (La Habana: Editorial Caminos, 2014).
- NOGUERA, A. *Derecho y Hegemonía. Un estudio socio-jurídico de la Cuba actual* (Buenos Aires: Ediciones Cooperativas, 2007), 117.
- OPCIONES. «Nuevas regulaciones sobre la entrega de tierras en usufructo», *Opciones. Semanario económico y Financiero de Cuba*, 26 de octubre de 2012.
- NUÑEZ, L. «Más allá del cuentapropismo en Cuba», *Revista Temas*, n.º 11 (1997).
- ODRIOZOLA GUITART, S. y PALMA ARNAUD, A.R. «Cooperativas no agropecuarias en el sector de la construcción en La Habana: un análisis de su gestión», *Economía y Desarrollo*, n.º 159 (1) (2018): 89.
- PERERA, M. *La subjetividad en grupos de la capital* [Mecanuscrito inédito] (La Habana: Fondos del Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, 2002), 7-8.
- PÉREZ N. y ECHEVARRÍA, D. «Participación y producción agraria en Cuba: las UBPC», *Revista Temas*, n.º 11 (1997): 71.
- PÉREZ, Y. *Fundamentos jurídicos para la armonización de intereses públicos y privados en sede de alojamiento turístico en Cuba* [tesis doctoral], Universidad de La Habana, 2014. Disponible en: <file:///C:/Users/USER/Desktop/documentos%20bajados/Fundamentos%20juridicos%20para%201a%20a%20-%20Perez%20Martinez,%20Yuri.pdf>
- PÉREZ VILLANUEVA, O.E. *La ruta necesaria del cambio económico* (La Habana: Ed. Ciencias Sociales, 2013).
- «La inversión extranjera directa en Cuba: necesidad de su relanzamiento», *Economía y desarrollo*, Vol. 152-2 (2014): 37-52.
- PIÑEIRO, C. «Las cooperativas no agropecuarias en La Habana. Diagnóstico preliminar», en *Economía Cubana: Transformaciones y Desafíos*, comp. Por Camila Piñeiro et.al. (La Habana: Ciencias Sociales, 2014), 6.

- «¿Y las cooperativas, cuándo? Potencialidades de las cooperativas para la actualización del modelo económico cubano», *Palabra Nueva*, n.º 211 (2011): 55-56.
- «Ahora que sí van las cooperativas, vamos a hacerlo bien. Roles de las cooperativas en el nuevo modelo económico cubano», *Revista Caminos*, 5 de febrero de 2013.
- «Plan para la economía nacional de 1964», *Revista Cuba Socialista*, n.º 3 (1964).
- PRIETO, M. «Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución», en *Temas de Derecho constitucional cubano*, comp. por Marta Prieto y Lissette Pérez (La Habana: Ed. Félix Varela, 2000), 33.
- *El orden constitucional cubano. Realidades y perspectivas* [manuscrito inédito], Marzo 2005.
- PUYO, A.M. «la nueva normativa cubana de cooperativas no agropecuarias», *Revista Vasca de Economía Social*, n.º 11 (2014): 179.
- SILVEIRA PÉREZ, M.E. «Las cooperativas a la luz de los nuevos cambios económicos en Cuba. Actualidad y perspectivas de futuro», *Cubalex, Revista electrónica de estudios jurídicos*, n.º 4 (2010).
- TRIANA, J. «La transformación económica en el socialismo», *Academia. Revista del Colegio de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de La Habana*, n.º 1 (2001): 23).
- YAFFE, H. «El Ché Guevara: Las cooperativas y la economía política de la transición al socialismo», en *Cooperativas y socialismo. Una mirada desde Cuba*, comp. por Camila Piñeiro (La Habana: Ed. Caminos, 2011), 132-166.

Premio Juan Churruca

EL ARBITRAJE DE INVERSIONES ENTRE
LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR:
¿DEL ARBITRAJE DE DIFERENCIAS
ESTADO-INVERSOR A UN SISTEMA
DE TRIBUNALES DE INVERSIONES?*

*Investment arbitration between the European Union
and Singapore: from the Investor-State Dispute Settlement
to an Investment Court System?*

Sophie Recio San Emeterio
Universidad de Deusto
sophie.recio@opendeusto.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp353-383](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp353-383)

Recibido: 10.02.2019

Aceptado: 21.06.2019

Resumen

El régimen de arbitraje de inversiones entre la Unión Europea (UE) y Singapur ha pasado del arbitraje de diferencias Estado-inversor propuesto por el borrador del Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur del 2015 a un Sistema de Tribunales de Inversiones en el borrador del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Singapur (APIUES) del 2018. Esta evolución se fundamenta en: a) los cambios de forma y fondo introducidos por el APIUES; y, b) un análisis comparativo

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): San Emeterio, Sophie Recio. 2019. «El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿Del arbitraje de diferencias Estado-Inversor a un sistema de Tribunales De Inversiones?». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 353-383. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp353-383](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp353-383).

de los sistemas de tribunales de inversiones previstos en el APIUES, la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión entre la UE y los Estados Unidos, y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá.

Palabras clave

Arbitraje; Unión Europea; Singapur; Sistema de Tribunales de Inversiones; Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión; Acuerdo Económico y Comercial Global.

Abstract

The investment arbitration regime between the European Union (EU) and Singapore has gone from the Investor-State Dispute Settlement mechanism suggested in the 2015 draft of the EU-Singapore Free Trade Agreement to an Investment Court System in the 2018 draft of the EU-Singapore Investment Protection Agreement (EUSIPA). Such evolution is built upon: a) the changes in form and substance introduced by the EUSIPA; and, b) a comparative analysis of the Investment Court Systems foreseen for the EUSIPA, the Transatlantic Trade and Investment Partnership, and the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement.

Keywords

Arbitration; European Union; Singapore; Investment Court System; TTIP; CETA.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR. III. EL RÉGIMEN DE ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR DEL 2015. 1. *Terminación de los Acuerdos sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y las sunset clauses.* 2. *Remisión a reglas internacionales.* 3. *Regulación de las consultas.* 4. *Adopción del no U-turn.* IV. EL RÉGIMEN DE ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL ACUERDO DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR DEL 2018. 1. *Indicios de un Sistema de Tribunales de Inversiones.* 2. *Sobre las disposiciones derivadas de reglas internacionales.* 3. *Sobre la regulación de las consultas.* 4. *Sobre la adopción del no U-turn.* V. OBSTÁCULOS LEGALES AL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR. 1. *El artículo 59 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el Dictamen 2/15.* 2. *La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la UE, de 6 de marzo de 2018, sobre el caso Achmea.* VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) son práctica corriente en el ámbito europeo e internacional desde el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Alemania y Pakistán de 1959. En sus primeros años, estos acuerdos no regulaban el arbitraje de diferencias Estado-inversor (mejor conocido como *Investor-State Dispute Settlement* o *ISDS*), un mecanismo legal que permite a un inversor dirigirse contra un Estado en el que ha realizado inversiones mediante un procedimiento arbitral¹. La ausencia de un claro marco legal resultaba problemática pues hacía proliferar el uso de procedimientos paralelos, i.e. el empleo simultáneo de la vía judicial y la vía arbitral por los inversores-demandantes².

El arbitraje de diferencias Estado-inversor sólo se institucionalizaría con el Convenio sobre la Resolución de Disputas de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington en 1965. El conocido como Convenio de Washington marcó un punto de inflexión en el ámbito del

¹ Marta Latek, *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) State of play and prospects for reform* (Servicios De Estudios Del Parlamento Europeo (EPRS), 2014), edición en PDF, 2.

² Advisory Council on International Affairs, «Introduction», *International Investment Dispute Settlement*, n.º 95 (La Haya: Advisory Council on International Affairs, 2015), 7.

arbitraje internacional, pues sentó las bases para la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, cuyas Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) serían a su vez retomadas en 1976 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)³. Hoy en día, el CIADI y la CNUDMI son los órganos de referencia para el arbitraje de diferencias Estado-inversor. De hecho, todos los Estados Miembros de la Unión Europea (UE) salvo Polonia han ratificado el Convenio de Washington. En el caso de la UE, no ha podido adherirse al CIADI por no ser un estado conforme requiere el artículo 67 del Convenio⁴.

A nivel de la UE, el arbitraje de inversiones ha evolucionado en los últimos cinco años del tradicional régimen de arbitraje de diferencias Estado-inversor a un Sistema de Tribunales de Inversiones (STI) recogido en distintos Acuerdos de Libre Comercio (ALCs) entre la UE y sus socios comerciales. En particular, destacan la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI) entre la UE y Estados Unidos (EEUU), mejor conocida como *Transatlantic Trade and Investment Partnership o TTIP*, y el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la UE y Canadá, mejor conocido como *Comercial Global o Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*.

En el 2017, se anunció que el STI se incorporaría también al borrador del Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur (ALCUES) del 2015, siendo necesario para ello reformar el Capítulo IX sobre arbitraje de diferencias Estado-inversor del acuerdo. A continuación, el 18 de abril del 2018, se reformó y dividió el ALCUES del 2015 en otros dos acuerdos: a) el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Singapur (APIUES), dedicado exclusivamente al ámbito de las inversiones y al arbitraje sobre las mismas; y, b) una nueva versión del ALCUES, dedicada principalmente al comercio de bienes y servicios, derechos de propiedad intelectual, energías renovables, etc⁵. A pesar del anuncio del 2017, ni el APIUES ni el ALCUES del 2018 mencionan en ningún momento la aplicación de un STI. En consecuencia, esta investigación tiene por objetivo analizar la evolución del borrador del ALCUES del 2015 hasta el borrador del APIUES del 2018 para determinar si, efectivamente, se ha producido ese cambio en el régimen de arbitraje de

³ Advisory Council on International Affairs. «Introduction», 7-8.

⁴ Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (BOE n.º 219 de 13 de septiembre de 1994).

⁵ «Guide to the EU-Singapore Free Trade Agreement and Investment Protection Agreement», Comisión Europea, acceso el 19 de abril de 2018, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156711.pdf.

inversiones. Hemos elegido el APIUES en vez del nuevo borrador del ALCUES para analizar el régimen de arbitraje a fecha del 2018 en base de la mayor especialidad de este primer acuerdo, pues regula exclusivamente la protección de las inversiones.

En cuanto al acuerdo entre la UE y Singapur (incluyendo tanto ALCUES como APIUES), son varias las razones que nos han llevado a seleccionar este tema de investigación. En primer lugar, el ALCUES es un acuerdo de gran relevancia doctrinal y jurisprudencial. En efecto, el borrador del 2015 ha planteado serias dudas en materia de Derecho de la Unión Europea (DUE), a las que el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) ha dado respuesta en su Dictamen 2/15, de 16 de mayo del 2017, y en la Sentencia de 6 de marzo de 2018 sobre el caso *Achmea* (ver epígrafe V). En segundo lugar, se trata de un acuerdo de clara relevancia actual, como demuestra el hecho de tener un Dictamen y una Sentencia del TJUE, así como dos acuerdos totalmente nuevos, en poco más de un año.

Para analizar la evolución del arbitraje en el ALCUES-APIUES, se contextualizará en primer lugar el borrador del ALCUES del 2015. Así, se revisarán los intereses subyacentes de la UE y de Singapur en el acuerdo, el desarrollo de las negociaciones hasta llegar al borrador del APIUES, y los próximos movimientos institucionales de la Unión necesarios para la entrada en vigor del acuerdo. Establecido el marco general, se realizará después un análisis de fondo sobre el régimen de arbitraje de inversiones en la versión del ALCUES del 2015 y en el borrador del APIUES del 2018, siguiendo un orden cronológico.

Respecto del ALCUES del 2015, se explicará primero el funcionamiento del Acuerdo con respecto de otros APPRI existentes entre la UE y Singapur, y después se analizarán las tres características principales del régimen de arbitraje de diferencias Estado-inversor previsto en este borrador. A continuación, para determinar si el borrador del APIUES del 2018 se distancia del borrador del ALCUES del 2015 y se encamina hacia la adopción de un STI, se realizará un estudio de doble nivel: a) se compararán las características propias del STI recogidas en la ATCI y el AECG con las disposiciones del APIUES; y, b) se estudiarán los principales cambios del APIUES respecto del régimen general de arbitraje de inversiones del ALCUES del 2015.

Siguiendo ese orden, comenzamos pues con la contextualización del ALCUES.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR

En abril del 2007, el Consejo de la UE autorizó el comienzo de las negociaciones para un Acuerdo Comercial Regional (ACR) entre la UE y la

Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN)⁶. De haberse llevado a cabo, este acuerdo habría dado lugar a la creación de un ALC «megaregional», pues incorporaría los entonces 27 Estados Miembros de la Unión y los 10 de ASEAN (Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam)⁷.

Sin embargo, las negociaciones para un ACR UE-ASEAN fracasaron debido a la estructura de las negociaciones. El Consejo de la UE había autorizado las negociaciones «quedando sobreentendido que el objetivo era negociar un acuerdo de libre comercio de región a región»⁸. Sin embargo, la ASEAN tiende a negociar individualmente, con un representante por cada Estado Miembro y otro por la organización en sí. En consecuencia, durante las negociaciones, cada área discutida debía ser negociada por la Unión con cada Estado Miembro de ASEAN y se ralentizaba la totalidad del proceso. Ante estas dificultades, ambas partes decidieron suspender las negociaciones UE-ASEAN en el 2009⁹ y la UE en particular cambió su estrategia hacia el sudeste asiático: en vez de negociar con ASEAN, la UE decidió lanzar negociaciones para ALCs bilaterales con cuatro países específicos (Malasia, Singapur, Tailandia y Vietnam) y empezar por Singapur¹⁰.

Este país del Sudeste asiático es un socio comercial fundamental para la UE. En lo relativo a inversiones, Singapur es el 8º mayor recipiente de Inversión Extranjera Directa (IED) de la UE, con 154 mil millones de euros invertidos en Singapur en el 2017, y el 9º mayor remitente de IED a la UE, con 59€ mil millones invertidos en la Unión en el mismo año¹¹. A estas ventajas económicas se suma la experiencia de Singapur con los ALCs, destacando por ejemplo el Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Singapur (ALCEUS) del 2005. Además, un ALC con Singapur resulta muy interesante para la UE en tanto que puede permitir

⁶ «Desclasificación parcial del documento 17494/09 RESTREINT UE», Consejo de la Unión Europea, acceso el 17 de abril de 2018, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17494-2009-EXT-1/es/pdf>.

⁷ Deborah Elms, «Understanding the EU-Singapore Free Trade Agreement», en *Australia, the European Union and the New Trade Agenda*, ed. por Annmarie Elijah, Donald Kenyon, Karen Hussey y Pierre Van Der Eng (Canberra: Australian National University Press, 2017), edición en PDF, 36-37.

⁸ «Desclasificación parcial del documento 17494/09 RESTREINT UE», Consejo de la Unión Europea, acceso el 17 de abril de 2018.

⁹ «Desclasificación parcial del documento 17494/09 RESTREINT UE», Consejo de la Unión Europea, acceso el 17 de abril de 2018.

¹⁰ Elms, «Understanding the EU-Singapore Free Trade Agreement», 36-37.

¹¹ «EU-Singapore Trade & Investment», Comisión Europea, acceso el 19 de abril de 2018, <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/9045-trade-eu-singapore-trade-booklet-170630.pdf>.

crear un puente hacia un futuro acuerdo con ASEAN, tal y como planificado inicialmente¹².

Impulsado por ese interés económico, el Consejo de la UE autorizó las negociaciones para el ALCUES en diciembre del 2009¹³ y éstas comenzaron en marzo del 2010¹⁴. Las negociaciones abarcaban ámbitos muy distintos: acceso al mercado, barreras comerciales, servicios, derechos de propiedad intelectual, competitividad, desarrollo sostenible y protección de las inversiones¹⁵. La diversidad de áreas estudiadas, más allá de las tradicionales disposiciones sobre comercio de bienes y servicios, y la incorporación de un capítulo sobre inversiones hacían del ALCUES un acuerdo único: un ALC de «nueva generación» por la diversidad de temas cubiertos¹⁶ y «el primer ALC de la UE con un Estado asiático que incorporaba un capítulo sobre inversiones»¹⁷. Más aún, el ALCUES marcaba la transición en los acuerdos de inversión de la UE de una «*light touch regulation*» a una «*more comprehensive regulation*», es decir una transición hacia acuerdos de inversión más detallados, claros y que aportaban mayor seguridad jurídica¹⁸. Debe señalarse aquí que la UE tiene capacidad para realizar acuerdos de inversiones gracias al artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), establecido por el Tratado de Lisboa del 2007 y que otorga competencia exclusiva a la UE sobre la política comercial común, incluyendo ello las IED¹⁹.

Las negociaciones del ALCUES acabaron en octubre del 2014. A continuación, en julio del 2015, la Comisión Europea (CE) pidió al Tribunal de

¹² Elms, «Understanding the EU-Singapore Free Trade Agreement», 37 y 40.

¹³ Marise Cremona, «Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017», en *European Constitutional Law Review*, ed. por Leonard F. M. Besselink, Monica Claes y Jan-Herman Reestman, Vol. 14 (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), edición en PDF, 231-232.

¹⁴ Locknie Hsu, «EU-ASEAN trade and investment relations with special focus on Singapore», en *European Yearbook of International Economic Law*, ed. por Christoph Herrmann, Markus Krajewski y Jörg Philipp Terhechte, Vol. 6 (Springer, 2015), edición en PDF, 238.

¹⁵ Richard Allen, «EU Court thwarts prompt ratification of EU-Singapore Free Trade Agreement», en *Global Arbitration News* (2017).

¹⁶ «CJEU rules on EU's proposed free trade agreement with Singapore», Norton Rose Fulbright, acceso el 3 de abril de 2018, <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/149650/cjeu-rules-on-eus-proposed-free-trade-agreement-with-singapore>.

¹⁷ Hsu, «EU-ASEAN trade and investment relations with special focus on Singapore», 238, traducción de la autora.

¹⁸ Steffen Hindelang y Carl-Philipp Sassenrath, *The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective* (Parlamento Europeo, Directorate-General for External Policies, 2015), edición en PDF, 11.

¹⁹ Hsu, «EU-ASEAN trade and investment relations with special focus on Singapore», 236.

Luxemburgo que se pronunciara sobre el reparto competencial entre la Unión y los Estados Miembros de las áreas abarcadas por el borrador y sobre la consiguiente naturaleza del ALCUES²⁰. El TJUE dio respuesta a esta consulta en el conocido como Dictamen 2/15, de 16 de mayo del 2017, donde estableció que el borrador del ALCUES del 2015 tenía tanto materias que eran competencia exclusiva de la UE como materias que eran competencia compartida con los Estados Miembros y por lo tanto era un acuerdo de naturaleza mixta (ver epígrafe V.1)²¹.

Más tarde, el 4 de diciembre del 2017, representantes de Singapur y de la Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo (PE) se reunieron para revisar los avances del acuerdo y eventualmente anunciaron que «el arbitraje de diferencias Estado-inversor previsto en el Capítulo IX de ALCUES sería reemplazado por un mecanismo de STI»²². Este cambio en el régimen de arbitraje del ALCUES estaba relacionado con la ATCI. Para calmar las críticas generalizadas sobre la falta de imparcialidad y predictibilidad del sistema de arbitraje de diferencias Estado-inversor en los ALCs de la UE, la CE propuso en el documento «*Investment in TTIP and beyond – the path for reform – Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*» de mayo del 2015 sustituir el arbitraje de diferencias Estado-inversor por el STI en un primer momento y un Tribunal Multilateral de Inversiones posteriormente²³. La ATCI y el AECG fueron los primeros acuerdos de la UE en incorporar el STI (ver epígrafe IV.1), anunciado luego en el 2017 para el ALCUES²⁴.

²⁰ Edward Borovikov, Bogdan Evtimov y Anna Crevon-Tarassova, «European Union», en *The International Arbitration Review*, ed. por James H. Carter, n.º 7 (Londres: Law Business Research Ltd, 2016), edición en PDF, 188.

²¹ Define Mariola Urrea Corres como acuerdo de naturaleza mixta aquel acuerdo para cuya reforma «interviene una institución de la Unión Europea, pero la vigencia de tal reforma está condicionada a la aprobación por los Estados miembros de conformidad con sus normas constitucionales», por oposición a un acuerdo de naturaleza especial o autónoma, «donde la competencia recae exclusivamente en las instituciones de la Unión» (Mariola Urrea Corres, «La política (común) de seguridad y defensa en el Tratado de Lisboa: La eficacia como objetivo, la flexibilidad como instrumento y la ambición como propuesta», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 33 (Pamplona: Editorial Civitas, SA, 2010), 4.

²² Eirini Roussou, *Free Trade Agreement between the EU and the Republic of Singapore – Analysis*. (Parlamento Europeo, Directorate-General for External Policies, 2018), edición en PDF, 2.

²³ «Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court», Comisión Europea, acceso el 12 de mayo de 2017, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

²⁴ «State of the Union – A Multilateral Investment Court», Comisión Europea, acceso el 24 de abril de 2018, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf.

Finalmente, el 18 de abril del 2018, se publicaron dos nuevas versiones del borrador del ALCUES del 2015: el APIUES para el ámbito de las inversiones y el arbitraje, materias de competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros, y el ALCUES para el resto de materias competencia exclusiva de la Unión, siguiendo la diferenciación establecida por el Dictamen 2/15. Con esta división del acuerdo se pretendía garantizar una *swift EU-only* firma y conclusión de aquellas partes sujetas a competencia exclusiva de la Unión²⁵. A fecha de mayo del mismo año, la CE ha presentado el borrador de ambos acuerdos al Consejo de Ministros para su aprobación. Obtenida esta, será necesaria una segunda aprobación del PE para que el ALCUES y el APIUES del 2018 puedan entrar en vigor²⁶.

Dentro del borrador del APIUES del 2018, el Capítulo III sobre resolución de conflictos no menciona en ningún momento el STI cuya incorporación se había prometido en diciembre del 2017. Por ello, resulta esencial realizar un análisis de fondo para determinar de forma efectiva si los borradores del ALCUES del 2015 y del APIUES del 2018 reflejan una evolución del arbitraje de diferencias Estado-inversor a un STI. Comenzamos así con un estudio del régimen de arbitraje previsto en el ALCUES del 2015.

III. EL RÉGIMEN DE ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR DEL 2015

1. *Terminación de los Acuerdos sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y las sunset clauses*

Para analizar adecuadamente el régimen de arbitraje de inversiones en el borrador del ALCUES del 2015, debemos explicar primero que el ALCUES terminaba de forma automática los efectos de los doce APPRIs concluidos de forma bilateral por algunos de los Estados Miembros de la UE con Singapur con anterioridad al ALCUES²⁷. Concretamente, el ALCUES terminaba los efectos de los APPRIs y los sustituía una vez entrado el Acuerdo en vigor (art. 9.10.1 ALCUES)²⁸.

²⁵ David Kleimann, «Beyond the Shadow of the Veto: Economic Treaty-Making in the European Union after Opinion 2/15», en *Institutionalisation Beyond the Nation State*, ed. por Éilaine Fahey, Series *Studies in European Economic Law and Regulation*, Vol. 10 (Cham: Springer, 2018), edición en PDF, 20.

²⁶ «Next steps towards finalising the EU-Singapore agreements», Comisión Europea, acceso el 22 de abril de 2018, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156716.pdf.

²⁷ Elms, «Understanding the EU-Singapore Free Trade Agreement», 53.

²⁸ Acuerdo de mayo del 2015 de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur. Borrador. Cap. IX.

Según Nikos Lavranos, al tener la UE competencia exclusiva en materia de inversiones (ver epígrafe V.1), la Unión podía terminar los efectos de los APPRIIs mediante el ALCUES aunque no fuese parte de los mismos. En el supuesto análogo del AECG, decía Francisco Pascual Vives que la terminación de los APPRIIs era necesaria para evitar una «situación de asimetría jurídica entre los Estados miembros de la UE que han celebrado APPRIIs con Canadá y los Estados Unidos de América y el resto de Estados miembros» y, en último lugar, «garantizar el afán armonizador que parece guiar la actividad de la Comisión Europea»²⁹. Sin embargo, otra parte de la doctrina se posicionaba en contra de la terminación de los APPRIIs concluidos con Singapur, argumentando que iba en contra del artículo 59 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT, ver epígrafe V.1)³⁰.

El ALCUES terminaba no sólo los APPRIIs previos, sino también las conocidas como *sunset clauses* contenidas en los mismos; i.e. aquellas cláusulas que mantienen «sus efectos por un determinado periodo de tiempo tras su terminación, con el propósito de conferir una protección adicional a las inversiones extranjeras establecidas durante su vigencia»³¹. La terminación de las *sunset clauses* de APPRIIs anteriores venía establecida en el artículo 9.10.2 ALCUES, que decía así³²:

«En el caso de la aplicación provisional prevista en el párrafo 4 del artículo 17.12 [Entrada en Vigor] de este Acuerdo, incluyendo este Capítulo, la aplicación de las provisiones de los acuerdos listados en el Anexo 9-D, así como los derechos y obligaciones de ahí derivados, deberá suspenderse a fecha de la aplicación provisional. En caso de terminación de la aplicación provisional de este Acuerdo, la suspensión deberá cesar y los acuerdos listados en el Anexo 9-D deberán tener efecto».

Tradicionalmente, las *sunset clauses* suelen proteger a los inversores durante periodos de 10 a 20 años, pero en el caso del ALCUES la terminación repentina de las *sunset clauses* implicaba que se perdía esa garantía jurídica³³. Para paliar la consecuente falta de seguridad jurídica, el ALCUES permitía excepcionalmente a los inversores recurrir al arbitraje de inversiones de los

²⁹ Francisco Pascual Vives, «El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 33 (2017), edición en PDF, 31.

³⁰ Nikos Lavranos, «In-depth briefing: Mixed exclusivity – The Court of Justice of the EU's Opinion on the EU Singapore FTA», en *Borderlex* (2017), edición en PDF, 4.

³¹ Pascual Vives, «El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea», 30-31.

³² Pascual Vives, «El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea», 30. Traducción de la autora.

³³ Lavranos, «In-depth briefing: Mixed exclusivity – The Court of Justice of the EU's Opinion on the EU Singapore FTA», 5.

APPRIIs anteriores durante un período de tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo y solamente para disputas surgidas durante el período de vigencia de los APPRIIs (art. 9.10.3 ALCUES).

2. Remisión a reglas internacionales

El borrador del ALCUES del 2015 adoptaba un régimen de arbitraje de diferencias Estado-inversor muy innovador, basado en las reglas de dos sistemas de arbitraje internacional fundamentales. En primer lugar, se inspiraba de las reglas del CIADI para regular las siguientes áreas:

1. Previsión de la imputación de costes y remuneración de los árbitros. De acuerdo con la CE, el borrador del ALCUES del 2015 y el AECG eran únicos en su tipo, pues abarcaban un ámbito de regulación inusual en los acuerdos de inversión: la imputación de costes y la consecuente regulación de la remuneración de los árbitros³⁴. En efecto, establecía el borrador del ALCUES que «los costes del arbitraje (incluyendo tarifas y gastos de los árbitros) así como otros costes razonables (incluyendo costes de representación legal y asistencia) deberán soportarse por la parte perdedora (principio del «perdedor lo paga todo»)»³⁵ y que estos costes se regirían en particular por lo dispuesto en el artículo 14.1 de las Regulaciones Administrativas y Financieras de la Convención del CIADI (art. 9.26 ALCUES); y,
2. Mayor flexibilidad en el nombramiento de árbitros. Por regla general, los árbitros en mecanismos de resolución de diferencias Estado-inversor eran elegidos necesariamente por las partes³⁶. Sin embargo, en el borrador del ALCUES los árbitros eran elegidos por las partes y, a falta de elección de las partes, por un Comité de Comercio de una lista de 15 árbitros preestablecida por los Estados que fuesen partes del procedimiento (art. 9.18.3 ALCUES)³⁷.

³⁴ Steffen Hindelang y Teoman M. Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court: Recently negotiated investment chapters in EU Comprehensive FTA in comparative perspective* (Parlamento Europeo, Directorate-General for External Policies, 2017), edición en PDF, 155.

³⁵ Hindelang y Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court: Recently negotiated investment chapters in EU Comprehensive FTA in comparative perspective*, 154-155, traducción de la autora.

³⁶ Hindelang y Sassenrath, *The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective*, 10 y 88-93.

³⁷ No consta información sobre la composición y organización de este Comité en el borrador del ALCUES del 2015 ni en documento complementario de la UE (acceso el 22 de marzo de 2018).

Segundo, el ALCUES hacía referencia a las reglas de la CNUDMI en cuanto a³⁸:

1. Establecer un código de conducta para los árbitros. El Anexo 9-F del borrador del ALCUES regulaba exclusivamente el comportamiento de los árbitros y concretamente las obligaciones de declaración de aquellos asuntos que pudiesen comprometer su decisión, obligaciones generales, independencia e imparcialidad, confidencialidad, y costes. En particular, el Anexo 9-F brindaba la posibilidad a los Estados partes del procedimiento de examinar la correcta conducta de los árbitros, en contra de la tendencia general por la que asociaciones profesionales o instituciones de arbitraje asumían esa responsabilidad³⁹;
2. Garantizar la transparencia del procedimiento arbitral. El Anexo 9-G del borrador del ALCUES se inspiraba directamente del artículo 3.1 de las Reglas de Transparencia del 2014 de la CNUDMI y permitía al público acceder a ciertos documentos, entre los cuales: las consultas, la notificación de la intención de recurrir al arbitraje, la presentación de una reclamación de arbitraje, y documentos judiciales (art. 1.1 Anexo 9-G). Tomando como base los artículos 3.3 y 7 de las Reglas de Transparencia, el Anexo 9-G permitía además al público acceder a documentos distintos de los anteriores previa autorización del tribunal arbitral, salvo que ello comprometiese información confidencial (arts. 1.2 y 4 Anexo 9-G)⁴⁰. Esta preocupación por una mayor transparencia recordaba a la Declaración de Laeken del 2001 por la que el CE prometía «mejorar la gobernanza de la UE mediante más democracia, transparencia y eficiencia»⁴¹; y,
3. Garantizar el acceso público a las audiencias de las disputas sobre inversiones. Tomando como base el artículo 6 de las Reglas de Transparencia, el Anexo 9-G hacía las audiencias públicas salvo que una parte solicitase lo contrario con el fin de salvaguardar información confidencial (art. 2 Anexo 9-G)⁴².

³⁸ Acuerdo de mayo del 2015 de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur. Borrador. Anexos 9-F y 9-G.

³⁹ Hindelang y Sassenrath, *The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective*, 10.

⁴⁰ Hindelang y Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court: Recently negotiated investment chapters in EU Comprehensive FTA in comparative perspective*, 121.

⁴¹ Luis Enrique De La Villa Gil, «El futuro de la Unión Europea. Declaración de Laeken», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 37 (2001), edición en PDF, 226.

⁴² Hindelang y Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court: Recently negotiated investment chapters in EU Comprehensive FTA in comparative perspective*, 122.

3. Regulación de las consultas

Con el objetivo de hacer los procedimientos de arbitraje más efectivos, el borrador del ALCUES del 2015 «institucionalizaba» la fase de las consultas y construía todo el procedimiento de arbitraje de diferencias Estado-inversor en torno a las mismas.

Concretamente, el borrador del ALCUES comenzaba otorgando al demandante un plazo para iniciar las consultas de tres meses desde que tuvo conocimiento del daño o de un año desde que cesó de recurrir a los tribunales nacionales y entendía iniciadas esas consultas con la mera solicitud de las mismas (arts. 9.13.1 y 3 ALCUES). Iniciadas las consultas, el demandante podía entregar al demandado la notificación de la intención de someter una disputa a arbitraje o requerir la identificación del demandado en un plazo de tres meses (art. 9.15.1 ALCUES), salvo que la reclamación de identificación del demandado fuese enviada a la UE, en cuyo caso el plazo se reducía a dos meses (art. 9.15.2 ALCUES). Notificado el demandado de la intención de someter una disputa a arbitraje, el demandante disponía de otros tres meses para presentar la demanda ante un foro de arbitraje (art. 9.16.1 ALCUES). Vemos así como se construía un procedimiento dividido en tres fases, en el que cada una dependía de la consecución de la anterior y las consultas formaban la base misma del proceso.

Según el PE, la clara estructura del procedimiento garantizaba cierta seguridad jurídica a las partes, pues limitaba el objeto de las disputas antes incluso de llegar al arbitraje. No obstante, también podía generar problemas de abuso del derecho y precisamente para evitar esta situación el borrador del ALCUES incorporó la siguiente excepción a los plazos del artículo 9.13.3 explicados anteriormente: a falta de consultas del demandante en los plazos indicados, podía éste presentar la demanda de arbitraje siempre y cuando las causas del retraso fuesen imputables al demandado (art. 9.13.5 ALCUES)⁴³.

4. Adopción del no U-turn

Tradicionalmente, cuando un inversor quiere dirigir una demanda contra un Estado tiene que elegir si dirigirla por la vía judicial nacional o si recurrir al arbitraje internacional, y una vez iniciado el procedimiento judicial o arbitral, según el caso, no puede cambiarse a la otra vía. Este mecanismo es el conocido como «*fork in the road*» o bifurcación en la carretera⁴⁴.

⁴³ Hindelang y Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court: Recently negotiated investment chapters in EU Comprehensive FTA in comparative perspective*, 37.

⁴⁴ Pascual Vives, «El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea», 25.

Por el contrario, el borrador del ALCUES del 2015 ofrecía al inversor la posibilidad de elegir si iniciar el procedimiento en vía judicial nacional o si recurrir al arbitraje internacional, pero con posibilidad en caso de comenzar el procedimiento en tribunales nacionales de dirigirse luego a la vía arbitral «si considerara que su reclamación no está siendo debidamente atendida»⁴⁵. Esta última estrategia, conocida como «*no U-turn*» (prohibido dar la vuelta), tenía por objetivo promover la resolución de conflictos sobre inversiones por la vía judicial nacional⁴⁶ a la vez que facilitaba el acceso del inversor al arbitraje de diferencias Estado-inversor. Ahora bien, el cambio al procedimiento arbitral era irreversible y el inversor no podía volver *a posteriori* a la vía judicial⁴⁷. A estos efectos y para evitar procedimientos paralelos, el inversor demandante debía retirar cualquier reclamación pendiente en los tribunales nacionales y declarar que no presentaría ninguna demanda con el mismo objeto antes de haber tomado el tribunal arbitral su decisión final (art. 9.17.1.f) ALCUES).

Así definidas las principales características del arbitraje de diferencias Estado-inversor del borrador del ALCUES del 2015, analizaremos ahora el régimen de arbitraje de inversiones del APIUES del 2018.

IV. EL RÉGIMEN DE ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL ACUERDO DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR DEL 2018

1. *Indicios de un Sistema de Tribunales de Inversiones*

El STI es un régimen de arbitraje de inversiones incorporado en dos ALCs muy importantes de la UE: a) la ATCI, aún bajo negociación y con el potencial de convertirse en el mayor acuerdo comercial del mundo según la CE⁴⁸; y, b) el AECG, bajo aplicación provisional y «el primer acuerdo firmado por la UE que incluye cláusulas para la protección de las inversiones y

⁴⁵ Cortes Generales, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», acceso el 21 de abril de 2018, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-832.PDF.

⁴⁶ Pascual Vives, «El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea», 25.

⁴⁷ Hindelang y Hagemeyer, *In Pursuit of an International Investment Court: Recently negotiated investment chapters in EU Comprehensive FTA in comparative perspective*, 79.

⁴⁸ George K. Zestos y Christopher W. Coffman, «Transatlantic Economic Integration», en *The TTIP – The Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States*, ed. por Joaquín Roy y Roberto Domínguez (Miami: Miami-Florida European Union Center of Excellence, 2014), 73.

un mecanismo de resolución de conflictos para aplicar esos derechos de protección»⁴⁹.

Comenzando por la ATCI y a fecha de mayo del 2018, sabemos que el STI estará formado por «un Tribunal de Primera Instancia (Tribunal de Inversiones), compuesto de 15 jueces, y un Tribunal de Apelaciones, compuesto de 6 jueces, cuya cualificación técnico-jurídica sería comparable a la de los jueces de la Corte Internacional de Justicia o los miembros del Órgano de Apelación de la OMC»⁵⁰. Los miembros de los Tribunales no serán elegidos por los inversores como ocurría en el arbitraje de diferencias Estado-inversor y ésta es una diferencia esencial con el sistema anterior⁵¹.

De forma general, crear un STI implica además que⁵²:

«– se crearía un sistema público de tribunales de inversiones, formado por un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación;

– las resoluciones serían adoptadas por jueces designados por autoridades públicas y que tendrían unas elevadas cualificaciones, comparables a las exigidas a los miembros de los tribunales internacionales permanentes, como el Tribunal Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC;

– el nuevo Tribunal de Apelación funcionaría con principios similares al Órgano de Apelación de la OMC;

– se definiría con precisión la capacidad de los inversores para presentar un asunto ante el Tribunal, y se limitaría a casos concretos, como los de discriminación específica por sexo, raza, religión o nacionalidad, expropiación sin indemnización o denegación de justicia;

– el derecho de los gobiernos a legislar quedaría consagrado y garantizado en las disposiciones de los acuerdos comerciales y de inversión.»

En cuanto al AECG, el STI aportará aquí también cambios a nivel del nombramiento de los miembros de los Tribunales, que ya no serán elegidos por las partes como ocurría en el arbitraje de diferencias Estado-inversor⁵³.

⁴⁹ Roberto Harte y Laura Puccio, *From arbitration to the investment court system (ICS) – The evolution of CETA rules* (Servicios De Estudios Del Parlamento Europeo (EPRS), 2017), edición en PDF, 4.

⁵⁰ Antonio Segura Serrano, «El Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Canadá (CETA): Una evaluación de la política comercial de la UE», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 30 (2015): 16-17, doi:10.17103/reei.33.02.

⁵¹ Harte y Puccio, *From arbitration to the investment court system (ICS) – The evolution of CETA rules*, 7.

⁵² «La Comisión propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE», Comisión Europea, acceso el 25 de abril de 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_es.htm.

⁵³ Harte y Puccio, *From arbitration to the investment court system (ICS) – The evolution of CETA rules*, 5.

Además de esta medida, se ha previsto hacer un STI que «será público; no se basará en tribunales temporales; tendrá jueces y profesionales independientes designados por la UE y Canadá, y sujetos a las más rigurosas normas éticas a través de un estricto código de conducta; trabajará con transparencia, pues celebrará públicamente sus audiencias y publicará los documentos presentados durante la tramitación de los casos»⁵⁴.

Analizar la configuración del STI en la ATCI y en el AECG nos permite entender mejor en qué consiste el STI y cómo se refleja en otros ALCs de la Unión, en particular en el APIUES. En efecto, un estudio exhaustivo revela que el APIUES comparte con la ATCI y el AECG las siguientes características⁵⁵:

1. Composición. El borrador del APIUES prevé el establecimiento de un Tribunal de Primera Instancia (o Tribunal de Inversiones) y de un Tribunal de Apelaciones. Los jueces de ambos órganos serían elegidos de la siguiente manera: dos por la UE, dos por Singapur y dos por ambas partes conjuntamente (arts. 3.9.2 y 3.10.2 APIUES). Además, estos jueces deberían tener suficiente cualificación técnico-jurídica como para ser jueces titulares en sus países respectivos (arts. 3.9.4 y 3.10.4 APIUES).
2. Naturaleza. Las instituciones del STI deberán tener carácter internacional y permanente, aunque se limita esta medida al Tribunal de Apelaciones (art. 3.10.1 APIUES).
3. Remuneración. Los honorarios de los jueces (incluyendo tarifas y gastos) de ambos Tribunales podrán tener carácter permanente siempre y cuando: a) así lo establezca un Comité de Comercio que se reunirá cada dos años y que estará compuesto por representantes de la UE y de Singapur, entre los cuales el Ministro de Comercio e Industria de Singapur y el responsable de la CE sobre Comercio; b) trabajen en el STI a jornada completa, y; c) trabajen en el STI de forma exclusiva, salvo autorización del Presidente del Tribunal que permita lo contrario (arts. 3.9.15, 3.10.13 y 4.1.1 y 2 APIUES).
4. Ética. Los jueces deberán «ser elegidos de entre personas cuya independencia esté garantizada» para evitar cualquier tipo de conflicto de intereses. Si considerasen que el juez en cuestión incurre efectivamente en un conflicto de intereses, las partes podrán recusar la elección del juez ante el Presidente del Tribunal relevante (art. 3.11.1 y 2 APIUES).

⁵⁴ «El AECG explicado», Comisión Europea, acceso el 13 de abril de 2018, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index_es.htm.

⁵⁵ Acuerdo de abril del 2018 de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur. Borrador.

5. Transparencia. Los procedimientos arbitrales del STI deberán regirse por el principio de transparencia, con audiencias públicas y documentos accesibles al público (art. 3.16 APIUES).
6. Cumplimiento efectivo. Siguiendo el principio de la buena fe, las partes deberán adoptar las medidas necesarias para cumplir con lo establecido por la sentencia arbitral del Tribunal respectivo (art. 3.33 APIUES).

2. *Sobre las disposiciones derivadas de reglas internacionales*

Al igual que el borrador del Capítulo IX del ALCUES del 2015, el borrador del Capítulo III del APIUES del 2018 se organiza en torno a las reglas del CIADI y de la CNUDMI, pero introduce ciertas modificaciones.

En primer lugar, el APIUES se distancia del ALCUES en cuanto a las siguientes reglas, inspiradas en un principio del CIADI:

1. Previsión de la imputación de costes y remuneración de los árbitros. El APIUES retoma lo establecido por el artículo 9.26 del borrador del ALCUES, imputando los costes del arbitraje a la parte perdedora (art. 3.21.1 APIUES) y remitiéndose al artículo 14.1 de las Regulaciones Administrativas y Financieras de la Convención del CIADI (Art. 3.9.14 APIUES), pero introduce la siguiente modificación: los honorarios del Presidente o Vice-Presidente del Tribunal correspondiente (incluyendo tarifas y gastos) deberán abonarse por ambas partes y por partes iguales a una cuenta específica supervisada por la Secretaría del CIADI (art. 3.9.13 APIUES); y,
2. Mayor claridad en el nombramiento de árbitros. Mientras el borrador del ALCUES del 2015 asignaba el nombramiento de los árbitros a las partes o, en su defecto, a un Comité de Comercio, el borrador del APIUES atribuye esta facultad a las partes exclusivamente, siguiendo el formato explicado anteriormente (ver epígrafe IV.1).

En segundo lugar, el borrador del APIUES modifica lo establecido por el ALCUES con respecto de las reglas de la CNUDMI en lo siguiente:

1. Mayor regulación del código de conducta para los árbitros. Al igual que el Anexo 9-F del borrador del ALCUES, el borrador del Anexo 7 del APIUES regula exclusivamente el comportamiento de los árbitros y en particular las obligaciones de declaración de aquellos asuntos que puedan comprometer su decisión, obligaciones generales, independencia e imparcialidad, confidencialidad, y costes. Sin embargo, en este Anexo 7 puede apreciarse una mayor regulación en cuanto a las

- obligaciones de los antiguos jueces del Tribunal, que no podrán relacionarse con asuntos sobre inversiones relacionados ni con las partes durante un plazo de tres años (apartados 16 y 17 Anexo 7 APIUES). Además, se añade un apartado relativo a la creación de un Comité Consultivo, que asistirá al Presidente del Tribunal respectivo en su trabajo y que estará compuesto por el Vice-Presidente y el juez de mayor edad de dicho Tribunal (apartados 24 Anexo 7 APIUES); y,
2. Menor transparencia en el procedimiento arbitral. Al igual que el borrador del Anexo 9-G del ALCUES, el borrador del Anexo 8 del APIUES se inspira directamente del artículo 3.1 de las Reglas de Transparencia del 2014 de la CNUDMI pues contempla el acceso público a las consultas, la notificación de la intención de recurrir al arbitraje, la presentación de una reclamación de arbitraje (ahora denominada presentación de una reclamación ante el Tribunal) y otros documentos judiciales. Sin embargo, el APIUES introduce ciertas modificaciones respecto del borrador del Anexo 9-G del ALCUES y en particular limita la transparencia del proceso arbitral, en tanto que lista de forma exhaustiva todas aquellas situaciones en las que el público no podrá acceder a información confidencial e, incluso cuando exceptúa de esta regla situaciones excepcionales y/o donde la información es necesaria para el correcto funcionamiento del proceso arbitral, permite limitar o retrasar la publicación de esa información (art. 4 Anexo 8 APIUES).

3. *Sobre la regulación de las consultas*

El borrador del APIUES mantiene la estructura en tres fases del procedimiento de arbitraje previsto en el borrador del ALCUES del 2015, pero extiende la duración de muchos de los plazos iniciales (ver epígrafe III.3).

En efecto, el demandante tiene en esta nueva versión un plazo para iniciar las consultas de treinta meses desde que tuvo conocimiento del daño o de un año desde que cesó de recurrir a los tribunales nacionales (art. 3.3.3 APIUES). Iniciadas las consultas, el demandante puede entregar al demandado la notificación de la intención de someter una disputa a arbitraje o requerir la identificación del demandado en un plazo de dieciocho meses (art. 3.3.4 APIUES). El ALCUES exceptúa de esta regla el supuesto en que se envíe la reclamación de la identidad del demandado a la UE, donde el plazo se reduce a dos años, pero el APIUES tan sólo menciona la posibilidad de realizar tal acción sin decir nada sobre el tiempo (art. 3.3.6 APIUES). En último lugar, no se cambia el plazo de tres meses que tiene el demandante para presentar la demanda ante un foro de arbitraje una vez se haya notificado al demandado de la intención de someter una disputa a arbitraje (art. 3.6.1 APIUES).

Con el objetivo de garantizar un mínimo de seguridad jurídica, se mantiene también la regla del borrador del ALCUES por la que, a falta de consultas del demandante en los plazos de los apartados 3 y 4, podrá éste presentar la demanda de arbitraje siempre y cuando las causas de dicho retraso sean imputables al demandado y que el demandante actúe lo antes posible (art. 3.3.5 APIUES).

4. *Sobre la adopción del no U-turn*

Al igual que el borrador del ALCUES, el borrador del APIUES ofrece al inversor la posibilidad de elegir iniciar el procedimiento en vía judicial nacional y dirigirse luego a la vía arbitral, y este cambio es irreversible.

Sin embargo, el APIUES introduce ciertos matices: a) el inversor demandante deberá retirar cualquier reclamación pendiente, no sólo en los tribunales nacionales como ocurría en el borrador del ALCUES, sino que también en los tribunales nacionales o internacionales bajo derecho nacional o internacional; b) el inversor demandante deberá declarar que no presentará ninguna demanda con el mismo objeto, no sólo hasta que el tribunal arbitral haya tomado su decisión final como ocurría en el borrador del ALCUES, sino que la obligación se extenderá a futuro; y, c) el inversor demandante deberá, añade el APIUES, declarar que «no ejecutará ninguna sentencia arbitral hasta que sea definitiva y no intentará apelar, recurrir, anular, revisar o iniciar procedimientos similares ante una corte o tribunal internacional o nacional» (art. 3.7.1.f) APIUES).

A partir del análisis realizado hasta el momento, vemos que el borrador del APIUES del 2018 ha cambiado el fondo de numerosas disposiciones sobre arbitraje de inversiones previstas en el antiguo ALCUES del 2015. Sin embargo, el análisis se ha limitado a estudiar el contenido de ambos acuerdos a partir de los propios acuerdos y la doctrina, sin mencionar en ningún momento la jurisprudencia existente al respecto. Por lo tanto, analizaremos ahora los problemas legales planteados por el ALCUES/APIUES desde un punto de vista jurisprudencial.

V. OBSTÁCULOS LEGALES AL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SINGAPUR

1. *El artículo 59 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el Dictamen 2/15*

Como adelantábamos anteriormente (ver epígrafe II.1), el artículo 59 CVDT fue una de las principales críticas alzadas por la doctrina contra el efecto de sustitución de los APPRI que tenía el borrador del ALCUES del

2015. Concretamente, el debate se formaba en torno a la siguiente disposición del artículo 59.1⁵⁶:

«1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

- a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
- b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.»

La problemática radicaba en quiénes eran las partes del borrador del ALCUES del 2015. En los APPRI, las partes del lado europeo eran claramente los Estados Miembros implicados, pero quién intervenía en el ALCUES: ¿la UE sola o la UE con los Estados Miembros? Es decir, ¿nos encontramos ante un acuerdo exclusivo o un acuerdo mixto?

Si considerábamos que tanto la UE como los Estados Miembros intervenían en el ALCUES, éste era perfectamente compatible con el artículo 59 CVDT. Para ilustrar esta afirmación, Nikos Lavranos recuerda el caso del GATT en 1947, firmado por los Estados Miembros y éstos luego sustituidos por la Comunidad Económica Europea (CEE)⁵⁷. En cambio, si considerábamos que la UE intervenía sola, permitir la terminación de los APPRI mediante el ALCUES vulneraba de forma directa el artículo 59 CVDT. La Abogada General Eleanor Sharpston decía al respecto en las conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016 que⁵⁸:

«En estas circunstancias, no creo que el Derecho internacional, en su estado actual, permita concluir que la Unión puede subrogarse de forma automática en un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros del que no es parte y posteriormente darlo por terminado. Esa norma

⁵⁶ Convenio de Viena, de 23 de mayo de 1969, de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (*BOE* n.º 142 de 13 de junio de 1980).

⁵⁷ conviene señalar que el artículo 59.1 CVDT coincide con el artículo 59.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales (CVDTEOI) de 1986, pero que sólo la CVDT planteó dudas sobre el ALCUES, puesto que: a) las disposiciones de la CVDTEOI sólo son aplicables a partir de la entrada en vigor de la Convención (art. 4 CVDTEOI); y b) la entrada en vigor precisa de la ratificación de la Convención por un mínimo de 35 Estados (art. 85.1 CVDTEOI), condición ésta que todavía no se ha producido (acceso el 21 de abril de 2018).

⁵⁷ Lavranos, «In-depth briefing: Mixed exclusivity – The Court of Justice of the EU’s Opinion on the EU Singapore FTA», 4, traducción de la autora.

⁵⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, de 21 de diciembre de 2016, C-2/15, EU:C:2016:992, 396.

constituiría una excepción al principio fundamental del consentimiento en la instauración de normas internacionales.»

La CE defendía la competencia exclusiva de la UE mientras que los Estados Miembros y el Consejo de la UE se posicionaban en favor de un acuerdo mixto. Para resolver este debate, la CE pidió el marzo del 2015 al TJUE que se pronunciara sobre el reparto competencial y la naturaleza del ALCUES. El Pleno del TJUE respondió a esta petición en el Dictamen 2/15, de 16 de mayo del 2017, en el que declaró que el ALCUES estaba incluido en la competencia exclusiva de la Unión, excepto en tres áreas: a) la Sección A del Capítulo IX sobre protección de las inversiones; b) la Sección B del Capítulo IX sobre el arbitraje de diferencias Estado-inversor; y, c) «las disposiciones de los Capítulos 1 (Objetivos y definiciones generales), 14 (Transparencia), 15 (Solución de diferencias entre las Partes), 16 (Mecanismo de mediación) y 17 (Disposiciones institucionales, generales y finales) del Acuerdo, en la medida en que se refieran a las disposiciones del mencionado capítulo 9 y en tanto en cuanto estas últimas se incluyan en el ámbito de una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros»⁵⁹. Esta decisión es legalmente vinculante para los Estados Miembros, «salvo modificación de éste o revisión de los Tratados» (art. 218.11 TFUE).

Empezando por la Sección A del Capítulo IX, debemos distinguir entre las IEDs y las inversiones no-directas para entender la argumentación del TJUE. Respecto de las primeras, decía el Tribunal de Luxemburgo que⁶⁰:

«... los compromisos contenidos en la sección A del capítulo 9 del Acuerdo proyectado en relación con la protección de las inversiones están incluidos en el ámbito de la política comercial común de la Unión y, por tanto, en el ámbito de la competencia exclusiva de ésta con arreglo al artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e), en la medida en que se refieran a las «inversiones extranjeras directas» en el sentido del artículo 207 TFUE, apartado 1, entre la Unión y la República de Singapur».

Sin embargo, las inversiones extranjeras no-directas se entendían competencia compartida en base de los siguientes argumentos:

1. La celebración por la UE de un acuerdo internacional sobre inversiones extranjeras no-directas no estaba ««prevista en un acto legislativo de la Unión» en el sentido del citado artículo 3, apartado 2»⁶¹, pero a la vez era necesaria la participación de la UE para alcanzar los

⁵⁹ Cremona, «Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017», 231-232, traducción de la autora.

⁶⁰ Dictamen del Pleno del TJUE, de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376, 225.

⁶¹ Dictamen del Pleno del TJUE, de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376, 236.

- objetivos de los tratados siguiendo lo establecido por el art 216.1 TFUE. En particular, se buscaba alcanzar el objetivo de libre circulación de capitales y de pagos entre los Estados miembros y los terceros Estados previsto en el art. 63 TFUE e incluido en la competencia compartida de la UE y los Estados Miembros del art. 4.2.a) TFUE⁶²; y,
2. La competencia de la Unión en relación con el art. 216.1 TFUE era «también de naturaleza compartida, ya que el artículo 4 TFUE, apartado 1, establece que la Unión «dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6», lo que ocurre en este caso»⁶³, y las inversiones extranjeras no-directas quedan fuera de la política comercial común del artículo 3.1.e) TFUE y dentro del mercado interior y de la política social del artículo 4.1 y 2 TFUE⁶⁴.

En cuanto a la Sección B, regulaba ésta el arbitraje de diferencias Estado-inversor y permitía al inversor-demandante someterse a los tribunales de Singapur o de un Estado Miembro de la UE (art. 9.17 ALCUES). Según el TJUE, «un régimen de esta índole, que sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros, no puede tener carácter meramente auxiliar en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 276 del presente dictamen, y, en consecuencia, no puede establecerse sin el consentimiento de éstos»⁶⁵; es decir que era necesaria la competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros también para esta segunda Sección del Capítulo IX.

Como explicábamos anteriormente (ver epígrafe II), el Dictamen 2/15 del TJUE ha sido muy importante en la configuración del APIUES tal y como lo conocemos a fecha de mayo del 2018. En efecto, la división del borrador del ALCUES del 2015 en dos acuerdos nuevos se ha realizado siguiendo el reparto competencial del TJUE, con las competencias compartidas sobre inversiones pasando a ser reguladas por el APIUES y el resto de competencias exclusivas siendo reguladas por el nuevo ALCUES del 2018. En sentido contrario, calcular los efectos de la Sentencia del TJUE en el caso *Achmea* que explicaremos ahora sobre el APIUES resulta más difícil.

⁶² Dictamen del Pleno del TJUE, de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376, 239-241.

⁶³ Dictamen del Pleno del TJUE, de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376, 242.

⁶⁴ Dictamen del Pleno del TJUE, de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376, 242-243.

⁶⁵ Dictamen del Pleno del TJUE, de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376, 289-293.

2. *La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la UE, de 6 de marzo de 2018, sobre el caso Achmea*

En el Dictamen 2/15, el TJUE analizó el problema del reparto competencial de las áreas del borrador del ALCUES del 2015 entre la UE y los Estados Miembros, pero no se pronunció sobre la compatibilidad del arbitraje de diferencias Estado-inversor con el DUE⁶⁶. Esta cuestión sólo se abordó a comienzos de este año con la Sentencia de la Gran Sala del TJUE, de 6 de marzo de 2018, sobre el caso *Achmea*.

Para situarnos mejor, *Achmea* es una compañía aseguradora holandesa que comenzó un procedimiento arbitral contra la República Eslovaca en el 2008. El tribunal arbitral que aseguraba el proceso eligió Frankfurt como lugar de celebración del arbitraje⁶⁷ pero Eslovaquia rechazó la jurisdicción del tribunal, argumentando que el artículo 8 APPRI Países Bajos – República Checa – Eslovaquia de 1992, en el cual se basaba la elección y jurisdicción del tribunal arbitral, era incompatible con el DUE. El tribunal arbitral rechazó este argumento y condenó a Eslovaquia a pagar a *Achmea* los daños y perjuicios causados. En consecuencia, Eslovaquia presentó un recurso de anulación ante el Tribunal Superior Regional de Frankfurt y, al ser rechazado, un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania (*Bundesgerichtshof*), argumentando de nuevo que el arbitraje del APPRI era incompatible con el DUE⁶⁸. Finalmente, el Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania trasladó al TJUE las siguientes dudas: a) si es incompatible la disposición sobre el arbitraje de diferencias Estado-inversor de un «APPRI interno de la Unión» (i.e. entre Estados Miembros) con el artículo 344 TFUE; b) de ser negativa la respuesta anterior, si es incompatible con el artículo 267 TFUE; c) de ser negativas las dos respuestas anteriores, si es incompatible con el artículo 18.1 TFUE⁶⁹.

Comenzando por el artículo 344 TFUE, establece éste que «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos»⁷⁰. Esta disposición esta íntimamente

⁶⁶ Dictamen del Pleno del TJUE, de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376, 30.

⁶⁷ Siguiendo lo establecido por el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de junio de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (acceso el 23 de abril de 2018).

⁶⁸ Burkhard Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, n.º 3 (Luxemburgo: Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018), 6.

⁶⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, de 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2017:699, 30.

⁷⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 25 de marzo de 1957 (DOUE n.º C 202 de 7 de junio de 2016).

relacionada con el principio de autonomía, según el cual la UE puede concluir tratados internacionales reconociendo la jurisdicción de tribunales distintos del TJUE o los tribunales nacionales sólo si esos tribunales externos no pueden interpretar el DUE de forma definitiva y si la interpretación que hacen de las normas aplicables no afecta al «sistema de distribución de poder entre la UE y los Estados Miembros tal y como regulado en los Tratados Constitutivos, y sobre los que el TJUE tiene la máxima autoridad interpretativa»⁷¹.

Respecto al artículo 344 TFUE, el Abogado General Melchior Wathelet defendió que los TBIs son compatibles con el DUE pues «los Tribunales de Inversión deberían ser considerados ‘Cortes de un Estado Miembro’ en el sentido del artículo 267 TFUE con el fin de permitirles enviar referencias preliminares a la Corte de Justicia Europea en relación con el impacto del Derecho de la UE sobre la interpretación de los APPRI»⁷². Sin embargo, la Gran Sala del TJUE llegó a unas conclusiones drásticamente distintas en la Sentencia de 6 de marzo de 2018, defendiendo que el «carácter excepcional del tribunal arbitral» del caso *Achmea* impedía integrar dicho tribunal dentro del sistema jurisdiccional europeo, «ya que los Tratados no establecen ningún procedimiento judicial que permita a un inversor, como *Achmea*, alegar ante los tribunales de la Unión el derecho a indemnización frente a un Estado miembro que le concede un tratado bilateral de inversión como el TBI»⁷³.

Siendo negativa la respuesta del TJUE a la primera cuestión, pasamos a analizar su respuesta a la segunda pregunta. El artículo 267 TFUE establece que:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal».

Aquí también, el TJUE rechazó la calificación de un tribunal arbitral de inversiones como «órgano jurisdiccional de ‘uno de los Estados miembros’

⁷¹ Hèctor López Bofill, «Change in the Constitutional Framework of the European Union with regard to regulating foreign direct investment», en *Revista Catalana de Dret Públic*, Vol. 51 (2015), edición en PDF, 19-20, traducción de la autora.

⁷² Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, 6-7 y 10-11.

⁷³ STJUE, de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, 17.

en el sentido del artículo 267 TFUE» en base de ese carácter excepcional de los tribunales arbitrales de inversiones. Más aún, establecía el TJUE que toda disposición de un tratado concluido por algunos de los Estados Miembros únicamente «puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación legal»⁷⁴.

Para terminar, el artículo 18.1 TFUE dice que «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad»⁷⁵. El Tribunal de Luxemburgo no contestó a la pregunta sobre este artículo en la Sentencia, considerando que lo establecido respecto de las cuestiones anteriores constituía suficiente respuesta⁷⁶.

En conclusión, el Tribunal de Luxemburgo declaró la incompatibilidad del arbitraje de diferencias Estado-inversor con los artículos 344 y 267 TFUE en aquellos APPRI's internos de la UE. Respondiendo a esta decisión, la CE ha solicitado a los Estados Miembros que «terminen los 196 APPRI's intra-UE por consentimiento mutuo (art. 54 VCLT)»⁷⁷.

Terminamos así el análisis de dos referencias de la jurisprudencia esenciales para realizar un análisis comprensivo del ALCUES-APIUES y pasamos ya a las conclusiones.

VI. CONCLUSIONES

El borrador del ALCUES del 2015 incorporaba un sistema de arbitraje de diferencias Estado-inversor caracterizado por la remisión a reglas internacionales en aspectos como el nombramiento de los árbitros o la transparencia del procedimiento arbitral, por hacer especial énfasis en la fase de consultas, y por adoptar un sistema procesal de *no U-turn*. Sin embargo, este régimen de arbitraje de inversiones cambió por completo con el borrador del APIUES del 2018, donde se sustituye el arbitraje de diferencias Estado-inversor por un mecanismo de STI. La presente investigación fundamenta esta evolución en dos argumentos mayores.

⁷⁴ STJUE, de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, 58.

⁷⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 25 de marzo de 1957 (DOUE, n.º C 202 de 7 de junio de 2016).

⁷⁶ STJUE, de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, 61.

⁷⁷ Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, 9-10, traducción de la autora.

En primer lugar, si bien el borrador del APIUES mantiene la preocupación por aspectos del borrador del ALCUES como la transparencia o el establecimiento de un código de conducta para los árbitros, el APIUES introduce cambios sustanciales en tanto que aporta mayor claridad y especialidad a ese régimen anterior mediante un desarrollo normativo mucho más extenso, cambiando desde aspectos formales como la duración de los plazos en la fase de consultas a cuestiones de fondo como la composición de los Tribunales. Relacionado con esta observación está el segundo argumento. Los cambios introducidos por el borrador del APIUES otorgan a este acuerdo muchas de las características básicas del STI implementado en la ATCI y el AECG. En particular, destaca el cambio en la composición del tribunal arbitral en tanto que el APIUES sustituye un sistema donde las partes eligen a los árbitros de un único tribunal por un sistema donde los árbitros son elegidos por las partes separada y conjuntamente, y estos árbitros pueden pertenecer a un Tribunal de Primera Instancia o un Tribunal de Apelaciones, el último de carácter internacional y permanente (ver epígrafe IV.1).

Las razones que han llevado a este cambio en el sistema de arbitraje de inversiones tienen que ver con la incorporación del STI en otros ALCs de la Unión, como la ATCI o el AECG (ver epígrafe II). No obstante, cabe preguntarse si los desafíos legales del sistema de arbitraje de diferencias Estado-inversor a los que ha tenido que dar respuesta el TJUE en el Dictamen 2/15 o en el caso *Achmea* han podido influir también en la decisión de la Unión de cambiar el sistema de arbitraje del borrador del Capítulo IX del ALCUES al reflejado en el Capítulo III del borrador del APIUES.

Además, resulta de interés para análisis futuros seguir la evolución de la propuesta de la Comisión Europea de mayo del 2015, recogida en el documento «*Investment in TTIP and beyond – the path for reform – Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*», de establecer un Tribunal Multilateral de Inversiones una vez superada la primera fase del STI⁷⁸. La diferencia básica entre un STI y un Tribunal Multilateral de Inversiones se encuentra en el ámbito de aplicación de cada uno: mientras el STI se aplicaría únicamente a los ALCs de la UE con países terceros, el Tribunal Multilateral de Inversiones tendría un alcance global y afectaría en principio incluso a los APPRI intra-UE⁷⁹. Sin embargo, cabe cuestionar esta última declaración, pues la CE ha solicitado este año a

⁷⁸ «*Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*», Comisión Europea, acceso el 12 de mayo de 2017.

⁷⁹ «*State of the Union – A Multilateral Investment Court*», Comisión Europea, acceso el 24 de abril de 2018.

los Estados Miembros de la UE que terminen los 196 APPRI intra-UE existentes actualmente (ver epígrafe V.2).

En el caso del APIUES, el artículo 3.12 del Acuerdo obliga a las partes y otros socios comerciales interesados «a intentar alcanzar el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones y un mecanismo de apelación para la resolución de conflictos sobre inversiones», pero no hay ningún indicio suplementario de un posible Tribunal Multilateral de Inversiones. Terminamos pues este análisis con una mirada al futuro y la siguiente pregunta: ¿serán nuevos cambios necesarios en el APIUES para adaptar el acuerdo a esa segunda fase del proyecto europeo en materia de arbitraje de inversiones?

Desde mi punto de vista, no creo que la introducción de un Tribunal Multilateral de Inversiones suponga cambios mayores para el APIUES y ello por dos razones principales. En primer lugar, el régimen de arbitraje previsto bajo el Tribunal de Inversiones no difiere sustancialmente del STI, pues ambos mecanismos pretenden establecer un «marco de solución de diferencias internacionales en materia de inversiones que sea permanente, independiente y legítimo; previsible por su jurisprudencia reiterada; que permita apelar las decisiones; eficaz en función de los costos; dotado de procedimientos transparentes y eficaces»⁸⁰. En segundo lugar, me parece un proyecto difícil de alcanzar en sí, pues requiere obtener la participación y el consentimiento de la comunidad internacional para lograr ese alcance global.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Normativa

Convenio de 23 de mayo de 1969 de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, hecho en Viena. Instrumento de adhesión de España de 2 de mayo de 1972 (*BOE* n.º 142 de 13 de junio de 1980)

Convenio de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington. Instrumento de adhesión de España de 20 de junio de 1994, (*BOE* n.º 219 de 13 de septiembre de 1994). Para acceder a la lista completa de los Estados que han ratificado la Convención: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> (acceso el 20 de abril de 2018).

⁸⁰ Recomendación, de 13 de septiembre de 2017, de la Comisión Europea de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, hecha en Bruselas. Eur-lex, n.º 2017/0493, 2.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de junio de 1985, con las enmiendas aprobadas en el 2006. Nueva York, 2008.

El texto se puede consultar en la página oficial de la CNUDMI: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 25 de marzo de 1957, (DOUE n.º C 202 de 7 de junio de 2016)

Comisión Europea, Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, 13 de septiembre de 2017, COM (2017) 493 final.

Recomendación de 13 de septiembre de 2017 de la Comisión Europea de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, hecha en Bruselas. Eur-lex, n.º 2017/0493.

2. Normativa internacional en fase de proyecto

Convención de 21 de marzo de 1986 de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales. Para acceder al borrador y a la lista completa de los Estados que han ratificado la Convención: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en

Acuerdo de abril del 2018 de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur. Borrador. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> (acceso el 22 de abril de 2018).

Acuerdo de abril del 2018 de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur. Borrador. Caps. III y IV, Anexo 7 y Anexo 8. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> (acceso el 22 de abril de 2018).

Acuerdo de mayo del 2015 de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur. Borrador.

Cap. IX: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152844.pdf (acceso el 17 de abril de 2018).

Anexo 9-F: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/june/tradoc_153580.pdf (acceso el 17 de abril de 2018).

Anexo 9-G: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/june/tradoc_153581.pdf (acceso el 17 de abril de 2018).

Convención de 21 de marzo de 1986 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales (CVDTEOI), hecha en Viena. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf (acceso el 21 de abril de 2018).

3. Jurisprudencia

STJUE de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158.

Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet de 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2017:699.

Dictamen del Pleno del TJUE de 16 de mayo de 2017, C-2/15, EU:C:2017:376.

Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston de 21 de diciembre de 2016, C-2/15, EU:C:2016:992.

4. Doctrina

ADVISORY COUNCIL ON INTERNATIONAL AFFAIRS. «Introduction». En *International Investment Dispute Settlement*, n.º 95, 7-12. La Haya: Advisory Council on International Affairs, 2015.

BOROVIKOV, E.; EVTIMOV, B. y CREVON-TARASSOVA, A. «European Union». En *The International Arbitration Review*, ed. por James H. Carter, Vol. 7, 186-195. Londres: Law Business Research Ltd, 2016. https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/a89cacdf-f2e2-4e82-9707-2411fd3991f0/The-International-Arbitration-Review-7th-ed.pdf (acceso el 29 de marzo de 2018).

CREMONA, M. «Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017». En *European Constitutional Law Review*, ed. por Leonard F. M. Besselink, Monica Claes y Jan-Herman Reestman, Vol. 14, 231-259. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. <https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/article/shaping-eu-trade-policy-postlisbon-opinion-215-of-16-may-2017/F04F045C4F26BF07455E207C25E6E9A3> (acceso el 3 de abril de 2018).

DE LA VILLA GIL, L. E. «El futuro de la Unión Europea. Declaración de Laeken». En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 37, 221-229. 2001. http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/37/docu1.pdf (acceso el 26 de abril de 2018).

ELMS, D. «Understanding the EU-Singapore Free Trade Agreement». En *Australia, the European Union and the New Trade Agenda*, ed. por Annmarie Elijah, Donald Kenyon, Karen Hussey y Pierre Van Der Eng, 35-54. Canberra: Australian National University Press, 2017. <http://www.oopen.org/download?type=document&docid=633015> (acceso el 29 de marzo de 2018).

HARTE, R. y PUCCIO, L. *From arbitration to the investment court system (ICS) – The evolution of CETA rules*, 5-20. Servicios De Estudios Del Parlamento Europeo (EPRS), 2017. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA\(2017\)607251_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA(2017)607251_EN.pdf) (acceso el 29 de marzo de 2018).

HESS, B. *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, n.º 3, 5-20. Luxemburgo: Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018. http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/events/2018/4/3/WPS3_2018_The_Fate_of_Investment_Dispute_Resolution_after_the_Achmea_Decision_of_the_European_Court_of_Justice (acceso el 3 de abril de 2018).

HINDELANG, S. y HAGEMeyer, T. M. *In Pursuit of an International Investment Court: Recently negotiated investment chapters in EU Comprehensive FTA in comparative perspective*, 1-215. Parlamento Europeo, Directorate-General for External Poli-

- cies, 2017. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603844/EXPO_STU\(2017\)603844_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603844/EXPO_STU(2017)603844_EN.pdf) (acceso el 29 de marzo de 2018).
- HINDELANG, S. y SASSENATH, C.-P. *The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective*, 1-173. Parlamento Europeo, Directorate-General for External Policies, 2015. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU\(2015\)534998_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU(2015)534998_EN.pdf) (acceso el 29 de marzo de 2018).
- HSU, L. «EU-ASEAN trade and investment relations with special focus on Singapore». En *European Yearbook of International Economic Law*, ed. por Christoph Herrmann, Markus Krajewski y Jörg Philipp Terhechte, Vol. 6, 233-250. Springer, 2015. http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4487&context=sol_research (acceso el 29 de marzo de 2018).
- KLEIMANN, D. «Beyond the Shadow of the Veto: Economic Treaty-Making in the European Union after Opinion 2/15». En *Institutionalisation Beyond the Nation State. Series Studies in European Economic Law and Regulation*, ed. por Elaine Fahey, Vol. 10, 1-24. Cham: Springer, 2018. https://www.academia.edu/36433589/Beyond_the_Shadow_of_the_Veto_Economic_Treaty-Making_in_the_European_Union_after_Opinion_2_15 (acceso el 26 de abril de 2018).
- LAVRANOS, N. «In-depth briefing: Mixed exclusivity – The Court of Justice of the EU's Opinion on the EU Singapore FTA», 1-8. *Borderlex*, 2017. <http://borderlex.eu/wp-content/uploads/2017/05/2017-05-18-IN-DEPTH-REPORT-BORDERLEX-SINGAPORE-FTA.pdf> (acceso el 29 de marzo de 2018).
- LATEK, M. *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) State of play and prospects for reform*, 1-9. Servicios De Estudios Del Parlamento Europeo (EPRS), 2014. http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130710/LDM_BRI%282014%29130710_REV2_EN.pdf (acceso el 25 de abril de 2018).
- LÓPEZ BOFILL, H. «Change in the Constitutional Framework of the European Union with regard to regulating foreign direct investment». En *Revista Catalana de Dret Públic*, Vol. 51, 104-121. 2015. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5733166.pdf> (acceso el 29 de marzo de 2018).
- NORTON ROSE FULBRIGHT. «CJEU rules on EU's proposed free trade agreement with Singapore». 2017. <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/149650/cjeu-rules-on-eus-proposed-free-trade-agreement-with-singapore> (acceso el 3 de abril de 2018).
- PASCUAL VIVES, F. «El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 33, 2-35. 2017. http://www.reei.org/index.php/revista/num33/archivos/02_Estudio_PASCUAL_Francisco.pdf (acceso el 29 de marzo de 2018).
- ROUSSOU, E. *Free Trade Agreement between the EU and the Republic of Singapore – Analysis*, 1-102. Parlamento Europeo, Directorate-General for External Policies, 2018 (acceso el 19 de abril del 2017).
- SEGURA SERRANO, A. «El Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Canadá (CETA): Una evaluación de la política comercial de la UE». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 30, 2-22. 2015. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5335862.pdf> (acceso el 29 de marzo de 2018).

- URREA CORRES, M. «La política (común) de seguridad y defensa en el Tratado de Lisboa: La eficacia como objetivo, la flexibilidad como instrumento y la ambición como propuesta». En *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 33, 1-18. Pamplona: Editorial Civitas, SA, 2010.
- ZESTOS, G. K. y COFFMAN, C. W. «Transatlantic Economic Integration». En *The TTIP – The Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States*, ed. por Joaquín y Roberto Domínguez, 73. Miami: Miami-Florida European Union Center of Excellence, 2014.

5. Otros

- ALLEN, R. «EU Court thwarts prompt ratification of EU-Singapore Free Trade Agreement». *Global Arbitration News* (2017). <https://globalarbitrationnews.com/eu-court-thwarts-prompt-ratification-eu-singapore-free-trade-agreement/> (acceso el 3 de abril de 2018).
- COMISIÓN EUROPEA. «EU-Singapore Trade & Investment». Acceso el 19 de abril de 2018. <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/9045-trade-eu-singapore-trade-booklet-170630.pdf>.
- «Guide to the EU-Singapore Free Trade Agreement and Investment Protection Agreement». Acceso el 19 de abril de 2018. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156711.pdf.
- «Next steps towards finalising the EU-Singapore agreements». Acceso el 19 de abril de 2018. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156716.pdf.
- «El AECG explicado». Acceso el 13 de abril de 2018. http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index_es.htm.
- «State of the Union – A Multilateral Investment Court». Acceso el 24 de abril de 2018. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf.
- «Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court». Acceso el 12 de mayo de 2017. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.
- «La Comisión propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI y para otras negociaciones comerciales y de inversión de la UE». Acceso el 25 de abril de 2018. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_es.htm.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. «Desclasificación parcial del documento 17494/09 RESTREINT UE». Acceso el 17 de abril de 2018. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17494-2009-EXT-1/es/pdf>.
- CORTES GENERALES. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados». Acceso el 21 de abril de 2018. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-832.PDF.

IMPLICACIONES DE LA «GIG-ECONOMY»
EN LAS RELACIONES LABORALES:
EL CASO DE LA PLATAFORMA UBER*

*Implications of the «gig-economy» in labor relations:
The Case of the Uber Platform*

Maria Saenz de Buruaga Azcargorta
Universidad de Deusto
maria.saenzdeburuaga@gmail.com

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp385-414](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp385-414)

Recibido: 15.02.2019

Aceptado: 21.06.2019

Resumen

En un entorno laboral cada vez más digitalizado, proliferan en España nuevas formas de trabajo al margen del actual cuadro normativo. Así, plataformas de la «gig-economy» como Uber, Deliveroo o Glovo cuentan cada día con más «microtrabajadores» dispuestos a prestar servicios y realizar pequeños encargos. Este artículo trata de analizar, partiendo del caso de la plataforma de transporte urbano Uber, la relación que une a las plataformas digitales y a aquellos que ofrecen sus servicios en éstas. En este sentido, se analiza a partir de un análisis pormenorizado de los rasgos definitorios de estas nuevas formas contractuales, la existencia de laboralidad a la luz de los últimos pronunciamientos administrativos, jurisprudenciales y doctrinales habidos hasta la fecha. Por último, se presentan soluciones regulatorias *ad hoc* para tratar de dar respuesta a los distintos intereses que se hallan en conflicto: por un lado, la

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Saenz de Buruaga Azcargorta, Maria. 2019. «Implicaciones de la «gig-economy» en las relaciones laborales: el caso de la plataforma Uber». *Estudios de Deusto* 67, n.º 1: 385-414. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp385-414](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp385-414).

necesaria protección de los prestadores de servicios y, por otro, su creciente popularidad y atractivo entre proveedores y usuarios.

Palabras clave

Economía colaborativa; plataformas digitales; precarización; Uber; falsos autónomos.

Abstract

The rise of the gig-economy is having a significant impact on job creation all across Europe. More and more young workers are being employed in platforms such as Uber, Deliveroo or Glovo, supplementing their part-time jobs to earn additional income. This paper aims at analyzing, taking the taxi-hailing company Uber as a case study, the employment status of those who offer their services through these platforms. In this respect, the article carries out a detailed assessment of the defining features of these new emerging contracts, with a focus on determining whether an employment or independent contractor relationship exists on the basis of recent judgements and administrative doctrine. The last section of the paper presents some *ad hoc* regulatory proposals that could weigh up the conflicting interests involved: on one hand, the need of ensuring basic social protection for platform workers and, on the other hand, the rising popularity of the gig-economy from both offer and supply approaches.

Keywords

Sharing Economy; Platform workers; Uber; Precarity; false self-employee.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ERA DIGITAL: LA «GIG-ECONOMY». 1. *Concepto de «gig-economy»*. 2. *«Microtrabajadores» de la «gig economy» y precariedad laboral*. 3. *Relación entre la «gig economy» y las E.T.T's*. 4. *Uber como manifestación de la «gig-economy» en España*. III. SOBRE LA LABORALIDAD EN LAS RELACIONES ENTRE UBER Y SUS CONDUCTORES. 1. *Concepto tradicional del trabajador por cuenta ajena*. 1.1. Elementos definitorios de la relación laboral y su distinción frente al trabajo autónomo. 1.2. Flexibilización de la nota de subordinación y dependencia funcional. 2. *Aplicación del test de laboralidad a los trabajadores de UBER*. 2.1. Voluntariedad. 2.2. Retribución. 2.3. Subordinación o dependencia funcional. a) Establecimiento de concretas instrucciones e indicaciones sobre la forma de prestación de servicios. b) Toma de decisiones estratégicas y comerciales por parte de la empresa. c) Los conductores se hallan sujetos a un permanente sistema de control. 2.4. Ajenidad. a) Ajenidad en los frutos. b) Ajenidad en los riesgos. c) Ajenidad en el mercado. d) Conclusión. 3. *Pronunciamientos administrativos, jurisprudenciales y doctrinales*. 3.1. Administrativos: Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social Catalana. 3.2. Jurisprudenciales: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de Londres y dictamen de la Comisión de Trabajo de California. a) Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de Londres. b) Dictamen del Comisión de Trabajo de California. 3.3. Doctrinales. 4. *Problemas de encaje del nuevo tipo de trabajadores en el concepto tradicional de contrato de trabajo*. IV. SOLUCIONES PARA DAR RESPUESTA A LOS NUEVOS RETOS LABORALES PLANTEADOS POR LA «GIG-ECONOMY». 1. *La autorregulación*. 2. *Relación laboral especial*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación está conduciendo a la emergencia de nuevas formas de relaciones laborales. Así, a través de las plataformas virtuales, proliferan en España las contrataciones puntuales de personas dadas de alta en dichas plataformas para la realización de trabajos esporádicos. De hecho, según EUCoLab¹, el 6% de la población española ya ofrece sus productos o servicios a través de estas redes. Ante esta mutación de los modelos productivos, se plantean nuevos retos laborales con los que, como en otras ocasiones ya ha hecho —por ejemplo, regulando el teletrabajo—, el Derecho del Trabajo debe lidiar.

¹ EUCOLAB. *Cuestiones clave a las que se enfrenta la economía colaborativa en Europa*. Bruselas: The European Collaborative Economy Forum, 2016.

El objeto del presente trabajo es analizar, partiendo del caso de la plataforma de transporte urbano de pasajeros Uber, la relación que une a las plataformas digitales y a aquellos que ofrecen sus servicios en éstas. Para ello, tras una primera aproximación general al concepto de la «gig-economy» y a los trabajadores que en ella se emplean, se valorará la existencia de laboralidad entre la plataforma y sus conductores, estudiándose los pronunciamientos administrativos, jurisprudenciales y doctrinales habidos hasta la fecha. Por último, tras valorarse las posibles dificultades de encaje de este tipo de trabajadores dentro del concepto tradicional del contrato de trabajo, se destacarán algunas de las posibles soluciones que plantea la doctrina.

El principal motivo que me ha empujado a escoger esta temática ha sido el fuerte crecimiento que están experimentando las plataformas de la «gig-economy». Así, no cabe duda de que estos modelos de negocio están repercutiendo en la economía de forma positiva. Sin embargo, conviene interesarse por los trabajadores que allí se ofrecen con el fin de fomentar un entorno reglamentario que, sin impedir el desarrollo de estas plataformas, proteja los intereses de sus usuarios.

En relación con la metodología empleada, cabe destacar que, dado que en España nos hallamos en la fase prerregulatoria de este fenómeno, el análisis sobre esta cuestión se ha concentrado mayoritariamente en el estudio de artículos científicos recientemente publicados por la doctrina española. Además, al tratarse de una cuestión que también ha sido tratada en el ámbito internacional –concretamente en California y Reino Unido–, también se ha hecho uso de los argumentos contenidos en estas resoluciones.

II. NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ERA DIGITAL: LA «GIG-ECONOMY»

1. *Concepto de «gig-economy»*²

Una de las ventajas que ha traído consigo la emergencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC) se refiere a la rebaja de los costes de transacción. Así, las empresas, a la hora de externalizar parte de sus actividades productivas, soportan muchos menores costes que antaño. Este cambio ha provocado que muchas organizaciones empresariales descentralicen todas aquellas actividades que no constituyen su *core business*, favoreciendo un entorno empresarial más competitivo en el que las estructuras

² HILL, Steven. «The Future of Work in the Uber Economy. Creating a Safety Net in a Multi-Employer World», *Boston Review: Political and Literary Forum*, <http://bostonreview.net/us/steven-hill-uber-economy-individual-security-accounts> (Última consulta 3 de mayo de 2017).

organizativas son más reducidas y flexibles. Evidentemente, esta evolución ha supuesto un cambio que no solo ha afectado al tamaño de las organizaciones empresariales, sino también a las propias relaciones laborales que allí se desarrollan. En este sentido, cada vez resultan más numerosas las nuevas formas de trabajo existentes, nuevas formas, que llegan a modificar –incluso sustancialmente– las características propias del puesto de trabajo, las condiciones laborales de los trabajadores o las experiencias vitales en el trabajo.

En el ámbito anglosajón, la «gig-economy» –originariamente, «economía del pequeño encargo»– hace referencia al modelo de externalización productiva del nuevo entorno digital. Así, este término engloba a todas aquellas plataformas virtuales que, a través de la externalización de su actividad económica mediante trabajadores autónomos, están creando nuevas formas de prestación de servicios. Este modelo productivo presenta, según GINES I FABRELLAS³, las siguientes características.

En primer lugar, las plataformas virtuales dividen la prestación de servicios en tareas individuales o «microtasks». Esto es, en vez de ofrecer un servicio de forma integral, estas empresas de base tecnológica dividen el trabajo en tareas de corta duración, individuales e independientes. A modo de ejemplo, en el caso de Uber, en vez de ofrecer el servicio de transporte urbano de forma conjunta, ofrece trayectos individuales.

En segundo lugar, cada una de estas «microtasks» es externalizada a múltiples trabajadores autónomos. Así, más allá de externalizar con una única empresa o trabajador por cuenta propia el servicio de una forma más o menos estable, las nuevas tecnologías permiten la íntegra externalización de la actividad económica a un número elevado de trabajadores autónomos mediante un llamamiento o convocatoria abierta. El objetivo de estas plataformas es gozar de un número suficientemente elevado de prestadores de servicio para garantizar poder atender, en todo momento, a la demanda existente. Esto se denomina *crowdsourcing*.

En tercer lugar, las nuevas tecnologías permiten la contratación de trabajadores autónomos *on-demand*. Esto es, los trabajadores autónomos son contratados para la prestación del servicio en el momento preciso en que se produce la demanda o solicitud del servicio por parte del cliente y únicamente por la duración de ese servicio en concreto. Por consiguiente, estas plataformas virtuales, más allá de contratar a trabajadores autónomos para la prestación de servicios, se limitan a conectar en el tiempo y momento exacto de la realización del servicio con los proveedores inscritos en la plataforma,

³ GINES I FABRELLAS, Anna. «Crowdsourcing: nueva modalidad de externalización productiva en el entorno digital. Reflexiones sobre su viabilidad jurídica.» *Iuslabor, Asociación Catalana de Iuslaboralistas*. Recuperado <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2017/> (Última consulta el 21 de abril de 2017).

reduciéndose así drásticamente los costes empresariales asociados a períodos de inactividad o improductivos.

En este sentido, tal y como precisa RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO⁴, la «gig-economy» no se refiere únicamente a las plataformas de economía colaborativa, en las que debe regir un verdadero espíritu de colaboración en el intercambio, sino que también abarca todas aquellas plataformas cuya razón de ser sólo implica la conexión directa entre prestador y usuario, evitando la intermediación de empresas o mercados. Paralelamente, el Comité de Regiones de la Unión Europea, en su informe de 2015⁵ sobre «El consumo colaborativo o participativo», calificó la «gig-economy» como aquel modelo en que se desarrollan «iniciativas basadas en trabajos esporádicos cuya transacción se hace a través del mercado digital».

Con todo, enfocando estas definiciones hacia la perspectiva del Derecho del Trabajo, la «gig-economy» reenviaría a todas aquellas situaciones laborales en las que se contrata a una persona a través de plataformas digitales para ejecutar trabajos esporádicos, en los que el trabajador aporta todo lo necesario para el desarrollo de la actividad.

2. «Microtrabajadores» de la «gig economy» y precariedad laboral

Tal y como reconoce la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, O.I.T.) en su recomendación número 204⁶, existe un importante porcentaje de la fuerza de trabajo mundial que se gana la vida en la «economía informal». Precisamente, dentro de ese concepto, se encuentran aquellas plataformas que comprenden «actividades económicas desarrollados por trabajadores y unidades económicas que, en la legislación o en la práctica, están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto». Así, la «gig-economy» integraría el concepto de economía informal y, por ello, el Comité de Regiones de la Unión Europea urge la necesidad de regular un sector que ha reportado, sólo en 2015, más de 28 millones de euros a la economía europea. Entre los aspectos que precisan una especial revisión, destacan los relacionados con la protección de los proveedores de servicios.

⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. «El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal». *Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla. Universidad de Sevilla*. <http://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/> (Última consulta 12 de abril de 2017).

⁵ COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la dimensión local y regional de la economía colaborativa*. Bruselas: Comité de las Regiones de la Unión Europea, 2015.

⁶ O.I.T. *Recomendación n.º 204 sobre transición de la economía informal a la formal*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2015.

En este sentido, la institución europea recoge que «las empresas con ánimo de lucro a veces utilizan de forma abusiva las plataformas de la «gig-economy» y no proporcionan a sus trabajadores la protección y cobertura laboral necesaria»⁷. Dicho esto, conviene cuestionarse si estos «microtrabajadores» constituyen o no una nueva manifestación del trabajo precario.

En palabras de AJA VALLE⁸, la precariedad se asocia como «una vulnerabilidad e inseguridad laboral que, yendo más allá del tipo de contrato, condiciona la posibilidad real de emancipación y desarrollo personal de los trabajadores». Así, en el universo de «gig-economy», la O.I.T. ha identificado tres principales áreas de potencial inseguridad que podrían tildar de precario el trabajo que se desarrolla en las plataformas.

En relación con el empleo, se destaca la preocupación derivada de la inestabilidad económica. En este sentido, las ganancias de los trabajadores de las plataformas de la «gig-economy» no solo se encuentran profundamente sujetas a las fluctuaciones del mercado de la demanda, sino que la demanda entra en un mercado en el que el lado de la oferta está también sujeto a olas altamente variables que dependen de las condiciones generales del mercado de trabajo. Así, la incertidumbre por la falta de continuidad en la prestación del servicio o por la rebaja de los ingresos pesa en el día a día de los trabajadores. Además, en ocasiones, sus ingresos se pueden ver alterados por decisiones unilaterales de las plataformas. En este sentido, cabe destacar el caso de Uber, en el que la compañía puede hacer oscilar de forma unilateral los precios de los viajes de transporte ofertados entre un 20 y un 30%, repercutiendo sobre los ingresos del conductor.

En relación con los horarios, estas plataformas virtuales no ejercen ningún tipo de control sobre las horas que pueden trabajar los proveedores de servicios. En este sentido, cabe destacar que la limitación del tiempo de trabajo, objeto de atención legislativa desde los inicios de la legislación social y también posteriormente en el desarrollo del Derecho del Trabajo, se ha configurado tradicionalmente como una tutela de la salud y seguridad de los trabajadores. Así, en estos casos, la inexistencia de límites temporales en la prestación de los servicios expone a los trabajadores a un fuerte riesgo de agotamiento, con repercusiones en su bienestar psicofísico y en la calidad del servicio que ofrece. De hecho, no resulta extraño que, a resultas de la inestabilidad de las ganancias, aquellos que mayores dificultades soportan, entren en el círculo vicioso de aceptar las peores ofertas, reduciéndose sus ingresos y teniendo que trabajar más horas para cubrir los costes de su actividad.

⁷ COMITÉ DE LAS REGIONES. *Dictamen sobre la dimensión local y regional de la economía colaborativa*. Bruselas: Comité de las Regiones de la Unión Europea, 2015.

⁸ LACALLE, Daniel. *Trabajadores precarios, trabajadores sin derechos*. Primera edición. Madrid: Ed. El Viejo Topo, 2009, pp. 12-16.

Además, esta falta de control por parte de las plataformas virtuales choca con la regulación que existe en algunos sectores específicos sobre esta materia. Por ejemplo, en el sector del transporte por carretera de personas o mercancías, aplicable al modelo de Uber, tanto el regulador comunitario como el estatal han intervenido para reforzar la seguridad y salud de los transportistas. Así, el Real Decreto de 2013, sobre ordenación del tiempo de trabajo para los trabajadores autónomos que realizan actividades móviles de transporte por carretera, impuso unas cotas máximas al tiempo de trabajo⁹.

Por último, en lo relativo a los derechos de representación, la gig economy, al quedar fundamentada sobre una clase trabajadora no agrupada y casi invisible, no se beneficia de un poder sindical fuerte que luche por unas condiciones de trabajo más justas¹⁰. Esto incide tanto en los medios de acción colectiva, como en las tutelas que las acompañan. Así, en relación con el derecho de huelga, si desde el punto de vista sustancial es difícil organizar una protesta efectiva y eficaz en forma de abstención de trabajo, desde el punto de vista normativo, tal abstención no parecería revestir las características de la huelga y, en función de las acciones que se deberían adoptar, también podría dar lugar a represalias por parte de las plataformas. Lo mismo sucede con los derechos vinculados a la contratación colectiva y a las prerrogativas de los representantes de los trabajadores, de fundamental importancia para la explicación de una acción colectiva de relevancia¹¹.

Por tanto, parece que la ausencia de regulación deja a los proveedores de estas plataformas en un limbo legal caracterizado por la ausencia de garantías. Así, la descentralización productiva y el recurso al trabajo autónomo como fórmula principal para la prestación de servicios parece camuflar una huida del Derecho del Trabajo, con la consiguiente movilización de los trabajadores hacia empleos próximos a la precariedad.

⁹ Artículo 3 del RD 128/20130: «*La duración media del tiempo de trabajo semanal no debe sobrepasar las 48 horas. No obstante, podrá prolongar el tiempo de trabajo hasta 60 horas siempre que la duración media del mismo no supere las 48 a la semana en un período de cuatro meses naturales*».

¹⁰ Precisamente, sobre este punto, sindicatos de Alemania, Austria, Suecia, Dinamarca y Estados Unidos han suscrito recientemente el conocido como «Documento Frankfurt», relativo al trabajo basado en plataformas, en el que reclaman el derecho a organizarse para los trabajadores de plataformas digitales e incluso a participar en la dirección de las mismas. En esta misma línea, la Confederación Europea de Sindicatos también ha manifestado su preocupación por la extensión del trabajo digital precario y la necesidad de reforzar la acción sindical en estas nuevas formas de organización no convencionales.

¹¹ DAGNINO, Emanuele, «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 2015, Vol. III, n.º 3, pp. 1-32.

3. Relación entre la «gig economy» y las E.T.T's

Siguiendo la definición propuesta en la Ley 14/1994¹², las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT's) son empresas privadas cuya actividad principal consiste en satisfacer las necesidades temporales y urgentes de mano de obra de otros empresarios, mediante la cesión temporal a los mismos de trabajadores.

Así, las ETT's ofrecen un control de calidad de los trabajadores temporales para que no lo tengan que hacer las empresas. Un control de calidad que se basa en tres actuaciones: por un lado, se encargan de la selección de los trabajadores (control de entrada), en segundo lugar, son responsables de su formación (control de resultados), librando a la empresa receptora de ejecutar esa labor y, por último, tal y como recoge el artículo 15.2 de la Ley 14/1994, ejercen el poder disciplinario sobre el trabajador en cuestión (control de salida). Respecto a este último punto, las ETT's se aseguran de que, si un trabajador no cumple, será despedido por la ETT y no será enviado de nuevo a las empresas que contraten con esa ETT.

Las plataformas de la «gig-economy», por su parte, han logrado a través de sus sistemas reputacionales desempeñar estas mismas funciones de una forma más barata y constituyen una amenaza real para las tradicionales ETT's. Esto es, un conductor de Uber que tenga una puntuación de cinco estrellas, asegura al cliente que ese conductor es de «calidad» (control de entrada). A su vez, los conductores que tengan bajas puntuaciones serán «desactivados» por la plataforma impidiendo que se realicen negocios con ellos a través de ésta (control de salida). Por último, si los conductores desean obtener buenas puntuaciones necesitan estar formados y preparados para el trabajo. En ese sentido, Uber no necesita formarlos ya que el sistema crea los incentivos suficientes (transparencia del mercado y amenaza de despido) para que los trabajadores tengan que formarse por ellos mismos si quieren ofrecer sus servicios.

Al hilo de lo anterior, conviene señalar que, aun realizando prácticamente las mismas funciones que las ETT's, las plataformas virtuales de la «gig-economy» no se hallan sujetas a ningún requisito ni regulación para el desarrollo de su actividad. Así, si bien la Ley 14/1994, reguladora de las ETT's, propone una serie de cautelas para prevenir la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo capaces de eludir sus obligaciones laborales y de seguridad social, sorprende que sean precisamente las plataformas digitales, en las que prolifera el empleo precario, las que no deban cumplir

¹² Artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

con ninguna restricción. En este sentido, se posiciona TODOLÍ SIGNES¹³ quien sostiene que la intermediación a través de empresas de la «gig-economy» sustituirá el rol que desempeñan las ETT's si el regulador no actúa con la suficiente rapidez.

4. *Uber como manifestación de la «gig-economy» en España*

Uber se posiciona como una de las compañías más representativas de la «gig-economy» en el mundo. Así, el servicio de transporte que ofrece se desarrolla de la siguiente forma: el usuario descarga de forma gratuita la aplicación de Uber en su dispositivo móvil, y ésta, mediante un sistema GPS, localiza los vehículos disponibles más cercanos. Una vez escogido uno de los vehículos y especificado el destino, la aplicación facilita al usuario una estimación tanto del coste como de la duración del recorrido. Finalizado el servicio, se procede al pago a través de la aplicación móvil sin que quepa negociación entre ninguna de las dos partes sobre el precio del servicio.

Uberpop, filial de Uber, desembarcó por primera vez en España en abril de 2014. Sin embargo, a finales de ese mismo año ya contaba con dos demandas reclamando el cese de su actividad, alegando, entre otras causas, supuestos actos de competencia desleal. La primera, interpuesta contra el Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid, dio lugar a la suspensión¹⁴, de forma cautelar, de la actividad de Uberpop en España. La segunda, interpuesta contra el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona, propició que el Juzgado presentara una cuestión prejudicial¹⁵ ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶. Esta misma decisión también acabó tomando el Juzgado de Madrid, decidiendo en la vista previa del juicio suspenderlo y elevar la consulta al Tribunal de Luxemburgo.

Con independencia de estos procesos, que versan principalmente sobre materias mercantiles –pero que también podrían llegar a resultar de utilidad para determinar la naturaleza jurídica del servicio ofrecido por Uberpop–, también están surgiendo dudas sobre las implicaciones laborales de estas fórmulas colaborativas. Así, si bien el modo de prestación de servicios en estas experiencias reúne particularidades que las apartan claramente de las formas laborales tradicionales, es innegable que persisten en algunos casos factores

¹³ TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajo de la era economía colaborativa*. Primera edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 147.

¹⁴ Auto de medidas cautelares del Juzgado Mercantil n.º 2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014, n.º 707/2014.

¹⁵

¹⁶ Providencia del Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona, de 17 de junio de 2015, relativa al asunto n.º 929/2014D2 dando traslado de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

que pueden hacer dudar de la presencia de una relación laboral subyacente (restricciones, recepción de instrucciones, fijación de precios por hora de trabajo...).

En este sentido, están surgiendo tanto en el ámbito nacional como internacional resoluciones que urgen a la necesidad de analizar profundamente las relaciones laborales que se dan entre Uber y sus conductores. En España, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de Cataluña ya se ha pronunciado, sin consecuencias definitivas aún, a la espera de que los Tribunales Europeos determinen si la actividad de la empresa es o no legal. Dicho esto, el debate de si la relación es laboral –por cuenta ajena– o autónoma –por cuenta propia–, también está planteándose en otros lugares del mundo. Así, recientemente, el Tribunal Central de Trabajo de Londres, en sentencia de 28 de octubre de 2016, también se pronunció sobre este extremo¹⁷. Y, con carácter previo, la Comisión Laboral de California, en junio de 2015¹⁸, ya analizó esta misma problemática.

En todas las citadas resoluciones, los análisis conducen a afirmar la existencia de una relación de laboralidad entre la empresa Uber y sus conductores. De esta forma, se valorará en lo sucesivo los argumentos que han llevado a estas conclusiones, los problemas que genera su encaje en esta categoría y las posibles soluciones jurídicas que cabe plantear para quienes presten sus servicios a través este tipo de plataformas digitales.

III. SOBRE LA LABORALIDAD EN LAS RELACIONES ENTRE UBER Y SUS CONDUCTORES

El surgimiento de esta nueva forma de interacción entre plataformas y usuarios exige necesariamente una correcta delimitación del campo de aplicación subjetivo del ordenamiento laboral. Así, como la doctrina ha puesto de manifiesto en más de una ocasión, el dinamismo del sistema productivo y ocupacional, así como la propia mentalidad social, irremediablemente provocan constantes replanteamientos sobre quiénes deben ser considerados trabajadores por cuenta ajena y, por tanto, tutelados por el ordenamiento laboral, y, quienes han de ser catalogados como trabajadores por cuenta propia. Obviamente, las repercusiones de la inserción en una u otra categoría son importantes tanto desde el punto de vista del empresario (encarecimiento de

¹⁷ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de Londres, de 28 de octubre de 2016 n.º 2202551/2015, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/> (Última consulta el 12 de abril de 2017).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de California, de 28 de octubre de 2016 n.º CGC-15-546378. <https://es.scribd.com/doc/268911290/Uber-vs-Berwick> (Última consulta el 12 de abril de 2017).

los costes fijos laborales) como desde la perspectiva del trabajador (protección laboral).

Dicho esto, para poder confirmar o excluir la existencia de una relación laboral entre la empresa y los conductores resulta indispensable recordar previamente las notas características de la relación laboral. Así, una vez analizadas éstas y aplicado el test de laboralidad a los conductores de Uber, se estudiarán los hasta ahora existentes pronunciamientos administrativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre esta materia. Por último, se valorarán los principales problemas que genera el encaje de este nuevo tipo de trabajadores en el concepto tradicional del contrato de trabajo.

1. *Concepto tradicional del trabajador por cuenta ajena*

1.1. Elementos definitorios de la relación laboral y su distinción frente al trabajo autónomo

El artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores delimita el ámbito de aplicación de la normativa laboral, estableciendo que ésta alcanza a quienes «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». De esta definición se desprenden las cuatro notas que caracterizan la relación laboral: voluntariedad, ajenidad, subordinación o dependencia funcional y retribución. Por su parte, el trabajo autónomo, regulado en el artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, se define como el realizado por «personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajador por cuenta ajena.»

En la comparación entre ambas definiciones, cabe interesarse por las notas de ajenidad y subordinación o dependencia funcional por ser aquellas características que, como recoge la jurisprudencia, constituyen los dos elementos clave para diferenciar el trabajo por cuenta ajena del trabajo por cuenta propia. Así, a modo ilustrativo, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009¹⁹, que establece:

«[mientras] en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el in-

¹⁹ STS de 7 de octubre de 2009, n.º 6415/2009, F.j. 2.

tercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.»

Así, la nota de ajenidad ha sido tradicionalmente explicada desde dos perspectivas: por un lado, como transmisión automática de los frutos del trabajador a quien recibe la prestación del servicio, «ajenidad en los frutos»; y, por otro lado, como atribución a esa misma persona de los riesgos económicos o de explotación propios de la actividad de que se trate, «ajenidad en los riesgos». Sin embargo, cabe añadir una tercera perspectiva, la «ajenidad en el mercado»²⁰, que alude a la desconexión entre el trabajador y el destinatario final del producto de su trabajo, por la interposición de un tercero: el empresario. Paralelamente, la nota de subordinación o dependencia funcional hace referencia a la realización del trabajo bajo las órdenes e instrucciones de otra persona, dentro de su ámbito de organización y dirección.

Por tanto, en relación con lo anterior, cabe inferir que mientras los trabajadores autónomos prestan sus servicios con independencia y autonomía de criterio, asumiendo el riesgo, véase los beneficios y costes, de la actividad económica, los trabajadores por cuenta ajena prestan sus servicios dentro del ámbito de dirección, organización y control de otro sujeto sin asumir el riesgo y ventura de la actividad empresarial.

1.2. Flexibilización de la nota de subordinación y dependencia funcional

Si bien en una primera fase la nota de subordinación y dependencia funcional fue entendida por los tribunales como sujeción estricta a las órdenes de otra persona, las nuevas tecnologías y los procesos de descentralización productiva sufridos en el mercado laboral han flexibilizado notablemente su interpretación. Con el paso del tiempo, esta nota se ha contemplado más bien como una inserción del trabajador en un círculo de dirección y programación ajena. Así, a día de hoy, la protección laboral también alcanza a personas que trabajan previo encargo del cliente o libertad de horario, siempre que desarrollen su trabajo dentro del ámbito de organización del empresario. En este sentido, la jurisprudencia viene estableciendo que el trabajo subordinado no es incompatible con un –incluso amplio– espacio de autonomía en el desarrollo de la actividad profesional, tal y como recoge la sentencia del Tribunal

²⁰ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, n.º 28, pp. 495-544.

Supremo de 19 de febrero de 2014²¹: «la dependencia, entendida como esa integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario», resulta la cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la «autonomía profesional» imprescindible en determinadas actividades.»

Del mismo modo, también cabe apreciar el impacto que la digitalización está teniendo sobre el control del tiempo por parte del empresario. Así, las especiales características de las innovaciones tecnológicas han dado pie a la sustitución del clásico control periférico, discontinuo y parcial por sistemas digitales centralizados. Esto es, donde antes reinaba el viejo taylorismo, en el que el capataz debía manejar y presionar a sus obreros a fin de mantener ágiles los ritmos de producción, hoy se desarrollan nuevos sistemas de control tecnológico que ejercen el control sobre la propia maquinaria, a través de softwares que identifican al trabajador y el tiempo de trabajo que efectivamente desarrollan²¹.

2. Aplicación del test de laboralidad a los trabajadores de UBER

En Uber, los conductores, denominados *partners*, tienen la consideración de trabajadores en tanto que, además de ser titulares del vehículo y asumir directamente los gastos de actividad, deciden libremente cuanto y cuando trabajar, sin quedar sujetos a una jornada mínima o a unos horarios predefinidos. Precisamente, esta libertad organizativa de la que gozan los conductores de la plataforma es utilizada por la empresa para declarar su naturaleza de mera empresa tecnológica, cuya actividad consiste únicamente en disponer los medios técnicos y organizativos necesarios para facilitar el contacto entre usuarios y titulares de vehículos para desplazamientos urbanos²².

Sin embargo, en la realidad, Uber cobra un mayor protagonismo del que dice tener. Así, es sobradamente conocido que interviene en la prestación del servicio puesto que lleva a cabo acciones que van desde la implementación de decisiones organizativas (fijación de los precios) hasta el control de la actividad de sus conductores (procesos de selección). Por tanto, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, resulta necesario abordar si esta intervención puede tildar de laboral la relación entre el conductor y la plataforma tecnológica. Así, independientemente del «*nomen iuris*» que errónea

²¹ STS de 19 de febrero de 2014, n.º 1404/2014, F.j. 2.

²² GINES I FABRELLAS, Anna.; GALVEZ DURÁN, Sergi. «Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital.» *Revista para el análisis del Derecho*, 2016, n.º 1/2016, pp. 12-16.

o interesadamente pueda establecer la plataforma, tal y como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo²³, «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, la que se derive de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo». Por tanto, se analiza en lo sucesivo la concurrencia de las notas características del artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, poniendo especial atención en las notas de ajenidad y subordinación o dependencia funcional.

2.1. Voluntariedad

La concurrencia de voluntades entre quien ofrece y demanda empleo, sin perjuicio de que pueda concertarse de forma expresa o tácita, constituye un elemento esencial para la calificación del trabajador como asalariado. En este caso, existe voluntariedad en la prestación de los servicios en el sentido en el que nadie obliga a los conductores a efectuar su trabajo, es más, tienen incluso la posibilidad de rechazar determinados viajes.

2.2. Retribución

En cuanto a la retribución, cabe destacar que los conductores de la plataforma virtual reciben una contraprestación por el servicio realizado y no directamente por el usuario o cliente. Este dato, que en principio puede resultar insignificante, es determinante, ya que los clientes pagan directamente a través de Uber por el servicio de los conductores y, sólo posteriormente, la propia plataforma hace entrega de la parte proporcional de la tarifa al conductor, gestionando de este modo su remuneración²⁴.

Ciertamente, la forma de contraprestación ha sido tradicionalmente considerada como un buen indicio para distinguir entre trabajo asalariado y el que no lo es. Así, la retribución fija y periódica es indicio de trabajo asalariado, mientras que la retribución por acto o servicio o la compensación en función de los beneficios de la sociedad han sido considerados como indicios de trabajo por cuenta propia o trabajo no dependiente. Ahora bien, el simple hecho de cobrar por pieza, acto o unidad de trabajo, como resulta en el caso de Uber, no es suficiente para negar por sí solo el carácter laboral del vínculo puesto que lo decisivo, tal y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo

²³ STS de 20 de marzo de 2007, n.º 2546/2007, F.j. 3.

²⁴ ARAGÜEZ VALENZUELA, Lucía. «Nuevos modelos de economía compartida: Uber economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales.» *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, Vol. V, n.º 1, pp. 167-190.

de 29 de diciembre de 1999²⁵, es que el trabajo se preste en condiciones de ajenidad y dependencia:

«el no establecimiento de retribución o salario fijo, a pesar de lo afirmado en la sentencia recurrida, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo».»

Por tanto, conviene analizar en detalle esas dos notas características.

2.3. Subordinación o dependencia funcional

Tal y como ha quedado acreditado previamente, la interpretación de la nota de subordinación o dependencia funcional viene sufriendo una constante modulación en los últimos años. Así, a día de hoy, esta característica no se restringe únicamente a la existencia de instrucciones precisas sobre la forma de prestación del servicio, sino más bien a la integración de los trabajadores en la organización empresarial. De esta forma, ha de valorarse si los conductores de Uber quedan sujetos a los poderes de dirección, organización y control de la empresa.

Para ello, haciendo uso de la técnica indiciaria que aconseja la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015²⁶ «La calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio.», resaltaremos tres principales manifestaciones que podrían apoyar la existencia de subordinación y dependencia en el caso de Uber.

a) Establecimiento de concretas instrucciones e indicaciones sobre la forma de prestación de servicios

En el caso de Uber, la plataforma dicta instrucciones (directas) o recomendaciones (indirectas) a los proveedores de servicios sobre cómo realizar la prestación del servicio. Así, a modo de ejemplo, conviene señalar los consejos que recibieron los conductores de Uber Barcelona durante el tiempo en que la plataforma estaba legalizada: se recomendaba llegar a la dirección indicada rápidamente, mostrar una actitud agradable y distendida o mantener

²⁵ STS de 29 de diciembre de 1999, n.º 8532/1999, F.j. 2.

²⁶ STS de 20 de enero de 2015, n.º 637/2015, F.j. 2.

el coche limpio y en buenas condiciones. Respecto a las instrucciones directas, cabe destacar, entre otros ejemplos, que Uber es quien establece la ruta a seguir por sus conductores o que, una vez aceptado el viaje por el conductor, éste ya no puedo rechazarlo.

b) Toma de decisiones estratégicas y comerciales por parte de la empresa.

La fijación de los precios de los trayectos queda establecida unilateralmente por la plataforma quedando bajo su poder de decisión tanto los cambios en la política tarifaria como las modificaciones que desee introducir respecto de la proporción que los conductores deben abonar a Uber. En este sentido, cabe recordar lo recogido por la sentencia de 23 de noviembre de 2009²⁷, que indica que «la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender» evidencia la presencia de relación laboral.

c) Los conductores se hallan sujetos a un permanente sistema de control.

Por último, otro de los indicios que debe ser resaltado se asocia con la capacidad de la plataforma para «desactivar» a los conductores por razones de rendimiento o disciplina. Así, una de las herramientas con la que cuenta la plataforma para acometer este control es el sistema de evaluación por parte de los clientes. De esta forma, en el caso de obtener puntuaciones negativas, se procede a dar de baja el perfil del conductor y, en caso de no llegar al umbral del 4,5/5 en el conjunto de sus 25 primeros viajes, los prestadores del servicio no pueden acceder al sistema de incentivos que ofrece la compañía. En este sentido, cabe destacar la doctrina del Tribunal Supremo, la cual asume que los sistemas de control de la actividad productiva que incluyen valoraciones de los clientes suponen un indicio de laboralidad. En este sentido, se pronuncia la ya mencionada sentencia de 29 de diciembre de 1999²⁸, que establece: «la empresa cuenta con un servicio de inspección que revisaba, entre otros, el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que pudieran tener los clientes sobre su actividad».

Unido a esto, y en consonancia con lo antes comentado, el control que ejerce en estos casos la plataforma se ejecuta a través de cauces informáticos. Así, el denominado «*software in accounting*» instalado en los dispositivos móviles de los conductores de Uber se vincula con la empresa, que es la que recibe automáticamente no sólo los tiempos de trabajo sino la frecuencia de los servicios o de las interrupciones y su duración.

²⁷ STS de 23 de noviembre de 2009, n.º 8549/2009, F.j. 2.

²⁸ STS de 29 de diciembre de 1999, n.º 8532/1999, F.j. 2.

2.4. Ajenidad

Como ya ha sido adelantado, la nota de la ajenidad se explica a través de tres dimensiones, la ajenidad en los frutos, en los riesgos y en el mercado. Así, en base a estas tres vertientes, valoraremos si concurre o no esta característica en el caso de Uber.

a) Ajenidad en los frutos

La ajenidad en los frutos implica que los resultados del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de la que ejecuta el trabajo, una atribución originaria que es previa a la ejecución del trabajo²⁹. En el caso de Uber, el sistema existente permite que la retribución sea abonada por parte de los clientes a la compañía, cargándose automáticamente el importe a la tarjeta de crédito, sin que exista intervención del conductor. Así, este último, ingresa el dinero con carácter posterior y una vez que resulta detráida la comisión por parte de Uber. Dicho esto, parece existir apropiación por parte de Uber de los resultados de la actividad productiva de sus conductores ya que el pago se realiza a la empresa y no directamente al prestador del servicio. En este mismo sentido, se han pronunciado los Tribunales Españoles, tal y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2010³⁰:

«En efecto, concurren en el caso todos los rasgos definitorios de la laboralidad establecidos en el artículo 1 del ET y desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de años de actividad interpretativa, [...] la utilidad patrimonial derivada del mismo –es decir, lo que pagan los clientes– ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra.»

b) Ajenidad en los riesgos

Ciertamente, los conductores de Uber soportan mayores riesgos que los propios de una relación laboral convencional. En este sentido, Uber alega que además de que los conductores han de utilizar sus propios medios de producción, deben también sufragar los gastos derivados de la actividad. Sumado a esto, la plataforma defiende igualmente que el sistema de retribución comporta un riesgo añadido al hacer depender los ingresos del número de trayectos realizados.

Sin embargo, en relación con esto último, cabe destacar que aunque la retribución por servicio comporte la asunción de cierto riesgo por depender

²⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio. «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato.» *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 2007, n.º 195, pp. 13-24.

³⁰ STS de 6 de octubre de 2010, n.º 5384/2010, F.j. 3.

la retribución de la efectiva prestación del servicio, no puede afirmarse que exista asunción del riesgo de la actividad productiva por parte del conductor. De hecho, así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de Julio de 2007³¹, «resulta un claro indicio de ajenidad [...] el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones».

Por otro lado, en lo referente a los medios productivos aportados por el trabajador, cabe destacar que éstos tienen escasa entidad –tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo– en comparación con los verdaderos medios de producción de la actividad económica, como son la propia plataforma virtual, la aplicación móvil y los medios humanos específicos empleados por Uber para la oferta del servicio de transporte de viajeros.

Por lo tanto, si bien se asume un mayor grado de riesgo, este no parece quedar asociado con la asunción del riesgo y ventura de la actividad económica. En este sentido, los conductores, más allá de aportar el vehículo y su propia fuerza de trabajo, no intervienen en el negocio de Uber, por cuanto el trabajo que realizan no comporta una actividad de organización empresarial que pueda afectar a los resultados del negocio.

c) Ajenidad en el mercado

La ajenidad en el mercado significa que entre el trabajador directo, que produce un bien o presta un servicio, y el consumidor, se interpone jurídicamente un tercero (el empresario), que, cobrando un precio por ese bien o servicio, pagará un salario al trabajador y tendrá la posibilidad de obtener un beneficio.

En el caso de Uber, resulta evidente que entre el conductor y el usuario intermedia la plataforma puesto que quien cobra por el servicio, como ya se ha adelantado, no es el conductor sino la propia plataforma, que posteriormente le remunera. En este sentido, vuelve a ser de interés la sentencia citada al hablar de la ajenidad en los frutos, que establece lo siguiente: «Los clientes (productoras de cine y televisión) contratan con la empresa y no con los actores la realización de los doblajes (ajenidad en el mercado)», supuesto extrapolable al caso de los clientes de Uber ya que no contratan con los propios conductores sino con la plataforma.

d) Conclusión

Sentado el análisis, parece apreciarse en la relación entre Uber y sus conductores los cuatro rasgos definitorios de la laboralidad, lo que llevaría a la

³¹ STS de 10 de julio de 2007, n.º 5758/2007, F.j. 3.

inevitable aplicación de la normativa laboral. Así, como refuerzo a esta conclusión, se examinan en lo sucesivo los principales pronunciamientos administrativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre esta materia.

3. *Pronunciamientos administrativos, jurisprudenciales y doctrinales*

3.1. Administrativos: Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social Catalana³²

Tras siete meses de investigación, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña publicó, en marzo de 2015, un informe en el que concluía que la relación jurídica que une a los conductores con Uber no podía ser calificada de arrendamiento de servicios, sino de relación laboral. Para sostener esta postura, la Inspección afirmó que concurrían los elementos constitutivos de dependencia y ajenidad propios del contrato de trabajo.

Así, en relación con la dependencia, el informe recogía que los conductores recibían directrices internas de trabajo mediante mensajes de correo electrónico o móvil del empleado de Uber que les era asignado como contacto. Asimismo, también se especificaban otros indicios que evidenciaban una clara conducta organizativa por parte de Uber, entre los que cabe destacar, la creación de un sistema de solución de conflictos con los conductores, la creación de un sistema de atención al cliente (servicio centralizado de objetos perdidos), la fijación de las tarifas del servicio o la facilitación de un smartphone con el software necesario instalado. Además, a este poder de dirección y organización, también se sumaban otras acciones que evidenciaban el poder de control por parte de Uber frente a sus conductores. En este sentido, destaca la Inspección que es la empresa quien sanciona el rechazo de clientes, controla su conexión y su desconexión al sistema operativo y puede dar de baja a los conductores en caso de malas valoraciones, ya sea por parte de los clientes o por el rechazo consecutivo de viajes.

Por otro lado, en lo referente a la ajenidad, la Inspección justificó este rasgo vinculándolo con la idea de que, a pesar de que el conductor de Uber asuma los riesgos por la prestación del servicio (por ejemplo, los daños ocasionados en caso de accidente) e incluso los frutos ocasionados por su trabajo (como puede entenderse el mantener correctamente el vehículo, asumir las sanciones por el transporte, etc.), esto debe interpretarse en el sentido de que los riesgos se derivan de la rentabilidad de la empresa. Con ello, el conductor

³² GOZZER, Stefania. «Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma». *El País*. 13 de junio de 2015.

recibe una contraprestación económica por el servicio prestado que no fluctúa en beneficio o perjuicio de su servicio³³.

De esta forma, la Inspección reivindica la laboralidad de esta relación pero se mantiene a la espera del pronunciamiento de los Tribunales sobre la legalidad del servicio para proponer las correspondientes sanciones.

3.2. Jurisprudenciales: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de Londres y dictamen de la Comisión de Trabajo de California.

a) Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de Londres³⁴

El Tribunal Central de Trabajo de Londres (en adelante, TCT) dictó sentencia el 28 de octubre de 2016, en la que dirime la disputa entre Uber y un colectivo de sus conductores británicos, radicados en el área metropolitana de Londres, que reclamaban ser considerados trabajadores por cuenta ajena de la compañía, al entender que la consideración de trabajadores autónomos era contraria a la ley laboral inglesa.

El TCT realiza nuevamente el tradicional test de laboralidad, sin embargo, en este caso, además de incluir los indicios «clásicos» de laboralidad (que se corresponden con los que enumera el Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña), introduce cinco nuevos indicios, cuyo estudio resulta interesante³⁵:

En primer lugar, la sentencia considera indicio de laboralidad la imposibilidad que tienen estos autónomos de crecimiento. En este sentido, si efectivamente fueran pequeños empresarios lo lógico sería que existieran unas mínimas posibilidades de crecimiento en el negocio. Así, como establece la sentencia, las únicas posibilidades de crecimiento de los conductores se reducen a trabajar más horas. Es decir, estos conductores realmente solo aportan mano de obra, por lo que no pueden considerarse empresarios.

Por otro lado, también se presenta como un indicio de laboralidad el que los conductores conduzcan bajo una marca ajena. Asimismo, la sentencia

³³ ARAGÜEZ VALENZUELA, Lucía. «Nuevos modelos de economía compartida: Uber economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales.» *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, Vol. V, n.º 1, pp. 167-190.

³⁴ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de Londres, de 28 de octubre de 2016 n.º 2202551/2015, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/> (Última consulta el 12 de abril de 2017).

³⁵ TODOLÍ SIGNES, Adrián. «Comentario a la Sentencia que declara la laboralidad de los conductores de Uber en UK». Blog de Adrián Todolí. <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/> (Última consulta el 4 de mayo de 2017).

señala que Uber no hace publicidad en beneficio de ningún conductor en particular sino que Uber hace publicidad de su marca. Por tanto, difícilmente se puede hablar de coordinación entre empresas cuando se habla de Uber y los conductores.

En tercer lugar, el TCT considera difícilmente creíble que en Londres existan 30.000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma. Así, admite que es fácilmente comprensible que si efectivamente esos 30.000 trabajadores fueran realmente autónomos, la empresa sería imposible de manejar.

En cuarto lugar, otro de los nuevos indicios de laboralidad se identifica con el control que hace la plataforma de la información clave para el desarrollo del negocio.

Por último, se destaca el hecho de que Uber se reserve el poder de modificar unilateralmente los términos del contrato.

Así, desde la publicación de esta sentencia, los conductores de Uber en Reino Unido dejarán de ser catalogados como autónomos para ser considerados trabajadores por cuenta ajena de la compañía, con las repercusiones que eso genera en términos de derechos laborales: derecho a vacaciones pagadas, al salario mínimo garantizado, jornadas laborales más reducidas...

b) Dictamen del Comisión de Trabajo de California³⁶

El dictamen emitido por el Tribunal Superior de California en junio de 2015 resulta especialmente significativo por ser la primera resolución que abordó la cuestión de si existe o no relación jurídico laboral entre la empresa y sus conductores. Así, la Corte de California respondió a la denuncia presentada por un chófer de la compañía que exigía que Uber le pagase 4.152 dólares en atrasos y gastos durante las ocho semanas que condujo para la aplicación.

Esta sentencia fue la primera resolución en implementar el test de laboralidad, denominado en la jurisprudencia americana como «*Borello test*», para determinar la relación jurídica que vinculaba a las partes. Así, según la Comisión, el hecho de que Uber proporcione a sus conductores un teléfono móvil y esté pendiente de su actividad (para darlos de baja si no se conectan) puede considerarse ir más allá que el ejercer como una plataforma neutral que hace de intermediaria. Por tanto, el fallo determina la relación de laboralidad entre la demandante y la compañía. Así, si bien la sentencia no era vinculante y afectaba exclusivamente a las partes del litigio, en septiembre de 2015 se facultó a los conductores de la compañía para realizar demandas colectivas y

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de California, de 28 de octubre de 2016 n.º CGC-15-546378. <https://es.scribd.com/doc/268911290/Uber-vs-Berwick> (Última consulta el 12 de abril de 2017).

así poder determinar su condición de empleados. Sin embargo, la compañía, temerosa de un vuelco a su modelo de negocio, logró sellar un acuerdo con más de 385000 conductores que le permite seguir considerándolos trabajadores independientes a cambio de más derechos y una indemnización global de 86 millones de euros. De esta forma, si bien el acuerdo mantiene la incertidumbre sobre el estatus de los trabajadores independientes, el objetivo principal no era otro sino disuadir las demandas en masa que puedan poner en peligro al fenómeno de la «gig-economy».

3.3. Doctrinales

Dentro de la doctrina laboralista española, cada vez son más numerosos los pronunciamientos a favor de la existencia de laboralidad entre Uber y sus conductores. Así, además del ya citado TODOLÍ SIGNES –quien sostiene que la figura del autónomo no encaja en la «gig-economy» puesto que desde las plataformas se controla y se dictan instrucciones a los trabajadores–, encontramos a otros autores como GINES I FABRELLAS y GÁLVEZ DURÁN³⁷ quienes defienden que:

«la prestación de servicios en el marco de la organización empresarial Uber, la ausencia de una auténtica organización empresarial propia y autónoma y la ajenidad en los beneficios y riesgos de la actividad productiva confirman la existencia de una relación laboral, sin que la propiedad del vehículo o la libertad en la determinación del tiempo de trabajo y horario puedan apreciarse como relevantes para descartar la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia jurídica».

En esta misma línea, se posiciona CAVAS MARTINEZ³⁸, afirmando que las notas tradicionales de laboralidad se presentan muy atenuadas en las prestaciones de servicios que tienen lugar en la «gig-economy», pero que ello no resulta obstáculo para que las plataformas puedan ser consideradas empleadoras de sus proveedores de servicio, si desde una conceptualización amplia y renovada de la nota de subordinación, adaptada a las características de estos nuevos modelos de negocio, se aprecian indicios significativos para entender que subsiste un poder de dirección o control de la plataforma sobre los prestadores de los servicios. Sobre este punto, también coincide SIERRA

³⁷ GINES I FABRELLAS, Anna.; GALVEZ DURÁN, Sergi. «Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital.» *Revista para el análisis del Derecho*, 2016, n.º 1/2016, pp. 12-16.

³⁸ CAVAS MÁRTINEZ, Faustino. «Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo.» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2017, n.º 406, pp. 23-56.

BÉNITEZ³⁹, quien además recalca la necesidad de adaptar los instrumentos de protección del trabajador a las nuevas realidades para poder realizar unas propuestas que garanticen los derechos fundamentales del trabajador en la era digital.

4. *Problemas de encaje del nuevo tipo de trabajadores en el concepto tradicional de contrato de trabajo*

Por tanto, de lo analizado hasta ahora, parece que existen argumentos suficientes para que los tribunales pudieran calificar a este nuevo tipo de prestadores personales de servicios a través de plataformas virtuales como trabajadores tradicionales cuyo empresario es la plataforma. En este sentido, la mayoría de la doctrina entiende que se está ante un nuevo tipo de subordinación derivado de las nuevas tecnologías donde la forma de controlar el trabajo es distinta, pero el resultado sigue siendo el mismo.

Sin embargo, a pesar de la posibilidad de encajar este tipo de prestación de servicios en el modelo tradicional de trabajo, se plantean una serie de problemas al respecto, puesto que el modelo de trabajo tradicional, no se asemeja en absoluto a muchos aspectos que hoy en día los modelos emergentes presentan. Con ello, tal y como señala RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO «las consecuencias de una declaración de laboralidad pueden no resolver todas las necesidades normativas de éstos», por lo que se perfila necesaria una readaptación de los modelos tradicionales para respetar la esencia de estos modelos de negocio y de las nuevas relaciones de trabajo que traen consigo.

Así, conforme a los posibles problemas que la calificación como relación laboral «tradicional» podría conllevar, cabe destacar en primer lugar el hecho de que se aplicaría la normativa laboral en bloque, dando lugar a que, en ocasiones, se entienda la misma incompatible e incluso perjudicial para la condición del trabajador. Como se ha citado anteriormente, existen una serie de especialidades de este nuevo modelo de trabajo que difieren notablemente de las concepciones tradicionales del trabajo.

En segundo lugar, los trabajadores podrían ver afectada la autonomía jurídica que hasta entonces estos modelos de negocio les proporciona, entrometiéndose incluso en la forma de ejecutar su trabajo. Así, esto afectaría a una de las notas características de las plataformas como es el hecho de que sea el propio trabajador quien marca su ritmo de trabajo, su horario, su jornada, e incluso la forma de ejecutarlo.

³⁹ SIERRA BÉNITEZ, Esperanza Macarena. «Los conductores privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral». *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016 (en prensa).

Finalmente, el hecho de entender que la prestación de servicios se ha llevado a cabo al margen de la ley (siempre y cuando se aprecie que los conductores de Uber no son autónomos, sino trabajadores con vinculación laboral) implicaría que hasta dicho momento, todas las actuaciones llevadas a cabo por Uber son consideradas ilegales, con las correspondientes sanciones y responsabilidades que ello conlleva⁴⁰.

Por tanto, resulta necesario interesarse por las soluciones jurídicas que podrían establecerse para dar respuesta a los retos laborales que plantean estas plataformas de la «gig-economy».

IV. SOLUCIONES PARA DAR RESPUESTA A LOS NUEVOS RETOS LABORALES PLANTEADOS POR LA «GIG-ECONOMY»

Dado que el encaje de los trabajadores de la «gig-economy» en la normativa laboral no sería cien por cien efectivo, cabe plantearse otras soluciones que permitan alcanzar la necesaria protección con la que deben contar los trabajadores de este sector. Para ello, se destacan dos soluciones antagónicas: por un lado, la autorregulación y, por otro lado, la intervención legislativa a través de la creación de una nueva relación laboral especial a tal efecto.

1. *La autorregulación*

Una de las soluciones que se presentan pasa por la autorregulación. Así, algunos autores defienden que la intervención legislativa debe esperar a que el fenómeno de la «gig-economy» termine por configurarse plenamente puesto que, de lo contrario, una regulación prematura podría impedir el desarrollo de una industria que se halla en su máximo apogeo. En este sentido, si bien la autorregulación podría plantearse como una opción exitosa en esta fase de crecimiento, en ella tendrían que tomar parte todos los intervinientes del sector, desde los «microtrabajadores» hasta los empresarios. En relación con los primeros, su participación se perfila complicada puesto que, como ya se ha recogido, las dinámicas de estas empresas hacen difícil la existencia de una representación unificada. Por tanto, excepto que se encuentre una manera eficaz de obtener la representación de los trabajadores rápidamente, cualquier forma de autorregulación vendrá a significar una regulación unilateral por parte de las plataformas virtuales, con las consecuencias que ello conllevaría en los derechos y garantías de los prestadores de servicios.

⁴⁰ TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajo de la era economía colaborativa*. Primera edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 58-59.

2. Relación laboral especial

De acuerdo con LOPEZ GANDÍA⁴¹, la idea que está latente en las relaciones laborales especiales es la flexibilidad, adecuación o modulación de la normativa laboral común en razón de las especialidades de los sectores que viene a laboralizar, contribuyendo así a perfilar las fronteras y a reducir las incertidumbres de las zonas grises del Derecho del Trabajo. Así, en el plano estatal, existen distintos casos en los que se ha propuesto una regulación diferente a la del trabajador común: personal de alta dirección, artistas en espectáculos públicos, deportistas profesionales, representantes de comercio...

En todos los supuestos, deben concurrir razones convincentes y suficientes para justificar desde el principio de igualdad el desigual tratamiento, de manera que la diferente regulación obedezca a situaciones verdaderamente desiguales.

Ciertamente, en el caso de las relaciones de los trabajadores de Uber, la relación laboral especial podría plantearse como solución puesto que, en este caso, la especialidad derivaría del marco organizativo en que se desarrolla la prestación y de la atenuación de las notas de ajenidad y dependencia, al manifestarse ambas de forma distinta al modelo tradicional. Precisamente, cabe destacar que la menor dependencia jurídica, como característica de relaciones laborales especiales es algo que ya ha servido de justificación en otras ocasiones, como por ejemplo en el caso de los representantes de comercio⁴².

De este modo, la relación laboral especial debería partir de su aplicación a aquellos trabajadores que prestaran servicios a través de plataformas virtuales específicas como las ya descritas. A partir de ahí, vistas las características del modelo de negocio, se debería tratar de proteger aquellos derechos básicos y aquellos otros que no impidieran el desarrollo normal de la industria, garantizando especialmente procedimientos de representación de los trabajadores con el objetivo de permitir, en definitiva, la autorregulación vía negociación colectiva.

Además, lo ideal sería que esta regulación permitiese ofrecer mecanismos para paliar la precariedad que, como hemos visto anteriormente, en ocasiones tienen que sufrir los trabajadores de la «gig-economy». Para ello, las cuestiones sobre las que la regulación debería pronunciarse necesariamente son las siguientes⁴³:

⁴¹ LOPEZ GANDÍA, Juan. *Las relaciones laborales especiales*. Primera edición. Albacete: Ed. Bomarzo, 2008, p. 160.

⁴² Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia.

⁴³ TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajo de la era economía colaborativa*. Primera edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 67-69.

- Libertad de horarios y jornada: La regulación debería contemplar la libertad del trabajador para fijar su horario. El empresario, por su parte, debería poder fijar un número máximo de horas (pero no un mínimo) de trabajo semanal. Al mismo tiempo, la regulación debería establecer un máximo imperativo de jornada semanal con objeto de evitar sobrecarga de trabajo. Ese límite máximo de jornada debería ser global, es decir, se aplicaría por trabajador, computando todas las horas trabajadas en las diferentes plataformas virtuales en las que prestara servicios.
- Libertad para trabajar en varias plataformas: Con objeto de promocionar la libertad de entrada en el mercado, la regulación debería impedir que se pudieran firmar acuerdos de exclusividad con estos trabajadores.
- Responsabilidad por daños de los trabajadores: Como resultado de la falta de subordinación en la ejecución del trabajo, las empresas no podrían ser consideradas responsables de las acciones de los trabajadores. Por ello, alejándose del criterio clásico, los trabajadores deberían responder por las negligencias cometidas durante su prestación de servicios, incluyendo aquí accidentes de trabajo o daños a los clientes e incluso dañosa la marca o reputación de la plataforma virtual.
- Salario mínimo por el tiempo que prestan servicios: La empresa debería pagar un salario mínimo por el tiempo que efectivamente se esté prestando un servicio a un cliente. Sin embargo, en este caso la controversia se encuentra en qué sucede con los tiempos de espera. En el caso de Uber, los conductores deben estar activos y en movimiento para encontrar clientes, por lo que una solución equitativa para este tiempo puede ser considerarlo tiempo a disposición del empresario, pero improductivo. Este tiempo, según el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores, debe ser retribuido como tiempo de trabajo. No obstante, la normativa especial podría mantener vigente esta regulación, pero permitiendo que la negociación colectiva la modificara. De esta forma, los acuerdos colectivos podrían reducir la retribución de los tiempos de espera por debajo del mínimo o incluso eliminar toda retribución si lo consideran conveniente.
- Compensación de gastos: La normativa especial debería permitir que las empresas establecieran unos requisitos de bienes no consumibles que el trabajador debe poseer para poder formar parte de la plataforma. De esta forma, se podría exigir poseer teléfono, coche, ordenador para que estos bienes no sean pagados por la empresa. Sin embargo, los bienes consumibles que son necesarios para la ejecución de trabajo así como los gastos relacionados exclusivamente con la prestación del servicio deberían ser costeados por la compañía.

Por lo tanto, en caso de tramitarse esta regulación, esta normativa laboral especial no sólo permitiría proteger a los trabajadores de la «gig-economy»

sino también adaptarse a los nuevos retos laborales que plantea el empleo de la era digital.

V. CONCLUSIONES

Primera. Tal y como plantean los órganos internacionales –tanto la UE, como la OIT–, existe un importante y creciente número de personas empleadas en las plataformas digitales de la «gig-economy». Así, la falta de intervención por parte del regulador en este campo está derivando en una creciente autorregulación, que, lejos de garantizar los derechos de los trabajadores que allí desarrollan sus servicios, está reforzando la capacidad de las plataformas para establecer de forma unilateral mecanismos de control que respondan a sus intereses particulares.

Segunda. Dichos mecanismos de control poco guardan en común con los sistemas tradicionales inspirados en el modelo taylorista. En este sentido, si bien el impacto de la digitalización en las relaciones laborales ha traído consigo la implantación de nuevos modelos de supervisión basados en un control automatizado (y, por ende, más exhaustivo) de los tiempos de trabajo de los trabajadores, lamentablemente no se vienen utilizando para garantizar los tiempos de descanso exigidos por la Ley.

Tercera. Analizadas las características de la relación laboral, tanto la jurisprudencia extranjera como la doctrina española coinciden en señalar la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad en la relación entre los conductores y la plataforma Uber. En este sentido, al basarse sobre estas dos notas la distinción entre trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia, cabe concluir la existencia de laboralidad en dicha relación, estableciéndose una mayor protección para los conductores.

Cuarta. Sin embargo, las especialidades que presenta el trabajador de la «gig-economy» dificulta su encaje en la figura del trabajador por cuenta ajena. Así, la aplicación de la normativa laboral en bloque sería perjudicial para los intereses de los proveedores de servicios puesto que podría atentar contra aquellos parámetros que hacen precisamente de estos modelos de negocio su principal atractivo, como por ejemplo la mayor autonomía para la fijación de los horarios o la forma de ejecutar sus servicios.

Quinta. Dicho esto, entre las soluciones que plantea la doctrina española para proteger a los trabajadores de la «gig-economy» sin debilitar sus aspectos clave, se señalan dos alternativas: la autorregulación y la creación de una nueva relación laboral especial para los proveedores de servicios a través de plataformas digitales. La primera, como ya se ha constatado, se presenta como una opción poco alentadora puesto que la ausencia de representación colectiva de los trabajadores, inclinaría la autorregulación del lado de las plataformas, imponiendo éstas últimas las normas que mejor respondan a sus

intereses económicos. Por otro lado, la opción de la regulación laboral especial se perfilaría como una alternativa idónea, siempre y cuando permita proteger los derechos de los trabajadores, planteando mejoras en negociación colectiva, y contribuyendo al desarrollo de la industria.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN CARACUEL, M. R. «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, n.º 28, pp. 495-544.
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L. «Nuevos modelos de economía compartida: Uber economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales.» *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, Vol. V, n.º 1, pp. 167-190.
- ARRIETA IDIAKEZ, F. J. *Bases para el estudio del Derecho del trabajo*. Tercera edición. Bilbao: Ed. Gomylex, 2014.
- CAVAS MÁRTINEZ, F. «Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo.» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2017, n.º 406, pp. 23-56.
- CEDROLA SPREMOLLA, G. «El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales.» *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, Vol. V, n.º 1, pp. 8-38.
- DAGNINO, E. «Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy.» *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 2015, Vol. III, n.º 3, pp. 1-32.
- GINES I FABRELLAS, A. «Crowdsourcing: nueva modalidad de externalización productiva en el entorno digital. Reflexiones sobre su viabilidad jurídica.» *Iuslabor, Asociación Catalana de Iuslaboralistas*. Recuperado <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2017/> (Última consulta el 21 de abril de 2017).
- GINES I FABRELLAS, A.; GALVEZ DURÁN, S. «Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital.» *Revista para el análisis del Derecho*, 2016, n.º 1/2016, pp. 12-16.
- HILL, S. «The Future of Work in the Uber Economy. Creating a Safety Net in a Multi-Employer World». *Boston Review: Political and Literary Forum*, <http://bostonreview.net/us/steven-hill-uber-economy-individual-security-accounts> (Última consulta 3 de mayo de 2017).
- LACALLE, D. *Trabajadores precarios, trabajadores sin derechos*. Primera edición. Madrid: Ed. El Viejo Topo, 2009.
- LOPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones laborales especiales*. Primera edición. Albacete: Ed. Bomarzo, 2008.
- MARTIN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J. *Manual de Derecho del Trabajo*. Vigésimocuarta edición. Madrid: Ed. Tecnos, 2015.

- OJEDA AVILÉS, A. «Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato.» *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 2007, n.º 195, pp. 13-24.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal». *Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla. Universidad de Sevilla*. <http://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/> (Última consulta 12 de abril de 2017).
- SIERRA BÉNITEZ, E. M. «Los conductores privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral». *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016 (en prensa).
- TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo de la era economía colaborativa*. Primera edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- «Comentario a la Sentencia que declara la laboralidad de los conductores de Uber en UK». *Blog de Adrián Todolí*. <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/> (Última consulta el 4 de mayo de 2017).

Recensiones

Octavio SALAZAR BENÍTEZ. *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, 288 pp., ISBN: 9788491489269.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp415-422](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp415-422)

El deseo de formar o ampliar una familia empuja, cada vez a más personas, a celebrar contratos cuyo objeto es un recién nacido. Existen agencias especializadas que actúan como intermediadoras entre los padres y las madres intencionales y las mujeres gestantes, y se organizan ferias y foros donde se asesora sobre las mejores opciones para cada familia: hay países donde el contrato tiene un carácter altruista, otros que permiten los contratos con parejas homosexuales, la elección del sexo del bebé, etc. Se ha configurado toda una estructura económica y empresarial pensada para todas aquellas mujeres que *«no tienen la capacidad de gestar incluso sometiéndose a técnicas tradicionales de reproducción asistida. Y, por supuesto, también para hombres solteros y parejas homosexuales masculinas que quieren formar una familia»*¹. Ante esta realidad, la sociedad en general y los partidos políticos, los medios de

comunicación, las organizaciones civiles, las empresas y la academia en particular, están participando de uno de los debates más polémicos de nuestro tiempo. Al igual que con el aborto o la prostitución, aquí buena parte de la discusión se sitúa en el cuerpo de las mujeres, sobre el que algunos se empeñan en situar la clave del debate.

Disciplinas como la medicina, la tecnología, el derecho, la filosofía, la biología, la economía o la política confluyen, todas ellas, en un tema de absoluta actualidad como es el de los «vientres de alquiler» o la «maternidad subrogada». En este contexto se enmarca el reciente trabajo de Octavio Salazar Benítez, quien se ocupa, desde una perspectiva jurídico-constitucional, de uno de los temas con mayores implicaciones éticas y políticas de nuestro tiempo. Se trata de un trabajo que destaca, por tanto, por su actualidad, por su rigurosidad, por estar profundamente documentado y por emplear una metodología interdisciplinaria a través de la cual se incorporan algunas de las reflexiones que desde otras materias, como la sociología o la filosofía, alimentan el

¹ Así se pronuncia Surrofair, una de las ferias más importantes sobre gestación subrogada de nuestro país, en su web www.surrofair.com

debate de la «gestación para otros» (GPO, en adelante), nombre por el que opta el autor. Un trabajo estructurado en ocho capítulos que nos van introduciendo y situando en el estado de la cuestión para, posteriormente, abordar el tema desde una mirada feminista del Derecho constitucional, incluyendo propuestas.

Así, el debate sobre la GPO se empieza a contextualizar desde el primer capítulo, que lleva por nombre «*El mercado de los padres felices y las madres ausentes*». El autor centra la atención, en primer lugar, en el papel que asumen los medios de comunicación en la construcción de relatos sobre esta práctica. Advierte de que cada vez son más los personajes famosos, nacionales e internacionales, que aparecen en los medios de comunicación dando cuenta de la felicidad de la que gozan tras haber sido padres o madres por medio de la GPO. Por el contrario, es mucho menor el protagonismo que se le da a las mujeres gestantes y, cuando se hace, se realiza desde la exposición de sus experiencias individuales. Parece que esta manera de acceder a la paternidad o a la maternidad alcanza un nivel importante de aceptación social, aunque la información no permite una reflexión mínima sobre las implicaciones éticas y jurídicas que hay detrás. Los partidos políticos también se han sentido interpelados por el debate. Salvo Ciudadanos, que presentó en 2017 una proposición de ley en el Congreso de los Diputados que preveía la gestación por subrogación como un derecho, el resto de fuerzas políticas parecen situarse en contra, aun con fuertes debates internos abiertos.

En el capítulo segundo Octavio Salazar termina de contextualizar la GPO. Bajo el título «*La gestación para otros situada*» aborda, en primer lugar, la controversia que existe sobre la denominación. Como el autor señala, «*las palabras no son inocentes*» sino que, por el contrario, resultan relevantes dada su implicación ética y política. Tras analizar nombres como «maternidad subrogada» y «vientres de alquiler», finalmente opta por «gestación para otros», término que, a mi parecer, recoge la esencia del carácter relacional desde el que el autor aborda este debate: quién gesta, para quién se gesta y por qué.

En segundo lugar, sitúa el foco sobre cómo los valores dominantes o hegemónicos del mundo actual impregnan el ámbito de la reproducción y el cuerpo de las mujeres. Por un lado, el derecho está reconociendo la filiación sobre criterios de carácter volitivo o intencional y, por otro lado, algunos de los avances en las técnicas de reproducción asistida están alimentando una noción de mujer y de madre de la que, sin duda, uno de los principales beneficiados es el poder económico. Sin embargo, estas tendencias llevan a algunas autoras a considerar la GPO como una práctica subversiva que permite tanto el cuestionamiento de nociones como la maternidad o la familia basadas en elementos biologicistas, como el acceso de las mujeres al ámbito económico. En esta línea se sitúa, por ejemplo, la jurista Carmel Shalev, con la que el autor dialogará en varias ocasiones a lo largo del trabajo.

Sin embargo, el análisis sobre la GPO no será el adecuado si no

insertamos esta práctica en el contexto socioeconómico que habitamos y que consta, según Octavio Salazar, de tres pilares fundamentales. El primero versa sobre la ética del modelo neoliberal, que ha construido una sociedad extremadamente individualista, con sujetos cuya identidad se define por lo que consumen y donde los deseos son el motor principal de nuestras acciones. Aquí el cuerpo de las mujeres es un objeto de consumo más sobre el que recae, de manera especial, lo que Luigi Ferrajoli ha denominado «crisis del paradigma constitucional»: que las opciones y aspiraciones personales estén amparadas bajo los derechos fundamentales.

En este marco, y en segundo lugar, la paternidad y la maternidad se fundamentan en aspectos como la intencionalidad y la voluntad. Sin embargo, lo positivo de esta tendencia, apoyada por el avance que el Derecho de Familia ha realizado en el reconocimiento de la diversidad, está en riesgo ante los efectos colaterales y perversos de un doble proceso. Por una parte, se ha avivado el debate sobre la maternidad como elemento esencial de la subjetividad femenina y, aunque la capacidad de elegir tener descendencia es mayor, se ha reforzado también el papel de la mujer en la crianza y en el ámbito doméstico. Por otro lado, se comienza a cuestionar la paternidad tradicional, generando una valoración muy positiva cuando los hombres deciden preocuparse por el cuidado de los hijos e hijas, tarea en la que las mujeres no han contado ni con valoración social ni económica.

El capítulo tercero, que se titula «*La autonomía de las mujeres en*

juego», ofrece una batería de argumentos tanto a favor como en contra de la GPO. Entre los primeros, se reivindica el sueño de formar una familia, aspiración no satisfecha por los procesos de adopción, generalmente más largos y costosos y restringidos en algunos países para familias homosexuales. Además, se considera paternalista la posición de quienes se sitúan en contra de la GPO, pues no reconocen la decisión que la mujer gestante ha adoptado mediante un acuerdo voluntario y libre. Y advierten de que, aunque el primer impulso que lleva a una mujer a querer ser madre gestante sea el económico, con frecuencia esa motivación es desplazada por sentimientos de generosidad y altruismo. Como principales argumentos jurídicos invocan el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a crear una familia (art. 39 y varios instrumentos de Derecho Internacional).

En la posición contraria a la GPO convergen razones de carácter religioso y de carácter feminista. Las primeras se apoyan, fundamentalmente, en que esta práctica configura un modelo de familia que se centra en los intereses de los adultos y que cuestiona elementos tan esenciales como el amor materno o la fidelidad conyugal. Desde los posicionamientos feministas, por su parte, se insiste en que la GPO es expresión de la alianza patriarcado-capitalismo, que mercantiliza la capacidad reproductora de las mujeres en favor de una ciudadanía censitaria y que no existen garantías para las mujeres gestantes. Consideran que el deseo de ser padre o madre no supone, en ningún caso, un derecho y en este

sentido reivindican también instrumentos de Derecho Internacional. Por último, consideran que este tipo de contratos ahondan en la desigualdad de género y merman los derechos de los menores. Para finalizar con el recorrido por los distintos posicionamientos, el autor echa *una mirada hacia el exterior* y se acerca al estado de la cuestión, desde el plano jurídico y sociopolítico, en Francia, Italia y el Derecho Internacional.

El capítulo cuarto continúa revisando los distintos ordenamientos jurídicos que se pronuncian sobre la GPO. Lleva por título «*La gestación para otros desde una perspectiva comparada*», y en él se ofrece una panorámica completa de la regulación de esta práctica en los distintos países del mundo. Se centra, especialmente, en la legislación portuguesa, donde se contempla de manera altruista y solo ante casos de imposibilidad de quedar embarazada o de existencia de graves riesgos para la madre o para el hijo derivados del embarazo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional luso ha señalado algunos puntos críticos de la norma que versan sobre los discutibles límites de la revocación del consentimiento de la gestante, las dificultades prácticas que puede plantear el control del carácter gratuito del contrato, y el estricto régimen de confidencialidad que, en últimas, excluye el derecho del hijo o hija a conocer su origen. Finaliza con el análisis de las sentencias del TEDH en los casos *Menneson y Labassee v. Francia y Paradiso y Campanelli v. Italia*. Si bien el Tribunal de Estrasburgo no se pronuncia sobre la adecuación o no de esta práctica al Convenio Europeo de

Derechos Humanos, sí que lo hace sobre el reconocimiento de las relaciones de filiación que se desprenden de la misma, a la luz del art. 8 del Convenio.

El capítulo quinto se adentra en el laberinto jurídico español, tal y como lo califica el autor. Bajo el título «*La gestación para otros en el ordenamiento jurídico español: entre el laberinto y el fraude de ley*» nos presenta los elementos de la encrucijada. De un lado, el art. 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en virtud del cual los contratos de GPO son nulos de pleno derecho. Octavio Salazar considera que, además de nulos, estos contratos están prohibidos. Del otro lado, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y Notariado, que, bajo la protección del interés del menor y de las mujeres gestantes que renuncian a sus derechos como madres, permite la inscripción de la filiación que se deriva de este tipo de contratos. En otro extremo se encuentra la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, si bien aún no ha entrado en vigor, contempla la posibilidad de que la madre renuncie a la filiación. La luz dentro de este entramado la encontramos, como señala el autor, en el control que desde el Registro se debe hacer sobre la compatibilidad del documento a inscribir con el orden público español. Y ahí el art. 10.1 de la LTRHA actúa, según Octavio Salazar, como límite.

A todo esto se suman también los pronunciamientos sobre la cuestión de los distintos órganos jurisdiccionales y que se analizan en el capítulo. Especialmente, el autor se detiene en el de

la sala de lo Civil del Tribunal Supremo (de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012), en los referidos a las prestaciones por maternidad y paternidad y en la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de marzo de 2017.

Tras esta presentación del estado de la cuestión profundamente detallada y documentada, llegamos a lo que, a mi parecer, supone la clave del trabajo de Octavio Salazar. El capítulo sexto, titulado «*El impacto de género en la gestación para otros*», aborda la GPO desde una perspectiva comúnmente ignorada por la doctrina y la jurisprudencia: la de los feminismos jurídicos. Así, el autor atraviesa todo el debate presentado hasta el momento por tres ejes ineludibles: (1) la autonomía reproductiva de las mujeres es un derecho que versa sobre la capacidad de decidir sobre *su* propia gestación. Desde esta óptica, la GPO no se enmarca dentro de los derechos de salud reproductiva. (2) Las relaciones de poder que se presentan en el sistema sexo/género condicionan la libertad negocial de las mujeres. Por tanto, y de nuevo en conversación con la jurista Shalev, la noción de dignidad relacional que defiende el autor le hace concluir que el argumento de la libertad no lo puede todo. (3) La autonomía relacional es presupuesto de la dignidad y, desde esta posición, no se sostiene la GPO. Ni siquiera son suficientes los argumentos basados en la lógica del mercado, pues esa misma lógica es la que conduce a las mujeres a situaciones de *subdiscriminación*, en palabras de Barrère y Morondo y citadas en el trabajo.

Así, con todas estas claves sobre la mesa, en el capítulo séptimo el autor elabora «*Una propuesta teóricamente garantista, y poco probable, de regulación*». Una ley que se ocupase de este tema debería garantizar el carácter altruista de la práctica, a pesar de las dudas sobre si efectivamente la GPO puede tener esa naturaleza. El proceso, por su parte, debería ser anónimo o intrafamiliar para evitar los riesgos de explotación y para asegurar, precisamente, el altruismo, y debiera contar con las garantías judiciales oportunas para asegurar los derechos de las partes implicadas. No podría existir discriminación en el acceso, como exigencia del principio de igualdad y no discriminación. Así mismo, deberían establecerse frenos al «turismo gestacional» y controlarse la idoneidad tanto de la mujer gestante como de los padres y/o madres intencionales. Resultaría fundamental para la validez del proceso el consentimiento informado tanto de la mujer gestante como de los padres y madres comitentes. La regulación tendría que ocuparse también de todos los aspectos referidos a la patria potestad. En todo caso, debería garantizar los derechos de la mujer gestante sobre su propio cuerpo, incluido el derecho a poner fin al embarazo, y sus libertades. En relación a los hijos e hijas, estos tendrían reconocido el derecho a conocer su origen. Y por último, y para garantizar la eficacia de la norma, tendría que existir un régimen sancionador.

En el último capítulo, Octavio Salazar presenta 10 «*Conclusiones desde una ética feminista*» sobre la GPO entre las que se encuentran una

reivindicación de la adopción como forma de acceder a la maternidad o paternidad o la consideración de que la GPO limita la autonomía de las mujeres. En definitiva, conclusiones que reiteran el profundo compromiso del autor con la reflexión en torno a las posibilidades de una sociedad que sitúe como horizonte, según sus propias palabras, la emancipación de las mujeres. Avanzar en esta dirección

requiere, sin lugar a dudas, una revisión de los presupuestos del constitucionalismo para permitir una democracia paritaria. Paridad que, como ha defendido el autor en otros trabajos, pasa por la necesaria «revisión de las cláusulas del contrato que partió de una determinada concepción de las subjetividades masculina y femenina y de las relaciones entre ambas»².

Alicia Cárdenas Cordón
Universidad de Córdoba

² SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, «Ciudadanía, género y poder: la paridad como principio constitucional», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, n.º 10, 2015, p. 30.

José TUDELA, Josep María CASTELLA, Enriqueta EXPÓSITO y Mario KÖLLING (eds.). *Libro blanco sobre calidad democrática en España*. Marcial Pons. Madrid, 2018. 331 pp.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp423-427](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp423-427)

Nadie puede ignorar que la influencia que actualmente ejercen los/las Profesores/as de Derecho en el ámbito político-legislativo es muy inferior a la que tenía años atrás. Este no es lugar apropiado para disertar sobre las causas de esta pérdida de espacios de diálogo y encuentro entre ambos mundos, pero sí para indicar que la obra que se presenta resulta idónea para tratar de revertir esta situación. Ello, al menos, por dos motivos: en primer lugar, porque los editores han conseguido reunir trabajos de un grupo multidisciplinar e internacional de autores; y, en segundo lugar, porque abordan una temática que resulta de especial interés y que se dirige fundamentalmente al legislador de nuestro país, recopilando, junto con materiales teóricos de gran utilidad no sólo para ellos sino para todos los que cultivan las ciencias constitucionales, propuestas de *lege ferenda*. Por esta razón, denominar a esta obra colectiva «libro blanco» (que consisten en un documento diplomático, por parte de algunos Gobiernos, para información del legislativo y de la opinión pública) resulta, además de sugerente, una auténtica declaración de intenciones.

La oportunidad y pertinencia de esta también están fuera de toda duda: efectivamente – según la premisa de la que parten los autores – hace años que se viene poniendo de manifiesto una creciente desafección de la ciudadanía respecto de la política en general, y los partidos políticos y las instituciones representativas en particular. Como muestra de ello podría citarse el movimiento 15 M en España, y otros como *Occupy Wall Street*, las manifestaciones en Brasil de 2013, *movimiento cinque stelle* etc, todos ellos surgidos a principios de esta década. Con todo, la mayor preocupación actualmente es la victoria de opciones políticas poco democráticas en países como Polonia, Hungría o Brasil.

La obra está dividida en dos grandes bloques, precedidos de un estudio preliminar, a cargo de Jose Tudela, que sostiene, en síntesis, que la percibida crisis de la Democracia es, en realidad, crisis de las formas tradicionales de gobierno y no de concepto mismo de Democracia, entendido este como respeto a la soberanía popular. Considera, así mismo, que la única forma de Democracia plausible es la representativa, y de lo que se trata es

de cómo mejorarla a través de fórmulas participativas.

El primer bloque, aunque bajo el título «Derecho Comparado y Unión Europea», tiene un contenido bastante heterogéneo que, por un lado, no responde exactamente a la denominación y, por otro lado, resulta mucho más amplio, pues recoge una serie de trabajos sobre Derecho extranjero (lo cual –como bien indica Mateo Nicolini en un trabajo de carácter propedéutico sobre importaciones legislativas y método comparativo– se justifica en una obra de con este propósito para mostrar al destinatario, con algo más de detalle, los ordenamientos que sirven de referencia a las propuestas), Unión Europea, y el continente latinoamericano. También hay en este bloque un trabajo de Sergei Kouznetsov, que es el Jefe de división de cooperación con los países de vecindad de la Comisión Venecia del Consejo Europa, que expone los lineamientos de este órgano en orden a fortalecer las Democracias europeas de los 61 Estados de pleno derecho, explicando la evolución de sus trabajos, desde los primeros, referentes a la celebración de elecciones libres, hasta los actuales, sobre la regulación de partidos políticos.

Dado que la idea motriz de toda la obra es la necesidad de integrar la participación ciudadana para mejorar las Democracias representativas, los trabajos de Marco Olivetti respecto a Italia, Mario Kölling sobre Alemania, y Francisco Soto y Yanina Welp sobre Latinoamérica estudian en dichos ordenamientos las formas de democracia directa, con especial atención a las consultas populares. Se muestra

que mientras en Italia, cuya Constitución de 1947 ya incluía en mayor medida que en otros ordenamientos comparados formas de participación popular se sigue innovando (con la introducción del referéndum propositivo) para reforzar los mecanismos de contrapoder en las Democracias representativas, en Alemania y buena parte de los ordenamientos latinoamericanos la introducción de estos mecanismos a diferentes niveles ha tenido un efecto más limitado. También el capítulo a cargo de Rosario Tur trata, fundamentalmente, de estos mecanismos de participación ciudadana, pero desde la perspectiva de una Unión Europea entendida como un sistema que requiere interrelacionar los sistemas políticos estatales, regionales y locales con arreglo a unas bases constitucionales sólidas.

El bloque lo completan sendos trabajos, sobre la calidad democrática en Brasil y México, escritos, respectivamente por Ernani Contipelli y Daniel Barceló, cuya temática, si bien se aparta un poco de los anteriores, sigue estando relacionada, pues subyace igualmente la preocupación por acortar la distancia entre representantes y representados. El primero de ellos estudia el fenómeno del personalismo en el funcionamiento de la Democracia establecida por la Constitución de 1988, y el segundo critica, en concreto, la falta de desarrollo legislativo del art. 89 CPEUM, en su redacción otorgada por la reforma de 10 de diciembre de 2014, por lo que se ha podido formar una coalición gubernamental al margen del escrutinio ciudadano y parlamentario.

El segundo bloque agrupa una serie de trabajos sobre «Derecho Constitucional español», sobre diferentes materias:

El primero de ellos, de Jorge Alguacil y María Salvador, contiene una serie de propuestas para mejorar la regulación de los partidos políticos en un doble sentido: por un lado, la Democracia interna (que incluye una serie de recomendaciones sobre la organización interna y funcionamiento, especialmente por cuanto respecta a la periodicidad de los Congresos, órganos de decisión, derechos de los miembros etc.); y por otro, medidas legislativas para garantizar la competencia partidaria.

La representación política, entendida tanto como forma de gobierno como Derecho Fundamental, es el objeto de estudio de los trabajos de Daniel Fernández Cañueto, Esther Martín, Fernando Reviriego y Miguel Pérez-Moneo. El primero de ellos describe como los planteamientos en torno a la representación han pasado de estar centrados en las partes de la relación representativa a cómo hacer más democrática la Democracia representativa, a través de medidas que permiten controlar la actividad de los/las representantes e interactuar con ellos/ellas. El segundo es un análisis jurisprudencial sobre la configuración del derecho de representación política, que incide sobre su operatividad para articular los derechos de los representantes como contrapoder, especialmente para la minoría (oposición). El tercero apuesta por reformar el sistema de voto rogado para los españoles residentes en el exterior —un sistema que, quien suscribe estas líneas ha

podido comprobar personalmente que es insuficiente, pues no son raros los casos en que las papeletas no llegan a tiempo— aunque señala los inconvenientes de algunas de las propuestas que se han planteado, como la introducción del voto por internet (por los problemas técnicos y de seguridad a los que puede dar lugar) y la introducción de una circunscripción exterior (que requeriría la reforma constitucional). El último de los mencionados incide sobre la necesidad de reforzar al parlamentario individual frente en su relación con el partido, de forma que actúe, también, como contrapoder de este.

Los dos siguientes trabajos, de M^a Reyes Pérez Alberdi, y Tomás de la Quadra-Salcedo, analizan la regulación y jurisprudencia constitucional sobre los referéndums y otros tipos de consultas populares. Ambos coinciden en señalar la limitación con la que ha sido concebido en nuestro ordenamiento constitucional, proponiendo, el segundo de ellos, en concreto, establecer y regular el referéndum consultivo autonómico.

Otros dos trabajos, de Enriqueta Expósito y Mayte Salvador abordan dos aspectos diferentes pero relacionados. El primero de ellos propone introducir mecanismos de participación ciudadana en el proceso legislativo, de modo que, reduciendo la distancia entre ellos, los/las representantes difícilmente puedan obviar los intereses de los/las representados/as sin consecuencias. El segundo contiene propuestas de mejora de la transparencia en torno a tres direcciones: la información y comunicación parlamentaria, los mecanismos

de participación, y la regulación de los grupos de interés.

Un artículo de Guillermo Escobar propone medidas legislativas sobre el Defensor del Pueblo, para que este pueda contribuir a mejorar el debate público: propone, concretamente cambios en el proceso de selección, ampliar el objeto y reforzar la eficacia del control, así como la creación de asambleas ciudadanas que orienten su actuación. Además, señala algunas reformas de orientación institucional sobre el modo de argumentar, planificar sus actuaciones y relaciones con otras entidades.

El último artículo de este bloque, de Roberto Fernández Llera, aboga por una reforma del sistema de financiación autonómica, potenciando el poder decisorio de las Comunidades Autónomas, y así mismo –pues está relacionado, dado que un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por estas tiene consecuencias para el conjunto del Estado– mejorar la participación de estas en los procesos decisivos y en la ejecución del Derecho de la Unión.

Un último capítulo de síntesis de todos los trabajos, a cargo de Josep M^a Castellà, concluye que los problemas de funcionamiento democrático que presenta nuestro país pueden resolverse mediante reformas legislativas, sin ser necesaria –al igual que en otros países de nuestro entorno– la reforma constitucional para atajarlos. Añade, por último, que no considera que la reformulación del referéndum sea algo prioritario.

Tal y como se ha indicado, la obra que sucintamente acaba de exponerse ha sido concebida con eminente

carácter práctico. Sin duda intencionadamente obvia desarrollar aspectos teóricos que, lejos de poder darse por supuestos, merecen todavía una investigación al respecto. Se trataría de indagar sobre los fundamentos mismos de la representación política: en origen estos se asentaron en la idea de soberanía nacional (por oposición a la de soberanía popular), por la que la nación únicamente podía querer a través de sus representantes. El rechazo a la participación directa del pueblo era expreso en los escritos de sus primeros teorizadores (Montesquieu, Hamilton, etc.). De ahí que todas las Constituciones de nuestro entorno recojan el mandato representativo de forma expresa o tácita. Por otro lado, nuestro país adolece de una teoría jurídico-política de la oposición. Existen estudios de carácter jurídico sobre el estatuto de la oposición parlamentaria que no cumplen completamente esta laguna. En otros países, especialmente en Italia o Estados Unidos hay algunos estudios al respecto, pero tampoco abundan, puesto que las Democracias representativas de consagradas por las Constituciones liberal burguesas se han caracterizado, como bien indicaba Pasquino, por la inexistencia absoluta de oposición, y ello ha tenido, lógicamente, consecuencias dogmáticas, propiciadas, también, porque el paradigma liberal se basa en el equilibrio y consenso en vez de en la idea de conflicto. Un paradigma cada vez más discutible pues, como indica Rosanvallon, las Democracias se caracterizan, cada vez más, por las posibilidades de bloqueo que pueden ejercer los contrapoderes.

Quizás, a falta de unos principios teóricos explicativos, surja la duda de porqué habría de ser deseable una mayor participación popular en el funcionamiento de las Democracias representativas. Pero de lo que nadie puede

dudar – sea práctico de la política o estudioso de las Ciencias Constitucionales – es que una obra de estas características contribuirá a que esta se asiente sobre sólidos fundamentos empíricos.

Manuel Fondevila Marón
Universitat de Lleida

Giacomo DELLEDONNE y Giuseppe MARTINICO. *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference*, Palgrave-Macmillan, 2019.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp429-433](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp429-433)

La obra editada por Giacomo Delledonne y Giuseppe Martinico viene a conmemorar el vigésimo aniversario del célebre Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá (TS) sobre la Secesión de Quebec. En un contexto de renovado interés por parte de la doctrina en los movimientos soberanistas, especialmente a raíz del *procés* catalán, esta obra nos ofrece un conjunto de artículos escritos por académicos de amplia trayectoria y renombre internacional, quienes reflexionan sobre el contenido y legado de un Dictamen que ha supuesto un cambio de paradigma a la hora de abordar la secesión en un estado democrático con respecto al tradicional del federalismo estadounidense caracterizado por negar tajantemente cualquier posibilidad de la misma.

Los artículos que integran el libro aúnan puntos de vista y enfoques metodológicos diversos, ofreciendo una rica panorámica de la influencia del Dictamen tanto en Canadá como más allá de sus fronteras. En lo relativo a la perspectiva comparada, esta adopta un enfoque global, contando con artículos donde se presenta la influencia del Dictamen en entornos tan dispares como

España, Escocia, Italia, Asia o Etiopía. Finalmente, la obra también presenta un componente eminentemente teórico en el que se analiza el Dictamen con una perspectiva más amplia.

La primera parte de la obra se centra en el legado del Dictamen desde un punto de vista canadiense. En esta parte, los artículos de los profesores Mendes y Gaudreault-DesBiens exponen los principales razonamientos jurídicos y políticos que llevaron al Dictamen. Aunque el enfoque de Mendes es fundamentalmente descriptivo, exponiendo una panorámica de todo el proceso desde la experiencia previa al referéndum hasta la aprobación de la Ley de Claridad, su artículo advierte contra aquellas interpretaciones que conciben al Dictamen como un estímulo para los partidarios de la secesión, destacando la importancia de la restricción del alcance del deber de negociar enuncianado por el TS, debiendo este articularse a través del marco constitucional vigente, asegurando la participación de todos los gobiernos y comunidades minoritarias presentes dentro de la federación. Por su parte, Gaudreault-DesBiens adopta un enfoque prospectivo, proporcionándonos una visión

general de los principales obstáculos que afronta actualmente el soberanismo en Quebec. La evolución de la secesión del plano político al legal es un legado del Dictamen que ha resultado en la necesidad de una reforma constitucional para materializar la secesión cuya consecución se ha dificultado tras la *patriación* constitucional y la reforma legal de 1995. En lo referente al referéndum en sí, las nociones de claridad y democracia dificultan la pretensión soberanista, especialmente si se tiene en cuenta el obscurantismo de las preguntas de 1980 y 1995. La experiencia comparada tampoco parece ser beneficiosa pues la consulta escocesa ha tendido a elevar el estándar internacional en lo referente a la claridad, mientras que el caso catalán pone de manifiesto el rechazo generalizado existente en el panorama internacional hacia los proyectos secesionistas en democracias desarrolladas, negando la existencia de un «derecho legal genérico a decidir». Además de estos factores externos, el soberanismo ha incurrido en errores propios que han alejado de su causa a comunidades cada vez más importantes en la demografía de Quebec como son los inmigrantes, dificultando la consecución de una mayoría en torno a la idea de la independencia. A pesar de estas crecientes dificultades para hacer atractiva la opción de la independencia y del declive que los partidos soberanistas experimentaron en las elecciones de 2018, la triste melodía en la que para el autor se ha transformado la canción secesionista parece todavía lejos de terminar.

La segunda parte del libro se centra en abordar el Dictamen y su influencia desde una perspectiva comparada. En

el primero de los artículos de esta sección, el profesor Castellà Andreu realiza un análisis certero de la recepción del Dictamen en España, centrándose en la lectura –fundamentalmente elogiosa y acrítica– que han hecho del mismo la academia constitucional, las formaciones nacionalistas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En lo referente a la doctrina constitucional, diferencia entre dos periodos, uno inicial previo a la crisis catalana y otro post 2012, una vez inmersos en la misma. El primero se caracteriza por tomar el Dictamen como punto central del análisis, siendo este realizado por académicos especialistas en el modelo canadiense o en la temática federal en general, describiendo sus rasgos principales y la argumentación jurídica que el mismo entraña. La segunda etapa se caracteriza por priorizar la aplicación de la «solución canadiense» a la realidad española. Como señala Castellà, la doctrina ha tendido a poner un excesivo foco en aquellos aspectos del Dictamen que mejor casen con la postura que se quiere defender, dejando de lado el significado auténtico y completo del ejemplo canadiense y tendiéndose a leer el Dictamen desde la perspectiva de la Ley de Claridad o de la Ley 99 de Quebec, distorsionándose así el contenido de este. Por su parte, los movimientos soberanistas vasco y catalán han tendido a realizar una lectura selectiva y sesgada del Dictamen con el objetivo de utilizarlo como argumento de autoridad para aumentar la legitimidad de sus pretensiones. Esta tendencia también se ha apreciado en la doctrina del TC, poco habitual a recoger precedentes extranjeros, con la inclusión de una referencia expresa al

Dictamen en la STC 42/2014, cuya recepción ha sido criticada por algunos constitucionalistas al malinterpretar el mismo. Aunque desde una óptica diferente, el caso español es también tratado tangencialmente por Oklopcic, quien analiza la influencia del dictamen en la periferia Europea centrándose en los casos de Cataluña y Montenegro. Este autor aprovecha su análisis para reflexionar sobre el principio de democracia y, en particular, en la respuesta institucional a las demandas de secesión desde un punto de vista democrático. Para Oklopcic, el legado más importante del Dictamen no es, pese al amplio interés que ha suscitado, la noción de claridad, sino el emplazamiento a abordar las reclamaciones secesionistas de manera reflexiva y sistemática.

La perspectiva europea se completa con la visión italiana donde, como ilustran Delledonne y Monti, el Dictamen ha despertado menor interés que en España. Tras presentar los diferentes movimientos secesionistas existentes en Italia tras la Segunda Guerra Mundial y su influencia en el diseño constitucional de la autonomía regional, los autores se centran en explicar cómo el soberanismo quebequés ha servido de inspiración para las fuerzas regionalistas e independentistas italianas en sus reclamaciones de celebración de referéndums al respecto, con especial énfasis en las de la región del Véneto. El intento de organizar un referéndum independentista por parte del gobierno de dicha región desembocó en una sentencia de la Corte Constitucional que declaraba su inconstitucionalidad basándose en el principio de unidad e indisolubilidad de la

República Italiana. El recurso a este principio, contenido en el artículo 5 de la Constitución italiana, es el único paralelismo con Canadá que los autores encuentran en el plano legal, quedando patente el rechazo frontal por parte de la Corte Constitucional a cualquier proyecto secesionista, aspecto que creen influenciado por el bajo nivel de apoyo popular que estos movimientos suscitan.

Dentro del enfoque global antes mencionado, los profesores Welikala y Arban nos acercan a dos realidades más lejanas para el lector español como son los casos de Sri Lanka y Etiopía. El primero de ellos nos muestra cómo el Dictamen del TS ha sido de interés en Sri Lanka, especialmente para aquellos que abogan por una solución federal para integrar a la minoría tamil, siendo este rechazado desde las posiciones extremas. Este artículo parte de una descripción del conflicto étnico existente entre la mayoría sinhala y la minoría tamil. El autor presta especial atención a dos enmiendas constitucionales –la sexta, que criminaliza la defensa de la secesión por cualquier medio, y la decimotercera, destinada a establecer un sistema de *devolution*– tratando con especial detalle un caso referente a la primera de ellas y discerniendo cómo las lecciones de la experiencia canadiense pueden ser de utilidad para resolver el conflicto e integrar las demandas de la comunidad tamil. Por su parte, Arban conecta el modelo federal etíope con el Dictamen canadiense a través de los principios identificados por el TS, detectando algunos paralelismos entre ambos; siendo la principal diferencia el carácter explícito de los mismos en la Constitución de

Etiopia en contraposición con su condición subyacente en Canadá. El artículo de la profesora Arban también es de utilidad para el lector que quiera profundizar en dos aspectos especialmente singulares del modelo etíope como son la función jurisdiccional de la Cámara de la Federación y la cláusula de secesión recogida en la Constitución. Este último aspecto consagra, a juicio de la autora, a Etiopia junto a Canadá como dos de los estados que han roto el tabú de la secesión abordándola desde el punto de vista jurídico, si bien su tratamiento presenta grandes diferencias dado el carácter unilateral del derecho etíope, una condición rechazada por el TS canadiense.

Adoptando un enfoque eminentemente teórico que quizá pueda ser complejo para el lector no especializado, Maciver analiza la influencia del Dictamen sobre el proceso alrededor del referéndum de independencia de Escocia y su posible permanencia de dentro de la UE. El autor aborda la cuestión desde tres planos diferentes. En un primer estadio, trata de mostrar cómo la segunda pregunta del Dictamen ha perfilado un concepto normativo de «principio de tolerancia constitucional», haciendo especial hincapié en la noción de idea meta-constitucional. Seguidamente, teoriza sobre la influencia metodológica de la primera pregunta sobre aquellos que han pretendido desarrollar un marco jurídico europeo para abordar un hipotético voto a favor de la secesión y su relación con el derecho de la Unión. Para concluir, Maciver presenta el Dictamen como un mecanismo para solucionar el dilema procedimental que se deriva de los artículos 48 y 49 del TUE en torno al debate de la ampliación

interna de la UE en caso de secesión de una entidad de un estado miembro. La perspectiva internacionalista se completa con el análisis de la influencia del Dictamen en el Derecho Internacional (DI) realizada por Luigi Crema, quien considera que se ha convertido en una de las decisiones domésticas más influyentes en este campo. El autor destaca la fuerte atención que prestó el TS al DI, recabando numerosos informes en la materia que permitieron al Tribunal realizar una de las más influyentes recopilaciones de aquellos supuestos en los que el DI reconoce el derecho a la secesión. La importancia de la construcción teórica realizada por el TS es de tal calibre que esta fue usada por la mayor parte de los intervinientes ante el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en la opinión consultiva sobre la independencia unilateral de Kosovo. Sin embargo, el TIJ intentó desligarse de la experiencia canadiense, apreciándose un claro contraste entre la concreción y solidez de argumentos utilizados por el TS en el Dictamen canadiense y la reticencia del TIJ a la hora de pronunciarse sobre el derecho de secesión unilateral en el plano de internacional aprovechando la vaguedad de la pregunta aprobada por la Asamblea General de la ONU. A la luz de esta experiencia, este autor se cuestiona si el principio de efectividad se ha convertido en el determinante en la práctica internacional a la hora de reconocer nuevos estados reemplazando al tradicional principio de estabilidad a la luz de lo acontecido tras la declaración unilateral de independencia en Cataluña.

La última parte de la obra está integrada por tres contribuciones de carácter teórico que abordan la temática del

libro desde una perspectiva más amplia. En el primero de ellos, el profesor Castaldi analiza el legado del Dictamen desde la óptica de la ciencia política. El autor se centra en el debate acerca de la existencia de un derecho a la secesión aplicable a los estados federales y los mecanismos de decisión sobre esta. Asimismo, identifica las lecciones de la experiencia canadiense que pueden ser de aplicación en el *Brexit* en lo relativo a la existencia de una mayoría clara a favor del mismo, la indeterminación de la relación futura entre el Reino Unido y la UE y la idoneidad de los referéndums para decidir un asunto de tan elevada complejidad. Por su parte, Martinico, tras un breve repaso de los fundamentos legales del Dictamen, enfoca su artículo desde la teoría de la democracia, destacando la idea de esta abrazada por el Tribunal Supremo que concibe al referéndum como un complemento y no una alternativa a la democracia representativa, yendo esta más allá de la simple regla de la mayoría. Siguiendo esta línea, el autor resalta cómo el Dictamen puede servir para contrarrestar el creciente populismo independentista desmontado su construcción teórica a través de la defensa de los principios constitucionales identificados por el Tribunal Supremo. Francesco Palermo cierra esta sección con un artículo que puede servir como resumen del legado del Dictamen en el derecho comparado, dada su amplia influencia más allá de Canadá. En el mismo, destaca cómo el derecho comparado se ha centrado de sobremanera en el referéndum como el mecanismo

exclusivo de expresión de las demandas secesionistas. Sin embargo, los referéndums suelen ser mecanismos simplistas para decidir un asunto de elevada complejidad como es la secesión, corriéndose el riesgo de derivar en un constitucionalismo mayoritario o plebiscitario. Para evitarlo, Palermo cree necesario incorporar al proceso de decisión otros elementos que pueden contribuir a desarrollar un marco legal comparado sobre cómo atajar las demandas de secesión desde el plano jurídico. Entre otros, el autor destaca los quórum necesarios de participación y aprobación en un referéndum de independencia, el establecimiento de un límite temporal de repetición de estos, la pluralidad de opciones en la respuesta más allá de la opción binaria, la articulación de otros mecanismos de decisión adicionales al referéndum o la doble confirmación del resultado de los mismos por parte del electorado en un subsiguiente proceso electoral.

La pluralidad de perspectivas y enfoques metodológicos que integran esta obra hace que sea de gran utilidad no solo para los estudiosos del derecho o la política sino para todo lector que quiera conocer la experiencia canadiense con respecto a la secesión y la repercusión que esta ha tenido alrededor del mundo. Además, puede resultar de particular interés para el lector español el análisis de Castellà sobre la recepción del Dictamen en España, así como los artículos de Martinico y Palermo, puesto que conectan con algunos de los retos a los que se enfrenta actualmente el sistema constitucional de nuestro país.

Francisco Javier Romero Caro
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Pablo PÉREZ TREMP. *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, 2018.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019pp435-446](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019pp435-446)

La reforma constitucional en España siempre ha sido una cuestión problemática y no exenta de polémica que ha tenido sus consecuencias no sólo en el ámbito jurídico-constitucional, sino también en el ámbito político y social. Es por ello que Pablo Pérez Tremps ha decidido, en una obra de gran profundidad, reflexionar sobre esta materia una vez cumplidos los cuarenta años de nuestra Carta Magna. Mucho más si tenemos en cuenta que actualmente es un tema que aparece de forma nítida en los debates nacionales.

Consciente de la importancia y de la complejidad que supone la reforma constitucional en este país, el autor nos ofrece un estudio pormenorizado de la cuestión así como diferentes reflexiones que servirán como un magnífico instrumento filosófico y también de trabajo para los docentes e investigadores que se acerquen por primera vez a este asunto así como para aquellos que quieran profundizar más en esta materia y en lo que supone para nuestra realidad estatal la modificación constitucional. Para ello comienza con una introducción, reflejada en el primer capítulo, que supera el objetivo propuesto y diseña un

estupendo recorrido de la filosofía política sobre la reforma constitucional en España.

Uno de los factores que ha influido de manera extensa en la teoría de reforma constitucional española es nuestra propia historia constitucional. Nueve han sido las constituciones españolas y se han caracterizado por una inestabilidad permanente. Nuestros textos constitucionales precedentes han sido reformados en muy pocas ocasiones, ya que cuando había una necesidad de cambio se optaba por romper con el propio texto constitucional y elaborar uno nuevo. Por ello, la estabilidad conseguida con nuestra actual Carta Magna muestra un cambio en esta rutina constitucional. Así, el autor señala cómo en el veinticinco aniversario de la Constitución de 1978 lo que recorría los planteamientos de la doctrina y de las fuerzas políticas, de manera general, era la satisfacción por la buena salud de los preceptos constitucionales.

No obstante, en este aniversario ya se plantearon preguntas sobre posibles cambios en nuestra Norma Fundamental. Sin lugar a dudas las preguntas que más resonaban eran las relativas a la organización territorial

del poder estatal. Actualmente las voces que hablan y que plantean una posible reforma son más y se alzan con más fuerza. Aun así, una parte de las fuerzas políticas españolas no está de acuerdo y prefieren no reformar el texto constitucional, siempre basándose en la estabilidad de la Constitución y en el pacto que creó dicho texto.

Pablo Pérez Tremps mantiene en las páginas de su obra que parte de la clase política tiene miedo a «abrir un melón» (p. 13). Aunque parezca que detrás de esta negativa a la reforma hay una concepción dogmática y tautológica del constitucionalismo español, en realidad lo que se pone de manifiesto es el miedo a reflexionar sobre la realidad estatal.

No obstante, nuestra Carta Magna ha sido reformada dos veces, en 1992 y en 2011. Pero el miedo a la reforma ya se expuso en la primera modificación realizada. Aunque era una reforma necesaria e ineludible para poder ratificar el Tratado de la Unión Europea, se intentó evitar poniendo en marcha el mecanismo de recurso previo ante el Tribunal Constitucional para preguntar si realmente era necesario. Previamente se habían publicado dos Dictámenes del Consejo de Estado (850/91, de 20 de julio y 421/1992, de 9 de abril) que recomendaban acudir a este mecanismo previo.

Otra parte de la clase política, más situados en el ámbito denominado nacionalista, propugnan cambios profundos en la Constitución y cuestionan de manera específica el pacto territorial de nuestro poder constituyente. Sucede ahora con una parte de la clase política catalana pero ya se manifestó con

el proyecto reforma del Estatuto de País Vasco, más conocido como «Plan Ibarretxe».

Sin duda, en los últimos años la reforma constitucional se ha planteado en nuestra esfera política y constitucional y cada vez va adquiriendo mayor importancia. Así se pudo entrever en el año 2004 cuando el Presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero comunicó su intención de iniciar un proceso de reforma constitucional que afectara a diferentes contenidos de nuestra Carta Magna. Dicho proceso no llegó a abrirse aunque en 2011, y bajo el mismo Gobierno, se llevó a cabo la reforma del artículo 135 por razones derivadas de la crisis económica, de la cual el autor habla profundamente y de una manera clara y efectiva más adelante.

El actual problema catalán ha planteado una grave crisis en torno al ámbito territorial español y ello ha traído a colación la discusión sobre la posible necesidad de la modificación constitucional, asunto que ha entrado con gran fuerza en la agenda política española. Así, el 15 de noviembre de 2017 se constituyó la «Comisión para la evaluación y la modernización del Estado autonómico». Ya se han producido diferentes compareencias de expertos y expertas del entorno social, político y constitucional en la mencionada Comisión parlamentaria.

Tras esta interesante introducción la obra se desarrolla a través de otros cinco capítulos que tratarán de manera amplia los aspectos técnicos así como los argumentos, preguntas, discusiones y polémicas que se existen en torno a la modificación de nuestra Carta Magna. Por ello es necesario empezar

por cuáles son las líneas básicas de la reforma y sus efectos para luego pasar a las cuestiones de técnica jurídica. El autor también ahonda en las reformas realizadas para después establecer en qué momento nos encontramos así como los posibles contenidos que podrían ser reformados. Finaliza con unas magníficas conclusiones aportando reflexiones finales que consiguen cerrar de manera magistral la cuestión abordada en estas páginas.

El capítulo segundo pretende analizar las líneas básicas de la reforma constitucional. España se enmarca dentro del constitucionalismo de las últimas décadas que se caracteriza, entre otras cosas, por la rigidez de los textos fundamentales. Dicha rigidez tiene dos niveles en nuestro Estado ya que existen dos procedimientos diferenciados de reforma de la Constitución. Por un lado, se establece el procedimiento ordinario en el artículo 167 que muestra un equilibrio aceptable entre rigidez y constitucional, propio de la teoría de reforma de la Carta Magna. Por otro lado, crea el procedimiento especial o agravado, del artículo 168, que es especialmente rígido.

Así, encontramos en este segundo nivel diversos procedimientos rígidos que en su combinación hacen de esta reforma un elemento de excepcional dificultad a la hora de utilizarlo. Una de las claves es el alto nivel de riesgo político que supone este procedimiento. Pero la existencia del mismo se justifica en que el constituyente español de 1978 no optó por establecer límites materiales, cláusulas de intangibilidad, y solo reguló que ciertos contenidos de gran importancia pudieran ser reformadas

únicamente por este segundo proceso de modificación.

Otra cuestión muy interesante que se aborda en este capítulo es si el Tribunal Constitucional puede controlar el contenido de una reforma del texto fundamental. Para el autor la respuesta es negativa no sólo porque ya lo estableciera el Alto Tribunal en varias de sus Sentencias, como la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ7, donde manifiesta que la revisión constitucional no tiene más límites expresos que los límites formales y de procedimiento establecidos en la propia norma superior del ordenamiento. Sino también porque el Tribunal «no puede controlar el contenido de una reforma constitucional porque ningún poder constituyente puede acotar al poder constituyente del futuro» (p. 21).

¿Cuáles son los efectos de este nivel de rigidez constitucional? En primer lugar, la jurisdiccionalización de nuestra realidad. El importante papel que ha tenido nuestro Tribunal Constitucional en la configuración del Estado autonómico o en la conceptualización, desarrollo y ampliación de los derechos fundamentales es innegable. Es cierto que las competencias del Alto Tribunal son sumamente amplias y ello ayuda a consolidar su papel esencial en la evolución del Estado de Derecho, pero también es cierto que la no utilización del procedimiento de reforma agravado, por su dificultad política, filosófica y constitucional, ha influido en otorgarle al Tribunal Constitucional un peso significativo en esta cuestión. Todo ello ha producido que las mutaciones constitucionales estén a la orden del día en nuestro sistema jurídico-constitucional.

Desde el punto de vista del autor, otro de los temas que deben ser tratados en esta obra es el relativo a las cláusulas de apertura constitucionales. Estas cláusulas buscan adaptar el texto a la evolución social y política del país, pero siempre desde una perspectiva de auto adaptación del texto constitucional. Debido al poco uso de los mecanismos de reforma constitucional, dichas cláusulas adquieren un cariz esencial en nuestro ordenamiento jurídico.

Tres son las cláusulas que se recogen en nuestra Norma Fundamental: el artículo 10.2, el artículo 93 y la Disposición Adicional Primera. Las dos primeras son contundentes y han tenido una utilización vital en la democracia. Aunque el artículo 10.2 CE sólo interpreta el Título I y desde luego no constitucionaliza los Tratados Internacionales en materia de derechos, lo cierto es que la interpretación que se ha hecho de este precepto ha servido para ampliar el contenido de los derechos en España. Por su parte, el artículo 93 CE sin duda alguna ha sido el encargado de regular todo el proceso de integración en la Unión Europea. El efecto modulador sobre la Constitución en esta materia así como la limitación que ha producido sobre la incidencia del Derecho europeo en nuestro país es innegable. No obstante, queda abierta la cuestión de si este precepto es suficiente para regular todo lo que supone formar parte de la organización supranacional de la Unión.

La disposición adicional primera es una cláusula de apertura que afecta de lleno a la organización territorial del Estado. Se centra en los derechos

históricos intentando flexibilizar el régimen jurídico de Navarra y País Vasco. Así, el Tribunal Constitucional entiende que el contenido de este artículo tiene como objetivo limitar, ser una barrera a la hora de interpretar y de actualizar dichos derechos (STC 16/1984, entre otras). El problema es que la cuestión territorial es mucho más compleja y se extiende más allá de los propios derechos históricos. Que nuestra Carta Magna tenga más lagunas constitucionales en esta materia que en ninguna otra de su texto supone que la actuación y la interpretación del Alto Tribunal haya sido mucho más activa. Como bien dice Pablo Pérez Tremps «el Tribunal dejó un espacio muy limitado al legislador ordinario, máxime al afirmar muy pronto su tajante negativa a las leyes meramente interpretativas de la Norma Fundamental en su STC 76/1983» (p. 32).

El capítulo tercero ahonda en los elementos de técnica jurídica que alcanzan desde el propio instrumento de reforma hasta la posible existencia de un control de la reforma. En primer lugar resuelve la pregunta relativa a cuál es la naturaleza de la reforma ya que la Constitución no clarifica nada en este punto y tampoco podemos basarnos en una prolija tradición histórica. Por eso es necesario detenerse en el momento de la primera reforma constitucional hecha ya que se desestimó la naturaleza de ley y se optó por denominarla simplemente como una «reforma». En este sentido Pablo Pérez Tremps tiene la capacidad de narrar de forma directa y sencilla una cuestión muy interesante que se plantea en el Reglamento del Congreso.

Su artículo 147.1 habla de proyectos o proposiciones de reforma para el procedimiento agravado, ¿esto significa que cabe hablar de una futura ley constitucional? La solución se encuentra en el propio procedimiento agravado ya que en los primeros pasos que pertenecen a la primera legislatura (de las dos que intervienen en esta reforma) si estaríamos antes un proyecto o proposición legal ya que lo que se vota en las Cortes Generales no es la propia reforma en sí misma, lo que se tiene que aprobar es una ley que actúa como requisito indispensable para continuar con la reforma y por tanto poder proceder a disolver dichas Cortes. Tras la constitución de las nuevas Cámaras se deberá aprobar finalmente el contenido de la reforma, la propia reforma en sí, que tendrá que ser ratificada por la ciudadanía.

La palabra «afectar» que se recoge en el artículo 168.1 de la Constitución y que se refiere al contenido que puede ser sujeto del procedimiento agravado es otro de los temas sobre técnica jurídica que se analizan en la obra. Y para saber el significado de esta palabra también hay que detenerse en la primera reforma constitucional. El Tribunal Constitucional se planteó en esta ocasión cuál de los dos procedimientos debía ser el utilizado. Para ello estableció que la solución se basaba en detenerse en qué parte de la Constitución era la que de manera expresa debía reformarse. Como consecuencia, se utilizó el procedimiento ordinario. No obstante, y como muy bien plantea el autor, este resultado puede traer aparejado algunos riesgos tales como que se opte por reformar contenidos que queden fuera del

contenido reservado al procedimiento agravado, cuando en realidad la reforma tendría que hacerse justamente de materias que se sitúan dentro de ese procedimiento agravado; o bien, el riesgo de que existan reformas que permitan reinterpretar contenido aparejado al procedimiento agravado sin que éste sea modificado.

No se puede avanzar en los instrumentos de técnica jurídica sin plantearse cómo debe ser la pregunta que se haga en el posible referéndum del procedimiento ordinario o en el referéndum obligatorio del procedimiento especial. Nada aclara nuestra Carta Magna al respecto ni tampoco la *Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum*. ¿Se puede hacer una sola pregunta general? ¿Es posible hacer varias preguntas para una sola materia reformada? ¿Es obligatorio elaborar varias preguntas si la reforma alcanza a varias materias? Todas estas cuestiones quedan abiertas. El autor entiende que mientras no haya nada en contrario se pueden realizar varias preguntas y que resulta lógico y coherente que si se reforman varias materias haya una pregunta por materia en la consulta popular.

Dos temas más son importantes a dilucidar en este capítulo. Por un lado, la propia reforma del Título X, es decir la famosa «reforma de la reforma». Nuestro texto fundamental deja claro que no es materia de reforma agravada o especial, por tanto se utilizará el procedimiento ordinario. En segundo lugar, se plantea si existe un control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. La cuestión es sumamente compleja y

aunque las respuestas puedan ser más o menos claras, el debate filosófico constitucional que hay detrás no puede eludirse. Dejando a un lado si es posible controlar el contenido reformado, lo que se plantea aquí es la posibilidad de controlar los aspectos formales de la reforma, si estos han sido respetados a la hora de aplicarlos. El profesor Pablo Pérez Tremps manifiesta que «...el poder de reforma constitucional, al estar regulado en el Título X, es un poder constituido en cuanto a su funcionamiento y, por tanto, sometido [...] a límites de procedimiento» (p. 42).

No existe expresamente esta posibilidad ya que dentro de las normas que son objeto de constitucionalidad no se encuentran recogidos, ni en la Carta Magna ni en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las reformas constitucionales. Aun así, el artículo 27.2.b de la citada Ley Orgánica habla de que podrán ser controladas por el Alto Tribunal otras leyes, disposiciones normativas y actos estatales que tengan fuerza de ley. Desde mi punto de vista las reformas constitucionales quedarían fuera de este artículo ya que parece claro, a través de las dos reformas que se han llevado a cabo, que las mencionadas reformas constitucionales no tienen naturaleza legal.

Si en el capítulo precedente se trataban los elementos relativos a la técnica jurídica, en este se va exponer de manera extensa cuáles han sido y cómo se han llevado a cabo las reformas constitucionales españolas. Comienza dicho capítulo hablando del paradójico fundamento común de las reformas. Desde esta inteligente e ingeniosa idea el autor nos sumerge en

cómo las modificaciones que se han efectuado tienen, como punto en común, la pertenencia y la integración de España en la Unión Europea. Y aunque la fundamentación entre la primera y la segunda no fueran la misma, sí tienen un denominador común que es la Unión Europea.

La primera reforma efectuada fue sobre el artículo 13.2. Aunque no parecía de gran calado y más bien se circunscribía a una modificación técnica, lo cierto es que tuvo una gran trascendencia en nuestro Estado.

Numerosas constituciones de países pertenecientes a esta organización supranacional han sido modificadas para adaptarse a esta nueva situación europea. España siempre había encauzado su integración en la Unión a través del artículo 93 de la Carta Magna, evitando entrar en el proceso de reforma constitucional. Pero el Tratado de la Unión Europea de 1992 entraba claramente en contradicción con el artículo 13 de nuestra Norma Fundamental. No obstante, la controversia estaba servida ya que había opciones políticas y parte de la doctrina constitucional que opinaba que dicha reforma no era necesaria, con el precepto 93 era suficiente. El Gobierno preguntó sobre esta cuestión al Consejo de Estado, que en dos de sus dictámenes mantenía que no era necesaria la reforma pero que el mejor cauce para resolver esta problemática era preguntarle al Tribunal Constitucional a través del instrumento de recurso previo. La respuesta del Alto Tribunal en este momento fue que era necesaria la reforma constitucional para poder evitar contradicciones con el Tratado de la Unión Europea (DTC 1/1992).

Dicha solución no fue la misma la segunda vez que un Gobierno preguntó al Tribunal Constitucional sobre una posible contradicción entre la norma suprema del ordenamiento jurídico y un Tratado de la Unión (el no aprobado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa). En esta segunda ocasión la Declaración del Tribunal 1/2004 entendía que no era necesario modificar nuestra Constitución. Esta vez el Alto Tribunal fue más flexible en cuanto al concepto de soberanía y de norma suprema.

Pero la Declaración del Tribunal 1/1992 no estuvo exenta de críticas ni de consecuencias constitucionales y jurídicas. Todas ellas tratadas de forma exquisita por el autor y que se pueden encontrar en la obra. Cabe destacar alguna de ellas.

¿Por qué el Alto Tribunal no estudió de oficio otras posibles inconstitucionalidades del Tratado? Había algunas materias que también planteaban problemas como la moneda única o el Banco Central Europeo. Como bien manifiesta Pablo Pérez Tremps, quien debía preguntar por otras inconstitucionalidades eran los órganos legitimados para interponer este recurso. Por otro lado, se interpretó que el Tribunal Constitucional había sido demasiado rígido y tradicional con el concepto de supremacía de la Carta Magna priorizando este concepto frente al de integración europea y lo que esta supone en la evolución de la teoría constitucional actual. No obstante, la eliminación de contradicciones entre normas de tan importante calado busca garantizar la seguridad jurídica. Para el autor el problema de la Declaración del Tribunal no es

tanto su resolución como la argumentación que se expuso.

La utilización del procedimiento ordinario de reforma también fue un asunto lleno de interrogantes. Fue una de las preguntas que se plantearon ante el Alto Tribunal y que este resolvió estableciendo que el procedimiento debería ser el reconocido en el precepto 167 de la Constitución. ¿Cuáles hubieran sido las consecuencias de haber utilizado el procedimiento agravado? No podemos olvidar que la contradicción versaba sobre el derecho al voto de las personas extranjeras, cuestión que afecta directamente a la soberanía nacional, y donde estaban en liza varios preceptos, no sólo el artículo 13 sino también el artículo 23. Las consecuencias eran técnicas pero también políticas. Este procedimiento plantea numerosas mayorías así como una disolución de Cortes, con lo que ello conlleva, y un referéndum obligatorio. Ello suponía que la ratificación del Tratado se iba a dilatar en el tiempo y no parecía lo más aconsejable; pero además el temor a celebrar un referéndum venía, entre otras cosas, por los resultados negativos que esta consulta había producido anteriormente en Finlandia y Dinamarca.

Por último, el autor hace una valoración sobre el significado político de esta reforma constitucional. Destaca tanto lo que supuso para el reforzamiento y la profundización del proceso de integración de nuestro país, como también acentúa la importancia de romper con el «mito de la intangibilidad política de nuestra Norma Fundamental» (p. 69). El miedo a que una reforma provocara una ruptura del orden constitucional fue

superado gracias a esta primera modificación. Para llevarla adelante se tuvieron que hacer pactos y acuerdos políticos que finalmente se materializaron para conseguir superar este escollo que arrastrábamos desde tiempo atrás.

La segunda reforma constitucional, producida el 27 de septiembre de 2011, tenía como objetivo dar una respuesta a la crisis económica que azotaba nuestro país. Por ello el Gobierno planteó modificar el artículo 135 que es, sin duda, una de las claves de la estructura jurídica de la Hacienda Pública española. Con esta reforma se buscaba trasladar seguridad en los mercados constitucionalizando las reglas y elementos que limitan el déficit y el endeudamiento de un Estado.

Para acercarse a lo que supuso esta modificación, esta obra expresa de manera efectiva todos aquellos factores que estuvieron presentes en la misma. Así, fue un proceso de tramitación sumamente rápido y que comenzó en agosto, es decir que se tuvo que convocar una sesión extraordinaria de las Cortes. La polémica estuvo servida en cuanto a la actuación parlamentaria ya que se debatió y aprobó en lectura única y de urgencia. Además el mencionado precepto es de una gran complejidad técnica. Pero el autor también plantea si dicha reforma es realmente necesaria. Los grandes principios que ahora se recogen en el artículo constitucional reformado ya estaban reconocidos en la anteriores leyes sobre estabilidad presupuestaria y ratificada por la STC 134/2011.

Además, dicha reforma provocó numerosos efectos. Pablo Pérez Tremps manifiesta brillantemente que

aunque se consiguió el objetivo principal, es decir, tranquilizar a los mercados, lo cierto es que los efectos internos a nivel constitucional fueron mucho mayores que este primero. En primer lugar porque otorga rango constitucional a los principios de estabilidad presupuestaria y a los instrumentos de limitación del déficit. Y más innovador aún, por primera vez se reconoce de manera expresa en nuestra Norma Fundamental el principio de integración europea.

También ha servido en los niveles normativos inferiores a la Constitución, ya que a partir de 2011 se han aprobado numerosos Reales Decretos Leyes que justificaban su urgente y extraordinaria necesidad a través de los efectos de la crisis y de los objetivos que deben ser alcanzados según el artículo 135 CE. Esto es, de alguna manera esta reforma ha otorgado una razón de Estado que da base a las medidas que con urgencia se han tomado para intentar frenar la crisis económica. Todo ello acompañado de políticas de recortes que han afectado plenamente al Estado social.

Las consecuencias de dicha reforma son por tanto numerosas y han tenido una onda expansiva mayor de la esperada por el poder constituyente derivado de 2011. Tanto es así que ha llegado también al Estado descentralizado español. En parte es lógico debido a que la organización territorial española lo es en todos sus ámbitos, también el económico y presupuestario. De esta manera se han reforzado los controles de los poderes territoriales, tanto autonómicos como locales. Sin olvidar que estamos ante otro elemento de conflicto

en la permanente discordia existente en materia autonómica.

Para comprender cómo se encuentra nuestro país a día de hoy con respecto a la reforma constitucional, esta obra plantea un quinto capítulo que recoge las reflexiones finales del autor sobre esta materia.

Parece que desde hace algún tiempo (y mucho más después de la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña) que algunas fuerzas políticas y gran parte de la doctrina constitucional plantea reformas constitucionales que servirían para adaptar nuestra Norma Fundamental a los tiempos actuales. Tres son las materias que han tenido más discusión en este sentido.

La reforma de la sucesión a la Corona parece ampliamente reconocida en nuestro ámbito social, jurídico y político. La Ley sálica, propia del Derecho francés, produce una discriminación de género palpable, no hay democracia sin igualdad. Y aunque a priori parece una «modificación sencilla» en cuanto a que existe un amplio consenso sobre ella, lo cierto es que su complejidad es absoluta. Primero porque es necesario utilizar el procedimiento de reforma agravado que nunca antes ha sido puesto en marcha y que conlleva algunos riesgos políticos ya mencionados anteriormente. Pero en segundo lugar, porque la apertura de dicha reforma puede acarrear un debate sobre la propia naturaleza de la Monarquía y su idoneidad y aceptación por la actual sociedad española. Como bien manifiesta el autor «es un riesgo que antes o después había que asumir» (p. 90).

La constitucionalización de la Unión Europea es el segundo gran tema que se plantea. Dicha modificación puede ser compleja a nivel técnico, pero es mucho más asumible a nivel político. La expresa mención a la integración europea del artículo 135 en 2011 es una prueba de ello. La pregunta planteada en las páginas de este libro es si el precepto constitucional 93 sigue siendo suficiente a día de hoy para dar cobertura a todo el proceso de pertenencia a esta organización supranacional. Para él, es el momento de proceder a la reforma en este punto por varias razones. Así, el artículo 93 nace cuando la Unión Europea tenía básicamente un contenido económico, sin embargo ahora la Unión también posee un gran contenido político, y cada vez más. Muestra de ello es el Tratado de Lisboa y las competencias que en él se recogen y que afectan a la propia soberanía nacional.

Pero además, la Constitución debería establecer y disponer cuáles son los elementos esenciales de nuestro ordenamiento para proceder a respetar el proceso de integración. La colaboración explícita para delimitar cómo se hace y cómo se puede hacer la cesión competencial sería crucial para clarificar, tanto a la ciudadanía como a los propios poderes públicos, cómo se lleva a cabo este procedimiento. Así se establece en la DTC 1/2004.

Y por supuesto la no referencia explícita a la Unión Europea a lo largo del contenido de nuestra Carta Magna es incomprensible. Sólo acarrea dificultades en cuanto a entender cómo se produce el reparto competencial o cómo las normas europeas pueden afectar a nuestro ordenamiento jurídico. Sin

lugar a dudas, esta no mención expresa dificulta enormemente el entendimiento en nuestro Estado del principio de primacía del Derecho de la Unión.

La tercera materia es la relativa a la estructura territorial del Estado. Desde mi punto de vista resulta la más compleja y así lo demuestra Pablo Pérez Tremps en sus páginas. Hay prácticamente unanimidad en cuanto a su reforma pero no en cuanto al contenido de dicha reforma. Esta tiene que versar no sólo sobre la organización territorial sino que tiene que ir acompañada de una reforma del Senado, por ser esta la Cámara de representación territorial.

Para poder entender el proceso autonómico hay que situarse en el año 1978 que es cuando se elaboró nuestra Norma Fundamental. Debido a las dificultades planteadas a lo largo del proceso constituyente, se optó por plasmar en la Constitución un proceso basado en la idea de autonomía que la configuraba como un derecho para las nacionalidades y regiones. No hay una verdadera organización territorial constitucionalizada sino un futuro modelo de Estado limitado en nuestra Carta Magna. Es decir, el desarrollo del Estado de las Autonomías se ha llevado a cabo a través de Acuerdos autonómicos y a través de los Estatutos de Autonomía y de las normas legales. No podemos olvidar el importante papel que la Constitución otorga a estos Estatutos, son la norma que crea y perfecciona nuestras Comunidades Autónomas, siempre respetando los límites constitucionales.

La Norma Fundamental española refleja el momento de su aprobación, el inicio de la democracia donde lo

que se constitucionaliza es ese proceso de configuración territorial, que a día de hoy ha sido sobrepasado. Es necesario avanzar en esta materia. Las tensiones que constantemente se plasman sobre nuestro Estado autonómico no ayudan en nada a la pacificación social. Y como bien dice Pablo Pérez Tremps, los problemas territoriales superan a la reforma, están relacionados en gran medida por la escasa cultura de descentralización que existe en nuestro país. Pero la mencionada reforma podrá ayudar a consolidar el sistema y a aumentar esa cultura de descentralización (p. 97).

Finalmente, la obra concluye con un capítulo dedicado a conclusiones. A pesar de denominarse de esta manera, el autor hace un trabajo exquisito introduciendo más reflexiones novedosas sobre la reforma constitucional. Menciona otras posibles reformas que se podrían llevar a cabo como reconocer la perspectiva de género, modificar el sistema electoral que tantos problemas ha causado, o regular de manera más satisfactoria los derechos sociales del Capítulo III del Título I de la Norma Fundamental.

Muy interesante resulta el razonamiento que hace sobre la normalización de la reforma constitucional. Es cierto que nuestra historia de no modificaciones ha afectado a inocular, entre otras cosas, el miedo a cambiar nuestro texto supremo. Sin embargo, la estabilidad de nuestro orden constitucional también depende de la fuerza que tengamos para afrontar las reformas necesarias en este ámbito. Y aunque no sea sencillo, ya hemos procedido a realizarla en dos ocasiones. Como bien manifiesta el autor con una

frase esclarecedora «el melón que no se abre se pudre» (p. 106).

Conseguir consensos más allá de los obtenidos en 1978 es fundamental para poder avanzar como Estado. Es importante conseguir amplias mayorías para poder modificar nuestra Constitución, y si alguna fuerza política se queda fuera de estos consensos será un error político. Como dicen las Tablas de Moisés «pacta con tus enemigos no con tus amigos» (p. 104).

En este país se despliega un amplio abanico de posibilidades que van desde romper con la Constitución y hacer una nueva a no tocar absolutamente nada de su contenido. Entre una y otra opción existen muchas intermedias que pueden ayudar a la evolución social, política y constitucional de nuestro Estado siempre y cuando las miras vayan más allá de las partidistas. Una ruptura total con el poder constituyente de 1978 no sería beneficioso y sería volver a caer en los errores ya vividos en nuestra historia.

Estas intensas páginas que recogen todos los temas relativos a la reforma constitucional tanto pasados, como presentes y futuros hacen que esta obra sea de gran utilidad tanto para entender la realidad sobre nuestro orden constitucional como para profundizar más en futuras investigaciones sobre esta materia. No deberíamos olvidar que la reforma constitucional es uno de los grandes hitos de nuestra teoría y práctica constitucional y este libro pone de manifiesto de una manera brillante, concreta, sin ser excesivamente largo y sin ser en ningún momento tedioso, todos los puntos y realidades de la modificación de nuestra Carta Magna.

No encontramos en las páginas de esta obra una mera recopilación de ideas ni tampoco encontramos una simple transcripción de Dictámenes, Declaraciones constitucionales u otros documentos jurídicos. Lo que se palpa a través de estas páginas es una labor interna de reflexión y crítica constructiva de la compleja materia presentada, haciendo que haya un gran dinamismo en la lectura a pesar de la dificultad planteada en este ámbito. El desarrollo, explicación y reflexión sobre los Dictámenes del Tribunal Constitucional son una buena prueba de ello.

Creo que hubiera sido de gran interés profundizar un poco más en nuestra propia historia constitucional, sin convertirse en un tratado histórico, para afianzar esa unión tan interesante que el autor plantea entre nuestro pasado y presente constitucional. Otra cuestión en la que creo que hubiera sido posible hacer un desarrollo más exhaustivo es en la denominada cláusula de apertura de la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

Como ya se ha visto, el tema territorial es uno de los más complejos en materia constitucional y por eso creo que hubiera sido apropiado ampliar la explicación de esta cláusula de apertura que resulta claramente insuficiente para la organización territorial y que veo difícil extrapolar a Comunidades Autónomas, las más, que no poseen derechos históricos. Por desgracia la problemática territorial no sólo afecta a las Autonomías denominadas como nacionalidades sino que también se plantean numerosos problemas con las Comunidades sin un desarrollo foral propio. En cuanto a la definición del Título X como «poder constituido»,

cuando el autor habla del posible control de constitucionalidad de las reformas constitucionales sobre el procedimiento, desde mi punto de vista, creo que debería haberse detenido con más precisión sobre este asunto. No queda claro si lo define como poder constituyente, aunque sea derivado, o le otorga otro nivel distinto al utilizar la palabra constituido.

Hecha estas precisiones no dudaría en recurrir y utilizar la obra de Pablo Pérez Tremps en todas aquellas ocasiones en que necesite volver sobre los pasos de la reforma constitucional. Todo investigador o docente que quiera conocer y profundizar sobre este asunto debe acudir a estas páginas, que pasarán a ser una obra de referencia altamente recomendable.

Cecilia Rosado Villaverde
Universidad Rey Juan Carlos

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*
COLABORAN / THIS ISSUE INCLUDES
CONTRIBUTIONS FROM:

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ es Profesor Ayudante Doctor de Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid (España).

Giuseppe BIANCO, Expert, Banca d'Italia (Italy).

Carlo M. CANTORE, Dispute Settlement Lawyer, World Trade Organization Visiting Lecturer, University of Antwerp (Belgium).

María José CARAZO-LIÉBANA es Profesora Titular de Derecho constitucional en la Universidad de Jaén (España).

Alicia CÁRDENAS CORDÓN es Profesora Sustituta Interina de Derecho constitucional en la Universidad de Córdoba (España).

Paolo CARROZZA, Professor of Constitutional Law, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa (Italy).

Giacomo DELLEDONNE, Postdoctoral researcher in Comparative Public Law Institute for Law, Politics and Development (Dirpolis) Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa (Italy).

Isaac ENRÍQUEZ PÉREZ es sociólogo con un Posgrado en Historia del Pensamiento Económico y un Doctorado en Economía del Desarrollo y Académico en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Manuel FONDEVILA MARÓN es Profesor lector Serra Hunter de Derecho Constitucional en la Universitat de Lleida (España).

Filippo FONTANELLI, Senior Lecturer, University of Edinburgh (United Kingdom).

José Luis GARCÍA GUERRERO es profesor titular (acreditado como Catedrático) de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha (España).

Leandro MANCANO, Lecturer in EU Law, Edinburgh Law School (United Kingdom).

Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ es Profesora-Investigadora doctora de la Universidad Anáhuac (México).

Giuseppe MARTINICO, Associate Professor of Comparative Public Law, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa (Italy).

José Carlos NIETO JIMÉNEZ es Investigador Predoctoral en la Universidad de Málaga (España).

Albert NOGUERA FERNÁNDEZ es profesor de Derecho constitucional en la Universitat de València (España).

Sophie RECIO SAN EMETERIO ha sido galardonada con el premio Juan Churruga al mejor Trabajo de Fin de Grado en Derecho (2017/18).

Francisco Javier ROMERO CARO es Investigador Predoctoral en la Universidad del País Vasco (España).

Cecilia ROSADO VILLAVERDE es Profesora de Derecho constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Maria SAENZ DE BURUAGA AZCARGORTA ha sido galardonada con el premio Juan Churruga al mejor Trabajo de Fin de Grado en Derecho (2017/18).

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 reseña 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 67, Issue 1, January-June 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019)

Table of contents

Special Issue

Introduction to the Special symposium “Exploring Inter-Order Territories: An Application of Carrozza’s Teaching to New Topics”

FILIPPO FONTANELLI AND GIUSEPPE MARTINICO

Testing the Stufenbau in International Financial Law

GIUSEPPE BIANCO

Lookin’ out my backdoor – The CJEU and the selective acceptance of international tribunals

CARLO M. CANTORE

Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes

PAOLO CARROZZA

Federalism: Tragic Compromise and Conflicts

GIACOMO DELLEDONNE

Enlarging EU Competence in Criminal Matters through Policies. The Anti-Fraud Directive as a Case Study

LEANDRO MANCANO

Constitutions, Openness and Comparative Law

GIUSEPPE MARTINICO

Studies

Walker, road is done when walking. LGBTI Community, Human Rights and United Nations

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

The Arbitration in the Constitution: Gaps after 40 years

MARÍA JOSÉ CARAZO-LIEBANA

The transformation of the functions of the Mexican State around the dialectic development / underdevelopment: incursions in light of the contemporary institutional crisis

ISAAC ENRIQUEZ PEREZ

Globalization, Budget Stability and Autonomous Communities

JOSÉ LUIS GARCÍA GUERRERO

The right to Social Security before the European Committee of Social Rights

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Rights of the parliamentary minorities in the legislative procedure. Analysis of ius in officium in the parliamentary procedure of disconnection rules of Catalonia

JOSÉ CARLOS NIETO JIMÉNEZ

Property Regime and work for own account in Cuba: from 1959 to the new constitution of 2019

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Juan Churruga Award

Investment arbitration between the European Union and Singapore: from the Investor-State Dispute Settlement to an Investment Court System?

SOPHIE RECIO SAN EMETERIO

Implications of the “gig-economy” in labor relations: The Case of the Uber Platform

MARÍA SAENZ DE BURUAGA AZCARGORTA

Book reviews