



V CONGRESO INTERNACIONAL

SOBRE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

DERECHO CONSTITUCIONAL
Y GLOBALIZACIÓN

V CONGRESO
INTERNACIONAL
SOBRE
DERECHO Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

“DERECHO CONSTITUCIONAL
Y GLOBALIZACIÓN”



V CONGRESO
INTERNACIONAL
SOBRE
DERECHO Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

“DERECHO CONSTITUCIONAL
Y GLOBALIZACIÓN”

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
REPÚBLICA DOMINICANA
2023



V CONGRESO
INTERNACIONAL
SOBRE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
DERECHO CONSTITUCIONAL
Y GLOBALIZACIÓN



Título de la obra:

V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional

Primera edición:

Octubre, 2023

Esta es una publicación de:



**Tribunal Constitucional de la República Dominicana
Centro de Estudios Constitucionales**

Avenida 27 de Febrero esquina avenida Gregorio Luperón,
Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,
Santo Domingo Oeste, República Dominicana,
Teléfonos 809-274-4445 y 809-274-4446
www.tc.gob.do

Coordinador de la Comisión Organizadora: Magistrado presidente, Dr. Milton Ray Guevara

Cuidado de la edición: Katherine Estévez Ureña

Diagramación: Yissel Casado

Diseño de portada: Enrique Read

Corrección de estilo: Eduardo Díaz Guerra

Impresión: Serigraf, S. A.

**ISBN: 978-9945-643-77-0 (impreso)
978-9945-643-78-7 (digital)**

Impreso en República Dominicana

Todos los derechos reservados

Las opiniones expresadas en esta publicación son las de los autores y no representan necesariamente las del Tribunal Constitucional y sus magistrados.

CONTENIDO

- 13** Palabras de presentación del
Magistrado presidente, Dr. Milton Ray Guevara

PRIMERA JORNADA: 20 DE OCTUBRE DE 2022

- 19** Palabras de bienvenida
Lic. Carolina Mejía
- 23** Palabras de apertura
Magistrado presidente, Dr. Milton Ray Guevara
República Dominicana
- 31** Presentación del magistrado presidente al
conferencista inaugural, profesor Luigi Ferrajoli
- 33** Conferencia inaugural: Una constitución para la tierra
Dr. Luigi Ferrajoli – Italia
- 51** Constitucionalizando la globalización
Dr. José Luis García Guerrero – España
- 121** PANEL: Tipos de integración económica
Lic. Hugo Rivera – República Dominicana
Dra. Tatiana Cardoso Squeff – Brasil
Dr. Antonio López Castillo – España



- 177** Las diferentes funciones atribuidas a los bancos centrales. Su rol en la globalización
Lic. Héctor Valdez Albizu – República Dominicana
- 187** La política monetaria y financiera en la globalización
Lic. Frank Alexis Fuentes – República Dominicana
- 203** MESA REDONDA: Los embates de la globalización
Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla – España
Dr. Oscar Hernández Álvarez – Venezuela
Mag. Wendy Martínez – República Dominicana
Prof. Olga Lucía González Parra – Colombia
Licda. Mary Fernández de Álvarez – República Dominicana

SEGUNDA JORNADA:
21 DE OCTUBRE DE 2022

- 299** Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana
Dr. Gerardo Eto Cruz – Perú
- 339** PANEL: Los modelos de constitución económica
Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla – España
Dra. María Mercedes Serrano Pérez – España
Dr. Juan Fernando Durán Alba – España
Licda. Paola Santana – República Dominicana
Dr. Eduardo Jorge Prats – República Dominicana
- 473** Las relaciones de las integraciones económicas con sus estados parte: Intergubernamentalismo y supranacionalismo
Miguel Ángel Sevilla Duro – España

545 **Vertiente interna y externa, así como bilateral y multilateral del gobierno de la globalización**

Dr. Francisco Javier Matia Portilla – España

583 **Relatoría del Congreso**

Mag. Miguel Valera Montero – República Dominicana

Mag. Víctor Joaquín Castellanos Pizano – República Dominicana

599 **Palabras de clausura**

Magistrado presidente, Dr. Milton Ray Guevara

República Dominicana

PALABRAS DE PRESENTACIÓN

Siento una singular satisfacción al poner a disposición de la comunidad jurídica nacional e internacional, y del público en general, esta edición impresa que compila las magistrales ponencias presentadas en el “V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional”, realizado con rotundo éxito durante los días 20 y 21 del mes de octubre de 2022, en la ciudad de Santo Domingo, capital de la República Dominicana; en esta ocasión con el tema “Derecho Constitucional y Globalización”.

En interés de llegar a un mayor número de participantes, este evento se llevó a cabo de manera presencial, y en modalidad virtual a través de la plataforma MiTCRD.

Con esta publicación, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana busca legar a los acuciosos del Derecho un texto de estudio y consulta que fomente la reflexión en temas de gran importancia para el mundo actual, como lo es el de la globalización. El encuentro académico reunió a distinguidas personalidades de reconocido prestigio del país como del extranjero, convirtiéndose en una experiencia enriquecedora que promovió el intercambio de las diferentes ideas y corrientes de pensamiento manifestadas por los disertantes, tanto en las conferencias magistrales como en las ponencias, en los paneles y mesas redondas.

Sin duda alguna, la globalización es un fenómeno que impacta la vida del mundo actual de una forma que no tiene precedentes. Algunos la entienden como un proceso indispensable para el desarrollo de la economía mundial que ya no podrá detenerse. Otros se resisten a la misma, considerándola una amenaza para cada país, en tanto genera desigualdades e influye de manera negativa en las condiciones de vida, pudiendo además representar un obstáculo para el progreso de las sociedades.

Este V Congreso Internacional “*Derecho Constitucional y Globalización*” sirvió de espacio para analizar las ventajas y desafíos que para los



países representa la globalización, ligado a la constitucionalización que se reafirma como eje transversal de todas las mediciones jurídicas en esta época post moderna, teniendo el Derecho Constitucional en este fenómeno universal un nuevo campo de estudio en el cual los juristas tenemos un papel capital que jugar.

Como se puede apreciar, el Congreso fue un acontecimiento de trascendental importancia que no podíamos dejar en el olvido. Fue una actividad que con mucha dedicación organizó el Tribunal Constitucional como parte del ejercicio de su labor educativa y de difusión de los estudios relativos al derecho constitucional y a los derechos fundamentales, con el objetivo común de contribuir al desarrollo de una cultura constitucional, como lo prescriben los artículos 63.13 de nuestra carta sustantiva y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, No. 137-11.

Aprovecho para agradecer al Dr. José Luis García Guerrero, jefe del Área de Derecho Constitucional, campus de Albacete, Universidad Castilla La Mancha, con la conferencia “Constitucionalizando la Globalización”, quien prestó su conocimiento magistral para la excelente coordinación académica que garantizó el éxito de este Congreso. De igual manera, a los destacados expositores locales e internacionales que con sus enjundiosas exposiciones contribuyeron a la brillantez de este magno evento académico, entre los cuales figuran los destacados juristas Dr. Luigi Ferrajoli; Licdo. Hugo Rivera, Viceministro para asuntos económicos y cooperación internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Dominicana; la Dra. Tatiana Cardoso Squeff, Profesora adjunta de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Uberlândia, Brasil y el Dr. Antonio López Castillo, Catedrático Titular Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid; así como la figura prestante del señor Gobernador del Banco Central de la República Dominicana, Lic. Héctor Valdez Albizu.

Asimismo, el Lic. Frank Alexis Fuentes representante de la República Dominicana ante el Fondo Monetario Internacional (FMI) y director ejecutivo alterno para Brasil, Cabo Verde, República Dominicana, Ecuador, Guyana, Haití, Nicaragua, Panamá, Suriname, Timor-Leste y Trinidad & Tobago; el Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla, juez del Tribunal Constitucional del Reino de España, y presidente de la Academia Iberoamericana de Justicia Constitucional; el Dr. Oscar Hernández

Álvarez, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Carabobo; la magistrada Wendy Martínez, presidenta de la Primera Sala Corte de Trabajo del Distrito Nacional; la profesora Olga Lucía González Parra, directora del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia y la Licda. Mary Fernández de Álvarez, Embajadora de la República Dominicana ante la Comisión de Propiedad Intelectual de la Cámara Internacional de Comercio y socia fundadora de la oficina de abogados Headrick, Rizik, Álvarez & Fernández.

Además, el Dr. Gerardo Eto Cruz, magistrado emérito del Tribunal Constitucional de Perú; el Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla, la Dra. María Mercedes Serrano, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Castilla La Mancha, España; el Dr. Juan Fernando Durán Alba, profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad de Valladolid, España; la Licda. Paola Santana, Fundadora y CEO de Matternet y Social Glass y el Dr. Eduardo Jorge Prats, Catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

Para cerrar el evento, contamos con el Dr. Miguel Ángel Sevilla Duro, doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y, finalmente, el Dr. Francisco Javier Matia Portilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, España.

MILTON RAY GUEVARA
Magistrado Presidente
Tribunal Constitucional de la República Dominicana

A stylized graphic of a mouth with a rainbow above it. The mouth is dark red with white lips, and the rainbow is composed of two overlapping semi-circles in shades of red and maroon. The text is centered on a light gray horizontal band.

PRIMERA JORNADA

20 DE OCTUBRE DE 2022



LIC. CAROLINA MEJÍA
Alcaldesa del Distrito Nacional.

PALABRAS DE BIENVENIDA

SALUTACIONES

Honorable magistrado Milton Ray Guevara, presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana y coordinador de la Comisión Organizadora del V Congreso Internacional de Justicia Constitucional.

Honorable señor Eduardo Estrella, presidente del Senado de la República.

Honorable magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla, juez del Tribunal Constitucional de España y secretario permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

Honorable magistrado Ygnacio Pascual Camacho, presidente del Tribunal Superior Electoral.

Honorable magistrado Román Jáquez Liranzo, presidente de la Junta Central Electoral.

Honorable señor Hugo Rivera, viceministro para Asuntos Económicos y Cooperación Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del ministro Roberto Álvarez.

Doctor José Luis García Guerrero Jefe del área de Derecho Constitucional, del campus Albacete, Universidad Castilla-La Mancha y coordinador académico del V Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional.

Honorables magistrados del Tribunal Constitucional, miembros del Cuerpo Diplomático y Consular, invitados internacionales, amigos todos:



Muy buenos días. Es un gran honor para nosotros darles la bienvenida a los honorables magistrados, juristas, estudiantes y profesionales del derecho que nos acompañan, y un especial saludo a quienes nos visitan desde otros países: sean bienvenidos a nuestra hermosa ciudad de Santo Domingo, la Primada de América.

Nos sentimos honrados de que en nuestra ciudad se realice esta quinta versión del Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional para tener este espacio de conversación y conocimiento acerca de temas tan trascendentales en el mundo de hoy día, como lo son la justicia, el derecho constitucional, la transparencia y defensa de la democracia, ejes fundamentales en la construcción de un Estado democrático.

Quiero, además, felicitar al magistrado Milton Ray Guevara, presidente del Tribunal Constitucional, a los jueces y a todo el equipo que le acompaña, por brindar día a día un servicio judicial de calidad a todos los dominicanos, en un órgano que desde su creación ha enfrentado enormes desafíos y que tiene el deber sagrado de preservar nuestra Constitución y los valores democráticos.

Desde la Alcaldía del Distrito Nacional promovemos la democracia, la participación y el diálogo en todos los espacios. Hemos trabajado arduamente estos dos años y seis meses de gestión para construir una alcaldía abierta y que escucha a los ciudadanos. Hay un hermoso trabajo que realizamos de la mano con el liderazgo comunitario en los barrios, como una forma de poner nuestros oídos en el corazón de la gente, buscando juntos las soluciones a sus necesidades; porque es de esta forma como construimos democracia, escuchando, siendo escuchados, respetando nuestras leyes y normativas y promoviendo una cultura de paz. Tengo la certeza de que a esa normativa constitucional que será discutida aquí, en este congreso, se añadirán también nociones que nos sean útiles a los tomadores de decisiones para aplicar en la cotidianidad del servicio público.



Que sean estos dos días una jornada de provecho para todos los participantes, y a nuestros invitados internacionales, que puedan también disfrutar del calor de nuestra gente, la cultura, la historia y las bondades que ofrece nuestra ciudad.

Muchísimas gracias.

LIC. CAROLINA MEJÍA
Alcaldesa del Distrito Nacional.



Magistrado presidente Dr. Milton Ray Guevara
Tribunal Constitucional de la República Dominicana

PALABRAS DE APERTURA

Damas y caballeros:

En nombre del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, y en el mío en particular, extiendo la más cordial bienvenida a las distinguidas personalidades que se han dado cita en esta ciudad varias veces centenaria, Santo Domingo de Guzmán, primada de América, capital de la República Dominicana, para participar en el “V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional” durante los días 20 y 21 del presente mes de octubre de 2022, esta vez con el tema “Derecho Constitucional y Globalización”.

Quiero destacar la honrada y digna presencia de la honorable alcaldesa del Distrito Nacional, doña Carolina Mejía Gómez. De igual manera, nos complace que nos acompañe la magistrada procuradora general de la República, doña Miriam Germán, y el honorable presidente del Senado, Ing. Eduardo Estrella.

El Tribunal Constitucional ha organizado importantes eventos internacionales; tal es el caso de la *X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, con el tema central la *Normatividad y Supremacía Jurídica de la Constitución*, celebrada en marzo de 2014, con la participación de representantes de 19 países iberoamericanos y de varios organismos internacionales.

En marzo de 2015 fuimos la sede del *II Encuentro Iberoamericano de Justicia Constitucional con Perspectiva de Género: Violencia contra la Mujer*. En noviembre de ese mismo año acogimos la celebración de las *XXII Jornadas de Derecho Constitucional: Legitimación de los órganos de la justicia constitucional en el siglo XXI*, junto al Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, con la participación de juristas provenientes de Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Panamá, y Puerto Rico.



El primer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional fue realizado en enero de 2013, con el eje temático “Tribunal Constitucional en la democracia contemporánea”; el II se realizó en noviembre de 2014, con el título “Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho”.

En octubre de 2016 fuimos la sede del III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, cuyo tema central fue el “Carácter vinculante del Precedente Constitucional” y en septiembre de 2019, del IV Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, con el tema “La constitucionalización del Derecho”.

La celebración del encuentro académico que hoy se inaugura, en el que participarán distinguidas personalidades de reconocido prestigio del país como del extranjero, es una experiencia enriquecedora que, a través del intercambio de las diferentes ideas y corrientes de pensamiento manifestadas por los disertantes, tanto en las conferencias magistrales como en las ponencias en los paneles y mesas redondas, fomenta la reflexión de todos los participantes en temas de gran importancia en el mundo actual.

En el plano jurisdiccional, esa labor se manifiesta en las más de seis mil sentencias dictadas hasta la fecha por el Tribunal Constitucional, en una proporción superior al 83 % del número de casos recibidos, en materias tales como el medio ambiente, el patrimonio público, la libertad de expresión, el derecho de propiedad privada y el derecho a la educación, las garantías fundamentales de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, sobre la materia electoral, la defensa de la soberanía nacional, los símbolos patrios, la nacionalidad dominicana, la división e independencia de los poderes públicos, el derecho a la igualdad de género y la protección de grupos vulnerables, como la mujer y los menores de edad.

Esa labor se ha sustentado, en el plano administrativo, en un esquema gerencial consignado en el Plan Estratégico Institucional, en el marco de los principios constitucionales de la buena administración; sobre manera, un sistema de gestión de calidad en todos sus procesos, certificado sucesivamente desde 2018, de acuerdo con los requisitos de la Norma ISO9001:2015, así como la Carta de Servicios del Tribunal Constitucio-

nal hacia la ciudadanía, certificada bajo los requisitos de la norma UNE 93200:2008. En la actualidad estamos en proceso de incorporar sistemas de gestión antisoborno y gestión ambiental.

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha asumido con singular empeño lo dispuesto por el artículo 35 de su ley orgánica, que le manda a “promover iniciativas de estudios relativas a derecho constitucional y a los derechos fundamentales”, con el objetivo común de contribuir al desarrollo de una cultura constitucional mediante “la formación de ciudadanas y ciudadanos conscientes de sus derechos y sus deberes”, como lo prescribe el artículo 63.13 de nuestra carta sustantiva.

El tema que nos convoca en esta oportunidad es el Derecho Constitucional y Globalización, el cual nos lleva a reflexionar sobre un fenómeno que impacta la vida del mundo actual de una forma que no tiene precedentes.

A principios de la década de los sesenta, en su ensayo “Understanding Media: The Extension of Man”, el filósofo canadiense Marshall McLuhan analizó el impacto del desarrollo de los medios de comunicación y su capacidad para superar las distancias físicas, acercando de ese modo a los habitantes de la tierra y convirtiéndolos en vecinos habitantes de una “aldea global”, que pueden saber, en tiempo real, qué hacen, cómo viven, de qué disponen los habitantes de las comunidades, regiones y países vecinos, o los de las antípodas.

Ya en ese entonces las tecnologías disponibles, que no eran ni una sombra de lo que han llegado a ser hoy día, habían convertido al mundo en un lugar más pequeño.

No es de dudar que el uso de esas facilidades suscitó un intercambio inédito de comunicación e información entre personas de distintas latitudes, que empezaron a identificar y compartir aspectos e intereses comunes, más allá de las tradicionales diferencias sociales, religiosas, ideológicas, culturales o políticas que las separaban.

No obstante, la globalización, pues a esto nos referimos, tiene sus ventajas y desventajas a nivel económico, político, social y cultural, las cuales han sido y siguen siendo frecuentemente estudiadas al surgir o detectarse nuevas manifestaciones de este fenómeno. Por un lado, la globalización



es responsable del aumento del flujo comercial y de las posibilidades de negocios para las empresas. Asimismo, propende a la internacionalización de los derechos humanos y al fomento de una cultura de respeto, tolerancia y acogida. Otros efectos positivos se verifican en el plano laboral, en el desarrollo científico y la cultura.

Sin embargo, al mismo tiempo, representa desafíos importantes en ámbitos sensibles como el principio democrático, los derechos laborales y la seguridad social, la propiedad y el régimen impositivo. Qué decir de sus efectos medioambientales, de problemáticas como la migración irregular y otros ámbitos sensibles de gran escala.

Moisés Naim, exdirector ejecutivo del Banco Mundial, en visita reciente a nuestro país, advirtió que la creciente lista de problemas de la humanidad requiere necesariamente de la actuación coordinada de los países¹. En medio de este panorama, es evidente que el derecho no ha escapado a este fenómeno. Tampoco el derecho constitucional puede hacerlo.

Precisamente, la globalización se sitúa como campo de estudio del derecho constitucional². La existencia de una relación armónica y posible entre globalización y derecho constitucional es objeto creciente de estudio. En el año 2019, etapa pre-covid, se publicó en Valencia “Constitucionalizando la Globalización”, en dos volúmenes, obra colectiva bajo la ilustrada dirección de los maestros José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón.

En esta obra, “se defiende la aparición de un nuevo campo de estudio dentro del derecho constitucional que sistematice, analice y encuentre soluciones a los diferentes embates que la globalización origina al concepto liberal Constitución, denominada técnicamente racional normativa, y que no se limitan al principio democrático, entendido en sentido muy amplio, o a la soberanía popular³”.

Para los reputados autores, “es imprescindible proceder a la elaboración de una teoría general de la globalización, tanto en su vertiente multilateral como bilateral, especialmente en este último, que tiene como ámbito material las integraciones económicas”. En consecuencia, para los doctores García Guerrero y Martínez Alarcón, “solo una vez elaborada esta teoría general será posible afrontar rigurosamente los problemas concretos que la globalización origina a los valores y principios constitucionales, a un concepto amplio de democracia, al Estado social y a los derechos de

prestación, a los derechos de los trabajadores, a los impuestos o al medio ambiente, entre otros ámbitos afectados. Definitivamente, *constitucionalizando la globalización* ha sido un proyecto más que oportuno y necesario.

Este V Congreso Internacional “*Derecho Constitucional y Globalización*” promete ser un espacio para profundizar en esta problemática y plantearnos posibles soluciones y perspectivas. Contamos con un cuerpo de conferenciantes y panelistas nacionales e internacionales que poseen amplias competencias en los temas que abordaremos hoy.

Nuestra jornada iniciará con la conferencia inaugural “Una Constitución para la Tierra”, a cargo del prestigioso jurista italiano Dr. Luigi Ferrajoli, referente obligatorio del “garantismo constitucional”. A seguidas, contaremos con la participación del Dr. José Luis García Guerrero, jefe del Área de Derecho Constitucional, campus de Albacete, Universidad Castilla La Mancha, con la conferencia “Constitucionalizando la Globalización” y coordinador académico del Congreso.

Además, tendremos el panel “Tipos de Integración Económica”, donde nos acompañarán el Licdo. Hugo Rivera, viceministro para asuntos económicos y cooperación internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Dominicana; la Dra. Tatiana Cardoso Squeff, profesora adjunta de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Uberlândia, Brasil, y el Dr. Antonio López Castillo, catedrático titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Debemos destacar que además, nos acompañará el Dr. Héctor Valdez Albizu, prominente gobernador del Banco Central de la República Dominicana, con el tema “Las diferentes funciones atribuidas a los bancos centrales. Su rol en la globalización. El Banco Central de la República Dominicana”. El Lic. Frank Alexis Fuentes, representante de la República Dominicana ante el Fondo Monetario Internacional (FMI) y director ejecutivo alterno para Brasil, Cabo Verde, República Dominicana, Ecuador, Guyana, Haití, Nicaragua, Panamá, Suriname, Timor-Leste y Trinidad & Tobago, disertará sobre “La política monetaria y financiera de la globalización”.

La jornada del primer día culminará con una mesa redonda sobre los embates de la globalización en distintos ámbitos, y estará conformada



por el Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla, juez del Tribunal Constitucional del Reino de España y presidente de la Academia Iberoamericana de Justicia Constitucional; el Dr. Oscar Hernández Álvarez, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Carabobo, la magistrada Wendy Martínez, presidenta de la Primera Sala Corte de Trabajo del Distrito Nacional, la profesora Olga Lucía González Parra, directora del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia y la Licda. Mary Fernández de Álvarez, embajadora de la República Dominicana ante la Comisión de Propiedad Intelectual de la Cámara Internacional de Comercio y socia fundadora de la oficina de abogados Headrick, Rizik, Álvarez & Fernández.

Nuestra jornada académica continuará el viernes, en horario matutino, con la conferencia “Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana”, a cargo del Dr. Gerardo Eto Cruz, magistrado emérito del Tribunal Constitucional de Perú. Seguiremos con el panel “Los modelos de constitución económica”, donde contaremos nueva vez con el Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla, la Dra. María Mercedes Serrano, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Castilla-La Mancha, España; el Dr. Juan Fernando Durán Alba, profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, España, la Licda. Paola Santana, fundadora y CEO Matternet y Social Glass y el Dr. Eduardo Jorge Prats, catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM).

En la tanda vespertina tendremos la conferencia “Las relaciones de las integraciones económicas con sus Estados parte: intergubernamentalismo y supranacionalismo”, a cargo del Dr. Miguel Ángel Sevilla Duro, doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Finalmente, el Dr. Francisco Javier Matia Portilla, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, España, tendrá a su cargo la conferencia “Vertiente interna y externa, así como bilateral y multilateral del gobierno de la globalización”.

Agradecemos profundamente la participación de cada conferenciante y panelista que nos acompañan en esta intensa jornada académica. Es un honor para el Tribunal Constitucional recibirles y poner a su disposición

este espacio, que promete ser el escenario de un encuentro académico necesario, oportuno y novedoso. Reciban todo nuestro agradecimiento y la acogida proverbial que caracteriza al pueblo dominicano.

Muchas gracias.

DR. MILTON RAY GUEVARA
Juez presidente del Tribunal Constitucional
de la República Dominicana

Roma, Italia.



Dr. Luigi Ferrajoli
Maestro del Derecho Constitucional



Presentación del magistrado presidente al conferencista inaugural, profesor Luigi Ferrajoli

Constituye un verdadero honor para el Tribunal Constitucional y este servidor contar con la esperada e histórica presentación en este V Congreso del maestro Luigi Ferrajoli, profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad Roma Tre y de muchos discípulos invisibles a través del mundo.

Citaré algunas de las obras de su autoría, a título de ejemplo: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2013); *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (2013); *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia* (2014); *Teoría del garantismo penal* (2018); *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal* (2018); *Constitucionalismo más allá del Estado* (2018) *Derecho y garantías. La ley del más débil* (2019); *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista, como modelo teórico y como proyecto político* (2019); *Manifiesto por la igualdad* (2019), entre otras obras.

El maestro ha sido decano de la Facultad de Derecho y Vicerrector de la Universidad de Camerino. Ha recibido doctorados *honoris causa* de las universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora, Nacional de La Plata, del Rosario, República del Uruguay, Castilla La-Mancha, de Valparaíso, Nacional de Córdoba, Católica del Perú, Nacional Mayor de San Agustín de Arequipa, de Barcelona, Mayor de San Marco de Lima.

Ha publicado más de seiscientos (600) ensayos, en revistas y obras colectivas. Esos méritos y otros más fueron la razón esencial para que en 2018 se publicara el *Liber amicorum Luigi Ferrajoli, El nuevo constitucionalismo y la constitucionalización de la sociedad y el derecho*, con los auspicios del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC) y con el apoyo de la Librería Jurídica Internacional. El maestro visitó nuestro país, invitado por la Oficina Nacional de la Defensa Pública, dejando un grato recuerdo y profunda admiración.



Hoy, el maestro nos hablará de una Constitución para la tierra. Los conceptos fundamentales iniciales se encuentran en la obra *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. En ella, el autor proclama que “solo un constitucionalismo global puede asegurar la supervivencia de la humanidad”. Permítanme señalar, de los 100 artículos del Proyecto de Constitución de la Tierra, solo dos: el artículo 1: La tierra, casa común de los seres vivos (seres humanos, los animales y las plantas); y el artículo 88, que establece el Tribunal Constitucional Internacional, garante de la supremacía de la Constitución de la Tierra.

La encrucijada que se le presenta a la humanidad actualmente, quizás nunca la hayamos vivido antes. En la Constitución de la Tierra, un himno a la dignidad humana y de los pueblos, me impresionó con esta expresión: “El proyecto de una Constitución de la Tierra no es una hipótesis utópica, sino la única respuesta racional y realista, capaz de limitar los poderes salvajes de los Estados y los mercados en beneficio de la habitabilidad del planeta y de la supervivencia de la humanidad”. Escuchemos al maestro Ferrajoli.

CONFERENCIA INAUGURAL:
UNA CONSTITUCIÓN
PARA LA TIERRA

Dr. Luigi Ferrajoli,
Maestro del Derecho Constitucional
Catedrático emérito de Filosofía del Derecho
Università Roma Tre, Italia

El proyecto de un constitucionalismo global¹

1. Catástrofes globales

Empezaré con una pregunta elemental: ¿el constitucionalismo hodierno –las constituciones de los Estados nacionales y también ese embrión de constitución del mundo que son la Carta de la ONU y las tantas cartas internacionales de los derechos humanos–, son suficientes para garantizar los derechos fundamentales de todos los seres humanos y los bienes vitales de la naturaleza? ¿Son suficientes para responder a los grandes desafíos globales que amenazan el futuro de la humanidad?

Yo creo que, lamentablemente, la respuesta a estas preguntas no puede ser radicalmente negativa. Creo que debemos tomar conciencia de que la humanidad atraviesa el momento más dramático de su historia. En efecto, hay problemas globales que no están en la agenda política de los gobiernos nacionales, a pesar de que el futuro de la humanidad depende de su solución.

Enumeraré cinco de estos desafíos y emergencias catastróficas. La primera es el peligro de un conflicto nuclear: el repudio de la guerra formulado en la Carta de la ONU parece eliminado del horizonte de las políticas de los gobiernos de las grandes potencias, que hablan con ligereza de la posibilidad, aunque sea “improbable”, de que la guerra criminal desencadenada por Putin contra Ucrania pueda derivar en una guerra atómica, y están todos rearmándose locamente, camino del precipicio. La segunda emergencia es el salvamento del planeta del calentamiento climático: cada año la humanidad introduce en la atmósfera una cantidad de gases de efecto invernadero superior a la inmensa del año anterior, poniendo en riesgo,

¹ Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.



a un plazo no muy largo, la misma habitabilidad de nuestro planeta. La tercera catástrofe es el crecimiento en el mundo de las desigualdades, la pobreza, el hambre y las enfermedades no tratadas: más de 8 millones de personas —24.000 al día— en gran parte niños, mueren cada año por la falta de agua potable y de la alimentación básica, y otras tantas por la falta de tratamientos y de fármacos esenciales. La cuarta catástrofe es la cruel explotación del trabajo: a causa de la competencia a la baja entre trabajadores de los países ricos y trabajadores de los países pobres, generada por la globalización salvaje, se han desmantelado las garantías de los derechos de los primeros y la explotación de los segundos ha adoptado formas paraesclavistas. En fin, el drama de centenares de millares de migrantes que huyen de una o más de estas tragedias, son rechazados en nuestras fronteras y, cuando no mueren en sus odiseas, encuentran en nuestros países opresiones y discriminaciones.

Siempre, en las vueltas de la historia, la humanidad ha reaccionado a las injusticias y a los horrores del pasado oponiéndoles, con base en la razón política y jurídica, la construcción de nuevos órdenes y artificios institucionales: el Estado legislativo de derecho siguió a las revoluciones del setecientos y el ochocientos que pusieron fin al absolutismo regio del *ancien regime*; el Estado constitucional de derecho, basado en los principios de justicia y en los derechos fundamentales establecidos en constituciones rígidas, siguió a la liberación del nazifascismo. Pero las emergencias actuales y, en particular, el calentamiento climático y la pesadilla nuclear, son muchísimo más graves y dramáticas que las del pasado, frente a las que la humanidad pudo formular en cada ocasión sus solemnes *nunca más* constitucionales. La sociedad natural y salvaje del *homo homini lupus*, concebida por Thomas Hobbes, hoy ha sido sustituida por una sociedad de lobos, ya no naturales sino artificiales —los Estados y los mercados— dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento del pasado, capaz de provocar daños irreversibles, frente a los que no llegaremos a tiempo de alzar nuevos *nunca más*.

Estas emergencias no son ni pueden ser afrontadas por las políticas nacionales, inertes e impotentes en cuanto ancladas en los estrechos espacios de las circunscripciones electorales y los cortos plazos de las elecciones y los sondeos de opinión. Y, sin embargo, es cierto que ocho millardos de personas, 196 Estados soberanos, nueve de ellos dotados de armamentos



nucleares, un anarcocapitalismo voraz y depredador y un sistema industrial ecológicamente insostenible no podrán sobrevivir a la larga sin producir catástrofes capaces de poner en riesgo la habitabilidad del planeta y la misma supervivencia de la humanidad.

Estos son datos de hecho. Por efecto de la globalización, han cambiado las coordenadas y los presupuestos del constitucionalismo, diseñados en esa gran etapa constituyente que fue el quinquenio 1945-1949 por las constituciones rígidas de la segunda posguerra en Italia y Alemania, por la Carta de la ONU y las distintas cartas internacionales de los derechos humanos. Si es cierto que el constitucionalismo consiste en un sistema de límites y vínculos impuesto a los poderes de otro modo salvajes, en garantía de los principios de justicia y de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, entonces habrá que reconocer que, con respecto a aquella etapa constituyente, han cambiado tanto los poderes a limitar como sus agresiones a los bienes y a los derechos fundamentales. Ha cambiado, sobre todo, la geografía de los poderes. Los poderes que cuentan, aquellos de cuyo ejercicio depende el futuro de la humanidad, se han trasladado fuera de las fronteras nacionales. Ha cambiado, además, la naturaleza de las agresiones al derecho y a los derechos, ahora todas de carácter global. Poderes y agresiones globales imponen un salto de civilidad, es decir, una expansión del constitucionalismo más allá del Estado, a la altura de los poderes globales de los que provienen las amenazas a nuestro futuro.

No hacen falta muchas palabras para ver la incapacidad del constitucionalismo nacional de hacer frente a los desafíos provenientes de estas agresiones globales. La democracia actual está afectada de presentismo y de localismo: no recuerda el pasado y no se hace cargo del futuro, o sea, de lo que acontecerá más allá de los tiempos de los vencimientos electorales y de las fronteras nacionales. Por otra parte, a causa de sus límites espaciales, los gobiernos nacionales y sus constituciones son objetivamente impotentes frente a las catástrofes planetarias en acto, destinadas, por desgracia, a agravarse. Ningún Estado abrirá totalmente sus fronteras si no lo hacen también los demás. Ningún gobierno podrá afrontar por sí solo los problemas del calentamiento climático, las desigualdades globales, el hambre y la sed en el mundo o las enfermedades no tratadas de centenares de millones de personas. Ningún país, y menos aún los dotados de armamentos nucleares, procederá a un desarme unilateral. Además, se



ha invertido la relación entre mercados y Estados, por la asimetría entre el carácter global de los primeros y el carácter local de los segundos. Ya no son los Estados los que garantizan la competencia entre las empresas, sino las grandes empresas multinacionales las que ponen a competir a los Estados, privilegiando con sus inversiones a aquellos países en los que mejor puedan explotar el trabajo, pagar menos impuestos, devastar el medio ambiente y corromper a los gobiernos.

Por otra parte, ha fracasado ese embrión de “Constitución del mundo” formado por la Carta de la ONU y las distintas cartas internacionales de derechos humanos. Las razones de la quiebra de la ONU son, esencialmente, dos. La primera consiste en la contradictoria conservación de la soberanía de los Estados en su carta estatutaria. Todo el derecho internacional, todas las instituciones y las organizaciones internacionales están modelados según el paradigma del Estado nacional soberano. Son los Estados los únicos actores y destinatarios del derecho internacional. Es claro que la conservación de la soberanía de los Estados y, consecuentemente, de las distintas y desiguales ciudadanías estatales hace ilusorios, en cuanto no rígidamente vinculantes, los principios de paz e igualdad y los derechos fundamentales, por más que estén establecidos en las distintas cartas de derechos humanos.

La segunda razón del fracaso de estas cartas está en la falta de previsión de instituciones de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales establecidos en ellas. A diferencia de los derechos patrimoniales, que nacen a la vez que sus garantías —el crédito con la deuda, la propiedad privada junto a la prohibición de perturbar su ejercicio— los derechos fundamentales requieren leyes de actuación que introduzcan la prohibición de lesiones y las obligaciones de prestaciones que constituyen sus garantías. En cambio, poco o nada se ha hecho en materia de actualización de estas cartas. La única garantía importante que se ha introducido es la institución del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, pero a su estatuto no se han adherido las mayores potencias. Así, los principios de la paz y la igualdad, los derechos de libertad y los derechos sociales de todas las personas, prometidos en las distintas cartas de derechos, se han quedado en el papel para la gran mayoría del género humano, como promesas incumplidas.

En consecuencia, el actual constitucionalismo es del todo inadecuado para garantizar la paz, la democracia y los derechos universales, por más



que sean proclamados en tantas cartas constitucionales e internacionales. Con ello, esta inadecuación suscita dos cuestiones, y ambas requieren una revisión de las categorías jurídicas y políticas con las que leemos la realidad y formulamos las propuestas de solución de los problemas generados por ella. La primera se refiere a la naturaleza de las catástrofes aludidas. La segunda, a la naturaleza de las respuestas políticas, jurídicas e institucionales posibles.

2. Crímenes de sistema

Preguntémonos, ante todo, por la naturaleza de las cinco emergencias catastróficas que acaban de enumerarse. Diré enseguida que no pueden concebirse como crímenes en sentido penal. Al igual que sus víctimas, pueblos enteros, y a veces toda la humanidad, los autores no son identificables como personas individuales, sino que son mecanismos del sistema económico y político. Además, del mismo modo que sus masivos efectos catastróficos no pueden concretarse en precisos y determinados resultados dañosos, tampoco las acciones que los provocan, igualmente masivas, son comportamientos singulares y determinados, en cuanto tales previsibles como delitos, pues consisten en complejos conjuntos de actividades políticas y económicas realizadas por una pluralidad indeterminada y no determinable de sujetos. Dicho sencillamente, se trata de agresiones a los derechos de las personas que el derecho penal no puede afrontar, dado que carecen de los requisitos impuestos por sus principios garantistas: desde el de determinación de los hechos punibles a la relación de causalidad entre acciones individuales y cataclismos medioambientales y sociales, hasta el principio de la responsabilidad personal en materia penal.

Pero estas tragedias no son fenómenos naturales. No lo son la carrera de los Estados para dotarse de armamentos cada vez más mortíferos, ni los cataclismos y las devastaciones provocadas por el actual desarrollo industrial incontrolado. Tampoco lo son los millones de muertos por hambre, sed y enfermedades no tratadas, debido a las políticas rapaces de los países ricos y a la completa omisión de socorro. Menos aún lo son las medidas de rechazo de las que son víctimas cada año millones de migrantes. Y estas catástrofes no son simples injusticias. Son violaciones masivas de los



derechos fundamentales estipulados en las distintas cartas constitucionales, tanto nacionales como supranacionales.

Hay, por tanto, un interrogante de fondo al que es preciso responder: si es admisible que la criminología, la ciencia jurídica, la ciencia política y el debate público ignoren o, en cualquier caso, se desinteresen de semejantes violaciones de los derechos humanos y los bienes fundamentales. Más aún, teniendo en cuenta que, por un lado, contradicen todas nuestras cartas constitucionales e internacionales y, por otro, que de no ser afrontadas por el derecho y por la política, mediante la introducción de las adecuadas garantías y de las conexas funciones e instituciones de garantía, pueden hacer vanas todas nuestras conquistas de civilidad y provocar, más pronto que tarde, la destrucción de la convivencia pacífica y de la misma estabilidad del planeta.

La cuestión tiene que ver con la noción de “crimen” y el papel científico y explicativo de la criminología. Las ciencias criminológicas tradicionales y el debate público han sido siempre subalternos del derecho penal, al haber concebido, denominado y estigmatizado como “crímenes” solo los comportamientos desviados previstos por el derecho penal como delitos. De este modo, tanto las ciencias jurídicas y sociales como el debate político han cumplido y siguen cumpliendo un importante papel de legitimación ideológica: la descalificación como injustos y moralmente reprobables de solo los hechos previstos como delitos por nuestros sistemas penales, y la legitimación como justos o, al menos, como permitidos y no injustos, de los hechos no incluidos en el Código Penal. Así, sobre todo en estos últimos años, en el debate público y en el sentido común, se ha producido una singular plasmación del juicio, no solo político y moral, sino también jurídico, sobre los únicos parámetros del derecho penal, convertidos ahora ya en la principal clave de lectura de las culpas y las responsabilidades de la política. Solo los hechos previstos y juzgados como delitos, es decir, como crímenes en sentido penal, suscitan indignación y estigmatización moral y política. En cambio, se considera permitido todo aquello que no esté prohibido como delito. Fenómenos antijurídicos como los aquí recordados, incomparablemente más catastróficos que todos los delitos, precisamente porque no afrontados por el derecho penal, resultan, de hecho, tolerados con resignación o con indiferencia.

Por el contrario, la emancipación y la autonomía científica de la criminología y de la ciencia jurídica y, más aún, la autonomía política del debate

público, requieren que la previsión de un hecho como delito no sea considerada condición necesaria de su estigmatización como “crimen”, obviamente en sentido no penal. En efecto, pues una criminología científica no subalterna de las contingentes opciones legislativas de política penal, debe concebir como *crímenes*, además de los delitos más graves previstos y castigados por el derecho penal, aquellas actividades políticas, económicas y sociales que, aun sin ser reconducibles a la responsabilidad penal de personas individuales, son responsables de catástrofes planetarias, en culpable contradicción con elementales principios constitucionales formulados en las distintas cartas y convenciones sobre derechos humanos que forman parte de nuestros ordenamientos.

Por eso, es necesario ampliar la noción de “crimen” también a estas agresiones —las devastaciones medioambientales, las explosiones y las amenazas nucleares, los millones de muertos al año por la falta de fármacos esenciales, agua y alimentación básica— no atribuibles a personas concretas y, sin embargo, contrarias al derecho y enormemente dañosas para pueblos enteros y a veces para toda la humanidad. Es por lo que he propuesto la introducción en el léxico jurídico y político de una noción de ‘crimen’ más amplia que la de *crimen penal*, para incluir en ella también esta amplia clase de violaciones masivas de derechos y bienes fundamentales, que no consisten en acciones individuales imputables a la responsabilidad de personas determinadas. He llamado a estas violaciones *crímenes de sistema*. Además, es evidente que la previsión de estos crímenes de sistema podría muy bien comportar la institución de una o varias jurisdicciones internacionales de solo la verdad, según el modelo de la Comisión de la Verdad ensayado en Sudáfrica, al final del *apartheid*, con poder para comprobarlos y para establecer las responsabilidades políticas por su ejecución. Por ejemplo, una jurisdicción internacional en materia de agresiones al medio ambiente, otra sobre el hambre en el mundo y las enfermedades curables pero no tratadas, otra más sobre los millones de muertes provocadas cada año por el uso de las armas de fuego.

Lo que cuenta es la autonomía, en el debate público, del punto de vista externo respecto del interno del derecho penal, de modo que puedan llamarse por su nombre —precisamente, crímenes de sistema— a las violaciones masivas imputables a responsabilidades no penales sino políticas. Porque, en efecto, ha sido a causa de la subalternidad al derecho penal y a los filtros selectivos y justamente garantistas mediante los que se identifican los ilícitos penales, como la criminología tradicional y el debate político han acabado ignorando estos macrocrímenes de sistema



y, al mismo tiempo, las responsabilidades políticas, económicas y sociales por los daños gigantescos que provocan. Y es solo porque tales crímenes no son tratados ni tratables por la justicia penal, justamente anclada en los principios garantistas de la responsabilidad individual y de la taxatividad en la tipificación de los comportamientos punibles, por lo que no producen escándalo sino una aceptación acrítica —la actual banalización del mal— como si fuesen fenómenos naturales o de algún modo evitables. Por eso, para prevenir y hacer frente a estas violaciones y, al mismo tiempo, para imputar su producción a las responsabilidades políticas y morales de quienes podrían impedir las, introduciendo las garantías adecuadas, es necesario promover su percepción social como crímenes intolerables de relevancia constitucional, aunque no sean atribuibles a la responsabilidad jurídica de personas concretas y determinadas. No se olvide que el lenguaje jurídico tiene siempre un papel performativo del sentido común.

3. Dos opuestas concepciones de la Constitución y del constitucionalismo

Así las cosas, la siguiente pregunta suscitada por estos crímenes es si pueden ser impedidos mediante garantías idóneas o si, en cambio, habremos de resignarnos a la tesis corriente, según la cual no existen alternativas a lo que de hecho acontece. Es la segunda y más importante cuestión planteada por estas emergencias: la de la respuesta institucional capaz de hacerles frente. Me parece evidente que esta respuesta, es decir, un adecuado sistema de límites y vínculos a los poderes globales y a sus agresiones solo puede consistir en la construcción de una esfera pública planetaria basada en la expansión del paradigma constitucional más allá del Estado nacional.

Surge así una cuestión teórica de fondo, relativa al papel de las constituciones y la naturaleza misma del constitucionalismo. Hay, en efecto, dos concepciones opuestas de la Constitución y del constitucionalismo. Según la primera, que ha prevalecido siempre en nuestra tradición, existiría un nexo entre constitución, pueblo y Estado nacional. Las constituciones serían posibles, antes incluso que deseables, solo si estuvieran basadas en la existencia de un pueblo y del correspondiente Estado soberano. “Hay que limitar la palabra ‘constitución’ —escribió Carl Schmitt, al que se debe esta concepción nacionalista e identitaria— a Constitución *del Estado*,

es decir, de la unidad política de un pueblo”^{2*}. Esta expresa “la unidad política del pueblo como conjunto político”, de acuerdo con el “axioma democrático fundamental de la identidad de voluntades de todos los ciudadanos”^{3**}. Es claro que tal unidad y tal identidad no existen a escala internacional. Pero en sociedades democráticas —basadas en el pluralismo, en el conflicto político y en las luchas de clases— estas tampoco existen en el plano nacional. En efecto, pues solo son concebibles a partir de la idea schmittiana, autoritaria e iliberal, del *demos* como entidad homogénea, en relación de oposición y de exclusión con los otros pueblos, pero también con cuantos, en la perspectiva de esta supuesta homogeneidad, son diferentes o discrepantes, y por eso, enemigos virtuales.

Radicalmente opuesta es la idea de constitución que se expresa en el universalismo de los derechos humanos estipulados en las constituciones de la segunda posguerra, y en el principio de igualdad como igual valor de todas las diferencias de identidad y desvalor de las desigualdades económicas y materiales. Así entendidas, las constituciones y los principios establecidos en ellas, a diferencia de las leyes ordinarias, no pertenecen a la que se puede llamar *esfera de lo decidible*, que en democracia está confiada a la voluntad popular y a sus representaciones. Las constituciones son pactos de convivencia pacífica y solidaria entre diferentes y desiguales, en las que se encuentra estipulada la *esfera de lo no decidible*: lo que ninguna mayoría puede decidir, es decir, las limitaciones de los derechos de libertad, que son todos derechos a la tutela y a la afirmación de las propias diferencias personales, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, esto es, la satisfacción de los derechos sociales, que son todos derechos a la eliminación o a la reducción de las desigualdades económicas y materiales. Es por lo que las constituciones son legítimas y democráticas, no porque sean “queridas” por el pueblo, o sea, por todos o por la mayoría, sino por lo que garantizan a todos, incluso a su pesar. Y son tanto más legítimas y necesarias cuanto mayores son las diferencias que están llamadas a tutelar y las desigualdades que tienen el cometido de reducir. Legítimas y necesarias,

2* SCHMITT (Carl), *Teoría de la Constitución* (1928), trad. de F. Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, § I, p. 3

3** SCHMITT (Carl), *El defensor de la Constitución* (1931), en Carl SCHMITT y Hans KELSEN, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, trad. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, estudio preliminar de G. Lombardi, Tecnos, Madrid, 2009, III, § 4, p. 286 y II, § 1, p. 155.



pues, más aún que a escala nacional, a escala global, donde son mayores las diferencias de identidades —étnicas, lingüísticas, religiosas, culturales— que las constituciones están obligadas a tutelar y las desigualdades económicas y materiales que tienen el deber de reducir.

Por eso hay que rechazar el nexo entre constitución y Estado nacional, que sigue pesando en la cultura constitucionalista. Porque contradice la idea misma de constitución que expresan todas las cartas internacionales y las constituciones rígidas de la segunda posguerra; y porque hoy el constitucionalismo nacional no está a la altura de los desafíos generados por la globalización y por los poderes globales, que hacen época y amenazan, más aún que los poderes estatales tradicionales, los derechos y los bienes fundamentales de todos. Por eso, todos los nacionalismos son los obstáculos y no las bases sociales y culturales del constitucionalismo. Por eso, los Estados soberanos, inventados por la cultura occidental junto con las distintas ciudadanía son, al igual que los mercados globales resistentes a límites y controles jurídicos, los verdaderos enemigos del constitucionalismo, del principio de igualdad y de los derechos fundamentales: porque tales derechos y sus garantías son universales o no lo son. Es por lo que las constituciones democráticas, teniendo como tarea garantizar el pluralismo político y el multiculturalismo y, a la vez, condiciones de vida digna para todos los seres humanos, son internacionalistas por naturaleza, es decir, antinacionalistas y antifascistas. Su lógica, con expresión en los derechos humanos y en el principio de igualdad, no es nacional sino universal. No es casual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos haya querido llamarse “universal”. Por eso, la expansión del constitucionalismo más allá del Estado no es solo una ampliación de esta; es también, incluso antes, su *adveración* y su coherente *actuación*.

Así las cosas, solo si adverdado y actuado de este modo, el constitucionalismo, situándose a la altura de los Estados y los mercados globales, estará en condiciones de limitar sus poderes salvajes. Precisamente, esta concepción universalista de las constituciones requiere la expansión del constitucionalismo rígido, más allá del Estado, en una cuádruple dirección: hacia un *constitucionalismo supranacional*, prolongación del estatal expresado por las constituciones de los diversos países; hacia un *constitucionalismo de derecho privado*, añadido al de derecho público, edificado sólo frente a los poderes públicos, pero no en cambio frente a los poderes económicos privados; hacia un *constitucionalismo social*, prolongación del

liberal, a través de las garantías de los derechos sociales y no solo de los de libertad; hacia un *constitucionalismo de los bienes fundamentales*, desde los bienes comunes a los fármacos esenciales y a la alimentación básica, como prolongación del de los derechos fundamentales.

Son cuatro expansiones dictadas por la misma lógica del constitucionalismo, cuya historia ha consistido, hasta hoy —y habrá de consistir, si es que quiere sobrevivir—, en una progresiva ampliación de la esfera de los derechos. De los derechos de libertad en las primeras declaraciones y en las constituciones del ochocientos, a los derechos de los trabajadores y los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente, a la información, al agua potable y a la alimentación, hoy reivindicados y todavía no constitucionalizados. Ha sido una historia social y política, antes que teórica, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que todos fueron conquistados por los movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, luego los movimientos decimonónicos europeos por los estatutos, más tarde, la lucha de liberación antifascista de la que nacieron las actuales constituciones rígidas, en fin, las luchas obreras, feministas, ecologistas y pacifistas de los pasados decenios. Hoy es un nuevo salto de civilidad el que los desafíos globales imponen al derecho y a la política: la construcción de un constitucionalismo global, como actuación de la lógica universalista del constitucionalismo tomado en serio.

4. Dos concepciones opuestas del realismo político. El papel de la cultura jurídica y política

Naturalmente, nada permite ser optimistas en lo que se refiere a esta expansión del paradigma constitucional más allá del Estado. Todo hace suponer que seguirán prevaleciendo la miopía y la irresponsabilidad de los gobiernos y los intereses de los grandes poderes económicos globales. Pero, para no desresponsabilizar a la política, y para no legitimar como inevitable lo que, en cambio, es fruto de la voluntad de los poderosos, hay que distinguir lo que es improbable por la miopía de la política y por los obstáculos que oponen los corpulentos intereses privados, de lo imposible en el plano teórico.



Tal es la confusión que habitualmente se produce y que, en nombre del realismo político, permite descalificar como utópica e irrealizable la perspectiva de la posible expansión del constitucionalismo a escala global que aquí se sostiene. Paso así a tratar de la segunda cuestión teórica de fondo —más exactamente, una cuestión de carácter metateórico y epistemológico— que, entiendo, se impone a la reflexión de la filosofía política, la ciencia jurídica y, sobre todo, a las disciplinas constitucionalistas. Me refiero al significado mismo del realismo político y jurídico que, desde hace decenios, pesa como una suerte de obsesión sobre los estudios de teoría política y de teoría del derecho, paralizando su capacidad de innovación teórica y de proyecto político.

Pienso que hay que distinguir dos tipos opuestos de realismo. Está el que llamaré *realismo vulgar*, consistente en la naturalización de la realidad social, del derecho y de la política a través de la bien conocida tesis de que “no existen alternativas” a lo que de hecho acontece. Es un realismo ideológico, que produce una suerte de legitimación cruzada: la *legitimación científica* de la tesis teórica de la falta de alternativas al estado de cosas existente, mediante la descripción del funcionamiento de hecho de las instituciones y, a la inversa, la *legitimación política* del estado de cosas existente, merced a la tesis teórica de que no hay alternativas a las reales, en cuanto efectivas, leyes del más fuerte, como normas fundamentales, que lo son más que las inefectivas cartas constitucionales. Es el realismo que ignora la normatividad del derecho y específicamente de las constituciones y, de este modo, acaba legitimando y secundando como inevitable lo que no es sino obra de los hombres, de lo que son responsables los actores de nuestra vida económica y política.

Hay un segundo tipo de realismo, al que llamaré *realismo racional* —el realismo de Hobbes, Kant, Marx, pero también, y, sobre todo, de las constituciones más avanzadas— que, frente a las injusticias y las catástrofes determinadas por el juego “natural” e incontrolado de las relaciones de fuerza, elabora en el plano teórico y formula en el plano normativo, los remedios racionales capaces de asegurar la dignidad de las personas y su convivencia pacífica. Según este realismo, existen alternativas: son las ofrecidas por la tradición misma del constitucionalismo moderno, como sistema de límites y vínculos rígidos a los poderes salvajes de los más fuertes, y depende de la cultura jurídica actualizarlas, de los movimientos y las fuerzas democráticas reivindicarlas y de una política de progreso adoptarlas.



Mientras, sucede que la verdadera utopía, la hipótesis menos realista, es la idea de que la realidad puede permanecer a largo plazo tal como es: que podremos seguir basando nuestras democracias y nuestros despreocupados tenores de vida en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y en el desarrollo de nuestras economías... pero insostenible para el medio ambiente. Todo esto no puede durar. Es el propio preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 el que, con realismo y racionalidad, establece un nexo de implicación recíproca entre paz y derechos, seguridad e igualdad y, habrá que añadir, entre salvamento de la naturaleza y salvamento de la humanidad, que solo una Constitución de la Tierra y sus instituciones de garantía hoy pueden asegurar. Por eso, el constitucionalismo global no es una utopía. Al contrario, es la única respuesta racional y realista al mismo dilema afrontado hace cuatro siglos por Thomas Hobbes: la general inseguridad determinada por la libertad salvaje de los más fuertes, o bien el pacto racional de supervivencia, de convivencia pacífica y de mutuo socorro basado en la prohibición de la guerra y en las garantías de la vida.

Si esto es cierto, nos corresponde a los juristas desempeñar una tarea insustituible. Las constituciones rígidas han diseñado el deber ser del derecho. Han impuesto límites y vínculos a los poderes salvajes de los más fuertes. Han tomado posición, como el art. 3, 2º de la Constitución italiana, contra la realidad de los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas. Han señalado a la política y a las luchas sociales horizontes y proyectos elevados, difíciles pero posibles. Y, por eso, han invertido la antigua función social del derecho, de la jurisdicción y de la ciencia jurídica: ya no la mera conservación, sino la transformación del orden de los poderes y las relaciones sociales, en actuación de los principios establecidos en ellas. De aquí un nuevo papel y un nuevo atractivo del derecho y de la cultura jurídica, llamada a la crítica de la realidad presente y a proyectar la realidad futura.

Ciertamente, no podemos ni debemos hacernos demasiadas ilusiones sobre las capacidades de tutela y sobre el papel de progreso del derecho. El garantismo, los derechos, las garantías, los principios constitucionales son las leyes de los más débiles, que tienen de su parte la fuerza del derecho y de las constituciones. Los fuertes, sin embargo, tienen de su parte la fuerza, es decir, el dinero, la violencia, la prepotencia, la despreocupación, la capacidad de mistificación ideológica, la total disposición a violar, en



su propio interés, el derecho y los derechos tantas veces como les resulte posible. Pero esta es una razón más para que los juristas tomen en serio el derecho vigente y su misma profesión, que no permite ignorar las divergencias entre el deber ser y el ser efectivo del derecho, entre los derechos y los principios de justicia positivamente establecidos y sus llamativas violaciones en perjuicio de millardos de seres humanos. Precisamente frente a estas violaciones, la ciencia jurídica puede desempeñar un papel de desvelamiento, de crítica, de deslegitimación y, sobre todo, de estímulo a la actuación del paradigma constitucional.

Estos son los fines que he perseguido con el proyecto de una Constitución de la Tierra, publicado en el volumen *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*: mostrar, ante todo, también mediante la elaboración de un esbozo de esta en 100 artículos, que la alternativa es posible; que es posible la justiciabilidad de las lesiones de las libertades fundamentales debidas a los regímenes despóticos, y asimismo la garantía de los derechos a la salud, la educación y la subsistencia de todos los seres humanos, la ciudadanía universal, la abolición de las armas y los ejércitos, la creación de un demanio planetario para la tutela del medio ambiente, la institución de un fisco mundial sobre los grandes patrimonios y sobre los altísimos beneficios capaces de financiar las instituciones globales de garantía. Hay un segundo objetivo: mostrar que si se toman en serio el derecho y las constituciones, la alternativa es obligada. Más aún: es necesaria y urgente, porque es la única alternativa posible a un futuro de catástrofes.

En esta perspectiva, quiero concluir con una nota de optimismo. Está produciéndose una novedad: el mundo es cada vez más interdependiente. Hace sesenta años lo habitábamos dos millardos de personas, y lo que acontecía en la otra parte del planeta era desconocido para nosotros y, en todo caso, irrelevante e indiferente. Hoy somos casi ocho millardos y, sin embargo, el mundo es bastante más pequeño que entonces: basta pensar en el virus de la pandemia, nacido en China, pero que no conoce fronteras y se extendió en pocas semanas por todo el mundo. La humanidad está cada vez más integrada, es más frágil y, repito, más interdependiente, porque estamos todos interconectados; porque a todos nos gobiernan poderes económicos y financieros globales; porque todos estamos expuestos a idénticas amenazas y a las mismas emergencias, que pueden llevar a hacer inhabitable la Tierra y a la extinción de la humanidad.



Esto quiere decir que, por primera vez en la historia, existe un pueblo global, en cuanto interconectado y unificado por los mismos desafíos y amenazas globales. No solo. Por primera vez en la historia, está manifestándose un interés público y general bastante más amplio y vital que todos los distintos intereses públicos del pasado. El interés de todos en la supervivencia, asegurado por la prohibición de las armas y los ejércitos y por las garantías de los bienes naturales comunes y de los derechos fundamentales de todos, como límites y vínculos a todos los poderes, tanto políticos como económicos. Esta es la gran, positiva novedad generada por las emergencias y los desafíos globales: la creciente interdependencia de todos los pueblos de la tierra, idónea para generar una solidaridad sin precedentes entre todos los seres humanos y para refundar la política como política interna del mundo. Naturalmente, el proceso constituyente de una Federación global basada en una Constitución de la Tierra está destinado a encontrar obstáculos potentísimos: en la miopía de la clase política, interesada en mantener sus propios míseros poderes, y en los intereses de los grandes poderes económicos y financieros. Sin embargo, frente a los desafíos y las amenazas que nos unen a todos, pobres y ricos, débiles y fuertes —la Tierra, dice un viejo eslogan, es el único planeta que tenemos—, un despertar de la razón es posible. Lo importante es que se produzca antes de que sea demasiado tarde.

CONFERENCIA:
CONSTITUCIONALIZANDO
LA GLOBALIZACIÓN

Dr. José Luis García Guerrero,
Jefe del área de Derecho Constitucional
Campus de Albacete, Universidad Castilla-La Mancha



Dr. José Luis García Guerrero

El Dr. José Luis García Guerrero es licenciado en Derecho por la UNED en 1986. Doctor en Derecho por la UCLM en 1993. Profesor Titular de Derecho Constitucional por libre oposición en 1995. Fue acreditado por ANECA al cuerpo de catedráticos de la universidad el 5 de septiembre de 2016, obteniendo la Cátedra por la UCLM en 2019. En 1986 ingresó en la UCLM, donde ha sido responsable de 73 asignaturas de licenciatura y grado y de 47 en cursos de doctorado y posgrado. En este nivel, además, ha sido contratado en 63 ocasiones por diversas Universidades en diferentes países. Es autor y coautor de 11 libros de investigación, un monográfico de Estudios de Deusto, 21 artículos de revista y 48 capítulos de libro publicados en España, Italia, Suecia, Dinamarca, México, Brasil, Perú, Ecuador, Cuba y República Dominicana..

Ha participado en 30 proyectos de investigación en procedimiento competitivo y liderado dieciséis de ellos. Actualmente, es Investigador Principal (IP) del proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Economía de España, “Democracia y solidaridad en las integraciones económicas”, que aglutina a 19 investigadores de 9 universidades. Evaluador de la ANEP y de las principales revistas españolas, integrante de redes de investigación y vocal de comisiones editoriales, juntas electorales; claustral y jefe de área.

I. UN ADECUADO ENFOQUE METODOLÓGICO PARA SU ESTUDIO

La relación entre globalización y Derecho constitucional es relativamente reciente. Hace aproximadamente tres décadas alguna literatura jurídica llamó la atención sobre algunos problemas que la globalización podía originar a la ciencia constitucional¹. No obstante, los primeros estudios que contienen avances significativos se enmarcan en el ámbito del Derecho comunitario, al tratar de resolver los importantes problemas constitucionales que la integración económica europea originaba.

La primera aproximación de este investigador a la materia se produjo en el año 2005, cuando el Senado de la República Dominicana encarga una ponencia para que se analicen las consecuencias constitucionales de las integraciones económicas, a efectos de incluir cláusulas constitucionales en una futura reforma constitucional², que vería la luz en 2010. Con la ayuda de la doctrina de Derecho comunitario sobre el proceso de integración europeo y de la ciencia económica ya se pudo afirmar que la Organización Mundial del Comercio (OMC) tenía una disyuntiva entre multilateralismo y bilateralismo (integraciones económicas regionales) como vía para afirmar su objetivo de consagrar el libre comercio mundial de mercancías y de algunos servicios. También se concluyó que los obstáculos a la vía multilateral llevaron a la OMC a recurrir a incentivar la vía bilateral, esto

1 DE VEGA (Pedro), "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998. HABERMAS (Jürgen), *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, Katz, 2008, pp. 228-229.

2 "Integración económica y reforma constitucional", en el libro colectivo: *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, ONU, PNUD, Santo Domingo, 2005, pp. 135-155.



es, a alentar las integraciones económicas regionales ya existentes como vía para conseguir los objetivos del sistema multilateral en un ámbito geográfico más reducido. A partir de este momento se incrementaron sustancialmente las integraciones económicas en todo el mundo.

No obstante, en aquel primer trabajo se extrajeron dos conclusiones relevantes. En primer lugar, que eran discernibles por la mayor o menor intensidad de la integración económica cuatro tipos: Acuerdo de libre comercio, Unión aduanera, Mercado común y Unidad económica supraestatal; y que a medida que se profundizaba en la integración y se pasaba de un tipo a otro se originaban problemas constitucionales cada vez más intensos, especialmente en lo relativo a la soberanía popular, a la distinción entre poder constituyente y constituido y en relación al principio democrático. En segundo lugar, se llegó a la conclusión de que cuando los Estados que se integraban tenían el mismo modelo de constitución económica las consecuencias constitucionales de la integración disminuían y todo lo contrario sucedía cuando los países integrados presentaban modelos diversos.

La segunda aproximación a la materia se publica en 2013³ y viene marcada por un contexto en que la doctrina constitucional española mostraba su preocupación por las consecuencias de la precipitada reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución. Para esta literatura jurídica las medidas adoptadas por la Unión Europea para combatir la mayor crisis económica desde la Segunda Guerra Mundial, entre otras, la regla de oro, estaban generando un importante retroceso en los derechos sociales y en los de los trabajadores⁴.

En este contexto, la nueva publicación plantea como novedosa hipótesis de trabajo que las afecciones al concepto racional normativo de Constitución no se limitan a ciertas partes de las Constituciones de los

3 “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)*, Coordinadores JORGE PRATS (Eduardo) y VALERIO JIMINIÁN (Manuel), Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, República Dominicana, 2014, pp. 544-591.

4 Entre la amplia literatura jurídica existente véase *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria (El artículo 135 de la Constitución española)*, dirigido por LÓPEZ GARRIDO (Diego) y coordinado por MARTÍNEZ ALARCÓN (María Luz), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013. Y Jimena Quesada (Luis), *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho (Construcción del Estado Social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Estados miembros, sino que inciden en la práctica totalidad de la Norma Fundamental. Además, no es la integración europea la única responsable, sino la globalización en su conjunto, que condiciona y determina la Constitución de un Estado miembro (asimétricamente) y a la propia estructura constitucional de una integración. La Unión Europea, pese a su fortaleza (comparada con los Estados que la integran), tiene unos márgenes de discrecionalidad en la toma de sus decisiones fuertemente condicionados por la globalización.

Se había concluido que a medida que se profundizaba en la integración y se pasaba de un tipo a otro, de entre los cuatro existentes, se incrementaba el embate⁵ al principio democrático, entendido en sentido amplio. En la nueva publicación se concluye, como se acaba de indicar, que la afección no se limita a la democracia, sino que se extiende a todo el orden constitucional y que esto es en la primera fase de la globalización, pero se está iniciando una segunda fase, caracterizada, principalmente, porque se están firmando nuevos Acuerdos de libre comercio en que una de las partes o ambas es una integración económica y esto va a originar nuevos y más profundos problemas constitucionales.

Nilhil novum sub sole, en 2004, un año antes de que este autor hiciera su primera aproximación a las integraciones, la ciencia económica ya había anticipado el núcleo del problema de las relaciones entre globalización y Derecho constitucional, en lo que es probablemente una gran aportación a la ciencia constitucional. Dani Rodrik había formulado su famoso

5 En el I Congreso Internacional de Estudios Jurídicos “El Derecho en el contexto de la Globalización” (23, 24 y 25 de agosto de 2016) en Cartagena de Indias, Colombia, fueron muchos los investigadores, especialmente anglosajones y alemanes, que discutieron el empleo del término embate. Otro tanto sucedió en los informes previos exigidos para la publicación del artículo en la REP. Parece necesario ofrecer alguna explicación sobre su utilización. La constitución racional normativa se ha mostrado a lo largo de los dos últimos siglos, frente a los poderosos ataques doctrinales y empíricos que ha sufrido, tan fuerte como las rocas de granito frente al embate de las olas del mar, a veces son suaves, en otras intensas, como cuando hay galernas, pero, en cualquier caso, su acción continua acaba por erosionar y destruir la roca. La globalización, si no se adoptan medidas correctoras, opera de la misma forma. Su embate al concepto liberal de constitución es suave al principio del multilateralismo, también en los primeros tipos de integración, pero se intensifica, como las tormentas en la costa, cuando se avanza al tercer o cuarto tipo de integración y más aún cuando se avanza a la segunda fase de la globalización; en el tiempo, se estima que acabaría destruyendo el concepto. Por esta razón se emplea el término embate y se considera que es imprescindible un estudio de algunos de sus elementos, desde una perspectiva constitucional, con carácter previo a afrontar los problemas concretos que origina a la Constitución liberal, antes de que el embate de la globalización pueda destruirla.



trilema, que podríamos traducir, con alguna licencia, como la soberanía, la democracia y las integraciones y su interdependencia, lo que le lleva a considerar inviable un incremento de dos de las tres variables; así, entre las varias opciones, ve en una disminución de la integración la posibilidad de potenciar el contenido del principio democrático⁶ (precisamente lo que hasta el *Brexit* había intentado, la democracia más antigua del mundo: el Reino Unido⁷). El acceso a este importante trabajo se debió al profesor Rubio Llorente, que en su discurso de investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Valladolid⁸ situó a la globalización como uno de los tres grandes problemas del Derecho constitucional español y llamó la atención sobre el libro del economista de Harvard.

En el año 2014 se inicia un proyecto de investigación coordinador que da origen a este libro, que aglutina a más de cincuenta investigadores y que toma punto de partida el estado de la cuestión, hasta aquí sintéticamente reseñado, y el trabajo de 2013 como hipótesis de partida⁹. No obstante, el rumbo de la investigación no era sencillo de determinar. Las relaciones entre Derecho y globalización estaban y están siendo afrontadas por la mayor parte de las disciplinas jurídicas. Desde la Teoría del Derecho, especialmente anglosajona, se habla de un mundo en que el Estado ha dejado de ser el referente y donde cohabitan múltiples

6 RODRIK, *La paradoja de la globalización (Democracia y el futuro de la economía mundial)*, Antoni Bosch, Barcelona, 2011. Este trabajo ya había sido publicado por el catedrático de Harvard en su primera versión en inglés en 2004.

7 En las élites británicas siempre ha estado muy presente la preocupación por el embate que a la democracia supone el proceso de integración europea. Para reducirlo, siguieron el trilema de Rodrik, incluso antes que este fuera concebido; primero, permaneciendo en el tipo de Mercado común, con la consecuente renuncia a profundizar en una unidad económica y monetaria supraestatal y justo antes del *Brexit*, forzando un acuerdo con la Unión Europea, concretamente el de febrero de 2016, para mantenerse en el Mercado común, pero recuperando competencias que salvaguardaran, en mayor medida, su soberanía. Véanse las Conclusiones del Consejo Europeo, 18 y 19 de febrero de 2016, disponible en www.consilium.europa.eu/es/policies/uk/2016-uk-settlement-process-timeline/, última consulta: 16/03/2016. Préstese especial atención a los Anexos I, II y VI. ANEXO I. Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea. Sección A. Gobernanza Económica. Sección B. Competitividad. Sección C. Soberanía. Sección D. Prestaciones Sociales y libre circulación. Sección E. Aplicación y disposiciones finales.

8 RUBIO LLORENTE (Francisco), *Globalización económica y reforma constitucional*, Revista de Occidente, núm. 388, 2013, pp. 5-9.

9 GARCÍA GUERRERO (José Luis), *Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos...*, ob. cit., pp. 544-591.

ordenamientos globales¹⁰ fuera de la esfera estatal, uno de ellos estaría constituido por el Derecho de la globalización. El Derecho internacional centra sus estudios en las diferentes organizaciones internacionales, y buena parte de ellas ocupan una posición central en el ámbito de la globalización; además, cobra importancia a modo de especialidad el Derecho internacional económico y de inversiones¹¹. El Derecho civil más innovador se focaliza en la protección internacional de la propiedad intelectual, término que, a diferencia de nuestro Derecho, es concebido en el lenguaje de la globalización en términos lo suficientemente amplios para incluir la propiedad por su creador de cualquier innovación tecnológica¹². El Derecho internacional privado empieza a profundizar en el campo del arbitraje internacional, que adquiere un gran relieve al adoptar la OMC el sistema de solución de diferencias¹³ y al ser eje de la política comercial de Estados Unidos la sustitución de los órganos jurisdiccionales ordinarios por los arbitrales, como método de resolución de conflictos¹⁴. El Derecho mercantil empieza a prestar mayor

-
- 10 ELEFTHERIADIS (Pavlos), *Parliamentary sovereignty and the Constitution*, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, Núm. 22(2), 2009, pp. 267-290; KLAUS (Günther), *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 17-18, 1995, pp. 271-302; DEL MAR (Maksymilian), *Common virtue and the perspectival imagination: Adam Smith and common law reasoning*, Jurisprudence, núm. 9 (1), 2018, pp. 58-70.
- 11 Véase SCHNEIDERMAN (David), *Global Constitutionalism and International Economic Law: The Case of International Investment Law*, European Yearbook of International Economic Law, 2016.
- 12 Fuera del ámbito civil, y desde una perspectiva de Derecho internacional privado, véase FERNÁNDEZ MASIÁ (Enrique), “Protección internacional de la propiedad industrial e intelectual”, en ESPLUGUES MOTA (Carlos), *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, 2017.
- 13 Sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC véase, FERNÁNDEZ PONS (Xavier), *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho internacional Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Madrid, Marcial Pons, 2006. Y a Otero Castrillón (C.), “El arbitraje en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio”, *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, núm. 1, 2010, pp. 151-159.
- 14 Véase FERNÁNDEZ MASIÁ (Enrique), “Arbitraje inversor-Estado: de “bella durmiente” a “león en la jungla””, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013; “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 8650, 20 de noviembre de 2015, pp. 7-16; “El arbitraje inversor-Estado como víctima del movimiento “antiglobalización””, en *Justicia Civil y Penal en la era global*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 265-291; y “Los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado en una encrucijada: del arbitraje a la creación de un Tribunal Multilateral, ¿pasando por un sistema de Tribunales Internacionales de Inversiones?”, en *La política de la Unión Europea*

atención al comercio internacional¹⁵ y otro tanto en materia fiscal sucede con el Derecho Tributario, preocupado por la pérdida de ingresos que está suponiendo la globalización¹⁶. La preocupación tradicional del Derecho Laboral respecto a la pérdida de puestos de trabajo por las deslocalizaciones se incrementa sustancialmente tras la gran crisis económica de la Unión Europea, donde se aprecia la pérdida de conquistas sociales en materia de los derechos de los trabajadores¹⁷. La ciencia política y la sociología también se ocupan de la materia, aunque es la ciencia económica la que ha realizado las aportaciones más relevantes a la materia, especialmente, tratando desde fecha muy temprana de individualizar los diferentes tipos de integraciones económicas según su intensidad¹⁸ y a través de la obra de Dani Rodrik, mundialmente conocido en todas estas disciplinas por su famosotrilema.

La complejidad del rumbo que debía adoptar la investigación es bien perceptible, dado el elevado número de disciplinas jurídicas y otras ciencias no experimentales que se ocupan de la materia, como se acaba de reseñar. La dificultad trató de superarse, acotando la investigación a las relaciones

en materia de derecho de las inversiones internacionales, K. Fach Gómez (ed.), Barcelona, Bosch, 2107, pp. 155-174.

- 15 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Luis) y CALVO CARAVACA (Alfonso Luis), *Derecho Mercantil internacional. Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, Tecnos, 1995. También en GROSSMAN (Gene) y LAI (Edwin), "International protection of intellectual property", *American Economic Review*, vol. 94, núm. 5, 2004, pp. 1635-1653.
- 16 CALDERÓN CARRERO (José Manuel) y CAAMAÑO ANIDO (Miguel Ángel), "Globalización Económica y Poder Tributario: ¿hacia un nuevo Derecho Tributario?", *Revista española de derecho financiero*, núm. 114, 2002, pp. 245-288. También en CALDERÓN CARRERO (José Manuel), "La globalización económica y su incidencia sobre el derecho financiero y tributario: ¿implicaciones sobre la protección de los bienes jurídicos globales?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2012, pp. 337-365 y en GARCÍA NOVOA (César), *Hacia un derecho tributario global*, Plural, Colombia, 2016.
- 17 ÁLVAREZ LÓPEZ (María Elisa), MYRO SÁNCHEZ (Rafael) y VEGA CRESPO (Josefa), "Deslocalización en los sectores manufactureros de la UE. Un panorama regional", *Investigaciones regionales: Journal of Regional Research*, Núm. 22, 2012, pp. 5-34. También en ZORRILLA RUIZ (Manuel María), "Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Núm. 92, 2011, pp. 15-32.
- 18 BALASSA (Béla Alexander), *The theory of economic integration*, George Allen&Unwin Ltd., London, 1961. Este trabajo puede consultarse en lengua española en *Teoría de la integración económica*, Biblioteca Uthea de Economía, México, 1964. Se manifiesta en contra de esta tesis, con argumentos que no se comparten y que son minoritarios, TORRENT (Ramón), *La integración regional ante un nuevo cambio de paradigma: reflexiones desde una perspectiva histórica y comparada*, Secretaría de Integración Económica Centroamericana, 2009.

entre globalización y Derecho constitucional, lo que no implicaba desconocer que, en el curso de las investigaciones, dependiendo de la materia, habría que consultar algunas conclusiones obtenidas por estas otras disciplinas ajenas al constitucionalismo. Tras esta acotación, aparecen tres caminos posibles a la hora de avanzar en el análisis de las relaciones entre globalización y Derecho constitucional.

El primer camino encuentra una amplia doctrina constitucional, principalmente anglosajona, que aparece especialmente preocupada por los problemas que la globalización origina a la soberanía y a la democracia¹⁹. Lo que se acrecienta intensamente tras los trabajos de Rodrik. En líneas generales, estas posiciones doctrinales creen posible superar estos problemas constitucionales desde un plano externo. Básicamente, sus propuestas pretenden introducir las instituciones democráticas en la globalización. Si se permite la expresión, se trata de democratizar la globalización²⁰. Es indudable que estas posiciones han obtenido importantes éxitos y han logrado en parte democratizar algunas instituciones de la globalización. No obstante, se ha preferido no seguir esta vía para profundizar en la investigación por su descuido de las posibilidades de encontrar soluciones al déficit democrático en el plano interno, esto es, dentro del Estado. También se observa en estas posiciones un inadecuado deslinde de elementos claves de la globalización, como multilateralismo, bilateralismo

19 KUMM (Mattias), "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrative Conception of Public Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, 2013, dentro del denominado *constitucionalismo global* destaca "la revolución copernicana" que supone que el constitucionalismo no se limita al ámbito estatal, sino que engloba esferas bilaterales, transnacionales y globales.

20 El constitucionalismo global no se limita al reconocimiento de elementos constitucionales fuera del Estado, véase *infra* nota 23, sino que abarca el *constitucionalismo compensatorio*, que estima posible exportar elementos constitucionales al proceso globalizador para minimizar el embate al principio democrático y para legitimar a aquél. Sobre la idea de constitucionalismo compensatorio véase PETERS (Anne), "Los méritos del constitucionalismo global", en FABRA ZAMORA (Jorge) y GARCÍA JARAMILLO (Leonardo), *Filosofía del Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016. PETERSMANN (Ernst-Ulrich), *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods: Methodology Problems in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017, contiene la tesis más atractiva sobre el constitucionalismo compensatorio, aunque critica duramente el TTIP y el CETA, donde no encuentra un reconocimiento constitucional adecuado de los derechos de los ciudadanos, de la pervivencia del Estado de Derecho y de la creación de mecanismos auténticamente democráticos. Sobre este último aspecto, véase "Transformative Transatlantic Free Trade Agreements without Rights and Remedies of Citizens?", *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015.



y, especialmente, los diferentes tipos de integración según su intensidad. Las investigaciones, en general, adolecen de una teoría básica o general y parecen centrarse en el estudio de casos concretos; así, por ejemplo, en una determinada integración o efecto constitucional de la misma.

El segundo camino es una disciplina en sí misma, el Derecho comunitario, que se centra en el estudio del ordenamiento jurídico y de las instituciones de la Unión Europea²¹. La literatura jurídica en la materia es inabarcable, y a diferencia de otros campos jurídicos las investigaciones no se limitan a su ámbito territorial de aplicación, sino que se extienden por el resto del mundo. Además de especialistas dedicados exclusivamente a esta disciplina ha sido objeto de especial atención por constitucionalistas, administrativistas, internacionalistas y teóricos del Derecho. Su estudio presenta una variable interna y otra externa. La primera concierne a los problemas de su propia estructura constitucional; el Derecho de la Unión es hoy, sin duda, materialmente, un Derecho constitucional, aunque todavía no lo sea formalmente.

Se acaba de destacar que el objeto de estudio del Derecho de la Unión presenta una variable externa, que se centra en encontrar soluciones a los problemas que el Derecho de la Unión origina al Derecho constitucional de los Estados miembros²². Esta variable es la que aquí más interesa. Parecería que para avanzar en la investigación este era el camino, sobre todo, si se considera el alto nivel científico de la disciplina, consecuencia lógica de la acumulación de esfuerzos por toda la literatura jurídica mundial. Posición que se refuerza cuando se considera que la Unión Europea es hoy la integración más intensa del mundo, es la única que ha perfeccionado el tercer tipo de integración de la primera fase de la globalización: el mercado común; y se dirige decididamente a completar el cuarto tipo: la unidad económica y monetaria supraestatal; además, es la primera integración que se aventuró en la segunda fase de la globalización, al constituir la primera zona de libre comercio entre dos integraciones económicas; y, finalmente,

21 Véanse por todos, LÓPEZ CASTILLO (Antonio), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, II y III, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; y ALONSO GARCÍA (Ricardo), *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.

22 LÓPEZ CASTILLO (Antonio), *Constitución e Integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; este trabajo representa un antes y un después en la materia.

es también la integración que más acuerdos de libre comercio ha realizado en el mundo. No obstante, este camino no podía adoptarse porque reducía el objeto de estudio. La Unión es la integración más intensa, la que está a punto de culminar la primera fase y la que primero se adentró en la segunda fase de la globalización, pero es sólo una de las decenas de integraciones que hay en el mundo. Además, la globalización económica avanza en el mundo no sólo a través del bilateralismo, integraciones económicas, sino a través del multilateralismo. No obstante, la relación entre globalización y Derecho de la Unión es recíproca. Por una parte, la Unión, en cuanto integración que avanza en vanguardia, sufrió problemas y encontró soluciones que pueden ser aplicadas, *mutatis mutandi*, a otras integraciones que se encuentran en tipos más incipientes. De otra parte, la globalización económica condiciona la presencia internacional de la Unión y determina sus actuaciones tanto en el plano externo como en el interno, afectando, incluso, a su propia estructura constitucional.

El tercer camino, se defiende aquí, es independiente de los anteriores. Obviamente, tendrá que tener siempre presente las aportaciones realizadas por las otras disciplinas jurídicas y ciencias que se han ocupado de la materia. Con mucha más atención deberá tener presentes las aportaciones que, desde una óptica prevalente anglosajona, se han ocupado del caso concreto y que prosiguen en su empeño de democratizar la globalización. Y todavía, más si cabe, las realizadas por el Derecho comunitario, tanto en su variable interna, los problemas que sufre la estructura constitucional de la Unión, como en su variable externa, los problemas constitucionales que el Derecho de la Unión origina al Derecho constitucional de los Estados miembros.

Este tercer camino es el que se inició con el proyecto de investigación de 2014 y puede sintetizarse con la rúbrica “constitucionalizando la globalización”. Su objeto de estudio se centra en las relaciones entre la globalización y el Derecho constitucional. Pretende elaborar una ciencia básica para tratar de dar coherencia a las soluciones que deben adoptarse para resolver los problemas concretos que la globalización origina al Derecho Constitucional. Se arranca de los trabajos de Rodrik y de su famoso trilema y se intenta realizar un desarrollo en clave constitucional, conociendo que la mayor intensidad en la integración no sólo pone en peligro la soberanía y la democracia, sino el entero concepto de Constitución racional normativa. El problema básico es que las empresas y los mercados han



superado el marco estatal porque han encontrado garantías equivalentes a las que les brindó la constitución liberal cuando nació²³. Este tipo de Constitución permitió en su origen el desarrollo del capitalismo; hoy el marco normativo internacional vigente les permite sobrepasar las fronteras nacionales, aunque siguen tratando de perfeccionarlo para continuar su expansión, por ejemplo, en la denominada propiedad intelectual y en la protección de inversiones. Sin embargo, el Derecho constitucional sigue anclado en el marco estatal y encuentra grandes dificultades ante problemas que provienen de fuera de sus fronteras. La situación se agrava, además, porque cada vez más empresas adquieren una dimensión y poder que supera al de la mayor parte de los países y aunque su sede se encuentra en algún Estado, su naturaleza es claramente multinacional. Al igual que en el Derecho comunitario hay un objeto de estudio interno y otro externo. En el plano interno se deben estudiar los elementos constitucionales que hay que implementar en el multilateralismo, lo que lleva la mirada directamente a la OMC, y las estructuras constitucionales que deben adoptar las integraciones económicas según a qué tipo o fase pertenezcan. En el plano externo, hay que analizar los problemas que el multilateralismo y las integraciones en sus dos fases originan al Derecho Constitucional.

Ya conocemos que el embate de la globalización no es a una parte del concepto racional normativo de Constitución, sino a su conjunto. No obstante, los ataques más relevantes se producen a los valores y principios constitucionales, a los derechos fundamentales, a un concepto amplio del principio democrático²⁴, a los derechos sociales, a la constitución económica, a los derechos de los trabajadores, a los impuestos, especialmente los directos y a la protección del medio-ambiente. No obstante, para poder estudiar este amplio conjunto de problemas que origina la globalización es

23 En el mismo sentido, SCHNEIDERMAN (David), *Global Constitutionalism and International Economic Law: The Case of International Investment Law*, ob. cit., cuando considera que las fuentes del Derecho económico internacional y de las inversiones y la jurisprudencia de los tribunales de diferente naturaleza que interpretan estas normas aseguran la estructura jurídica del proyecto político de una integración económica.

24 Por concepto amplio del principio democrático se entiende la distinción entre el poder constituyente y el constituido, la soberanía popular, el principio democrático, el principio de la mayoría y la minoría, el pluralismo político y el carácter abierto de las normas constitucionales, así como el derecho a la participación política. Se utiliza este concepto amplio para sintetizar, tal y como fue utilizado en mi trabajo, "Los embates de la globalización a la democracia", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 176, 2017, p. 115.

necesario dotarse de una ciencia básica en la materia que sitúe al investigador en las mejores condiciones de encontrar soluciones a estos problemas, al tiempo que se guarda una mínima coherencia.

En consecuencia, constitucionalizar la globalización exige determinar su significado, aclarar los términos bilateralismo y multilateralismo, diferenciar los principales tipos de integración, distinguir desde una perspectiva constitucional entre las dos fases de las integraciones, individualizar los modelos de constitución económica y, por último, analizar cómo se gobierna la globalización. Una vez constitucionalizados, aclarados y precisados, estos materiales previos, sólo una vez realizada este trabajo, se podrá entrar en el fondo de los diferentes problemas constitucionales que la globalización origina al concepto racional normativo de Constitución, al tiempo que se buscan soluciones. Y es que, si se permite el ejemplo, estos materiales previos son los cimientos sobre los que se asienta la edificación. A continuación, se va a aclarar más profundamente en qué consiste la constitucionalización de estos, al tiempo que se aprovecha para clarificar, personalizar, bajo el prisma de quien escribe estas líneas e, incluso, matizar algunos escritos ya publicados

II. LA GLOBALIZACIÓN

La palabra globalización es utilizada con gran profusión por numerosos trabajos de investigación de las ciencias no experimentales y especialmente de la literatura jurídica. Ahora bien, bajo este término encuentran acogida estudios de temática variada, que persiguen muy diferentes objetivos, aprovechando que se trata de un fenómeno muy relevante en los últimos tiempos, por lo que resulta imprescindible precisar el término a los efectos de nuestra investigación.

Es probable que el empleo del término globalización fuera incorrecto en un principio. En 1984, en la vigésima edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua española sólo se recogía la palabra global como adjetivo y con un único significado, “Tomado en conjunto”²⁵ ni rastro

25 *Diccionario de la Lengua de España*, Real Academia Española, Espasa-Calpe, vigésima edición, Tomo I, Madrid, 1984, p. 691.



de la palabra globalización. En aquellos momentos parecía más correcto el empleo del adjetivo universal en su tercer significado: “Que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos”, incluso, se hablaba jurídicamente de juicio universal o teóricamente de ideas universales²⁶. También se recogía el transitivo universalizar: “hacer universal una cosa, generalizarla mucho”²⁷. En español, con propiedad en aquel momento podía hablarse correctamente de extender, de generalizar mucho, en definitiva, de universalizar la economía, el comercio, las empresas, el mercado.

No obstante, se estima que se ha impuesto un uso, que fue incorrecto en su momento, por influencia del inglés. El objeto que aquí se estudia en este idioma se recoge como *globalization* y se ha traducido literalmente como globalización. Ante la generalización de su uso la Academia, en su edición de 2013 ya aceptaba su utilización y definía la globalización: “Tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”²⁸. Finalmente, en su actual edición del tricentenario en línea de 2017, recoge el adjetivo global en su segundo significado como “referente al planeta o globo terráqueo” e incluye los términos aldea o calentamiento global²⁹. Con mayor claridad incluye el sustantivo globalización, en su tercer significado como “Difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres”. El segundo significado se aproxima a nuestro objeto, “Extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional”. Finalmente, el cuarto significado referido a la economía valida el empleo del término objeto de nuestra investigación: “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”³⁰.

26 *Ibidem*, Tomo II, p. 1357.

27 *Ibidem*.

28 Definición empleada en mi trabajo, “Las integraciones económicas supraestatales y los Acuerdos entre bloques...”, *ob. cit.*, p. 548, y mantenida en el artículo “Los embates de la globalización...”, *ob. cit.*, p. 116.

29 <http://dle.rae.es/?id=JFB9JXK>

30 <http://dle.rae.es/?id=JFCXg0Z>

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional (FMI) estima 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 internaciones de capitales, al tiempo que se difunde acelerada y generalizadamente la tecnología”³¹.

Esta acelerada y cambiante evolución del término en español se corresponde con que ha sucedido otro tanto a lo definido: la globalización. En 1984, el Diccionario no aceptaba globalización y había que acudir al término universal “[...] que se extiende a todo el mundo a todos los países [...]”. En 2013 la Academia sigue utilizando el verbo extender, pero ya no para definir a lo universal, sino para referirse al significado económico de la globalización: Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales [...]”. En 2017 se producen nuevos cambios muy significativos. Desaparece la referencia a empresas, probablemente porque estas se encuentran comprendidas en los mercados y se añade economías; se resalta que el proceso debe mucho a las tecnologías de la comunicación, en la misma línea la definición del FMI habla de difusión acelerada y generalizada de la tecnología; y, muy importante, ya no se indica que el fenómeno “sobrepasa las fronteras nacionales”, sino que se resalta que la economía “depende cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los gobiernos”; lo que se corresponde cuando el FMI destaca la “interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo”.

Con estos materiales terminológicos ya pueden extraerse algunas conclusiones. En primer lugar, desde la primera aproximación a la materia, en 2005, hasta este momento, como *infra* podrá apreciarse, se han tenido que matizar o, incluso, rectificar afirmaciones sobre la materia, lo que es inevitable dada la velocidad y transcendencia de los cambios que continuamente se producen en la globalización y que han tenido su reflejo en las definiciones que se acaban de señalar.

En segundo lugar, hubo una época en que globalización y libre comercio podían identificarse. La tendencia de las empresas en superar el

31 FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *World Economic Outlook: Meeting the Challenges of Globalization in the Advanced Economies*, Washington D.C., Mayo, 1997, p. 45.



marco estatal es tan antigua como su propia aparición. Hay antecedentes en los monopolios del imperio español o en su Real de a ocho de plata³², que permitió intensificar el comercio mundial por la seguridad en el medio de pago³³. Más evidentes son los antecedentes en el imperio británico, que propician incluso la aparición de este. Rodrik destaca cómo, durante el siglo XVII y XVIII, el comercio se incrementa en un uno por ciento anualmente y se dispara, en el siglo XIX, a un cuatro por ciento; el economista de Harvard resalta que hasta pocos años antes de publicar su trabajo, en 2004, no se había superado el flujo de intercambios comerciales y financieros de 1913³⁴. Tras el parón comercial del período de entreguerras (con razón se sitúa entre las causas de la Segunda Guerra Mundial el fuerte incremento de los aranceles y el consecuente frenazo del intercambio de mercancías), el comercio se reactiva tras la contienda, por iniciativa de Estados Unidos, que defiende y consigue establecer un nuevo orden mundial mediante un sistema multilateral para la reducción de las tarifas arancelarias de las mercancías. El resultado fue el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) de Ginebra de 1947. Este, además de facilitar el comercio en sucesivas rondas de negociaciones, tuvo que ejercer simultáneamente de órgano de gobierno, porque la Organización Internacional de Comercio (ITO, siglas en inglés) prevista fracasó, y hubo que esperar hasta la octava ronda negociadora en 1994 en Uruguay, para que se alumbrara la OMC.

Hoy ya no puede sostenerse la identificación entre globalización y libre comercio. La globalización incluye, junto a las mercancías, los servicios.

32 Este real de a ocho, con 25,560 gramos de plata pura, es considerado la primera moneda reserva que durante tres siglos fue la referencia obligada del comercio mundial (Europa, América y Asia –especialmente China–) y de las monedas emitidas por otros Estados. Era el principal producto de exportación de España, y sostenía el comercio con las Indias. Favoreció la introducción del mercantilismo en el siglo XVI y fue sustituida por las principales divisas europeas cuando estas fueron respaldadas por el patrón euro. En Estados Unidos circulaba en paridad y junto al dólar, hasta que una ley, en 1857, prohibió su utilización. Véase GORDON (Peter), y MORALES (Juan José), *The silver way: China, Spanish America and the birth of Globalization 1565-1815*, Penguin Random House, Australia, 2017, quienes sostienen que la ruta de la plata fue el inicio de la globalización.

33 RODRIK, *La paradoja de la globalización...*, ob. cit., p. 46, también considera clave la seguridad en el medio de pago para intensificar el comercio, y destaca que su gran incremento durante el siglo XIX se funda, entre otras causas, en la mejora en el transporte, en las ideas de economistas como David Ricardo y Adam Smith, en la restricción de los aranceles y contingentes a la importación y en la adopción del patrón oro.

34 RODRIK, *La paradoja de la globalización...*, ob. cit., p. 45.

Inevitable, si se piensa que el 75 %, aproximadamente, del PIB de los países desarrollados corresponde a este último sector económico³⁵. La globalización también se extiende a la libre circulación de inversiones y a la propiedad intelectual, así como a sus mecanismos de protección, que giran hacia el arbitraje, en detrimento de la jurisdicción ordinaria³⁶.

Estos tres ámbitos han constituido, desde los años 90, el eje central de la política comercial de Estados Unidos, y son una causa importante de la guerra comercial incipiente con la que amenaza la principal potencia económica mundial. La inclusión de la propiedad intelectual es también inevitable, si se tiene presente que la tecnología constituye la principal arma de los países desarrollados para poder competir contra los bajos costes de los restantes factores productivos en los países menos desarrollados. Probablemente por esta razón el diccionario, en su cuarto significado resalta que el proceso de globalización progresa gracias al “desarrollo de las tecnologías de la comunicación” y la definición del FMI destaca, con más precisión, que el proceso “difunde acelerada y generalizadamente la tecnología”, lo que en el lenguaje de la globalización se denomina protección de la propiedad intelectual. La libre circulación de inversiones es el paso previo a la libre circulación de capitales, que ya se ha impuesto en los principales países desarrollados y a lo interno de algunas integraciones económicas. En algunas de estas también se ha alcanzado la libre circulación de trabajadores, y la mayor parte de nuevos

35 La media en la OCDE se encuentra en 2015 en el 75 por ciento, en Europa, el Reino Unido se sitúa en el 80, Francia, en el 79, Alemania, en el 69 y España, en el 75 por ciento (los datos de Alemania y Francia están referidos a 2014). Véase el PDF consultado el 01/09/2018: www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/Sector-servicios.pdf

36 El lunes 27 de agosto de 2018, México y EEUU alcanzaban un acuerdo para modificar el NAFTA siempre que se una Canadá; en su defecto, sería un nuevo acuerdo comercial bilateral. Donald Trump ha impuesto sus principales exigencias, especialmente, y en lo que aquí interesa, en el sistema de solución de controversias, concretamente, el capítulo dedicado al mecanismo de solución de disputas de los inversores con los gobiernos.

En otro orden, se debe destacar que el acuerdo establece unas nuevas reglas de origen que ponen en el centro de la mesa las condiciones laborales de los trabajadores mexicanos de la industria del automóvil. Entre el 40 y el 45 por ciento de este debe ser fabricado por empleados con un salario mínimo de 16 dólares la hora. Lo significativo de esta medida es la utilización del acuerdo para imponer una medida que mejora las condiciones salariales de trabajadores de países en desarrollo, al tiempo que dificulta las deslocalizaciones que buscan mano de obra barata, lo que ha motivado importantes movilizaciones sociales contra la globalización. Se trata de una innovadora medida que se estima puede extenderse rápidamente a otros acuerdos de libre comercio. Se obliga también a México a tomar medidas legislativas, que garanticen una libertad sindical real, y a que adopte algunas convenciones de la Organización Internacional del Trabajo. Consultado en *El País* el 28/08/2018: https://elpais.com/internacional/2018/08/28/mexico/1535410990_456672.html



acuerdos comerciales prevén la libre circulación de personas, cuando no de profesionales. En definitiva, la globalización está persiguiendo decididamente la libre circulación de mercancías, servicios, capital y mano de obra, esto es, uno de los dos elementos clave de la unidad de mercado³⁷. Por esta razón el diccionario de la Academia habla de *mercado* y la definición del FMI sobre la globalización destaca el “aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capital”.

En tercer lugar, como hemos dicho, se habla de mercado. Lógico. La libre circulación de mercancías y la globalización son fruto de la economía de mercado, que nace y se consolida en el marco del concepto racional normativo de constitución. Es la constitución económica capitalista la que alumbró el fenómeno. La globalización también puede desarrollarse en las constituciones económicas intervencionistas u ordoliberales. No en las marxistas, aunque tuvieron una manifestación de la globalización a través del COMECOM, integración que aglutinaba a las constituciones económicas marxistas³⁸. Por esta razón China tuvo que aceptar una serie de compromisos para su adhesión a la OMC, y entre los mismos destacan que no podría practicar *dumping* (exportación de mercancías a un precio por debajo de su coste de producción) y que a los quince años de su adhesión dejaría de ser una no economía de mercado. En esta senda, en el año 2007 modificó su legislación, para reconocer la propiedad privada³⁹, al igual que está haciendo en estos momentos Cuba, a través de una reforma constitucional⁴⁰.

37 La STC 88/1986 establece que la unidad de mercado supone “por lo menos, la libertad de circulación sin traba, por todo el territorio nacional, de bienes, capitales, servicio y mano de obra, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”.

38 Véase PRYOR (Frederic), *El sistema comunista de comercio exterior*, Tecnos, Madrid, 1970.

39 El 16 de marzo de 2007, la Asamblea Nacional Popular aprobó la ley que admite la propiedad privada y equiparó su protección a la pública y a la colectiva. La Ley de Propiedad de la República Popular China estipuló, en el artículo 3, por primera vez en la historia del país asiático, que “el Estado consolida y desarrolla los sectores públicos de la economía y alienta, apoya y orienta al desarrollo de los sectores no públicos”, así como que “el Estado (...) garantiza el mismo estatus legal y el derecho al desarrollo de todos los pilares del mercado”. Legislación consultada el 05/09/2018: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471118.htm De manera más extensa en BOUDEWIJN (R. A. Bouckaert), “Bureaupreneurs in China”, *European journal of law and economics*, Vol. 23, Núm. 2, 2007, pp. 169-195. También en *El País*, consultado el 15/09/2018, en: https://elpais.com/internacional/2007/03/16/actualidad/1173999602_850215.html

40 En los últimos ocho años Cuba había sancionado *de facto* que se trataba de un Estado en que convivían dos sistemas económicos, el socialista, con funcionarios que cobraban en pesos cu-

En cuarto lugar, alguna duda surgió sobre el título de este capítulo, finalmente, “Constitucionalizando la globalización”. Se pensó, con objeto de realizar una adecuada acotación de la materia, en añadir un segundo adjetivo al primero: “globalización económica”. Así parecía sugerirlo el diccionario, que aclaraba que el cuarto significado era relativo al campo económico. Una parte de este cuarto significado, especialmente el tercero y el segundo, lo desaconsejaron. Como se ha señalado, el objeto de la materia implica la conexión entre globalización y Derecho constitucional⁴¹, se trata de su estudio, con el acompañamiento de otras disciplinas y ciencias, pero desde una perspectiva constitucional. Y así lo reconoce el propio diccionario, que en su significado segundo define la globalización como “Extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional”. Luego, lógicamente, se concluye que la globalización que se estudia

banos, y el capitalista, con trabajadores por cuenta propia (reforma de 2002), que recibían sus ingresos en pesos cubanos convertibles (CUC), cuyo valor se corresponde con el dólar de EEUU; un CUC equivale a veinticinco pesos cubanos. En realidad, los trabajadores por cuenta propia operaban como pequeños empresarios, lo que implicaba reconocer unos ámbitos de economía de mercado, libertad de empresa y propiedad privada. Actualmente, los trabajadores por cuenta propia son 600.000 y suponen el trece por ciento de la fuerza laboral del país.

El nuevo proyecto de Constitución cubana, que se debate cuando se escriben estas líneas, supone la constitucionalización de esta realidad y la admisión en sectores económicos, que la ley determinará, de la economía de mercado, de la libertad de empresa, de la propiedad privada, así como la admisión de la inversión extranjera con plenas garantías. La constitucionalización se produce en el Título II, que lleva por rúbrica “Fundamentos Económicos”. En el artículo 20 se reconoce el mercado, al tiempo que se le imponen como límites la propiedad dominante socialista de los medios de producción, su sometimiento a la planificación y su regulación en función de los intereses económicos de la sociedad. La libertad de empresa, en su fórmula de propiedad de los medios de producción, se regula en el artículo 21.e). La propiedad privada se reconoce, en el artículo 21.f), como propiedad personal, y la de la tierra, en el artículo 29, aunque sometidas a las limitaciones contenidas en la ley, y concretamente, al mandato del artículo 22, que habilita al Estado a regular que no exista concentración en personas naturales o jurídicas no estatales, a fin de preservar los valores socialistas de equidad y justicia social. La propiedad de la tierra se encuentra más limitada, al reservarse el Estado el derecho preferente de adquisición en caso de venta o transmisión, prohibirse el arrendamiento, la aparcería o los préstamos hipotecarios. Finalmente, el artículo 28 dispone que “El Estado promueve y blinda garantías a la inversión extranjera...”. A tenor de estos cambios, se estima que en pocos años Cuba solicitará su ingreso en la OMC. Consultado en el diario *El País* y en la web del Parlamento cubano el 01/09/2018: https://elpais.com/internacional/2018/07/17/america/1531858538_862054.html <http://www.parlamentocubano.cu/wp-content/uploads/Tabloide-Constituci%C3%B3n.pdf>

41 Hay también una globalización del Derecho Constitucional, que en este caso es la extensión de instituciones constitucionales por todo el mundo, esto es, una gran uniformidad. Esta perspectiva, bajo la denominación de universalización del Derecho Constitucional (según la versión del Diccionario en aquel momento), puede consultarse en GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos...”, ob. cit., pp. 544-547.

no abarca únicamente la economía, sino que se extiende a instituciones jurídicas y políticas, esto es, al Derecho, en general, y al Derecho constitucional, en particular. Por eso, el significado económico, el cuarto, añade que la economía depende cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora del gobierno. No muy lejos se sitúa la definición del FMI, que señala “la interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo”. La eliminación del segundo adjetivo en el título del capítulo también lo confirma el tercer significado: “Difusión mundial de [...] valores o tendencias que fomentan la uniformidad [...]”. Clave, esta última palabra, que encuentra confirmación en el campo de la constitución económica. La unidad de mercado no sólo requiere libre circulación de los factores productivos sino igualdad en las condiciones de ejercicio de la actividad económica. Igualdad y uniformidad no son lo mismo, pero tienen un punto de coincidencia. Como se podrá apreciar *infra*, se estima que esa falta de uniformidad e igualdad son el obstáculo principal para el progreso del multilateralismo, que fundamenta el aliento a las integraciones económicas regionales de la primera fase de la globalización y que está detrás de las dificultades de la segunda fase de la globalización y de lo que el Derecho internacional económico y de inversiones denomina megaregionalismo⁴².

En quinto y último lugar, se encuentra la seguridad jurídica, principio nuclear que contribuye a la acotación del término globalización. Esta no es posible, sino se extiende la seguridad jurídica al plano internacional, por esta razón, el segundo significado del diccionario define la globalización como la extensión del ámbito propio de instituciones políticas y jurídicas a un plano internacional.

En anteriores escritos se ha defendido, profundizando en ideas de Weber y García Pelayo⁴³, que la constitución liberal, denominada técnicamente, racional normativa⁴⁴, está, desde su aparición, al servicio del sistema

42 GRILLER (Stephan), OBWEXEWR (Walter) y VRANES (Erich), (Eds.), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relationships*, Oxford, Oxford University Press, 2017; RENSMANN (Thilo) (ed.) *Mega-regional trade agreements*, Springer, 2017.

43 Véase WEBER (Max), *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 297 entre otras; y GARCÍA PELAYO (Manuel), *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 38.

44 Sobre el concepto racional normativo de Constitución véase GARCÍA PELAYO (Manuel), *ob. cit.*, pp. 34-41.

capitalista, que contiene este en su genoma y que esta es la principal razón que explica su supervivencia pese a los duros embates fácticos y teóricos que ha sufrido⁴⁵. En efecto, en el Antiguo Régimen europeo no podía funcionar un sistema capitalista. Las propiedades inmuebles, muebles, empresas y relaciones económicas no podían quedar al arbitrio del Monarca absoluto. El sistema capitalista necesitaba la seguridad jurídica aportada por el Estado de Derecho. Era imprescindible que se determinara previamente quién elaboraba las normas con incidencia en el campo económico y a través de qué procedimientos, así como quién controlaba el sometimiento del poder a esas normas. En definitiva, que se pudiera conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de una determinada acción u omisión. Finalmente, era conveniente reservar un ámbito inmune de intervenciones frente al poder político en torno a los derechos de propiedad y empresa. En garantía de todos estos extremos requeridos por el sistema capitalista, se arbitra la participación de la burguesía en los órganos constitucionales y en la conformación de su voluntad; la separación de poderes; el Estado de Derecho; y la diferenciación entre poder constituyente y constituido. En definitiva, la constitución liberal no triunfaba, únicamente, por su afirmación del principio democrático ni por la preservación de los derechos y libertades fundamentales, sino, fundamentalmente y con toda probabilidad, por crear las condiciones y garantías para el más adecuado funcionamiento del sistema capitalista.

Precisamente este marco y esta seguridad jurídica, en esta ocasión, fuera del ámbito estatal, es lo que necesita el mercado para dar el salto y acabar de singularizar el término globalización. Lo busca en el multilateralismo, y cuando no lo consigue plenamente, lo persigue a través de integraciones económicas regionales. Se trata de llevar a estas la misma seguridad jurídica que la Constitución aporta en el ámbito estatal, pero prescindiendo o no prestando atención o construyendo sobre bases nuevas las otras aportaciones constitucionales: la democracia, los derechos, la protección el medio ambiente, el Estado de Derecho. Por esa razón, la doctrina constitucionalista

45 Véase GARCÍA GUERRERO (José Luis), *Integración...*, ob. cit., pp. 135-136. Y más recientemente, del mismo autor, *Las integraciones...*, ob. cit., p. 549. GARCÍA VITORIA (Ignacio), *La libertad de empresa ¿Un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 2, afirma: “[...] al mercado no le vale cualquier forma política, sino que necesita al Estado constitucional”.



que se ha ocupado de la materia ha perseguido democratizar la globalización, llevando algunos principios constitucionales a las integraciones.

III. BILATERALISMO Y MULTILATERALISMO

La liberalización multilateral del comercio se desarrolla dentro de un sistema económico capitalista⁴⁶ en sus distintas variables: liberal, intervencionista y ordoliberal. No obstante, esta liberalización ha sido acusada de escorarse excesivamente al liberalismo, cuando no de adoptar posiciones ultraliberales⁴⁷. En cualquier caso, cualquiera de los sistemas capitalistas reclama la unidad de mercado que, a su vez, exige dos principios: libre circulación de los factores productivos, esto es, libre circulación de mercancías, servicios, capitales y mano de obra; e igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

La liberalización multilateral no está en condiciones, a corto plazo, de cumplir con estas dos exigencias o principios de la unidad de mercado. En consecuencia, se limita a promover la libre circulación de mercancías y servicios, lo que afecta constitucionalmente la política comercial, al establecimiento de aranceles y a la política monetaria, que debe perseguir algunos objetivos para mejorar las exportaciones. Además, la política monetaria debe alcanzar una cierta estabilidad de las divisas para impedir que una fuerte fluctuación de las mismas origine devaluaciones competitivas, que alteren sustancialmente las condiciones de igualdad que deben presidir la competencia en materia económica. El establecimiento de aranceles y la fluctuación de monedas puede generar guerras comerciales entre los Estados, lo que por definición va en contra de los objetivos perseguidos por la OMC. La libre circulación de mercancías y servicios encuentra una cierta contestación social, porque puede provocar disminuciones salariales

46 Este era el gran obstáculo para el ingreso de China en la OMC; véase *supra* nota 39 y el texto que le sirve de soporte.

47 OVEJERO BERNAL (Anastasio), “Desigualdad, subdesarrollo y pobreza en la actual globalización ultraliberal”, *Eikasia: revista de filosofía*, núm. 18, 2008, pp. 107-177; así como en “¿Hemos llegado al final de la globalización ultraliberal?”, *Libre pensamiento*, núm. 60, 2009, pp. 4-7. De igual modo, FIGUERUELO BURRIEZA (Ángela), “El tríptico liberal y la globalización”, *Revista general de derecho público comparado*, núm. 20, 2017. Consultado el 05/09/2018 en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=418507&d=1

y desempleo, al poder optar las empresas por disminuir los costes salariales o de cualquier otro factor de producción a través de deslocalizaciones (actualmente, en el sur de Brasil hay una deslocalización de empresas a favor de Paraguay, para beneficiarse de los bajos costes de la energía en este último Estado).

La liberalización multilateral no presenta mayores problemas, siempre que excluya la libre circulación de capitales y mano de obra. La no extensión a la libre circulación de capitales viene dada, entre otros factores, por las dificultades de establecer mecanismos jurídicos que aseguren el capital invertido en otro Estado⁴⁸. La libre circulación de trabajadores encuentra la resistencia de los ciudadanos, porque el incremento de la oferta de mano de obra, siempre que supere a la demanda, origina bajadas salariales o despidos. Su no adopción origina flujos migratorios incontrolados desde países subdesarrollados a desarrollados. Se renuncia también a la igualdad en las condiciones de ejercicio de la actividad económica debido a las profundas desigualdades en los costes de la mayor parte de los factores productivos: salarios, derechos de los trabajadores, derechos sociales, impuestos directos o protección medioambiental.

La liberalización multilateral del comercio se vio reforzada extraordinariamente con la creación en 1994 de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que promovió con este objeto el GATT de 1994 y el Acuerdo general sobre el comercio de servicios. Tras constatarse el fracaso de esta liberalización multilateral la OMC viró su mirada al fenómeno de integraciones económicas supraestatales (supranacionales) y promovió decididamente su desarrollo.

Mucho se ha discutido doctrinalmente sobre el posible antagonismo entre multilateralismo y bilateralismo (integraciones económicas), hay quien ha considerado que se trata de alternativas opuestas⁴⁹. Aquí se estima que ambas fórmulas persiguen el mismo objetivo. Las integraciones consiguen, en una primera fase, en un ámbito territorial más reducido

48 Estados Unidos ha procurado, desde sus primeros acuerdos de integración (por ejemplo, en el Nafta) alcanzar un objetivo más modesto la protección de las inversiones de sus empresas, a través de diversas garantías.

49 Una parte de la doctrina considera que la integración regional es un paso hacia el multilateralismo, aunque otros autores entienden que precisamente la integración regional es un obstáculo para conseguir una eventual integración global. Pueden consultarse argumentos en uno y otro sentido en TORRENT (Ramón), *La integración regional...*, ob. cit., pp. 41 y ss.



avanzar en la liberalización comercial. Para quien escribe estas líneas no hay duda de que la OMC no sólo considera compatible la liberalización multilateral y las integraciones económicas, sino que encuentra en las segundas una forma de avanzar en el multilateralismo. En confirmación de esta tesis se van a esgrimir tres argumentos.

El primero se refiere a que el último gran intento de avanzar en la liberación multilateral fue la Ronda de Doha, iniciada en Qatar en noviembre de 2001; tras su fracaso, la propia OMC alentó la creación de integraciones hasta tal punto que elaboró una normativa que recoge los elementos esenciales que deben reunir los dos primeros tipos de integración económica de la primera fase: Acuerdo de libre comercio y Unión Aduanera⁵⁰. Y se limitó a estos dos tipos de integraciones porque, prácticamente, todas las que hay en el mundo responden a uno de estos dos tipos, con especial predominio del primero (el Mercado común sólo ha sido perseguido por MERCOSUR y por la Comunidad Andina⁵¹. Su culminación sólo se ha logrado en la Unión Europea que, además, actualmente se dirige decididamente a por el cuarto y más profundo tipo de integración de la primera fase: la Unidad económica y monetaria supraestatal).

El segundo argumento en sostén de la tesis referida, se encuentra en que la Unión Europea tienen un representante ante la OMC y otro por cada Estado⁵². Además, la OMC ha aceptado como observadores a varias integraciones africanas y, en lo que aquí interesa, a la CAN y al CARICOM, que participan también en esta calidad, por ejemplo, en el Comité de Comercio y Desarrollo de la OMC⁵³. Si la OMC estimara que las integraciones son un obstáculo para el multilateralismo, no permitiría estas prácticas.

El tercer argumento se lee precisamente cuando se escriben estas líneas. La Unión Europea acaba de acordar con China el primer comunicado conjunto en tres años, donde ambos bloques económicos afirman su compromiso con el sistema de comercio multilateral y coinciden en la

50 El artículo XXIV del GATT, dedicado a la aplicación territorial del tráfico fronterizo, regula las uniones aduaneras y zonas de libre comercio.

51 El Mercado Común Centroamericano y el Mercado Común del África Oriental y Meridional han perseguido este objetivo, pero ni al nivel ni con el éxito de las dos integraciones citadas en el texto.

52 https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org3_s.htm#join

53 https://www.wto.org/spanish/thewto_s/igo_obs_s.htm.

necesidad de cambiar las normas que lo rigen para incorporar asuntos como los subsidios estatales o los derechos de propiedad intelectual (caballo de batalla, junto al déficit comercial, de la incipiente guerra comercial promovida por EEUU). A estos efectos, la Unión Europea y China acuerdan crear un grupo de trabajo de nivel interministerial⁵⁴. Si la UE, que es la integración más intensa de la primera fase de la globalización y la que más acuerdos de libre comercio de la segunda fase tiene firmados, apuesta por el sistema multilateral, resulta obvio, también, que no considera incompatibles las integraciones y el multilateralismo, sino que las primeras son una forma eficiente de alcanzar este objetivo.

IV. LOS TIPOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA DE LA PRIMERA FASE DE LA GLOBALIZACIÓN

En la primera aproximación a la materia, en el año 2005, como se ha señalado en el apartado I de este capítulo, se trataba de averiguar en qué medida afectaban las integraciones económicas a la Constitución y qué previsiones debían contener estas en la materia. Pronto se concluyó que no todas las integraciones eran iguales, y que a medida que se profundizaba en la integración resultaban más intensamente afectados la distinción entre el poder constituyente y constituido, la soberanía popular y el principio democrático (valga la referencia a este último para aglutinar estas tres afecciones). Por esta razón se construyó, con los materiales existentes, fundamentalmente económicos, una tipología que diferenciaba las integraciones económicas según la mayor o menor intensidad de su integración: Acuerdo de libre comercio, Unión aduanera, Mercado común y Unidad económica supraestatal. Se estaba iniciando lo que aquí se viene denominando “constitucionalizando la globalización”, porque al diferenciar los distintos tipos de integración se discernían los distintos problemas que cada uno de ellos originaba al principio democrático, y se facilitaba la búsqueda de soluciones específicas desde una perspectiva constitucional.

54 “Europa pide a China, EEUU y Rusia evitar la guerra comercial “para prevenir el conflicto y el caos”, *El País*, consultado el 16 de julio de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/07/16/actualidad/1531730910_780091.html



En el trabajo de 2013 ya se adelantó que estos cuatro tipos de integraciones eran la primera fase de la globalización, aunque se considera que es más correcto, desde una perspectiva constitucional, hablar de segunda fase de las integraciones; no obstante, se utilizaron ambos términos como sinónimos. Había una segunda fase, que hoy se puede afirmar que se caracteriza desde una óptica constitucional, predominantemente, porque cuando se constituye una integración, de cualquier tipo, una, al menos, o las dos partes son integraciones económicas. En el apartado V se afrontará la cuestión con mayor detenimiento. En el mismo capítulo, se concluía que el embate de la globalización no se limitaba al principio democrático, sino que se extendía al conjunto de la Constitución. Además, se confirmaban los tres primeros tipos de integración, pero surgían dudas sobre si el cuarto tipo, Unidad económica supraestatal, debería desdoblarse en un quinto: Unidad económica y monetaria supraestatal. Ahora, tras los debates en el Congreso que culminan con este libro y tras el estudio específico de numerosas integraciones europeas, americanas y asiáticas, puede afirmarse que se ha dado excesiva importancia al método fenomenológico y que se ha padecido un cierto eurocentrismo. Sólo hay cuatro tipos de integración, como se concluía en el primer estudio realizado sobre la materia, pero con una diferencia significativa, tras el Mercado común, el cuarto tipo es la Unidad económica y monetaria supraestatal que, además, no está culminada o perfeccionada. También ahora se puede afirmar que hay una figura jurídica relevante antes de que se constituya un Acuerdo de libre comercio, esta hace referencia a toda una serie de pasos entre Estados para facilitar el comercio entre ellos; se trata de los Acuerdos preferenciales de comercio, que intentan crear las condiciones adecuadas para, en un futuro próximo, constituir un Acuerdo de libre comercio.

Desde el capítulo segundo al sexto de este libro se estudian exhaustivamente los cinco tipos de integración de la primera fase de la globalización, que se pensaba podían distinguirse con carácter previo al Congreso internacional. No obstante, se estima conveniente, desde una perspectiva más individual, marcar aquí las trazas maestras de los cuatro tipos de integración finalmente resultantes y dar también algunas pautas sobre los Acuerdos preferenciales de comercio.

La contraposición de la diversidad con la uniformidad, como en tantas otras ocasiones en Derecho constitucional, es absolutamente clave en la globalización. Ya veíamos cómo el Diccionario de la lengua hacía hincapié en la uniformidad, en su tercer significado, al definir a esta. El multi-

lateralismo, las integraciones y su segunda fase requieren de una cierta uniformidad entre los Estados para poder materializarse. Obviamente, esta uniformidad es necesaria en todos los campos, aunque es más necesaria en el ámbito económico y constitucional, piénsese en la economía 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.

La trayectoria del multilateralismo desde 1947 hasta hoy, vista en su conjunto, es una historia de indudable éxito, pero su ritmo de avance viene jalonado de fracasos en las sucesivas rondas promovidas por la OMC, que aquí se estima son debidas a la diversidad mundial. Por esta razón la OMC promovió las integraciones económicas regionales de la primera fase como una forma de alcanzar sus objetivos en ámbitos territoriales más reducidos. La razón es que esta organización pensó con acierto que las integraciones regionales tenían más uniformidad y menos diversidad y, por tanto, más posibilidades de progresar. Los acuerdos mega-regionales en muchas ocasiones implican a Estados que presentan mayor diversidad que uniformidad en sus estructuras constitucionales y económicas. Esto explica las dificultades que están sufriendo y lo mismo sucede en la segunda fase de la globalización cuando una integración regional firma con otro Estado o integración.

Los Acuerdos preferenciales de comercio tienen objetivos diversos; no obstante, todos persiguen aumentar la uniformidad en el campo económico entre los Estados que concluyen este tipo de acuerdos. La diversidad que dificulta el acuerdo se combate con un ritmo de intercambios comerciales lento, limitándolos en su ámbito, adoptando medidas que incrementen la uniformidad en los campos concernidos y dando tiempo al tiempo, porque la uniformidad es una tendencia mundial. Hay Acuerdos preferenciales de comercio que se limitan a un número limitado de mercancías, algunos a sectores específicos, mientras que otros excepcionan los ámbitos más problemáticos como la agricultura y la pesca. La práctica habitual es que un Acuerdo preferencial de comercio preceda a un Acuerdo de libre comercio. En este campo, como en los demás de la globalización, la Unión Europea opera en vanguardia desde hace más de cuarenta años, tiene un tipo marco de Acuerdo preferencial de comercio que ha ido evolucionando con el tiempo⁵⁵.

55 Actualmente, los Acuerdos preferenciales de comercio reciben en la Unión la denominación de Acuerdos de colaboración y cooperación o Acuerdos de Asociación y cooperación.



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 capítulo y en el libro se van a utilizar indistintamente ambos términos. 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 estos aparecen como especialmente problemáticos la agricultura 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 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.

Es bastante frecuente, especialmente en el caso de la Unión Europea, que una Zona de libre comercio vaya precedida de un Acuerdo preferencial

de comercio. Desde la intensificación de las integraciones, alentada por la OMC, en los años noventa ha sido una constante de la política comercial de los Estados Unidos incluir en sus Acuerdos de libre comercio la creación de órganos específicos para la implementación normativa para superar los obstáculos indirectos que los Estados utilizan para impedir el libre comercio y la prestación de servicios. También, desde el inicio fue una constante para los EEUU la inclusión en los Acuerdos de la libertad de inversiones y la protección a la propiedad intelectual, lo que conllevaba la previsión de órganos arbitrales, en detrimento de los jurisdiccionales ordinarios, acusados de plegarse a los intereses de su Estado, esto es, de falta de neutralidad o de apariencia de objetividad. Estos contenidos no son novedosos como se ha podido considerar desde Europa con ocasión de la negociación del TTIP⁵⁶.

En un cierto sentido, podría hablarse de Acuerdos de libre comercio de segunda generación si se observa el contenido de los concluidos en esta década. Se caracterizan por incorporar contenidos de la política comercial de Estados Unidos como la libertad de inversiones, la protección de la propiedad intelectual, el establecimiento de órganos encargados de la implementación normativa y la reglamentación de órganos arbitrales para la resolución de las disputas. Esta tendencia se observa en la propia OMC. El otro rasgo distintivo de estos acuerdos de segunda generación es que incluyen materias que han probado su éxito en los tipos de integración más intensos como la Unión aduanera o el Mercado común, es el caso de la libre circulación de capitales y personas, extensible en ocasiones a ciertos profesionales y estudiantes e incluso tímidos avances en la homologación de titulaciones. Podría considerarse, también, que este contenido añadido de los Acuerdos de libre comercio de segunda generación inspira a los de la segunda fase de la globalización, esto es, aquellos en que una de las partes es una integración y también a los que el Derecho internacional económico y de inversiones denomina Acuerdos Mega-regionales.

56 Véase TAPIA GUTIÉRREZ (Agustín Asier), “NAFTA: Un TLC de características *sui generis*”, en el capítulo VIII de esta obra; en su trabajo puede apreciarse que desde principios de los años noventa hay una continuidad de la política comercial de EEUU y que buena parte del contenido del TTIP no es novedosa, aunque la literatura jurídica europea lo haya apreciado así cuando ha afectado a nuestro continente.



La OMC ha incluido en su normativa el estatuto tipo y los contenidos de las Zonas de libre comercio, concretamente en el artículo XXIV del GATT, dedicado a la aplicación territorial del tráfico fronterizo⁵⁷.

El segundo tipo de integración es la Unión Aduanera. No es infrecuente que un Acuerdo de libre comercio sin estar perfeccionado inicie el camino a una Unión Aduanera; por ejemplo, MERCOSUR todavía no tiene perfeccionada la Zona de libre comercio y, sin embargo, se dirige no sólo a una Unión Aduanera, sino a la constitución de un Mercado común. En consecuencia, para considerar a una integración como Unión aduanera es necesario que esté perfeccionada la Zona de libre comercio, esto es, la libre circulación sin trabas por todo el territorio de la integración de las mercancías y de los servicios que se hayan incluido.

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 estos 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 que la política comercial pase de los Estados integrados a los órganos ejecutivos de la integración implica que serán estos 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 terceros, consecuencia obvia, pero que está siendo objeto de amplio debate actualmente en el Reino Unido, con objeto de fijar su futura relación comercial con la Unión Europea. No obstante, 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

57 Un estudio más detenido del Acuerdo de libre comercio en SANZ GÓMEZ (María Mercedes), "Los acuerdos de libre comercio en la era de la globalización: la progresiva ampliación y perfeccionamiento de un instrumento comercial convencional", en el capítulo II de esta obra.

quiebra su Unión aduanera⁵⁸, y de que MERCOSUR no haya consolidado todavía su Unión aduanera.

Si se adopta la regla de que un Estado integrante de una Unión aduanera no pueda firmar con terceros Estados, esto implica que este tipo de integración origina, también, como consecuencia, la segunda fase de la globalización. A partir de la pertenencia de un Estado a una Unión aduanera, los acuerdos que firme la Unión serán siempre de segunda fase para los Estados que la integran. Luego, es la constitución de una Unión aduanera lo que motiva la segunda fase de las integraciones. Los tipos de integraciones más intensos, como el Mercado común y la Unidad económica y monetaria supraestatal, llevan implícita la Unión aduanera, y por tanto, los acuerdos comerciales que firmen con terceros serán siempre de la segunda fase de las integraciones.

Finalmente, hay que destacar que la Unión aduanera, lógicamente, 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

58 Si bien la CAN se constituyó de manera formal como integración económica el 16 de octubre de 1969, su Unión aduanera comenzó a quebrarse, en un primer momento, con el acuerdo firmado entre Colombia y México, en 1995, donde uno de los Estados parte de la CAN firmó, de manera independiente y sin intervención de la integración, un acuerdo bilateral. Por su parte, más de tres décadas después de su fundación, la CAN firmó su primer y último Acuerdo de libre comercio: fue con MERCOSUR, el 01/07/2004. Más allá de ello, ha firmado dos Acuerdos preferenciales de comercio (APC) con la SICA y la UE. Siguiendo el ejemplo de Colombia, todos los países de la CAN han firmado Acuerdos de libre comercio bilaterales con otros Estados de manera independiente a la integración, quebrando así la Unión aduanera, en especial, a partir del año 2009. No obstante, previamente existe un APC entre Colombia, Ecuador y MERCOSUR, en vigor desde el 19/04/2005, y un Acuerdo de libre comercio entre Perú y MERCOSUR desde el 01/01/2006. Los Acuerdos de libre comercio firmados por Estados parte de la CAN de manera ajena a la misma son: Bolivia y México; Ecuador, con Corea del Sur y la EFTA (aún no está en vigor); Colombia, con la EFTA, México, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Canadá, Estados Unidos de América, Corea del Sur, Costa Rica, Israel y Panamá. Además, es miembro de la Alianza del Pacífico. Perú tiene firmados acuerdos con MERCOSUR, la EFTA, Estados Unidos, Chile, Singapur, Canadá, China, Corea del Sur, Tailandia, México, Japón, Panamá, Costa Rica y Honduras, además de ser miembro de la Alianza del Pacífico. Una muestra más de la ruptura de la CAN es el Acuerdo de libre comercio firmado entre Colombia, Ecuador, Perú y la UE el 01/03/2013, donde tres de los cuatro miembros de la integración acuerdan con la UE de manera independiente, tras el fracaso de las negociaciones entre la CAN y la UE, que condujeron simplemente a un APC.



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.

Es muy frecuente que las Uniones aduaneras⁵⁹ inicien el camino a constituirse en una integración más intensa, concretamente el Mercado común; es el caso de la Unión Europea y del Pacto Andino, en su momento; incluso, como se ha visto, que avancen sustancialmente, sin haber perfeccionado todavía la Unión, es la situación, por ejemplo, de MERCOSUR.

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 MERCOSUR⁶⁰ y, en mayor, medida, la Comunidad Andina de Naciones⁶¹, pese a sus 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 mercado⁶² en un Estado es sustituida

59 Un estudio más detallado en MOLERO MARTÍN-SALAS (María del Pilar), “La Unión aduanera”, en el capítulo III de esta obra.

60 Véase GLITZ (Frederico E.Z.), “Los 25 años del MERCOSUR y las perspectivas jurídicas del proceso de integración sudamericana”, en el capítulo X de esta obra y la bibliografía en él contenida.

61 Véase CONTIPELLI (Ernani), “Comunidad Andina de Naciones”, en el capítulo VII de esta obra y la bibliografía en la materia por él citada.

62 Sobre la unidad de mercado véase DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (Tomás), *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; y del mismo autor, *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios constitucionales, 2008, así como la STC 88/1986, FJ 6.

por la unidad de mercado 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 desconcentrada⁶³, en esta última vertiente se intensifican los instrumentos de defensa de la competencia⁶⁴. Este refuerzo de la economía de mercado es constatable no sólo por la experiencia europea, sino porque la propia globalización la reclama y desarrolla, como ya se ha tenido ocasión de destacar. Otro tanto puede decirse en relación con la propiedad

63 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.

64 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".



privada y la libertad de empresa; la posibilidad de imponer limitaciones a esta, 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 competencia, aunque hay quien defiende que la relación es conforme al principio de jerarquía o, en posiciones doctrinales menos extremas, de primacía o atribución⁶⁵. Se está en presencia de una estructura constitucional desde una perspectiva material, aunque no formal⁶⁶. 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*s elevados o la ratificación de las decisiones de los representantes por los ciudadanos mediante *referéndum*⁶⁷, y tampoco expresan pluralismo político, por lo que no admiten desarrollos diversificados, según la orientación ideológica del creador de la norma⁶⁸.

65 Sobre la materia y las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudencias, véase 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. Desde otra perspectiva, su trabajo, “Alguna reflexión a propósito del complejo ordenamiento jurídico de la Unión Europea y de los diferentes estatutos de derechos fundamentales en perspectiva española”, en el libro *Estudios en homenaje a Germán Cisneros Farías*, coordinado por MATILLA CORREA (Andry), RODRÍGUEZ LOZANO (Luis), y GARZA HERNÁNDEZ (Talia), Universidad Autónoma de Nuevo León-Universidad de La Habana, México, 2014, pp. 454-473.

66 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Integración económica y reforma constitucional”, ob. cit., pp. 148- 150.

67 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Alguna reflexión a propósito del complejo ordenamiento jurídico de la Unión Europea...”, ob. cit., pp. 457-459, a propósito de alguna característica que debe reunir una norma constitucional y sobre el principio de jerarquía normativa interpretado de conformidad con el principio democrático.

68 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*

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 integración⁶⁹.

La intensidad en la producción de normas por el Mercado común⁷⁰ 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 considerar que más del 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

Derecho, número 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.

69 Sobre la cláusula de integración en la Unión Europea, véase en esta obra a GARCÍA VICTORIA (Ignacio), "Unidad Económica supraestatal", capítulo V, apartado IV.

70 Véase con mayor detalle a GONZÁLEZ JIMÉNEZ (Magdalena), "Esbozo de una teoría general del Mercado común como modalidad de integración económica", en el capítulo IV de esta obra y la bibliografía en él contenida.



conforme a los principios de supra y subordinación, coordinación e inordinación⁷¹.

El cuarto tipo de integración económica es la Unidad económica y monetaria supraestatal⁷². 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, del déficit y de la deuda pública. La última palabra sobre la política fiscal queda en manos de los órganos de la integración. El resultado es que estos deciden la totalidad de la política comercial, monetaria, y dejan escaso margen a la política fiscal. Esta, 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 puede sostenerse que no tenga también la competencia de la política macroeconómica.

71 Véase GARCÍA PELAYO (Manuel), *Derecho Constitucional Comparado*, ob. cit., pp. 233-240, que utiliza estos principios para explicar las relaciones jurídicas en las estructuras constitucionales complejas, como el Estado federal. Una aplicación al Estado autonómico español en GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Lo Stato autonómico, evoluzione e qualche conclusione sulla prima riforma integrale di alcuni statuti”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, federalismi.it, pp. 7 y ss.

72 Una investigación más detallada en MEIX CERECEDA (Pablo), “La Unidad Económica y Monetaria supraestatal”, en el capítulo VI de esta obra.

Ante esta realidad, aquí se va a sostener, en línea con numerosos estudios de economistas⁷³, 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 siquiera 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

73 KRUGMAN (Paul) y DE LA DEHESA (Guillermo), "Economic and Monetary Unions and the Regions, Group of Thirty", 1995, pp. 43 y ss. Consultado el 06/09/2018 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.



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 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 inmigración⁷⁴. 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 en la actualidad, probablemente, inevitable. Finalmente, y como corolario, es necesaria la elaboración y aprobación de una Constitución federal⁷⁵.

V. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES QUE PROMUEVEN Y FIRMAN ACUERDOS COMERCIALES

Tras la apuesta, a principios de los años noventa del siglo pasado por la OMC a favor de las integraciones económicas, como medio más eficaz para avanzar en la liberalización multilateral, se multiplicaron los acuerdos de libre comercio; se hablaba de cientos de ellos. No obstante, en esta materia, desde una perspectiva constitucional, es necesario proseguir aclarando ciertos extremos.

Como se ha defendido en anteriores trabajos, tratando de realizar una aproximación a una teoría general de las integraciones económicas, lo que, en definitiva, es parte del intento de constitucionalizar la globalización, es cierto que hay cientos de Acuerdos de libre comercio, pero, actualmente,

74 COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión sobre el futuro de las finanzas de la UE, 2017, p. 22. Consultado el 06/09/2018 en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-eu-finances_es.pdf

75 Véase la sexta y última parte de esta obra, donde se transcribe la Mesa redonda que en el Congreso Internacional que culmina esta investigación afrontó si la Unión Europea puede solventar sus problemas, y los que le origina la globalización, a través de una reforma de sus instituciones o si requiere transformarse en un Estado federal.

cuando se escriben estas líneas, en el mundo solo hay treinta y cinco integraciones económicas, y cinco de ellas todavía no han entrado en vigor⁷⁶. Estas integraciones económicas tienen, como regla general, capacidad jurídica para firmar acuerdos con terceros o con otras integraciones. La única excepción son algunas integraciones que renuncian a firmar con terceros (especialmente EEUU, que decide no participar de esta forma en la segunda fase de las integraciones) o que transfieren la capacidad jurídica para obligarse con terceros a una organización internacional, como se va a examinar *infra*. También es cierto que hay dos fases en la globalización o, con mayor precisión constitucional aún, dos fases en las integraciones económicas. Por último, por fin se ha resuelto la duda de cuántos tipos de integraciones había en la primera fase de las integraciones económicas. Hasta ahora se venía sosteniendo que eran cuatro o cinco los que componían la primera fase. Ahora, tras el Congreso que trae como consecuencia este libro, ya podemos concluir que en la primera fase de las integraciones hay cuatro tipos básicos.

Además, de las dos fases de integraciones económicas y de los cuatro tipos básicos de la primera fase, hay, como se acaba de señalar *supra*, organizaciones internacionales, predominantemente económicas, dotadas o no de personalidad jurídica, que son el objeto de este breve apartado. Cabe diferenciar tres clases de estas organizaciones internacionales.

La primera clase se dedica, entre otras cuestiones, a potenciar y facilitar la firma de acuerdos comerciales. Un buen ejemplo es el Foro de Cooperación de Asia Pacífico, por sus siglas en inglés, APEC⁷⁷. Esta organización ha promovido directamente la creación de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN)⁷⁸ y de la Asociación Económica Integral Regional (RCEP)⁷⁹.

La segunda clase es una organización internacional que ostenta personalidad jurídica para concluir acuerdos comerciales con terceros, ya sean

76 Véase “El compendio completo de acuerdos comerciales por Estado, integración y organización en la era de la globalización” en esta obra.

77 Véase CONTIPELLI (Ernani) y PICCIAU (Simona), “Foro de cooperación económica Asia-Pacífico (APEC)”, en el capítulo XII de esta obra.

78 Véase CONTIPELLI (Ernani) y PICCIAU (Simona), “Asia oriental: Historia y desarrollo del proceso de integración de la asociación de las naciones del sudeste asiático (ASEAN)”, en el capítulo XIII de esta obra.

79 Véase ÁLVAREZ GARCÍA (Héctor), “La Asociación Económica integral regional”, en el capítulo XVI de esta obra.



Estados u otras integraciones (segunda fase de la integración); los Estados parte de esta organización internacional tienen, además, un tipo de integración entre ellos. Hay dos claros ejemplos. ASEAN es una organización internacional dotada de capacidad jurídica para promover y crear acuerdos *ad intra*, entre los Estados integrados, y *ad extra*, con terceros Estados o integraciones; su capacidad *ad intra* se manifestó en la firma del AFTA, que es un acuerdo de libre comercio entre los Estados que la integran; su capacidad *ad extra* se manifestó en el acuerdo de ASEAN con China, que entró en vigor el 1 de julio de 2007.

El otro ejemplo es la Alianza del Pacífico⁸⁰. Para integrarse en ella es necesario que un Estado tenga firmados acuerdos bilaterales de libre comercio con los demás Estados de la Alianza, pero es esta la que tiene la capacidad jurídica para firmar con terceros; es el caso del Acuerdo de Libre Comercio de la segunda fase de las integraciones entre la Alianza del Pacífico, Australia y Nueva Zelanda, que todavía no ha entrado en vigor. No obstante, se debe precisar que, desde una perspectiva jurídica formal, tanto ASEAN como la Alianza del Pacífico son organizaciones internacionales con capacidad jurídica para promover y firmar acuerdos con cualesquiera integraciones o Estados, pero desde una perspectiva material son integraciones económicas, y así son conocidas por la mayor parte de los ciudadanos.

La tercera clase es una organización internacional, cuyos Estados pueden o no tener algún tipo de integración entre ellos, que tiene capacidad jurídica para firmar algún tipo de integración con terceros, ya se trate de un Estado o de una integración. Es posible deducir que algunas de estas organizaciones internacionales han sido promovidas por alguna integración o Estado potente que evita de esta forma firmar múltiples acuerdos comerciales. Al firmar con la organización internacional hay un solo acuerdo de libre comercio que obliga a todos los Estados que la integran, evitándose así firmar individualmente con cada uno de estos. Es el caso de la Asociación de Países y Territorios de Ultramar, que tiene firmado un Acuerdo de Libre Comercio con la Unión Europea (UE-OCT), que entró en vigor el 1 de enero de 1971.

80 Véase CASTAÑO PEÑA (Jairo Andrés), “La Alianza del Pacífico: Hacia la construcción de un mercadocomún”, en el capítulo XIV de esta obra y la bibliografía citada en el mismo.

VI. LA SEGUNDA FASE DE LAS INTEGRACIONES ECONÓMICAS

Dentro de una aproximación a una teoría general de las integraciones hay que detenerse en lo que se venía denominando “segunda fase de la globalización”, que requiere de importantes clarificaciones, precisiones e, incluso, de alguna rectificación respecto a anteriores trabajos.

Como ya se ha señalado, al tratar de acotar terminológicamente el objeto de la investigación al campo del Derecho Constitucional hay que recordar que la globalización puede alcanzarse a través de la liberalización multilateral del comercio y de los servicios, aunque lo usual es que se realice, desde principios de los años noventa, a través de integraciones económicas. Estas, además, se plantean objetivos más ambiciosos, porque buscan también la libre circulación de trabajadores y capitales, lo que obliga a perseguir uno de los principios del capitalismo: la igualdad en el ejercicio de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. El resultado es que el embate sobre el concepto liberal de Constitución es mucho más intenso a través de la vía de las integraciones que de la liberalización multilateral. Y este se agrava cuando se profundiza en la segunda fase de la globalización, aunque desde una perspectiva constitucional sería más correcto hablar de segunda fase de las integraciones; en cualquier caso, tanto en este capítulo como en el libro se utilizarán indistintamente ambas expresiones.

En la primera aproximación a la materia, en 2005, parecía que la tendencia de las empresas y de los mercados para superar el marco estatal iba a quedar satisfecha con integraciones económicas cada vez más, y que la unidad económica supraestatal era la culminación⁸¹. Tras una nueva investigación, se concluyó en 2013 que esto era la primera fase de las integraciones, pero que se iniciaba una segunda (denominada entonces segunda fase de la globalización). Esta se presumía que se caracterizaba fundamentalmente por la aparición de nuevos actores; estos, en una de las partes del acuerdo, pasaban a ser los órganos ejecutivos de las integraciones económicas, los BRICS o potencias económicas, como Estados Unidos o

81 “Integración económica y reforma constitucional”, ob. cit., pp. 140-141.



China⁸². Finalmente, en el último trabajo publicado en 2017 se eliminaba entre los actores a los BRICS y se advertía de la necesidad de estudiar con mayor detenimiento estos acuerdos de la segunda fase, porque, aunque los nuevos actores sólo habían firmado hasta el momento acuerdos de libre comercio, “hay elementos que hacen sospechar que son diferentes a los de la primera etapa de la globalización. En general, parece que la integración es bastante más profunda, y así parece manifestarse en la creación de un órgano más o menos ejecutivo, en la intensa implementación legislativa que exige y en la creación de órganos arbitrales o judiciales⁸³. Cuestión esta última que se está dirimiendo en la actual fase de negociación del Acuerdo Transatlántico de comercio e inversiones entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP)⁸⁴”.

Estas afirmaciones requieren hoy matizarse. Al igual que le ha sucedido a buena parte de la doctrina, son excesivamente dependientes del método fenomenológico, en concreto, de centrarse en el TTIP y, a su través, en el CETA. Jorge Fabra, en su trabajo sobre el CETA estima que esta integración es el primer ejemplo de una nueva tendencia de acuerdos megaregionales; que define, siguiendo a Hirst, como una “integración económica profunda entre países o regiones que comparten una porción mayor del comercio mundial y la inversión extranjera directa”⁸⁵. En esta categoría sitúa al TTIP o el RCEP. Como demuestra CETA, estos acuerdos “van más allá de simplemente aumentar los vínculos comerciales... ellos buscan

82 “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos...”, ob. cit., p. 565.

83 “Los embates de la globalización a la democracia”, ob. cit., p. 131.

84 DOMÍNGUEZ CEBRIÁN (Belén), “La UE defiende ante EEUU la reforma del tribunal de arbitraje”, *El País*, 22 de febrero de 2016, relata cómo uno de los objetivos principales de la Unión, en la doceava ronda de negociaciones, es caracterizar al tribunal más como órgano jurisdiccional que como arbitral, que tenga carácter permanente y que se ocupe de todas las controversias de futuros tratados comerciales. https://elpais.com/economia/2016/02/22/actualidad/1456154085_304452.html. Consultado el 02/09/2018. Véase TAIBO (Carlos), *Para entender el TIPP (Una visión crítica del Acuerdo Transatlántico de comercio e inversiones)*, Catarata, Madrid, 2016. GÁLVEZ (J. J.), “Podemos pedir a los jueces y fiscales que se pronuncien sobre el TIPP”, *El País*, 10 de marzo de 2016, reseña cómo la Federación de Jueces alemana ha emitido un dictamen por el que rechaza la creación de un tribunal de inversiones en el marco del TTIP, porque “no ve ni la base legal ni la necesidad para un tribunal de este tipo” (consultado el 05/09/2018). https://elpais.com/politica/2016/03/09/actualidad/1457551040_843334.html

85 HIRST (Thomas), “What are mega-regional trade agreements?”, World Economic Forum, 9 de julio de 2014 (consultado 04/09/2018) <https://www.weforum.org/agenda/2014/07/trade-what-are-megaregionals/>

mejorar la compatibilidad regulatoria y proporcionar marcos normativos que reduzcan las diferencias en los climas de inversión y comerciales.”⁸⁶ El mega-regionalismo, también llamado “regionalismo multilateral”⁸⁷, puede ser visto como un punto intermedio entre el bilateralismo y el multilateralismo⁸⁸.

Las afirmaciones de Fabra y de la doctrina por él citada pueden ser válidas desde una perspectiva de Derecho internacional económico y de inversiones, pero es indudable que también son excesivamente tributarias del empleo del método fenomenológico, e inadecuadas desde una perspectiva constitucional. En consecuencia, vamos a tratar de clarificar, precisar y, en alguna medida, rectificar las afirmaciones que se han realizado en anteriores publicaciones y por la literatura jurídica que se acaba de citar.

El mega-regionalismo no es algo nuevo, si se define como integraciones que agrupan a Estados que representan una gran porción del comercio mundial. La Unión Europea, en los años ochenta, podría perfectamente haberse definido como megaregionalismo, por el número de países que integraba y por la porción que estos representaban en el comercio mundial. Aunque es cierto que, sin contar el continente africano, hay tres nuevos acuerdos que por la porción de comercio que representan los países que lo integran pueden calificarse en términos económicos de mega-regionales: la Asociación Económica Integral Regional (RCEP), el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) y el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP). El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA) no se puede considerar como nuevo, dado que es un acuerdo de la segunda fase de la integración entre Canadá y la Unión Europa y, como se ha dicho, ya podía ser calificado en los años ochenta de integración megaregional, porque la incorporación de Canadá es simplemente la agregación de una porción del comercio equivalente *grossomodo* al de la cuarta economía de la Unión: España.

86 Ibidem.

87 MYLONAS (Harris), “Regional Multilateralism: The next paradigm in Global Affairs” (Enero 14, 2012) CNN en: www.globalpublicsquare.blogs.cnn.com/2012/01/14/regional-multilateralism-should-be-the-next-paradigm-in-global-affairs/

88 Afirmación realizada en esta obra por FABRA ZAMORA (Jorge Luis) y GUEVARA ESPITIA (Laura Sofia), “El Acuerdo integral sobre Economía y Comercio (CETA)”, p. 20. En la misma posición debería situarse MYLONAS, *supra* nota 87, cuando habla de regionalismo multilateral.



El mega-regionalismo tampoco supone una integración más profunda. Dogmáticamente, el tipo de acuerdo es una zona de libre comercio en mercancías y en algunos servicios, a lo que se añaden mecanismos arbitrales para proteger las inversiones empresariales y la propiedad intelectual. Estos ámbitos materiales e instrumentos no son novedosos. Desde principios de los años noventa se encuentran presentes en los acuerdos que firma Estados Unidos, dado que forman parte nuclear de su política comercial, al igual que la implementación normativa y la creación de órganos ejecutivos⁸⁹. En definitiva, no puede hablarse de integración más profunda, cuando nos encontramos con el menor nivel de integración de los cuatro tipos que comprenden la primera fase de las integraciones.

El mega-regionalismo tampoco es una vía intermedia entre multilateralismo e integraciones⁹⁰, sino que se ubica entre las segundas. Las integraciones permiten avanzar hacia el multilateralismo y superar algunas de las dificultades que explican su fracaso. El avance hacia el multilateralismo puede alcanzarse cuando alguna integración firma con otro Estado y, mucho más intensamente, cuando se firma un acuerdo con otra integración (segunda fase). En estos casos, el porcentaje de la nueva integración resultante en el comercio mundial se incrementa exponencialmente. Dentro de la segunda fase de las integraciones habría que diferenciar cuándo un Estado se encuentra en posición de sujeto pasivo, que consiste en que la integración económica de la que forma parte ese Estado firma con un tercer Estado o con otra integración; y cuándo se encuentra en la posición de sujeto activo, que se produce cuando ese Estado firma un acuerdo con una integración.

Estados Unidos tradicionalmente ha renunciado a pasar a la segunda fase de las integraciones como sujeto pasivo; esto es, renuncia a que alguna de las integraciones de las que forma parte firme con un tercero, fuera este Estado o integración. Esto le dificulta avanzar en el multilateralismo, ya que la única forma que tiene de progresar en el mismo es firmar acuerdos

89 Véase *supra* la nota 56 y la referencia a TAPIA GUTIÉRREZ (Agustín Asier), “NAFTA: Un TLC de características *sui generis*”, en el capítulo VIII de esta obra. También MARTÍN SÁNCHEZ (María), “Tratado de libre comercio de Centroamérica, EEUU y República Dominicana”, en el capítulo IX de esta obra. En ambos trabajos podrá apreciarse que estos ámbitos materiales forman parte de la política comercial tradicional de EEUU en materia de integraciones.

90 En esta posición, FABRA ZAMORA (Jorge Luis) y GUEVARA ESPITIA (Laura Sofía), “El acuerdo integral sobre economía y comercio (CETA)”, en el capítulo XV de esta obra, p. 20.

de integración con otros Estados, o adoptar la posición de sujeto activo de la segunda fase de las integraciones y firmar con otras integraciones, precisamente lo que estaba haciendo antes de la llegada de Trump, al promover el TPP y el TTIP.

Es prácticamente imposible realizar una teorización general de la globalización, o más correctamente, desde una perspectiva constitucional, de las integraciones económicas sin atender al método fenomenológico. Se trata de una realidad viva, que cambia a gran velocidad. Por esta razón la literatura jurídica en este campo incurre en errores, y debería verse obligada a rectificar con mayor frecuencia de lo que sería conveniente. Menores disculpas merecen los errores que provienen de un sesgo eurocentrista o, mejor aún, occidentalista, y de ignorar hechos que no era tan difícil constatar. Esto es lo que ha ocurrido con el TTIP y el CETA. Los embates que originaban al concepto racional normativo eran muy intensos y han centrado la atención de la mayor parte de la literatura jurídica occidental desde diversas perspectivas. Se ha creído que el mega regionalismo era algo nuevo, cuando desde los años ochenta estaba presente, a través del Mercado Común Europeo. Se ha dado a entender que la segunda fase de las integraciones era también algo nuevo, cuando en la propia Europa hay integraciones de la segunda fase desde los años setenta⁹¹.

También se ha considerado que el mega-regionalismo o, desde una visión constitucional, la segunda fase de las integraciones, incorporaba a las zonas de libre comercio, junto a las mercancías y ciertos servicios, la propiedad intelectual y la protección de inversiones como nuevos ámbitos materiales. Se ha defendido que este tipo de acuerdo incluye, más o menos, órganos ejecutivos, que suponen una amplia implementación normativa y que prevén órganos arbitrales, en sustitución de los judiciales. Nada de todos esto es novedoso, *nihil novum sub sole*, y sólo el sesgo occidentalista y el olvido de antecedentes ha hecho creer que el TTIP y el CETA introducían estos elementos, observados por

91 El Espacio Económico Europeo (EEE), resultado del Acuerdo entre la UE y el EFTA, entró en vigor el 01/01/1994. Es la integración de segunda fase más antigua del mundo. Además, los Acuerdos de libre comercio de segunda fase más antiguos son, precisamente, los de la UE con los Estados de la EFTA: UE-Islandia y UE-Liechtenstein y Suiza; ambos del 01/04/1973. Se realizaron porque si bien la EFTA se creó el 03/05/1960, en aquel momento todavía no estaba tan desarrollada como integración como para tener competencia comercial *ad extra*.



la literatura con prevención por el poderoso embate que originaban al constitucionalismo.

Es cierto que el TTIP y el CETA incluyen estos elementos, pero no son novedosos. La propiedad intelectual, la protección de inversiones y la sustitución de los órganos judiciales por los arbitrales ha sido una seña de identidad de las integraciones promovidas por Estados Unidos desde su primer acuerdo con Canadá, y así se observa con mayor claridad si se analiza el NAFTA o el CAFTA, a principios de los años noventa⁹². Nada nuevo. Es más, la sustitución de órganos judiciales a favor de arbitrales arranca de la propia Organización Mundial del Comercio, probablemente por influencia de Estados Unidos, con su Sistema de Solución de Diferencias. Por cierto, la OMC, en sus normas estatutarias guías para constituir Zonas de libre comercio o Uniones aduaneras, incluye la propiedad intelectual y la protección de inversiones⁹³. La presencia de órganos más o menos ejecutivos y la intensa implementación normativa también es una seña de identidad de la política comercial de Estados Unidos, y no es relevante si se compara con una Unión aduanera, con esta en camino hacia un mercado común o con este una vez consolidado. Lo que se estima que no se ha reseñado todavía por la literatura jurídica es que las Zonas o Acuerdos de libre comercio, tanto de la primera fase de las integraciones como de la segunda están incluyendo ámbitos materiales exitosos que son propios de una Unión Aduanera, de un Mercado Común o, incluso de una Unidad económica y monetaria supraestatal.

En la primera aproximación a conceptualizar la segunda fase de la globalización o de las integraciones ya se defendió que lo que caracteriza a esta es un cambio en los actores. En el segundo estudio se confirmaron

92 Véase *supra* notas 56, 84 y 89.

93 El Acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), firmado en abril de 1994, constituye un intento de reducir las diferencias en la forma de proteger esos derechos en los distintos países del mundo y de someterlos a normas internacionales comunes. En él se establecen niveles mínimos de protección que cada gobierno ha de otorgar a la propiedad intelectual de los demás miembros de la OMC. Texto consultado el 06/09/2018 en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/31bis_trips_s.pdf De igual modo, el Acuerdo de la OMC sobre las medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) estipula que ningún Estado miembro puede aplicar ninguna medida que esté prohibida por las disposiciones del artículo III (trato nacional) del propio MIC o del artículo XI (restricciones cuantitativas) del GATT. Texto consultado el 06/09/2018 en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims.pdf

que no sólo algunos BRICS, sino que ninguno tenía relevancia para incluirlos como actores que ayudaban en la conceptualización de esta segunda fase. Aquí y ahora ya se puede afirmar que lo único relevante desde una perspectiva constitucional es que una de las partes o ambas sean una integración económica. Estos son los actores que permiten conceptualizar la segunda fase de las integraciones. Frente a lo afirmado en mi último trabajo, Estados Unidos y China no son actores que permitan identificar la segunda fase de las integraciones⁹⁴.

La confusión de incluir a China y a Estados Unidos como actores de la segunda fase de las integraciones deriva de no ceñirse a una perspectiva exclusivamente constitucional y a no percibir que lo relevante de la presencia de China o Estados Unidos es que su tremendo peso, en cuanto potencias económicas, desequilibra la relación contractual que supone la firma de una integración. Cuando una de las partes es China o Estados Unidos su peso económico impone condiciones contractuales a la otra parte, sea esta una integración o un grupo de Estados. Las condiciones contractuales impuestas serán mayores o menores dependiendo de dos variables: el peso económico de la otra parte y el interés o necesidad que haya en la firma del acuerdo. En relación con la primera variable, Estados Unidos impuso sin dificultades, en el NAFTA y en el CAFTA, a los otros Estados signatarios los ámbitos materiales de propiedad intelectual, protección de inversiones y el arbitraje en lugar de los tribunales ordinarios; mayores dificultades, en cambio, encontró cuando trató de hacerlo con la Unión Europea. Otro tanto puede decirse del Acuerdo de libre comercio de la segunda fase que la Unión está negociando con ciertos países del golfo⁹⁵. En relación con la primera variable, piénsese en la débil situación contractual en que se encuentra el Reino Unido para firmar un acuerdo comercial con Estados Unidos, si finalmente se produce el *Brexit*, dado el desequilibrio económico entre ambas partes; debilidad que se incrementa atendiendo a la segunda variable, la tremenda necesidad del Reino Unido de firmar un acuerdo

94 “Los embates de la globalización a la democracia”, ob. cit., p. 131.

95 La Unión Europea está negociando un Acuerdo de libre comercio con el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo (GCC); integración compuesta por Arabia Saudí, Bahréin, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait y Omán. La GCC fue creada el 1 de enero de 2003 y sólo tiene un acuerdo en vigor, con Singapur (01/09/2013), pero está negociando once acuerdos con, entre otros, MERCOSUR o la EFTA.



con Estados Unidos para compensar la pérdida del mercado europeo y de otros a los que accede a través de la política comercial europea⁹⁶.

Cuando una de las partes o uno de los Estados signatarios en una integración es Estados Unidos o China, se presupone que hay un excesivo desequilibrio económico entre las partes que juega a favor de estas potencias económicas; se está ante la primera variable, lo que puede originar que esa parte imponga condiciones exorbitantes. Esto tiene un claro relieve constitucional, y es lo que llevó a considerar, equivocadamente, que entre los actores que caracterizan a la segunda fase de las integraciones podría incluirse a China o Estados Unidos. No es así, pero sí hay una consecuencia que tiene relieve constitucional. En este caso, se presupone que hay una parte en la integración que impone a la otra (integración) o a los demás Estados, sus posiciones. En estos casos la salvaguardia de la soberanía y del principio democrático quedan afectados en la parte débil, y pueden llegar a ser inexistentes en la parte fuerte de la relación, esto es, en Estados Unidos o China. Es el mismo supuesto que ya se analizaba en mi último trabajo publicado sobre la materia, donde se defendía que el embate que las integraciones económicas originan a la soberanía y a la democracia no eran iguales en todos los Estados; se ponía el ejemplo que se acaba de relatar, de la potencia estadounidense, al tiempo que se afirmaba que a lo interior de una integración tampoco eran iguales las afecciones. Por ejemplo, que en la Unión Europea eran menores en la mayor potencia económica, Alemania, que se podía permitir paralizar una decisión de la

96 El día que se escriben estas líneas Donald Trump visita el Reino Unido. La primera ministra británica pretende aprovechar la reunión entre ambos mandatarios para promover una Zona de libre comercio entre ambos Estados. Justo antes de la reunión Trump en una entrevista en The Sun “Trump’s Brexit Blast” (13/07/2018) critica la negociación de Theresa May con la Unión Europea y su *Brexit* débil. En esas condiciones, afirma que un Acuerdo de libre comercio con el Reino Unido sería, en realidad, un acuerdo con la Unión Europea. Y añade que en estas condiciones el acuerdo entre el Reino Unido y Estados Unidos está probablemente muerto. Aprovecha, además para halagar exageradamente al exministro de Asuntos Exteriores, Boris Johnson, quien dimitió, unos pocos días antes, precisamente por sus discrepancias con May, a propósito de la negociación del *Brexit*. La debilidad en la negociación que inicia el Reino Unido es patente y la de la premier británica, tan llamativa, que recibe el respaldo de la oposición ante el ataque de Trump. El relieve mundial del incidente lleva a Trump a desmentir el contenido de la entrevista y considerarla como *fake news*, véase “Trump culpa a la prensa para intentar zanjar la tensión con May”, El País, 13/07/2018. Consultadas el 14/07/2018. <https://www.thesun.co.uk/news/6766531/trump-may-brexit-us-deal-off/> https://elpais.com/internacional/2018/07/13/actualidad/1531479190_721904.html

Unión hasta que su Tribunal Constitucional o su Parlamento se pronunciaran sobre la cuestión, que en otros Estados como Francia. Y que incluso el embate a la soberanía y a la democracia eran mayores en Estados que estaban incurso en procedimiento por desequilibrios macroeconómicos o por déficit excesivo (España, Italia, Portugal, Grecia) que aquellos otros Estados que, como Holanda, no presentaban esos problemas económicos⁹⁷.

En definitiva, tras rectificar, delimitar y precisar anteriores escritos y otras opiniones doctrinales puede afirmarse que lo que caracteriza a la segunda fase de las integraciones desde una perspectiva constitucional, que es lo que aquí interesa, es simplemente un cambio total o parcial en los actores: una o las dos partes en el acuerdo comercial es una integración económica.

La literatura jurídica es unánime al considerar que la firma de un acuerdo comercial origina un embate al concepto racional normativo de Constitución, que se afectan la soberanía y la democracia. También hay acuerdo en que a medida que se profundiza en la integración se intensifica la afección, concretamente según se pasa de un tipo de integración a otro de la primera fase, por ejemplo, de Unión aduanera a Mercado común. En estos casos, a medida que se profundiza en la integración, entre otras afecciones, se pierde soberanía en todas aquellas competencias que se han transferido desde el Estado a los órganos de la integración, se producen desplazamientos de competencias desde el Poder Legislativo al Ejecutivo o los ciudadanos pierden la capacidad de decidir sobre determinados asuntos públicos. Ahora bien, cuando nos adentramos en la segunda fase de las integraciones, el embate al concepto liberal de Constitución se incrementa, se multiplica, incluso, aunque la segunda fase de la integración se limite a una Zona de libre comercio (primer tipo de la primera fase de integración) que es la menos intensa, la que menos afecciones origina a la Constitución. En la primera fase de las integraciones, el riesgo para el funcionamiento adecuado del Derecho Constitucional es, valga el ejemplo divulgativo, como el equivalente a dar un salto mortal; en cambio, ese mismo riesgo en la segunda fase de las integraciones es como dar un doble salto mortal.

En definitiva, para el Derecho económico internacional y de inversiones, así como para otras disciplinas científicas, como la Economía, no hay diferencias entre la primera fase y la segunda de las integraciones. En

97 “Los embates de la globalización a la democracia”, ob. cit., pp. 133-134.



cambio, para el Derecho Constitucional, el paso de una a otra fase es muy relevante, porque se incrementa exponencialmente el embate a la Constitución. Cualquiera de las afecciones que se originan podría utilizarse para que se visualicen mejor. Por ejemplo, cuando en un Estado compuesto se transfiere una competencia del legislativo de un ente territorial periférico a una integración, este puede intentar, a través del poder central de su Estado, influir en los órganos de integración para salvaguardar sus intereses territoriales (en Alemania, los *länder*, a través de su Gobierno Federal). Ahora bien, las dificultades del ente territorial periférico para salvaguardar sus intereses se incrementan, en la segunda fase de la globalización, cuando la integración de la que forma parte firma un acuerdo con otro Estado e, incluso, más si la firma es con otra integración. Otros tantos ejemplos podrían ponerse sobre el resto de afecciones que se originan al Derecho constitucional, como la pérdida de soberanía, el principio democrático, el pluralismo político, el desplazamiento de competencias desde el Poder Legislativo al Ejecutivo, el Poder Judicial, etc.

Para continuar precisando y profundizando, dentro de la segunda fase de las integraciones habría que diferenciar cuándo un Estado se encuentra en posición de sujeto pasivo, que consiste en que la integración económica de la que forma parte ese Estado firma con un tercer Estado o con otra integración; y cuándo se encuentra en la posición de sujeto activo, que se produce cuando ese Estado firma un acuerdo con una integración. Obviamente, desde una perspectiva constitucional el incremento del embate a la Constitución sólo se produce en la segunda fase de las integraciones, cuando el Estado se encuentra en posición de sujeto pasivo. El Estado, que se sitúa en posición de sujeto activo, sólo sufre las consecuencias constitucionales de la primera fase de las integraciones en su primer tipo: el acuerdo de libre comercio, que es el de menores afecciones constitucionales. Se estima que no es casual que los Estados Unidos, dentro de la primera fase, no haya pasado nunca del primer tipo de acuerdo, Zona de libre comercio, y que en la segunda fase de las integraciones siempre hayan participado en posición de sujeto activo. Ambas decisiones le han garantizado un menor embate a su orden constitucional⁹⁸.

98 Pese a que EEUU no ha pasado en la primera fase de la globalización del primer tipo de integración, Zona de libre comercio, y no ha firmado como sujeto pasivo ningún acuerdo de libre

Si se continúa depurando la segunda fase de las integraciones, hay que añadir que en algunas de estas cabe que haya un acuerdo mixto. Con este término se quiere hacer referencia a que existe la posibilidad de que al constituir una integración ciertos Estados pueden tener entre ellos un acuerdo comercial previo, mientras hay otros que no; para todos sería un acuerdo de la segunda fase, pero los primeros Estados se encontrarían en posición de sujeto pasivo, mientras que los demás Estados tendrían una posición de sujeto activo. Es, por ejemplo, el caso del RCEP⁹⁹: para los Estados del ASEAN es un acuerdo comercial pasivo, en la medida en que es el órgano ejecutivo de esta integración (APEC) el que negocia el acuerdo; en cambio, cada uno de los demás Estados pacta por sí mismo, y luego se encuentran en posición activa.

Hay que reafirmarse también en que hasta el momento, la segunda fase de las integraciones se ha limitado a firmar Acuerdos de libre comercio, pero nada obsta a que progresivamente se vaya profundizando a los tipos de Unión aduanera, Mercado común y Unidad económica y monetaria supraestatal, como ha sucedido en las integraciones económicas supraestatales. El límite de esta integración está todavía lejos o quizás no: la unidad económica mundial¹⁰⁰. No obstante, en 2017 ya se advirtió que el paso de Unión aduanera a Mercado común o a Unidad económica supraestatal es difícil, fundamentalmente, porque exige una compleja infraestructura monetaria¹⁰¹, así como por una dificultad añadida que se va a exponer en los próximos párrafos.

Se ha concluido en que el mega-regionalismo y la segunda fase de las integraciones son categorías diferentes, incluso, creaciones de ciencias distintas. No obstante, comparten un objetivo y una característica, que es

comercio de la segunda fase, su sistema constitucional ha sufrido algún embate. Por ejemplo, un claro desplazamiento de potestades del legislativo a favor del ejecutivo en materia comercial. La presidencia lo ha conseguido acudiendo al concepto de seguridad nacional, lo que le ha permitido a Trump poderes excepcionales para imponer aranceles comerciales a terceros Estados, iniciando una incipiente guerra comercial. El representante demócrata por Missouri, preocupado por estas consecuencias, sostiene que esto sucede porque durante los últimos treinta años el Congreso de EEUU ha permitido que su competencia en política comercial sea detenida por la presidencia de la República. “Los republicanos tiemblan con los aranceles de Trump”, *El País*, consultado el 16 de julio de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/07/12/actualidad/1531423621_826137.html

99 Véase ÁLVAREZ GARCÍA (Héctor), “La Asociación económica integral regional”, en el capítulo XVI de esta obra.

100 “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos...”, ob. cit., pp. 565-566.

101 “Los embates de la globalización a la democracia”, ob. cit., p. 121.



consecuencia del mismo. El objetivo común es avanzar más rápidamente hacia el libre comercio mundial. El mega-regionalismo logra este objetivo al ser múltiples los Estados integrados en la Zona de libre comercio que se constituye. Otro tanto sucede con la segunda fase de la globalización. Cuando una integración firma con un Estado, este accede en mercancías y servicios a todos los mercados de los Estados que forman parte de la integración. Y lo mismo sucede, aunque con mucha mayor intensidad, cuando una integración constituye una Zona de libre comercio con otra integración.

Más interesante resulta, desde una perspectiva constitucional, la característica que comparten la segunda fase de la integración y el mega-regionalismo. Esta consiste en que en ambos casos suelen haber grandes diferencias de todo tipo y naturaleza entre los Estados que se integran, esto es, una falta de identidad, lo que agrava el embate al concepto de Constitución. El propio término de mega-regionalismo hace innecesario explicar que su característica principal es establecer una Zona de libre comercio entre Estados que presentan grandes diferencias entre sí. Aunque la diversidad trata de disimularse con referencias geográficas, como pacífico, transpacífico o transatlántico, ahora se verá por qué. Mayores explicitaciones requiere apreciar esta característica en la segunda fase de la globalización. Para ello, hay que recordar que buena parte de la literatura jurídica hablaba de integraciones regionales o, con mayor precisión, de integraciones económicas regionales. Añadir el adjetivo geográfico no era baladí. Las integraciones de la primera fase de la globalización se producían entre Estados de una misma área geográfica, lo que facilitaba que compartieran identidades, culturas, costumbres, instituciones jurídicas, económicas e, incluso, constitucionales. En cambio, en la segunda fase de la globalización, una integración económica regional firma un acuerdo de libre comercio con otro Estado u otra integración y aquí desaparece el criterio geográfico. Las partes que firman el acuerdo de libre comercio empiezan a pertenecer, cada vez con más frecuencia, a áreas geográficas distantes. Hay mucha menor identidad entre las partes, las diferencias culturales, sociales, económicas y jurídicas pueden ser reseñables, y eso dificulta la integración y facilita el embate al concepto de Constitución liberal¹⁰². La identidad o diversidad de los Es-

102 Sobre la pérdida del ámbito regional y sus consecuencias en la segunda fase de las integraciones, véase a GARCÍA GUERRERO (José Luis) y MARTÍNEZ ALARCÓN (M^a

tados que se integran es tan relevante que desde altas instituciones de la Unión Europea se denunciaba, con razón, que si el CETA era tan difícil de concluir, pese a las grandes identidades entre Europa y Canadá, con quién iba a poder concluir la UE una Zona de libre comercio¹⁰³.

Un acuerdo entre la UE y China opone un sistema totalitario frente a uno democrático; un marco económico ordoliberal frente a un Estado en que cohabitan la constitución económica marxista y la capitalista. El pluralismo político frente a la uniformidad. Las diferencias se extienden a todos los ámbitos imaginables, la separación de poderes, la opinión pública libre, la independencia del Banco Central, el Estado constitucional de Derecho, el estado del bienestar, el sistema fiscal, los derechos de los trabajadores y sus salarios, los estándares medioambientales, etc. Cualquier acuerdo exige cesiones por ambas partes, lo que origina un riesgo cierto de que la parte europea pueda sacrificar parcialmente algunos de sus elementos constitucionales claves, que se intensifica si se pone el acento exclusivamente en la consecución del mayor grado de competitividad posible y en el crecimiento económico a cualquier coste. Los sacrificios son para todos, la *Asian Way* propia de ASEAN, esto es, la adopción de acuerdos de libre comercio basados en el consenso y carentes de garantías jurídicas, se sacrificó por esta organización para concluir acuerdos con China o para integrarse en la RCEP con lo que ha tenido que aceptar la noción de legalización (*gold standard*)¹⁰⁴.

Luz), “Introducción”, en el libro *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*, publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2018, p. 2.

103 La Comisaria de Comercio de la Comisión Europea y exministra sueca apuntaba, durante un discurso, en su papel como encargada de negociación del CETA, los valores compartidos entre la UE y Canadá y el carácter progresista del CETA. MALMSTRÖM (Cecilia), “CETA - An Effective, Progressive Deal for Europe”, Civil Society Dialogue meeting, 19 de septiembre de 2016, Bratislava, disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/september/tradoc_154955.pdf. De igual modo, en el marco del bloqueo efectuado por el Parlamento de la región belga de Valonia al CETA, en octubre de 2016, Jean- Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea, expuso: “Si no podemos llegar a un acuerdo comercial con Canadá, no veo con quién sería posible cerrar acuerdos”. En la misma línea se manifestó el primer ministro belga, criticando la “radicalización de las posturas del Gobierno valón”. Consultado el 06/09/2018 en: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20161021/el-bloqueo-del-ceta-tensa-la-cumbre-de-lideres-de-la-ue-5578569>

104 Véase CISNEROS AGUILAR (Adrián), “Asia-Pacífico: el tortuoso camino hacia la integración”, *Misión Jurídica*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, núm. 11, 2016, pp. 135, 137 y 138. También YU (Chai), XUE (Liu Xiao) y HONG (Song), “China y los acuerdos de libre comercio”, *Revista del Comercio Exterior e Integración*, núm. 7, 2006, pp. 128-131.



En realidad, el sistema multilateral, el mega-regionalismo y la segunda fase de las integraciones económicas se encuentran con el mismo obstáculo: la diversidad mundial. Es cierto que cada día que pasa se está en presencia de un mundo más globalizado, especialmente entre la población más joven, pero la diversidad en todos los órdenes, cultural, social, económico y constitucional es tan relevante, y sus consecuencias tan perjudiciales para algunos, que el ritmo de la globalización económica es posible que tenga que ralentizarse. La globalización no va a desaparecer, es imparable. El *Brexit* y Trump se piensa que no van contra la misma. Lo primero es un realineamiento mundial del Reino Unido, probablemente equivocado. Trump se estima que pretende también mejorar la posición de Estados Unidos, especialmente en protección de la propiedad intelectual, *dumping*, subsidios estatales, así como su desfavorable balanza comercial. En realidad, se está ante un conflicto político mundial de primer orden. Los mercados y la empresas empujan para intensificar la globalización económica. Los gobiernos, de una parte, coadyuvan porque necesitan crecimiento económico, pero, de otra parte, pueden tener que ralentizarla ante las demandas de los sectores sociales que se sienten perjudicados por la misma. También es probable que las integraciones sean la vía más eficaz frente al sistema multilateral o el mega-regionalismo, pero antes deberán superar dos obstáculos importantes. En primer lugar, garantizar una igualdad aceptable en las condiciones de ejercicio de la actividad económica, olvidada regla del capitalismo, lo que obliga a aproximar los costes de los factores de producción, entendidos en sentido amplio (salarios, Estado del bienestar, derechos de los trabajadores, protección medioambiental, impuestos, divisas, tipos de interés, etc.), lo que, por cierto, se viene haciendo en los últimos veinticinco años¹⁰⁵. Aquí, lógicamente, se defiende que esa equiparación de los costes se haga en su parte alta, es decir, con estándares elevados, lo que no parece haber sido una constante en estos años. En segundo lugar, deben encontrarse soluciones que permitan superar el embate que las integraciones económicas originan al concepto racional normativo de Constitución.

105 Véase *supra* nota 36 cómo Trump ha impuesto, a través del reciente acuerdo comercial con México, mejoras a los trabajadores mexicanos en libertad sindical, en la adopción de ciertos protocolos de la Organización Internacional del Trabajo y en los salarios del sector del automóvil.

VII. POR QUÉ ES IMPORTANTE DISTINGUIR LOS MODELOS DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

En la primera aproximación a la materia en 2005 ya se habían distinguido, según su intensidad, cuatro tipos de integraciones. En aquel momento se diferenciaban también tres tipos de constituciones económicas: la marxista, la liberal y la intervencionista¹⁰⁶. En el tiempo transcurrido desde entonces se ha podido comprobar que se deben tener presentes otras dos: la constitución económica de la economía social de mercado, construida en clave ordoliberal, y ciertas ideas que discurren por Silicon Valley y que no dejan de ser un embrión.

La ordoliberal había sido construida dogmáticamente por la escuela de Friburgo, pero nunca se había normativizado ni llevado a la práctica. La Unión Europea ha venido acogiendo progresivamente un Marco económico ordoliberal, en sus trazas maestras, en las dos últimas décadas¹⁰⁷, al que todavía le negamos el calificativo de constitución económica para no legitimarla indirectamente¹⁰⁸.

Incluso, como ya se ha señalado en mi último trabajo¹⁰⁹, hay razones para pensar que el ordoliberalismo no sólo inspira a la Unión Europea, sino también a la globalización. Intento y compromiso de adoptar una economía de mercado basada en la libre competencia (China, Vietnam, Cuba, incipientemente); estabilidad de las divisas (objetivo de los bancos centrales desde el inicio de la globalización); mercados abiertos, es decir, libre circulación de mercancías, servicios, capitales y trabajadores¹¹⁰; garantías a la propiedad privada y a la libertad de empresa, libertad contractual; responsabilidad de los actores económicos

106 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Integración económica y reforma constitucional”, ob. cit., pp. 136-138.

107 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “La desconstitucionalización de la constitución económica española”, en el libro coordinado por GORDILLO PÉREZ (Luis Ignacio), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 288-292.

108 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “La desconstitucionalización...”, ob. cit., pp. 277-280.

109 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Los embates de la globalización a la democracia”, ob. cit., p. 138.

110 La libre prestación de servicios está sometida a mayores limitaciones, y la de trabajadores es sólo incipiente, limitada a cupos y avanzando a través de la libre circulación de profesionales en los últimos Acuerdos de libre comercio.



(incumplida por los rescates bancarios) y, por último, continuidad de la política económica¹¹¹.

No obstante, si se repara en el ideario económico de Silicon Valley es difícil saber cuál es la ideología económica que preside la globalización. Este ideario es demasiado embrionario para aproximarse a un modelo de constitución económica, pero su negación de los fundamentos de las constituciones liberales, su peso económico en el mundo y la facilidad con que estas empresas operan en todo tipo de mercados obliga a tener muy presente este modelo económico, aunque sólo esté en fase embrionaria. Tres ideas base inspiran su concepción de la globalización: el incumplimiento de la ley, el ataque a la competencia y, como consecuencia, la búsqueda de los monopolios; lo que le sitúa claramente en contra de postulados básicos del ordoliberalismo.

Así Kalacnick, fundador de Uber, se dirige a la conquista planetaria incluso incumpliendo la ley, como Google, Facebook, Apple y Airbnb. Todos hablan de “una revolución comparable con la industrialización del siglo XIX”. Su objetivo no es el dinero, sino un futuro mejor para la humanidad. “Aborrecen la política y consideran que la regulación no es solo un obstáculo sino un anacronismo”. Thrun, el ingeniero más importante del laboratorio Google y hombre de confianza de Larry Page, presidente de esta compañía, dice que la política es el gran enemigo: “las reglas se dictan para consolidar las estructuras existentes. Nosotros intentamos eludir las”. Peter Thiel, el ideólogo de Silicon Valley, fundador de Paypal, que financió a Mark Zuckerberg en Facebook, en su libro **Cómo inventar el futuro**, mantiene como tesis fundamental que los monopolios son buenos,

111 Este párrafo refleja los principios constitutivos del ordoliberalismo, pero este modelo de constitución económica tiene también unos principios reguladores, que requieren el establecimiento de una agencia pública en defensa de la competencia que tenga capacidad para disolver monopolios o, al menos, para controlar su comportamiento en los mercados; una política fiscal con un impuesto progresivo sobre la renta; una política de protección del medio ambiente; y la corrección de situaciones anómalas en el mercado laboral (por ejemplo, el establecimiento de un salario mínimo). Véase, al respecto, 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, núm. 1, 2013, pp. 163-183, que cita los anteriores trabajos.

incluso deseables: “los monopolios creativos hacen posible que aparezcan nuevos productos beneficiosos para todos. La competencia supone que no [...] habrá beneficios para nadie...”. Su consejo más importante para aquellos que quieren crear una empresa es que busquen un mercado que puedan dominar, construyendo un monopolio e intenten conservarlo tanto tiempo como sea posible¹¹².

La confirmación de cuatro tipos de integración, según su intensidad y cinco modelos económicos, frente a las tres de constitución económica identificados en un primer momento, no alteran las dos reglas que se extrajeron del trabajo de 2005: “A mayor sintonía ideológica entre la integración económica y las constituciones económicas de los Estados parte, menores limitaciones sufrirán estas; y se puede asegurar, también, que a medida que se intensifique la integración económica se incrementarán las limitaciones que sufran las constituciones económicas cuando estas no coinciden ideológicamente con aquella”.

El problema, en consecuencia, se origina cuando crean un tipo de integración Estados que no comparten el mismo modelo económico. Se afirmó con razón que las marxistas sólo podían integrarse entre ellas¹¹³. Las liberales son incompatibles con las marxistas. Y las constituciones económicas intervencionistas sufren con más intensidad cuando la ideología que inspira a la integración es liberal o de economía social de mercado, en clave ordoliberal. La Unión Europea mantenía en sus inicios una ideología intervencionista, tanto en el interior de la integración como en las constituciones económicas de los Estados que la integraban. Cuando la Unión como integración acoge el ordoliberalismo, manteniendo constituciones económicas intervencionistas en los Estados, se intensifica el embate a los órdenes constitucionales internos.

El embate se origina por la propia singularidad de las normas constitucionales, frente a los restantes preceptos del resto del ordenamiento jurídico. Estos se caracterizan por buscar que el supuesto de hecho se

112 SCHULZ (Thomas), “Silicon Valley, la tierra del mañana”, *El País*, 17 de mayo de 2015, recogido de *Der Spiegel*, traducción de New Cips, distribuido por New York Times Syndicate. https://elpais.com/tecnologia/2015/05/14/actualidad/1431602481_295244.html

113 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Integración económica...”, ob. cit., p. 142. En el mismo trabajo ya se señalaba que la integración más exitosa de constituciones económicas marxistas fue el COMECOM –véase *supra*, nota 38–, que se estima fue una reacción frente al Mercado común europeo.



ajuste, en la mayor medida posible, a la consecuencia jurídica; buscan reducir el campo de la interpretación para garantizar la seguridad jurídica. En cambio, la mayor parte de las normas constitucionales son abiertas, y deben hacer posible un amplio abanico de interpretaciones, para de esta forma, permitir que las distintas fuerzas políticas puedan aplicar sus propias políticas; buena parte de las normas constitucionales deben garantizar el pluralismo político, esto es, que partidos políticos con diferentes ideologías puedan aplicar sus propios programas de gobierno con unas mismas normas constitucionales¹¹⁴.

Las constituciones económicas intervencionistas no sólo permiten políticas liberales, sino también políticas de economía social de mercado en clave ordoliberal e, incluso, aplicar políticas muy cercanas al marxismo. Con estos presupuestos, una misma constitución económica posibilita gobiernos de orientación ideológica conservadora, liberal, neoliberal, democristiana y del socialismo democrático.

Cuando se crean integraciones económicas supraestatales de ideología liberal u ordoliberal, las normas que constituyen el acuerdo suelen impedir a las partes contratantes la aplicación de políticas económicas conservadoras, neoliberales y fuertemente intervencionistas. A medida que se profundiza en la integración, sobre todo en las fases de Mercado común y Unidad económica y monetaria supraestatal, se hace más difícil la aplicación de políticas económicas que no respondan al liberalismo u ordoliberalismo; hasta que llega un punto en que las mismas se hacen imposibles. Esto conlleva una hibernación de las normas constitucionales y de aquellas interpretaciones de las mismas que permiten las políticas conservadoras, neoliberales o fuertemente intervencionistas; en definitiva, se reduce el pluralismo político en el campo económico. Los acuerdos de integración no son inconstitucionales, porque cualquier partido político que acceda al Parlamento y se vea imposibilitado de aplicar su ideario por el acuerdo económico, puede denunciarlo, hacerle perder su eficacia jurídica y, a continuación, aplicar su política económica. No obstante, esto es fácil en las primeras fases de integración económica (Zona de libre comercio o Unión aduanera -el Pacto Andino ha permitido comprobarlo-), y mucho más complicado cuando se profundiza en la integración, Mercado común

114 Véase la literatura jurídica citada *supra*, nota 68.



o Unidad económica y monetaria supraestatal. La dificultad de abandonar una integración cuando esta alcanza los tipos más intensos ya fue expresada en 2005¹¹⁵, y ahora puede comprobarse observando el tortuoso camino del Reino Unido para abandonar la Unión Europea, pese a que su inserción en la integración era del tipo de Mercado común y no había accedido al cuarto tipo.

Por tanto, un acuerdo de integración económica supraestatal de inspiración liberal u ordoliberal origina, a medida que se profundiza en la integración, una hibernación o suspensión temporal de la aplicabilidad de las normas constitucionales ideológicamente contrarias. Estos preceptos constitucionales quedan en hibernación mientras esté vigente el acuerdo de integración, y sólo tras su denuncia recuperan su plena efectividad.

Los diferentes tipos de integración económica y modelos de constitución económica entrelazados exigen, como se acaba de señalar, un detenido estudio por sus consecuencias constitucionales. Son elementos previos para constitucionalizar la globalización y poder estudiar con rigor los embates que esta origina al concepto racional normativo de Constitución. No obstante, el interés de este estudio se duplica porque hoy ya se puede afirmar que el modelo económico que preside la globalización también afecta a las constituciones económicas de las integraciones y de los Estados, así como al entero orden constitucional de estos.

Se afirmaba que las constituciones económicas marxistas sólo podían integrarse entre ellas. Lo cierto del aserto se ha demostrado, porque cuando una constitución económica marxista ha pretendido ingresar en el multilateralismo o firmar algún tipo de integración económica con Estados que tienen una constitución económica diferente, ha tenido que acuñar el lema “Una Constitución y dos modelos económicos”: el marxista y el capitalista; lo que ha exigido reformas para abrazar la economía de mercado y, consecuentemente, reconocer la libertad de empresa. La consecuencia es que a medida que se profundiza en el multilateralismo o en la integración, se amplía el espacio a la actividad económica presidida por el modelo capitalista y se reduce el marxista.

115 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Integración económica...”, ob. cit., p. 149.



Otro tanto puede decirse de las constituciones económicas intervencionistas, si fuera cierto que el ordoliberalismo también preside la globalización. Lo que se intensifica cuando surge la tentación de considerar costes de producción los derechos sociales, los de los trabajadores, los impuestos o el medioambiente, porque esa lógica conduce a pensar que reducir los estándares en estos ámbitos incrementa la competitividad, y en casos extremos esta puede ya no recomendar, sino exigir, para simplemente sobrevivir, la reducción de los referidos estándares.

La propia economía social de mercado en clave ordoliberal resulta afectada por la globalización construida en torno a su ideario. Los mejores estudios constitucionales en la materia realizados en España sostienen que en la economía social de mercado hay poco de Estado social y mucho de liberalismo o ultraliberalismo¹¹⁶. Sin dejar de compartir estas afirmaciones, habría que matizarlas. La afirmación es cierta si uno se limita al análisis de los principios constitutivos del ordoliberalismo, pero no tanto cuando se atiende a los principios reguladores: impuesto progresivo sobre la renta, un cierto salario mínimo interprofesional y protección del medio ambiente. Si esta matización es correcta, la globalización inspirada en el ordoliberalismo pone en peligro algunos de estos principios reguladores. No obstante, hay más. Algunos de sus principios constitutivos, básicos y esenciales se están viendo tan alterados que cabe dudar de su mantenimiento. El ordoliberalismo imagina un mundo de pequeñas y medianas empresas que compiten en condiciones de igualdad; la libre competencia es su piedra angular. Esta premisa se está poniendo en cuestión tanto por condicionantes internos en la zona euro (única en clave ordoliberal) como externos, la relación de la Unión con la globalización. Tanto al interior como al exterior, en primer lugar, hay una desigualdad entre las empresas, en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, que no permiten hablar de libre competencia en términos ordoliberales: impuestos, mano de obra, coste de financiación del dinero, entre otros. En segundo lugar, el ideal ordoliberal de empresas medianas y pequeñas compitiendo en condiciones ideales encuentra una flagrante contradicción

116 GORDILLO PÉREZ (Luis Ignacio) y CANEDO ARRILLAGA (José Ramón), “La Constitución económica...”, *ob. cit.* Véase también MORENO GONZÁLEZ (Gabriel), “La economía social de mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea”, en el capítulo XXI de esta obra, pp. 4-5.

en la actuación de los propios Estados de la Unión Europea, que favorecen la creación de grandes multinacionales que puedan competir en el mundo globalizado, pero que en el ámbito doméstico las sitúa en posición dominante y en posiciones cercanas al monopolio o, cuando menos, oligopolio. Por no hablar del inmenso poder que detentan, que les sitúa en posición de cuestionar que el poder político se impone al económico en el orden constitucional liberal¹¹⁷.

Esta última tendencia y su amenaza nos sitúan aquí en posición de poder comprender que se traiga a colación el ideario de Silicon Valley, pese a que por definición, el mismo es incompatible con el concepto de constitución económica. El valor contable, la porción de comercio que representan, su progresión anual, su fundamento en las nuevas tecnologías, especialmente en las de la comunicación, y su adaptabilidad a cualquier tipo de estructura constitucional obligan a contemplar la posibilidad de que el ideario de estas empresas inspire la globalización. Aquí ya no se trataría de un embate al concepto liberal de constitución, sino directamente de una enmienda a la totalidad. Piénsese en su defensa de la constitución de monopolios y lo deseable de su mantenimiento, su rechazo a la libre competencia, a las estructuras políticas y jurídicas, que sólo sirven para sostener un *status quo* que debe superarse o en su sofisticada ingeniería financiera para eludir la imposición fiscal. Y ello, por no hablar de un poder económico superior a la inmensa mayoría de Estados y su influencia, que no para de incrementarse, en las nuevas generaciones de todo el orbe que encuentran, en un cierto sentido, un *new life style*.

VIII. ¿CÓMO SE GOBIERNA LA GLOBALIZACIÓN?

Constitucionalizar la globalización era el origen del proyecto de investigación que preside este libro y del Congreso internacional que lo precedió. Desde un principio fue evidente que la constitucionalización de la globalización implicaba el estudio de cómo se gobernaba esta. No obstante, sólo en las vísperas del Congreso se atisbó con claridad que podía diferenciarse entre un gobierno interno y un gobierno externo de la globalización.

117 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Los embates...”, ob. cit., pp. 138 y ss.



El gobierno externo de la globalización era el más evidente. A su frente se sitúa el Grupo de los Siete (G-7) y el de los Veinte (G-20)¹¹⁸, que permiten consensuar a los principales Estados cómo se gobierna la globalización, sin dejar de tener presentes ciertos contactos bilaterales estatales entre las principales potencias económicas, insuficientemente estudiados desde una perspectiva constitucional¹¹⁹. Tras los contactos bilaterales o cumbres del G-7 y G-20 se producen decisiones que puede llevarse a la OMC para su ejecución; esta institución ocupa un lugar central en la globalización y en su gobierno y su abordaje constitucional era una necesidad acuciante¹²⁰. Otras decisiones pueden requerir de estudios previos, y aquí el papel de la OCDE es determinante¹²¹; el G-7 y el G-20 adoptan una decisión y encargan un estudio a esta organización. Su trabajo resultante puede equiparse, en numerosas ocasiones, a un anteproyecto legislativo que explica la uniformidad de las diferentes legislaciones estatales en la materia. El FMI ocupa una posición central para garantizar la globalización en cuanto garantía de última instancia de la libre circulación de capitales y de los pagos del tráfico comercial¹²². La garantía reside en sus préstamos e, hipotéticamente, en las exigencias que impone de política económica al Estado afectado. Su presencia a través de la *Troika* en los rescates europeos no ha dejado de responder a ese objetivo de garantía de última instancia. El Banco Mundial coadyuva a ese objetivo especialmente con países subdesarrollados, al tiempo que limitadamente es manifestación de un incipiente principio de solidaridad que emana del multilateralismo y que, como ahora se podrá comprobar, adquiere mayor intensidad en el interior de las integraciones económicas¹²³. Finalmente, el Banco Internacional de

118 Véase BELDA PÉREZ-PEDRERO (Enrique), “G-20: Estructura y adecuación a sus finalidades en el marco organizativo e institucional internacional. El G-7 como origen”, en el capítulo XXXII de esta obra.

119 Véase *supra* el último párrafo antes del apartado IV, a propósito de la última cumbre bilateral entre China y la Unión Europea.

120 Así lo apreció brillantemente, adelantándose a su tiempo, ARRIOLA ECHANIZ (Naiara), *La convergencia de dos sistemas de integración: Las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

121 GOIG MARTÍNEZ (Juan Manuel), “La OCDE en un contexto de globalización. Su influencia en la política económica mundial: el influjo de la OCDE en España”, en el capítulo XXXIII de esta obra.

122 Véase VIDAL MARÍN (Tomás) y RUIZ DORADO (María), “El Fondo Monetario Internacional en un contexto global: luces y sombras”, en el capítulo XXXIV de esta obra.

123 Véase VALERO HEREDIA (Ana), “El Banco Mundial: su politización en el marco de la globalización”, en el capítulo XXXV de esta obra.

Pagos¹²⁴, incluido dentro del apartado de Bancos Centrales de este libro¹²⁵, es también gobierno externo, en la medida en que opera como coordinador de los Bancos centrales, aunque esta dimensión es más informal, por lo que el estudio de la institución hace difícil apreciar esta faceta.

El gobierno interno de la globalización es otro elemento imprescindible para el objeto de constitucionalizar la globalización. No se percibió adecuadamente al inicio y constituye una de las dos partes de un nuevo proyecto de investigación¹²⁶, por esta razón sólo se afronta en este libro en una de sus vertientes: el gobierno interno de la política monetaria. La importancia de su estudio reside en que el gobierno de la política monetaria puede descansar en el poder ejecutivo o ser independiente de este y quedar en manos del correspondiente Banco central. Esta última fórmula es empleada cuando entre las diferentes alternativas que permite la política monetaria se escoge aquella que facilita las exportaciones, lo que supone que el objetivo primordial del Banco Central es la estabilidad de precios¹²⁷.

El gobierno interno de la globalización presenta tres dimensiones. La primera requiere estudiar la posición constitucionalmente adecuada del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de un Estado en la firma de un acuerdo de integración económica y en el gobierno interno de este, lo que variará en función del tipo de integración: Zona de libre comercio, Unión aduanera, Mercado común, Unidad económica y monetaria supraestatal.

La segunda dimensión del gobierno interno de la globalización debe indagar sobre la posición constitucionalmente adecuada de los poderes de una integración (un Acuerdo de libre comercio sólo tiene Poder Ejecutivo, en cambio, una Unión aduanera en camino a Mercado común crea

124 Véase BASTARRECHE BENGUA (Tomás) y SANZ ARCEAGA (Eduardo), “El Banco de pagos internacionales, la política monetaria global y el principio democrático”, en el capítulo XXX de esta obra.

125 Véase la parte Cuarta de esta obra.

126 Democracia y solidaridad en las integraciones económicas (DER2017-83596-R) es el nuevo proyecto de investigación de I+D+I, del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad, que se ocupa de analizar el gobierno interno de la globalización y el principio de solidaridad en el seno de las integraciones económicas.

127 Véase SANZ ARCEAGA (Eduardo), “El estatuto del Banco central o el diseño de una institución clave para la prosperidad: los casos de Japón, China e India”, en el capítulo XXIV de esta obra, pp. 7-11, que señala los tres tipos de Bancos centrales que pueden diseñarse atendiendo a sus objetivos. El reseñado en el texto es el que se centra en la estabilidad de precios, modelo acogido por el Banco Central Europeo.



los tres poderes) cuando en la segunda fase de la globalización firma un acuerdo de libre comercio con otra integración o con un Estado, y si cabe y en qué medida una actuación de los poderes clásicos de los Estados que forman parte de la integración.

La tercera dimensión del gobierno interno de la globalización consiste en analizar la intervención del Ejecutivo y del Legislativo a la hora de fijar la posición de un Estado ante los órganos de gobierno externos o supraestatales de la globalización (esto es, su posición ante la OMC, G-20 y G-7, OCDE, etc.). Cuando los Estados de una integración hayan cedido sus competencias en la materia a la misma y tengan órganos ejecutivos, legislativos y judiciales, habrá que analizar su posición e intervención a la hora de manifestar su voluntad ante las instituciones de gobierno externo de la globalización.

Finalmente, como ya se anticipaba, hay que incluir, dentro del objeto de constitucionalizar la globalización, el estudio del principio de solidaridad. En efecto, este gobierno interno de la globalización exige, en cualquier integración, una cierta estructura constitucional compuesta (más intensa a medida que se profundiza en la integración). Esta estructura está presidida, en todos los estados compuestos, según la opinión doctrinal más extendida, por los principios de unidad, pluralismo, cooperación o lealtad, y solidaridad¹²⁸. Los estudios realizados hasta el momento sobre las diferentes integraciones muestran la necesidad de investigar estos principios y dedicar especial atención al de solidaridad, que debe incrementarse a medida en que se profundiza en la integración y que es reclamado desde el primer momento, como clave en la creación y en el funcionamiento de una integración económica.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA (Josep), “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, 2003.
- ALONSO GARCÍA (Ricardo), *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.

128 GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione...”, ob. cit., pp. 2 y ss.

- ÁLVAREZ LÓPEZ (María Elisa), MYRO SÁNCHEZ (Rafael) y VEGA CRESPO (Josefa), “Deslocalización en los sectores manufactureros de la UE. Un panorama regional”, *Investigaciones regionales: Journal of Regional Research*, núm. 22, 2012.
- ARRIOLA ECHANIZ (Naiara), *La convergencia de dos sistemas de integración: Las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- BALASSA (Béla Alexander), *The theory of economic integration*, George Allen&Unwin Ltd., London, 1961.
- BÖCKENFÖRDE (Ernst Wolfgang), “Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en el libro *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- BOUDEWIJN (R. A. Bouckaert), “Bureaupreneurs in China”, *European journal of law and economics*, vol. 23, núm. 2, 2007.
- CALDERÓN CARRERO (José Manuel), “La globalización económica y su incidencia sobre el derecho financiero y tributario: ¿implicaciones sobre la protección de los bienes jurídicos globales?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2012.
- CALDERÓN CARRERO (José Manuel) y CAAMAÑO ANIDO (Miguel Ángel), “Globalización Económica y Poder Tributario: ¿hacia un nuevo Derecho Tributario?”, *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 114, 2002.
- CISNEROS AGUILAR (Adrián), “Asia-Pacífico: el tortuoso camino hacia la integración”, *Misión Jurídica*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, núm. 11, 2016.
- COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión sobre el futuro de las finanzas de la UE, 2017.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (Tomás), *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- DE VEGA (Pedro), “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998.
- DOMÍNGUEZ CEBRIÁN (Belén), “La UE defiende ante EEUU la reforma del tribunal de arbitraje”, *El País*, 22 de febrero de 2016.
- EUCKEN (Walter), *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Springer, Berlin/New York, 1992.



- “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.
- FERNÁNDEZ MASÍA (Enrique), “Arbitraje inversor-Estado: de “bella durmiente” a “león en la jungla””, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013.
- “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 8650, 20 de noviembre de 2015.
 - “El arbitraje inversor-Estado como víctima del movimiento “antiglobalización””, *Justicia Civil y Penal en la Era Global*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
 - “Los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado en una encrucijada: del arbitraje a la creación de un Tribunal Multilateral, ¿pasandopor un sistema de Tribunales Internacionales de Inversiones?”, en *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, K. Fach Gómez (ed.), Barcelona, Bosch, 2107.
- FERNÁNDEZ PONS (Xavier), *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho internacional, un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- FIGUERUELO BURRIEZA (Ángela), “El tríptico liberal y la globalización”, *Revista general de derecho público comparado*, núm. 20, 2017.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *World Economic Outlook: Meeting the Challenges of Globalization in the Advanced Economies*, Washington D.C., Mayo, 1997.
- FONT GALÁN (Juan Ignacio), *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GÁLVEZ (J. J.), “Podemos pedir a los jueces y fiscales que se pronuncien sobre el TIPP”, *El País*, 10 de marzo de 2016.
- GARCÍA ECHEVARRÍA (Santiago), *El orden económico en la Constitución*, Asociación de Estudios Empresariales, 1978.
- GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Integración económica y reforma constitucional”, en el libro colectivo *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, ONU, PNUD, Santo Domingo, 2005.
- “Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione sulla prima riforma integrale di alcuni statuti”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato*, Anno VI, núm. 18, Sección Doctrina, 2008, federalismi.it.
 - “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto

- racional normativo de Constitución”, en *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional (Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez)*, coordinadores JORGE PRATS (Eduardo) y VALERIO JIMENIÁN (Manuel), Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, República Dominicana, 2014.
- *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
 - “Alguna reflexión a propósito del complejo ordenamiento jurídico de la Unión Europea y de los diferentes estatutos de derechos fundamentales en perspectiva española”, en el libro *Estudios en homenaje a Germán Cisneros Farías*, coordinado por MATILLA CORREA (Andry), RODRÍGUEZ LOZANO (Luis) y GARZA HERNÁNDEZ (Talia), Universidad Autónoma de Nuevo León-Universidad de La Habana, México, 2014.
 - “La desconstitucionalización de la constitución económica española”, en el libro coordinado por GORDILLO PÉREZ (Luis Ignacio), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
 - “Los embates de la globalización a la democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 176, 2017.
- GARCÍA GUERRERO (José Luis), y MARTÍNEZ ALARCÓN (M^a Luz, “Introducción”, en *Constitución y mercado en la crisis de la integración europea*, publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2018.
- GARCÍA NOVOA (César), *Hacia un derecho tributario global*, Plural, Colombia, 2016.
- GARCÍA PELAYO (Manuel), *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- GARCÍA VICTORIA (Ignacio), *La libertad de empresa ¿Un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- 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, núm. 1, 2013.
- GORDON (Peter) y MORALES (Juan José), *The silver way: China, Spanish America and the birth of Globalization 1565-1815*, Penguin Random House, Australia, 2017.
- GRILLER (Stephan), OBWEXEWR (Walter) y VRANES (Erich), (Eds.), *Mega- Regional Trade Agreements: CETA, TTIP and TiSA. New*



- Orientations for EU External Economic Relationships*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- HABERMAS (Jürgen), *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, Katz, 2008.
- HESSE (Konrad), *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- HIRST (Thomas), “What are mega-regional trade agreements?”, *World Economic Forum*, 9 de julio de 2014.
- JIMENA QUESADA (Luis), *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho (Construcción del Estado Social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- KRUGMAN (Paul) y DE LA DEHESA (Guillermo), *Economic and Monetary Unions and the Regions, Group of Thirty*, 1995.
- KUMM (Mattias), “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrative Conception of Public Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, 2013.
- LÓPEZ CASTILLO (Antonio), *Constitución e Integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, II y III, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LÓPEZ GARRIDO (Diego) (dir.), MARTÍNEZ ALARCÓN (María Luz) (coord.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria (El artículo 135 de la Constitución española)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- MYLONAS (Harris), “Regional Multilateralism: The next paradigm in Global Affairs”, *CNN*, 14 de enero de 2012.
- OTERO CASTRILLÓN (C.), “El arbitraje en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, núm. 1, 2010.
- OVEJERO BERNAL (Anastasio), “Desigualdad, subdesarrollo y pobreza en la actual globalización ultraliberal”, *Eikasia: revista de filosofía*, núm. 18, 2008.
- “¿Hemos llegado al final de la globalización ultraliberal?”, *Libre pensamiento*, núm. 60, 2009.
- PETERS (Anne), “Los méritos del constitucionalismo global” en FABRA ZAMORA (Jorge) y GARCÍA JARAMILLO (Leonardo), *Filosofía del Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

- PETERSMANN (Ernst-Ulrich), *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods: Methodology Problems in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- “Transformative Transatlantic Free Trade Agreements without Rights and Remedies of Citizens?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015.
- POZZI (Sandro), “Los republicanos tiemblan con los aranceles de Trump”, *El País*, 16 de julio de 2018.
- PRYOR (Frederic), *El sistema comunista de comercio exterior*, Tecnos, Madrid, 1970.
- RENSMANN (Thilo) (ed.) *Mega-regional trade agreements*, Springer, 2017.
- RODRIGUEZ (Antonio), *La paradoja de la globalización (Democracia y el futuro de la economía mundial)*, Antoni Bosch, Barcelona, 2011.
- RUBIO LLORENTE (Francisco), “Globalización económica y reforma constitucional”, *Revista de Occidente*, núm. 388, 2013.
- SCHNEIDER (Juan P.), “Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional”, en LÓPEZ PINA (Antonio) (dir.), *División de poderes e interpretación (hacia una teoría de la praxis constitucional)*, Tecnos, Madrid, 1987.
- SCHNEIDERMAN (David), “Global Constitutionalism and International Economic Law: The Case of International Investment Law”, *European Yearbook of International Economic Law*, 2016.
- SCHULZ (Thomas), “Silicon Valley, la tierra del mañana”, *El País*, 17 de mayo de 2015.
- STIGLITZ (Joseph E.), SEN (Amartya) y FITOUSSI (Jean-Paul), *Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*, The New Press, 2010.
- TAIBO (Carlos), *Para entender el TIPP (Una visión crítica del Acuerdo Transatlántico de comercio e inversiones)*, Catarata, Madrid, 2016.
- TORRENT (Ramón), *La integración regional ante un nuevo cambio de paradigma: reflexiones desde una perspectiva histórica y comparada*, Secretaría de Integración Económica Centroamericana, 2009.
- WEBER (Max), *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
- WÜNSCHE (H. F.) (Ed.), *Standard Texts on the Social Market Economy: Two Centuries of Discussion*, Fischer, Stuttgart, 1982.
- YU (Chai), XUE (Liu Xiao) y HONG (Song), “China y los acuerdos de libre comercio”, *Revista del Comercio Exterior e Integración*, núm. 7, 2006.
- ZORRILLA RUIZ (Manuel María), “Fatigosa irrupción de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.

PANEL:
**TIPOS DE INTEGRACIÓN
ECONÓMICA**

Lic. Hugo Rivera,
Viceministro para asuntos económicos y cooperación
internacional. Ministerio de Relaciones Exteriores
de la República Dominicana

Dra. Tatiana Cardoso Squeff,
Profesora adjunta de Derecho Internacional
Universidad Federal de Uberlândia, Brasil

Dr. Antonio López Castillo,
Catedrático Titular Derecho Constitucional
Facultad de Derecho de la Universidad
Autónoma de Madrid



Lic. Hugo Francisco Rivera Fernández

El embajador Rivera se ha especializado en diversas áreas de comercio internacional a través de diferentes grados como: Regulación del Comercio Mundial en la Universidad de Varsovia y Polonia; Negociaciones Comerciales Internacionales y Solución de Controversias Comerciales Internacionales; también Prácticas Desleales del Comercio y Medidas de Salvaguardias; Dumping, Subvenciones e Implicaciones, estos dos últimos con la Organización Mundial del Comercio (OMC). Adicionalmente, ha participado en programas especiales como el de visitantes distinguidos de Estados Unidos de América y la Economía Global, ofrecido por el Departamento de Estado (2002) y el Desarrollo Económico de Taiwán (2003). En su calidad de viceministro de Industria y Comercio, fue director de los equipos técnicos de la Oficina Especial para las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA), concluyendo exitosamente dichas negociaciones en el año 2004, entre otras posiciones. Además, fue miembro de la delegación dominicana ante el Consejo del Comercio y la Inversión de la República Dominicana y los Estados Unidos de América (2002-2004). También fue coordinador nacional del Plan de Capacitación sobre Comercio Exterior del Ministerio de Industria y Comercio (2000-2004). Entre el 2004 y el 2016, se desarrolló en el sector privado como coordinador técnico de la Coalición Empresarial de Apoyo al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos DR-CAFTA (2004-2006); y bajo su firma, ha trabajado diferentes asesorías de comercio internacional, destacando la Cámara Americana de Comercio (AMCHAM); la ADOZONA (2005-2006), consultor de la Asociación de Industrias de la República Dominicana (AIRD), asesor del equipo del programa ASE-CAFTA, del Banco BHD (2005-2009); consultor para la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, a través del programa Chemonics; consultor de la Cámara Dominico Canadiense para los asuntos relacionados con el Comercio con Canadá, entre otras asignaciones. Del 2016 a 2020 ocupó la posición de viceministro de Relaciones Exteriores para Asuntos Económicos y Cooperación Internacional y secretario ejecutivo de la Comisión Nacional de Negociaciones Comerciales (CNNC), designación que le fue ratificada el 16 de agosto de 2020, iniciando así su segunda gestión en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

LIC. HUGO FRANCISCO RIVERA FERNÁNDEZ

Tratado de Libre Comercio. El acuerdo entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana

Es para mí un honor y un orgullo ser partícipe de esta conferencia. Quisiera dar un cordial saludo a todos ustedes, a los magistrados y demás personalidades que nos acompañan esta tarde, al honorable señor Milton Ray Guevara, presidente del Tribunal Constitucional, y especialmente al señor Pedro Justo, quien fue mi profesor en la Universidad APEC y una pieza fundamental en mi crecimiento profesional, debido a que don Pedro elaboró dos cartas de recomendación para que yo pudiera ir a la Universidad de Marymount y a la Universidad de San Diego, donde realicé mi especialización en comercio.

Es importante destacar que don Pedro, antes de enviar las cartas me hizo una pregunta crucial: que le indicara por qué quería hacer esta especialidad. Debemos tomar en cuenta que en los años 90, nuestro país no tenía ningún acuerdo firmado y no había ningún abogado que estuviera ejerciendo el comercio internacional, es por esto que le respondí que quería que la República Dominicana fuera reconocida por su comercio y que nuestro país tenía todo el potencial para convertirse en buen socio comercial.

Inicio del panel

Antes de pasar a la primera parte de mi presentación, debemos entender el DR-CAFTA que teníamos antes de la negociación de los acuerdos



y cómo República Dominicana comercializaba con los Estados Unidos. Básicamente, nosotros vendíamos a los Estados Unidos a través de tres iniciativas unilaterales, que eran: el Sistema Generalizado de Preferencias, la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (CBI) y el Caribbean Basin Trade Partnership Act (CBTPA), que fue el mecanismo textil que se nos concedió después de nuestras negociaciones con México.

Esas iniciativas tenían dos características que no le convenían a República Dominicana:

1. Eran iniciativas unilaterales de comercio, es decir, eran leyes de los Estados Unidos que se revisaban anualmente, y no daban ninguna seguridad de que iban a seguir vigentes.
2. Esas iniciativas nos obligaban a incorporar un contenido regional en cada producto, un contenido norteamericano. Por el inicio del acuerdo multifibras que le abrió el mercado chino a Estados Unidos en materia textil -y en ese momento de la República Dominicana, su principal producto de zonas francas era textil- la República Dominicana se veía en riesgo de perder parte de sus exportaciones. Centroamérica, entonces, lanza un proceso de negociación con los Estados Unidos, casualmente combinando todos estos factores; la competitividad de la República Dominicana se ponía en riesgo.

Es importante resaltar que en ese momento, muchas de las empresas multinacionales que estaban en la República Dominicana empezaron a enviar cartas al Ministerio de Industria y Comercio, diciendo que iban a revisar sus operaciones, a detener sus reinversiones y demás, porque Centroamérica iba a tener una mejor vía de acceso a los Estados Unidos. De ahí nació todo un instrumental para que los Estados Unidos se sentara con la República Dominicana y negociara lo que conocemos como el DR-CAFTA.

¿Qué es el DR-CAFTA?

Es un acuerdo de libre comercio, un instrumento que fortaleció y fortalece nuestra relación comercial con la mayor economía del mundo,



como es los Estados Unidos. Además, aceleró un sinnúmero de reformas legales que se venían trabajando, consolidando los accesos preferenciales que teníamos en ese momento.

Igualmente, promovía una nueva zona de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y una relación especial que nuestro país tiene con Puerto Rico, aparte de fomentar las oportunidades de inversión que hoy en día tenemos.

Hay que considerar qué fuese la República Dominicana si no tuviéramos el DR-CAFTA.

El DR-CAFTA es un acuerdo de una sociedad comercial; no es una unión económica, no es un acuerdo tipo MERCOSUR, donde hay una integración de factores económicos muy diferentes, en el cual hay movilidad de personas físicas. El DR-CAFTA tampoco nos da la posibilidad que tiene la Unión Europea.

Es un sistema de integración solamente dirigido al comercio, aunque tiene muchísimas implicaciones legales que voy a explicar más adelante.

Hay algo que históricamente me corresponde la responsabilidad de defender. Cuando negociamos el acuerdo, se habló y surgió la versión de que la República Dominicana hizo un acuerdo de adhesión, que simplemente fuimos y firmamos. Quiero aclarar que República Dominicana jamás hizo ese acuerdo de adhesión.

¿Qué es un acuerdo de adhesión?

Es un acuerdo en que un país parte no negocia ningún término de ese acuerdo; simplemente, se firma y se adhiere. Nosotros, cada palabra que hay en ese acuerdo, en el DR-CAFTA, lo negociamos, lo discutimos y teníamos un gran equipo negociador.

La República Dominicana, al igual que otros países, no tiene un equipo negociador instaurado, sino que utiliza un equipo negociador interinstitucional. Incluso, don Milton Rey Guevara, que reconozco acá, estuvo a cargo de las negociaciones del capítulo laboral. Aquí estuvo Orlando Jorge Mera, como jefe de propiedad intelectual, que en paz descanse.

Es el primer acuerdo donde participaron tres hijos de presidentes dominicanos: doña Sonia Guzmán, como jefa política del acuerdo; Orlando,



que fue hijo del fallecido Salvador Jorge Blanco, y Carolina Mejía, de las autoras principales. Aparte, trabajaron más de 50 técnicos dominicanos. Entiendo que es una falta de reconocimiento a esa labor que se hable de un acuerdo de adhesión.

Ronda de negociaciones

Quisiera explicar también que se hicieron tres rondas de negociación. Nuestro país tenía un consejo conjunto de inversión con los Estados Unidos, y desde los 90 ya se venía trabajando; incluso, ya habíamos entregado a los Estados Unidos ofertas de capítulos sobre bienes y servicios.

El acuerdo base que utilizamos fue el acuerdo con Chile, que fue el último acuerdo firmado por los Estados Unidos. Incluso, a don Milton y al equipo negociador se les pasó una versión del acuerdo con Chile, a ver cómo podíamos utilizarlo como base. Luego, se negoció con los Estados Unidos, e incluso, como ustedes pueden ver, en marzo se firmó un acuerdo con República Dominicana y los Estados Unidos, bilateral, porque el compromiso que teníamos con los Estados Unidos era que se iban a mandar juntos el acuerdo de Centroamérica y el nuestro.

En este mismo sentido, en virtud de los votos que tenía Centroamérica y Estados Unidos, entendimos que sumados había más posibilidad de que el acuerdo pasara en el Congreso. De ahí se da la orden de multilateralizar el acuerdo, y luego se firma, el 05 de agosto en la ciudad de Washington.

Jamás nos adherimos, y cualquiera puede ver el acuerdo y ver que tenemos calendario de graduación diferente; todas las leyes dominicanas fueron reservadas, y eso es una característica principal.

El acuerdo nos da acceso a mercado a los Estados Unidos, quien es nuestro principal socio comercial. Nos da la certidumbre jurídica, nos da procedimientos expeditos; nos da la facilidad de tener producción complementaria, de vender y encadenar con los Estados Unidos y Centroamérica, nos da la iniciativa de tener ventajas en el mercado norteamericano, frente a otros socios comerciales.



República Dominicana post DR-CAFTA

Para visualizar cómo el acuerdo benefició al país, antes tenemos que ver, por ejemplo, la tabla arancelaria, y qué se consumía en los supermercados dominicanos antes del DR-CAFTA. Los productos dominicanos pagan actualmente cerca de un 20 % de aranceles. En comparación, antes de la entrada en vigencia del DR-CAFTA, pagaban una comisión cambiaria de un 13 %. Se quitó la comisión cambiaria y se le quitó el arancel, y no solamente bajaron los precios. Además, bajaron muchos de los precios de los productos norteamericanos, productos que eran aspiracionales del dominicano, como el *conflé*, jugo de cranberry, todos los tipos de chocolate y los repuestos de los vehículos de motor. Productos que anteriormente los dominicanos, por necesidad, los traían en sus maletas desde el exterior.

Luego de la entrada en vigencia del acuerdo, los productos comenzaron a llegar al país. Empezó el mercado a abastecerse de nuevos competidores, esto obligó al mercado local a cambiar, a competir con el producto extranjero; a mejorar su presentación, a mejorar toda la descripción del producto, y ahí vemos cómo los productos ahora son exitosos, porque tuvieron que competir en su momento, y se creó un país nuevo.

Si teníamos esas iniciativas en la región (unilaterales), ¿por qué el acuerdo ofrece ventajas, si ya de hecho muchos de esos productos pagaban cero? Por las reglas de origen.

Donde están las verdaderas ventajas del acuerdo es en las reglas de origen. Nosotros veníamos de un régimen donde se trabajaba con un componente regional, a un régimen nuevo de cambio de partida arancelaria.

Ponemos de ejemplo una tijera: el metal viene de Brasil, el componente plástico es de china, el tornillo, de Alemania y probablemente se ensamble aquí. Entonces, cada una de estas partidas tiene un componente arancelario, pero ya deja de ser metal, ya deja de ser plástico, ya deja de ser tornillo, ya es tijera. Ese cambio de partida, no importa de dónde venga la materia prima, porque República Dominicana tiene el problema de que no tiene mucha materia prima, no tenemos hidrocarburos, no tenemos cobre. No importa de dónde venga



la materia prima, el producto es dominicano, y entra bajo preferencia a los EEUU. Y esa es la principal ventaja que tiene el acuerdo frente a los regímenes que teníamos.

¿Qué otras cosas podemos decir que también cambiaron el país?

La Ley 173. Como sabemos, la República Dominicana tiene una ley que data de la época de Donald Reid Cabral, de los años 60, una ley de orden público, que no importa lo que las partes estipulen, se aplica la ley.

El acuerdo dio una concesión solo a los Estados Unidos de que, a partir de la fecha, en los acuerdos que se hacían entre las casas matrices y los distribuidores locales ya no aplicaba esa ley. Eso cambió el sistema de distribución en la República Dominicana, y muchas de las casas matrices comenzaron a distribuir con diferentes distribuidores, abaratando la mayoría de los productos.

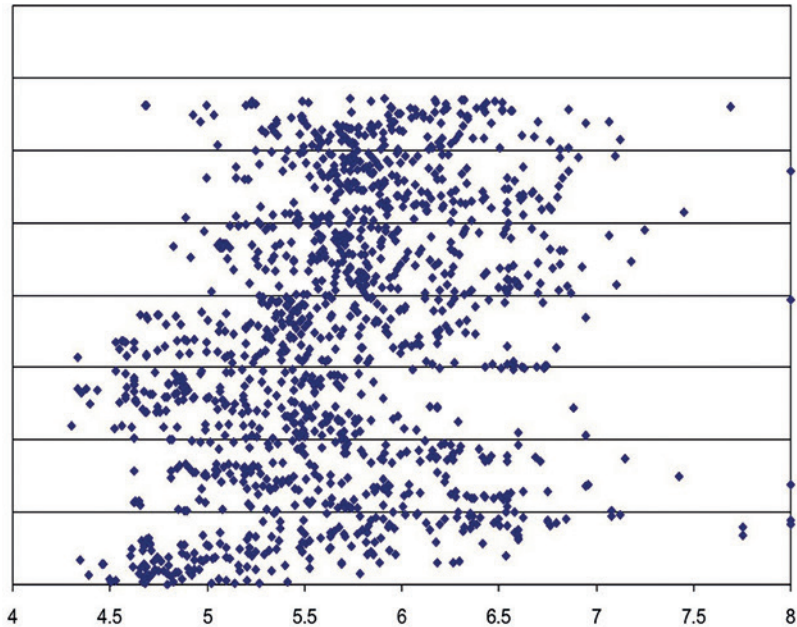
En ese sentido, hoy disfrutamos de una gran inversión extranjera. El DR-CAFTA les otorga 6 garantías adicionales a los inversionistas dominicanos, y les otorga un procedimiento de diferente a la ley local, y uno de ellos, para resaltarlo, es el requisito de desempeño.



República Dominicana 20 años después del DR-CAFTA

Cuando firmamos el acuerdo, este cuadro:

4-5 = IND
5-6 = F
6-7 = GF
7-8 = MGF



Cada punto que se ve acá es un producto de los que se exporta en República Dominicana, y van del 1 al 8. El 8 son los grandes triunfadores, eso se basa en 6 fórmulas económicas desde envíos del comercio, estrella naciente, regla de origen, un sinnúmero de cosas. Cada uno de estos productos, como puede verse, el grueso iban del 6 al 4, y una parte significativa eran triunfadores, del 6 en adelante. Cuando medimos eso ahora, están todos; la mayoría de los productos que se exportan van del seis en adelante. ¿Por qué? Porque la República Dominicana movió su producción, transformó, ya no solo vendemos textiles, vendemos equipos médicos. Somos el número 1 en Estados Unidos en interruptores eléctricos, el 4to en velas, el primer exportador de cigarros del mundo. Las cosas que no podíamos vender, que no eran competitivas, se transformaron gracias al DR-CAFTA.

Igualmente, el año pasado República Dominicana rompió el récord de exportaciones a Estados Unidos y en septiembre del 2022 se rompieron récords de exportaciones históricas.



Tomó tiempo, es la verdad, pero la República Dominicana tiene una estabilidad y un privilegio de acceso, y muchas personas nos dicen, bueno, realmente Estados Unidos nos exporta más de lo que exporta la República Dominicana, pero el comercio no es solo de bienes, también, es servicios, es inversión, miren cómo ha ido la inversión, la raya amarilla es la inversión norteamericana al país, y hoy en día cómo no existe un metro en zonas francas que esté vacío. Están todos los parques llenos. ¿Por qué? Porque el movimiento que se ha hecho, la estabilidad económica de República Dominicana, ha hecho que tengamos una gran inversión, y gran parte de esto se debe a un pilar como es el DR-CAFTA.

DR-CAFTA no solo ha tenido efectos en los supermercados y en el acceso al mercado, sino que también en los efectos jurídicos. ¿Por qué? Cómo ustedes saben, esto viene del artículo 26, inciso 2 de nuestra Constitución, donde establece que las normas y los convenios internacionales ratificados en el régimen el ámbito interno, una vez publicado de manera oficial, el DR-CAFTA es una ley, y como es una ley, algunos tratadistas lo ponen por debajo de la Constitución, pero sin lugar a dudas es un compromiso que va más allá de una ley normal.

El DR-CAFTA obligó a transformar y a hacer una aceleración de parte de la República Dominicana de un sin número de leyes que estaban pendientes por muchos años, como la ley de prácticas del comercio, la ley de transparencia de compras públicas.

Hoy tenemos transparencia, hoy tenemos envíos a Courier; la mayoría de los dominicanos hoy compramos productos vía internet, eso no existía antes del DR-CAFTA; hoy tenemos aduanas con 24 y 48 horas, eso está establecido en el DR-CAFTA; hoy tenemos portabilidad numérica: antes, usted tenía un número de teléfono y era de la compañía de teléfonos, no era suyo, y usted prefería seguir pagando para mantener el número. Hoy tenemos estabilidad jurídica, hoy no tenemos factura consular.

Y si nos vamos más allá del DR-CAFTA, el día de hoy, hoy estamos hablando de “nearshoring”. Nearshoring es tener productores cerca y confiables, cerca de los Estados Unidos y confiables, y traer todas esas empresas que en su momento emigraron a Asia, que emigraron muchas y que se crearon zonas francas en la Europa del este.



¿Qué sería República Dominicana sin el DR-CAFTA en un proceso de nearshoring? No tendríamos absolutamente nada que ofrecer. Hoy se habla de acumulación con otros países como México, jamás podríamos acumular; hoy se habla de encadenamiento productivo de Estados Unidos: ¿Cómo íbamos a encadenar producción de Estados Unidos pagando aranceles, o con un régimen como lo que teníamos?

Hoy se habla de la participación dominicana en compras federales. Ninguno de estos temas que hoy tenemos por el DR-CAFTA existía antes de este. Gracias al acuerdo hoy podemos disfrutar de esta economía.

Y, por último, y para mí lo más importante, yo quisiera citar unas palabras:

Quiero manifestar el deseo sincero de la República Dominicana de entrar en relaciones recíprocas de comercio y amistad que podrán, en lo venidero, concederse y proporcionar una fuente de utilidad para ambos pueblos.

Esas palabras son de Juan Pablo Duarte, el creador de la República Dominicana, quien siempre creyó en dos cosas: comercio y paz, y eso es el DR-CAFTA.



Dra. Tatiana Cardoso Squeff

Profesora adjunta de Derecho Internacional en la Universidad Federal de Uberlândia – UFU, Brasil, en los programas de grado y posgrado en Derecho. Profesora permanente del Programa de Posgrado en Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Santa Maria – UFSM, Brasil. Experta brasileña para la Conferencia sobre Derecho Internacional Privado en La Haya – HCCH, por el Ministerio de Justicia/SENACON, al proyecto turístico/ODR. Postdoctorado en Derechos y Garantías Fundamentales – Facultad de Derecho de Vitória - FDV, Brasil, 2022; doctorado en Derecho Internacional – Universidad Federal de Rio Grande do Sul - UFRGS, 2018, con un período de investigación en la Universidad de Ottawa, Canadá. Maestría en Derecho (LL.M) en Derecho Público – Universidad del Vale do Rio do Sinos - UNISINOS, Brasil 2012, con un período de investigación en la Universidad de Toronto, Canadá, con beca CAPES y DFAIT; certificado de posgrado en Derechos Humanos por la Universidad de Coimbra, Portugal, 2022; certificado de posgrado en Relaciones Internacionales Contemporáneas – Universidad Federal de Rio Grande do Sul – UFRGS, Brasil, 2015; certificado de posgrado en Derecho Internacional Público y Privado –Universidad Federal de Rio Grande do Sul, – UFRGS, Brasil, 2009; certificado de posgrado en Lengua Inglesa – Universidad La Salle - Unilasalle, Brasil, 2008. Licenciatura en Derecho – Uniritter Laureate International Universities, Brasil, 2007. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado – ASADIP, y de la Asociación de Derecho Internacional - ILA, Brasil. Abogada con registro en la Orden de los Abogados de Brasil, subsección de Río Grande del Sur – OAB/RS. Autora de varios libros, artículos y capítulos de libros sobre temas que abarcan las siguientes áreas: derecho internacional público, derecho internacional privado, derechos humanos, derecho de integración regional, derecho económico internacional, teoría crítica y derecho del consumidor.

DRA. TATIANA CARDOSO SQUEFF

La unión aduanera. Mercado Común del Sur (MERCOSUR)

Introducción

Señor magistrado Justo Pedro Castellanos Khoury, autoridades judiciales, señores profesores, asistentes y alumnos. Quiero agradecer muy profundamente al señor profesor doctor José Luis García Guerrero, por el honor que me ha conferido de estar hoy entre ustedes, invitándome a formar parte de este panel. Agradezco también muy especialmente al Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en la persona de sus autoridades, particularmente en nombre del juez presidente, el señor Milton Ray Guevara, y también en nombre de su personal administrativo, en el nombre de la señora Amelle María Ortiz Ureña, que han sido incansables en la organización de este evento.

Mi ponencia de hoy tiene como objetivo debatir un tipo específico de integración económica, que es la Unión Aduanera, a partir del ejemplo del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), del cual forma parte Brasil, de donde vengo. Así, se dividirá la ponencia en tres puntos, abordando inicialmente el tema del regionalismo histórico de la CEPAL, seguido de la formación del bloque en el Cono Sur, culminando con el análisis de su etapa actual. Destaco que el método seleccionado para orientar la elaboración de este estudio fueron los modelos descriptivo-histórico y analítico.



1. Perspectiva histórica del regionalismo latinoamericano: bases para la integración regional en el cono sur.

Al referirse a la integración regional, tradicionalmente, se refiere a la existencia de “unidades nacionales autónomas [que] comparten parte de su autoridad en la toma de decisiones en una organización internacional emergente”¹. Dicha integración regional, cuando se centra en el campo económico, normalmente se basa en el regionalismo económico surgido en la década de 1950. Muy inspirado en el modelo europeo², este regionalismo (en un sentido amplio) luchó por el acercamiento entre países para promover el desarrollo económico de las naciones, superando los obstáculos que pudieran encontrar si actuaban singularmente en el mercado internacional y operando en favor del modelo capitalista estructurado en Bretton Woods en el año 1944³.

En América Latina, sin embargo, este regionalismo asume la apariencia inicial del modelo europeo. Esto se debe a que, si bien se basó en la reconstrucción europea, con el apoyo estadounidense del Plan Marshall⁴ y la construcción de un espacio común para asegurar la prosperidad de Europa en términos económicos, alimentarios, energéticos, de seguridad, etc., más allá de la simple cooperación, avanzando “efectivamente [hacia] la elaboración de un proyecto comunitario”⁵, el modelo latinoamericano, en cambio, tenía el presupuesto de verificar una forma de (re)insertar al continente en el escenario internacional, garantizando su industrialización y mayor independencia de los países desarrollados.

Después de todo, como Oliveira⁶ expone, “los países latinoamericanos,

1 GONÇALVES TAVARES (Antônio Augusto), *Regionalismo e integração, reflexões sobre o processo evolutivo do Mercosul e sua inspiração no modelo da União Européia*. RIDB, Lisboa, a. 1, n. 2, pp. 1099-1125, p. 1099.

2 BHAGWATI (Jagdish), *Writings on International Economics*, Delhi, Oxford University Press, p. 168.

3 BANDEIRA (Vinicius), *Construção da ordem internacional capitalista do Pós-II Guerra: ascensão e queda de Bretton Woods*, Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 12, n. 1, 2014, pp. 13-26.

4 FIORI (José Luis) y TAVARES (Maria da Conceição), *Poder e Dinheiro: uma economia política da globalização*, 3 ed. Petrópolis, Vozes, pp. 104-105.

5 CARDOSO SQUEFF (Tatiana de A. F. R.), *O desenvolvimento da política agrícola comum da União Europeia*, Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 3, pp. 374-389, pp. 377-378.

6 OLIVEIRA (Alessandra Cavalcante de), *Do velho ao novo regionalismo: evolução das políticas conjuntas*



con excepción de Venezuela, entraban en un período de dificultades en el comercio exterior [marcado por el lento crecimiento de las exportaciones y el deterioro de los precios de cambio], luego de haber experimentado una breve prosperidad, que siguió al período de posguerra, con una demanda sostenible de productos primarios y un nivel de precios satisfactorio”, entonces, era necesario repensar la forma en que se relacionarían en un escenario económico cada vez más interconectado y global.

De esta forma, se puede clasificar este tipo de regionalismo propugnado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)⁷, como “cerrado”, ya que se guía por un enfoque regional orientado a fortalecer las economías latinoamericanas, permitiendo la expansión del comercio recíproco y la complementación industrial, ya que los Estados de la región buscaban la industrialización mediante la sustitución de importaciones⁸. En otras palabras, como explica Mendonça Júnior⁹, “[h]abía una necesidad urgente de promover el intercambio regional con el objetivo de aumentar las plantas industriales locales, preparando a sus Estados miembros para la feroz competitividad del comercio global”.

En este escenario, surge el primer intento de integración en el continente¹⁰, con la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC),

para o desenvolvimento planejado da América Latina, Santiago do Chile, CEPAL, 2014, p. 9-10.

- 7 Órgano de las Naciones Unidas establecido en 1948 por el Consejo Económico y Social instigado por los gobiernos latinoamericanos en respuesta a los movimientos integradores europeos, que además puede considerarse “el punto de partida de la lucha por la cooperación para el desarrollo del Tercer Mundo”, situándose entre el eje este-oeste, en un intento de fomentar un movimiento cooperativo sur-sur todavía en la década de 1940 y desde América Latina. Cf. SANTA CRUZ (Hernán), *Recuerdos de la creación de la CEPAL, a guisa de introducción*. In: CEPAL. Antecedentes sobre la creación de la CEPAL: fotocopia de documentos de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, CEPAL, p. X, .
- 8 HAFFNER (Jacqueline A.), *A CEPAL e a Industrialização Brasileira (1950-1961)*, Porto Alegre, EDIPUCRS, p. 12.
- 9 MENDONÇA JÚNIOR (Wilson), *O regionalismo Pós Liberal na América do Sul. Conjuntura Internacional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 1, pp. 18-24, p. 20.
- 10 Otros ejemplos posteriores son: el *Mercado Común Centroamericano* (MCCA), formado por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador e inaugurado en 1960; el *Pacto Andino*, formado por Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia (del que Venezuela y Chile ya fueran miembros plenos), creado en 1969; y la *Comunidad del Caribe* (CARICOM), formada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Montserrat y Trinidad y Tobago, en 1973. Cf. SOARES (Mario Lucio Quintão), *Mercosul: direitos humanos, globalização e soberania*, Belo Horizonte, Del Rey, p. 81, pp. 84-85.



el 18 de febrero de 1960, en la ciudad de Montevideo, conformada por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, cuyo objetivo era implementar gradualmente una zona de libre comercio en hasta 12 años (es decir, hasta el 31 de diciembre de 1972), impulsando precisamente la expansión de la producción, la especialización y el intercambio regional¹¹⁻¹². Ocurre que este modelo, precisamente por no considerar las diferencias en las economías de los Estados miembros y la consiguiente concentración industrial y bajo crecimiento resultante de la alta regulación y la propia restricción de las importaciones, no ha sido capaz de alcanzar sus objetivos¹³.

Si bien el Protocolo de Caracas se firmó en 1969, con el objetivo de incrementar la meta gradual de implementación del bloque en diez años (es decir, hasta el 31 de diciembre de 1980), y en 1970 se admitieron como miembros a Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, otros problemas también influyeron en su caída. Un ejemplo es el alto endeudamiento externo de la mayoría de los países latinoamericanos en la década de 1970, para los cuales no había superávit para pagar las deudas con regularidad¹⁴, así como el gran proteccionismo económico europeo en torno a los bienes primarios (agrícolas), que afectó directamente a las exportaciones latinas¹⁵, por lo que este organismo fue

-
- 11 PREBISCH (Raúl), *O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns dos seus problemas principais*, in BIELSCHOWSKY (Ricardo) (org), *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*, vol. 1, Rio de Janeiro, Record, p. 82.
- 12 Según Jaeger, el establecimiento de una zona de libre comercio en la región fue la afirmación de una estrategia de integración comercial en detrimento de un modelo de integración estructural, como fue el caso de Europa, ya que “contempló mejor la situación de dispersión y aislamiento recíproco de muchas décadas [en la región]”. A pesar de ello, señala que “algunos pensaron en una meta más ambiciosa, la creación de un mercado regional común sustentado en una comunidad económica”, y tanto es así que luego de los primeros 12 años en que se establecería la zona de libre comercio, el Tratado de Montevideo de 1960 dispuso que se podría iniciar la fase de un mercado común. Cf. JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, São Paulo, LTr, p. 25-26.
- 13 MENDONÇA JÚNIOR (Wilson), ob. cit., pp. 18-24, pp. 20-21; BHAGWATI (Jagdish), *Writings on International Economics*. Delhi: Oxford University Press, p. 168; DOSMAN (Edgar J.), *Raúl Prebisch (1901-1986): a construção da América Latina e do terceiro mundo*, Rio de Janeiro, Contraponto, p. 9.
- 14 SQUEFF (Tatiana de A. F. R. Cardoso), RUCKS (Jessica Tessaro), SOUZA (Renata Motter de), *A retomada da ‘hegemonia norte-americana’ e seus impactos sob a América Latina*, Revista Videre, Dourados, v. 8, pp. 151-166, p. 159.
- 15 CARDOSO SQUEFF (Tatiana de A. F. R.), *O desenvolvimento da política agrícola comum da União Europeia*, Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 3, pp. 374-389, pp. 380-381; OLIVEIRA (Alessandra Cavalcante de), *Do velho ao novo regionalismo: evolução das políticas conjuntas para o desenvolvimento planejado da América Latina*, Santiago do Chile, CEPAL, 2014,



eventualmente reemplazado, en 1980, por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).¹⁶

Con esta organización, sin embargo, se inició un nuevo modelo de regionalismo, acuñado como “regionalismo abierto”, que “procura de conciliar la cooperación regional con la internacional”. Es decir, en lugar de “los acuerdos de integración [...] constituirse ya sea en cimientos o en obstáculos para la inserción internacional de los países”, se tiene que el movimiento de integración regional “debe ser complementario, y no sustitutivo, del ordenamiento global y de la cooperación entre los países”.¹⁷

Así, integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, ALADI representa la adopción, entre Estados soberanos, de una “política de inserción regional a la globalización a través de una economía de mercado [neoliberal] más dinámica con el objetivo de construir mayores lazos con terceros Estados, además de defender los regímenes democráticos occidentales”.¹⁸⁻¹⁹ Al igual que su antecesor, tenía la facultad de eliminar gradualmente las barreras al comercio regional mediante el establecimiento de preferencias arancelarias; sin embargo, se destaca al observar las disparidades económicas y sociales de los Estados miembros, fomentando la celebración de acuerdos de alcance parcial entre ellos e incluso entre no miembros, para que, en definitiva, sea posible constituir un mercado común latinoamericano,

p. 11.

16 HAFFNER (Jacqueline A.), ob. cit., pp. 13-18.

17 ROSENTHAL, Gert. 1995. Las Naciones Unidas y la CEPAL en el Cincuentenario de la Organización. *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, v. 57, pp. 7-16.

18 JUNQUEIRA, Cairo; NEVES, Bárbara C. 2018. Os 70 anos da CEPAL e as Ondas de Regionalismo na América Latina. *Observatório do Regionalismo*. São Paulo: Programa de Pós Graduação em Relações Internacionais “San Tiago Dantas” (Unesp/ Unicamp/ PUC-SP). Disponível em: observatorio.repri.org/2018/03/05/os-70-anos-da-cepal-e-as-ondas-de-regionalismo-na-america-latina/. Acesso em: 16 out. 2022.

19 De hecho, “la supremacía de los intereses individuales de los países miembros y [la] limita[ción] de los compromisos multilaterales [entre los propios miembros]” hizo que Barbiero (apud Jaeger) afirmara que ALADI es “solo una asociación entre Estados soberanos y no más un área que pretende transformarse en una zona de libre comercio”. Cf. JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, São Paulo, LTr, p. 31.



de hecho, equilibrado, recíproco y alineado con el resto del globo^{20, 21}

Es bajo este marco que surge el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en 1991, “creando mecanismos pragmáticos para la superación del subdesarrollo, a través del proceso de integración, teñidos de justicia social”, buscando establecer un mercado común en el cono sur, a través de la creación de un arancel externo común y la promoción de la libre circulación de bienes, servicios, personas y factores productivos entre los Estados Miembros, a fin de que, mediante la modernización de sus economías, ingresen al mercado internacional de manera competitiva, fortaleciendo, de esta manera, no sólo la estructura productiva regional, sino también el proceso exógeno de integración continental.²²

Por lo tanto, el MERCOSUR se vincula estructuralmente a la ALADI, siendo parte de este modelo abierto de integración regional, que busca avanzar en la idea de que los grupos económicos regionales serían *building blocks* no sólo del propio plan regional (en este caso, la ALADI) para perfeccionar la liberalización del comercio entre Estados en términos igualitarios, sino también para que el propio orden económico internacional neoliberal, interconectado y globalizado, se fortalezca aún más en la posguerra fría.

2. La estructuración del MERCOSUR y algunas de sus caracterís-

20 Este alineamiento es realmente interesante, porque, a primera vista, se podría argumentar que el modelo global choca con el modelo regional, en la medida en que el primero “prevé la negociación de reducciones simultáneas de las barreras arancelarias y su inmediata e incondicional a todas las partes contratantes [...] mientras que los arreglos regionales -zonas de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes- son, por definición, geográficamente selectivos y no tienen como principal objetivo la liberalización del comercio mundial, sino el intercambio entre los países que los componen”. A pesar de ello, cabe recordar que el *General Agreement on Trade and Tariffs* (GATT) prevé la posibilidad de formar arreglos regionales, y “el regionalismo económico puede [...] ser un aporte, no un obstáculo para la liberalización del comercio internacional sobre una base multilateral, en la medida en que los bloques económicos adopten una política comercial liberal y se mantengan abiertos a la entrada de nuevos miembros”. Pero es innegable que “el establecimiento de un bloque comercial regional tiene dos efectos contrapuestos: la creación de comercio –especialmente entre los países que lo conforman– y el desvío de comercio –principalmente del exterior del bloque hacia el interior”. Souto Maior, Luis A. 2004. A crise do multilateralismo econômico e o Brasil. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 47, n. 2, pp.163-190, p. 173.

21 SOARES (Mario Lucio Quintão), *Mercosul: direitos humanos, globalização e soberania*, 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, p. 79; Barbiero (Alan) Chalout, Yves. 2003. *Poder e déficit democrático do Mercosul: estado, centrais sindicais e sociedade civil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 42-43.

22 SOARES (Mario Lucio Quintão), ob. cit., soberania p. 88-89.



ticas sobresalientes, especialmente frente al modelo Europeo.

El MERCOSUR, como agrupación subregional, surge en el marco del nuevo regionalismo abierto que se construyó en la década de 1990 a nivel internacional y latinoamericano. A pesar de ello, no es sólo una mera expresión económico-comercial de este nuevo orden, siendo considerado, de hecho, “una estrategia política para la inserción de los países miembros en la economía mundial”²³, no solo en por los propios acontecimientos globales que permitieron la expansión del comercio internacional y la conexión económica cada vez más estrecha entre los países alrededor del mundo, pero particularmente frente la mudanza estructural que los países del Cono Sur, en especial la que pasaron Brasil y Argentina en términos político-económicos que exigieron una estrategia diferenciada. Por ello, se dice que el MERCOSUR es la suma de varios factores que unieron de una vez por todas a los países de la región.

Brasil y Argentina, las principales economías que integran el bloque, siempre han sido países históricamente antagónicos, que competían entre sí, principalmente debido a los regímenes militares que ambos ostentaban, los cuales adoptaron una visión más nacionalista y protectora, por lo tanto, obstaculizando los movimientos en a favor de la integración, principalmente de proyectos exclusivamente latinoamericanos, dado que se consideran típicamente de izquierda²⁴. Este cuadro recién comenzó a cambiar a fines de la década de 1970, cuando los Estados antes mencionados firmaron el acuerdo tripartito (que abarca también a Paraguay, con quien Brasil ya estaba en conversaciones sobre el tema²⁵) para el aprovechamiento energético

23 BARBIERO, Alan; CHALOUT, Yves. 2003. *Poder e déficit democrático do Mercosul: estado, centrais sindicais e sociedade civil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 59.

24 BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), *Poder e déficit democrático do Mercosul: estado, centrais sindicais e sociedade civil*, Porto Alegre, EDIPUCRS, p. 49; JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, São Paulo, LTr, p. 40 (agrega este autor que gran parte del rechazo a la integración entre los países provino de Argentina, que sostenía que geopolíticamente la integración no sería buena para sus intereses).

25 Según Jaeger, el proyecto entre Brasil y Paraguay para la construcción de la hidroeléctrica binacional de Itaipú se inició en 1969 con la firma del Tratado de la Bacia del Plata y se solidificó efectivamente en 1975, con la firma del tratado bilateral de construcción; pero, “como no era partícipe del proyecto, Argentina trató de detener la construcción de Itaipú bajo diversos argumentos, para mantener el saldo negativo entre ella y Brasil y nivelar el desarrollo de la Bacia del Plata, [porque] temía [que] la región [...] [se convirtiera] en un polo de desarrollo que alteraría profundamente el equilibrio económico y político” de la región. Cf. JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*,



(es decir, hidroeléctrico) del río Paraná, culminando con la construcción de las represas de Itaipú y Corpus, y estableciendo así un sistema cooperativo entre las partes basado en la identificación de intereses comunes²⁶. Por tanto, como expresa Oliveira²⁷, este proyecto “representaba un fuerte vínculo de acercamiento y ruptura de un perfil hegemónico y disfuncional, que dominó durante más de un siglo, las relaciones internacionales de estos dos países vecinos y rivales, poniendo así fin a una vieja lucha de poder en torno a las represas hidroeléctricas en la Bacía del Plata”. Sin embargo, no fue el único. Este movimiento de acercamiento entre Brasil y Argentina sólo se consolidó efectivamente con la redemocratización de ambos países, cuando se disipó la desconfianza que rodeaba las relaciones entre los Estados²⁸.

Esto comenzó en la década de 1980, cuando las partes firmaron la Declaración de Iguazú, en 1985. Este documento buscaba una mayor integración económica y política en la región, enfatizando la “consolidación del proceso democrático, la unión de esfuerzos en la defensa conjunta de los intereses de ambos países en los foros internacionales y el uso de los recursos comunes”²⁹, entre los que también se encontraba el uso pacífico de la energía nuclear, que suscitó aprensión entre las partes, por la posibilidad de desencadenar una carrera nuclear en el continente y que recuerda mucho a las bases mismas de la integración regional europea, cuando se creó la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA) en 1951³⁰.

A este acto le siguieron otros documentos, como la firma del Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE), establecido en 1986, fortaleciendo el comercio bilateral y la adopción del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo en 1988, que marcó la formación de un espacio común en hasta diez años entre las partes, eliminando las barre-

São Paulo, LTr, p. 38.

26 BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), *Poder e déficit democrático do Mercosul: estado, centrais sindicais e sociedade civil*, Porto Alegre, EDIPUCRS, p. 48.

27 OLIVEIRA (Odete Maria), A integração bilateral Brazil-Argentina: tecnologia nuclear e Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, a. 41, n. 1, pp. 5-23, p. 13.

28 ALMEIDA (Elizabeth Accioly), *Mercosul e União Européia: estrutura juridico-institucional*, Curitiba, Juruá, pp. 54-55; SEITENFUS (Ricardo Antônio), *Manual das Organizações Internacionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 293.

29 BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves) *Poder e déficit democrático do Mercosul: Estado, centrais sindicais e sociedade civil*, Porto Alegre, EDIPUCRS, p. 49.

30 JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, pp. 41 e 43.

ras arancelarias y no arancelarias entre ellas³¹, además de otros “acuerdos secretos, según información publicada en su momento, sobre aviación militar y energía atómica”³², que atestiguan el acercamiento concreto entre los países.

Todos estos hechos llevaron a la negociación y firma del Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, que incluía no solo a Brasil y Argentina, sino también a Uruguay y Paraguay. Este documento, en su artículo 1, disponía que los países signatarios establecerían un mercado común antes del 31 de diciembre de 1994, lo que implicaría la “libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre países” mediante la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, y “de cualquier otra medida de efecto equivalente”³³. Sin embargo, el artículo 5 preveía una serie de pasos escalonados para lograr este objetivo.

El primero de ellos sería el establecimiento de un “programa de liberalización comercial” que contemplaba reducciones arancelarias progresivas entre los Estados Miembros³⁴, además de “un régimen general de origen” durante el período de transición³⁵, que son elementos básicos de una zona de libre comercio. Acto continuo, una vez establecido este, según los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción, se establecería una unión aduanera, mediante “el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados”³⁶. Con ello, se señala que los Estados miembros adoptaron “un modelo más cercano al de la Unión Europea”, dotando al bloque de características de regionalismo basadas inicialmente en negociaciones sobre la reducción de barreras arancelarias que pudieran contribuir al fortalecimiento de la región y su inserción internacional³⁷, como se conjeturó con la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1957³⁸. Sin embargo, conviene señalar algunas distinciones en relación con este bloque.

31 BARBIERO Alan; CHALOUT Yves, ob. cit.

32 BANDEIRA (Luiz A. Moniz), *O eixo Argentina-Brasil: o processo de integração da América Latina*, Brasília, UnB, p. 75.

33 Mercosul, 1991. Tratado de Assunção. Art. 1.

34 Mercosul, 1991. Tratado de Assunção. Art. 5.

35 Mercosul, 1991. Tratado de Assunção. Art. 3.

36 Mercosul, 1991. Tratado de Assunção. Arts. 1 e 5.

37 Barbiero (Alan) y Chalout (Yves), ob. cit., p. 58.

38 JAEGGER (Augusto), ob. cit., p. 48.



La primera es que la personalidad jurídica del bloque del Cono Sur sólo le fue atribuida a través del Protocolo de Ouro Preto, del 17 de diciembre de 1994, materializándose un regionalismo abierto, ya que ahora el bloque podía ser titular de derechos y constituir obligaciones para sí mismo frente a sus propios miembros y terceros Estados^{39, 40}. Además, cabe señalar que la estructura político-normativa del bloque, en sí misma, no se asemeja en nada al modelo europeo.

Esto se debe a que dentro del MERCOSUR existe una estructura intergubernamental, formada por representantes gubernamentales, quienes deciden por consenso y a la luz de sus intereses, rechazando así el modelo supranacional y la autonomía de los representantes que integran sus órganos⁴¹⁻⁴². En ese sentido, de acuerdo con lo que estipula el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto de 1996⁴³, las normas aprobadas en el nivel regional son típicas reglas de derecho internacional público, “no tienen aplicabilidad directa” en su territorio, siendo aún necesario incorporarlas como cualquier otro convenio internacional⁴⁴.

Aún frente a tales particularidades, el MERCOSUR, al momento de su constitución, demostró ser un proyecto de integración muy sólido, que podía traer mayor trascendencia e inserción económico-comercial no sólo a sus propios miembros, como aspiraban con la edificación del bloque, sino a la propia América Latina⁴⁵. Sin embargo, vale la pena mencionar que este proyecto puede haber sido demasiado ambicioso. Como dice Casella⁴⁶, además de ser un proyecto audaz, sobre todo considerando el fracaso de los

39 Al respecto, vale recordar que este fue un acto muy importante para la efectivación del Tratado de Asunción (particularmente el artículo 8c) y el modelo de regionalismo abierto, pues “el 25 de junio de 1996, en São Luís, Argentina, Mercosur firmó un acuerdo para el establecimiento de la primera etapa de integración, una zona de libre comercio con Chile y el 17 de diciembre, en Fortaleza, con Bolivia”. Cf. JAEGER (Augusto), ob. cit., p. 53.

40 Mercosul, 1994. Protocolo de Ouro Preto Adicional ao Tratado de Assunção. Arts. 34 e 35.

41 BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), ob. cit., p. 64.

42 Es importante mencionar que, según Rodas, el Mercosur podría “a futuro tener características supranacionales”. Cf. RODAS (João Grandino), *Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul*, in VENTURA (Daisy), *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 70.

43 Mercosul, 1996. *Protocolo de Ouro Preto*. Art. 40.

44 QUINTÃO SOARES (Mário Lucio), *Mercosul: direitos humanos, globalização e soberania*, 2a ed., Belo Horizonte, 1999, p. 96.

45 OLIVEIRA (Odete Maria), *A integração bilateral Brasil-Argentina: tecnologia nuclear e Mercosul*, Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, a. 41, n. 1, pp. 5-23, p. 16.

46 CASELLA (Paulo Borba), *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, p. 266.



modelos integracionistas pasados en América Latina (como fue el caso de la ALALC), para alcanzar el mencionado mercado común, el MERCOSUR debería contar con una “estructura política e institucional capaz de alcanzar más de lo que [sus] líderes serían capaces de capturar y liderar”.

Esta averiguación surge de algunas preguntas. Inicialmente, esto se debe a que no se siguió estrictamente el Cronograma de Lãs Leñas, adoptado el 27 de junio de 1992, para la implementación de los objetivos del Tratado de Asunción, que ya estipulaba “un nuevo cronograma de trabajo destinado a establecer una unión aduanera” como un paso preliminar hacia un futuro mercado común⁴⁷. Y si inicialmente el mercado común se formaría a partir del 1 de enero de 1995, esta fecha sería ahora la fecha de institución de la Unión Aduanera, por lo que sólo se establecería a partir del año 2006⁴⁸. Resulta que, más de “treinta años después, esta meta aún no se ha alcanzado”⁴⁹.

Segundo, según Rodas⁵⁰ (asesor legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil), la ausencia de algún tipo de supranacionalidad y la revisión de la necesidad de decidir por consenso significaría que el MERCOSUR no podría alcanzar el modelo de mercado común, porque las diferencias entre los Estados podrían hacer que el bloque quede “congelado”.

De hecho, esta es una observación importante, ya que vemos momentos de mayor prosperidad y expansión de las políticas y medidas adoptadas en el bloque (incluyendo ir más allá de los aspectos comerciales⁵¹) cuando los políticos de centroizquierda se alinearon al frente de los Estados Miembros, como a mediados de la década de 2000, con Néstor y Cristina Fernández de Kirchner (Argentina), Luís Inácio Lula da Silva y Dilma

47 PASQUARIELLO MARIANO (Karina L.) y GOULART MENEZES (Roberto), *Três décadas de Mercosul: institucionalidade, capacidade estatal e baixa intensidade da integração*, Lua Nova, Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 112, 2021, pp. 147-179, p. 154.

48 JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, São Paulo, LTr, pp. 55 e 58; RODAS (João Grandino), *Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul*, in VENTURA (Daisy), *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 75.

49 PASQUARIELLO MARIANO (Karina) y GOULART MENEZES (Roberto), *Três décadas de Mercosul: institucionalidade, capacidade estatal e baixa intensidade da integração*, Lua Nova, Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 112, 2021, pp. 147-179, p. 154.

50 RODAS (João Grandino), *Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul*, in VENTURA (Daisy), *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, pp. 74-75.

51 BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), ob. cit., p. 66.



Rousseff (Brasil), Tabaré Vázquez y José Mujica (Uruguay), y Nicanor Duarte y Fernando Lugo (Paraguay)⁵²⁻⁵³.

Cuando los políticos de derecha comenzaron a asumir el poder en sus respectivos Estados, a mediados de la segunda década del siglo XXI, hubo momentos de desaceleración/estancamiento, revisión y retroceso, pues consideraban la integración regional como una renuncia a la soberanía en materia de libertad para establecer políticas comerciales⁵⁴, sin mencionar los constantes ataques a la propia democracia y a las instituciones del Estado⁵⁵, que son elementos básicos de la integración del Cono Sur y que pueden llevar a la suspensión de sus Miembros⁵⁶ (como sucedió con Paraguay en 2012 y, más recientemente, en 2018, con Venezuela).

A pesar de lo anterior, y considerando que casi todas las demás experiencias latinoamericanas de integración regional han fracasado⁵⁷, se puede decir que el MERCOSUR no fue ni es un modelo negativo de integración regional, ya que logró acercar a los países del Cono Sur, en

52 PASQUARIELLO MARIANO (Karina) y GOULART MENEZES (Roberto), ob. cit., pp. 147-179, p. 168-170.

53 La doctrina llegó a calificar este momento como “regionalismo poshegemónico”. Cf. RIGGIROZZI (Pia) y TUSSIE (Diana), *The rise of post-hegemonic regionalism: the case of Latin America*, Dordrecht, Springer, .

54 PASQUARIELLO MARIANO (Karina) y GOULART MENEZES (Roberto), *Três décadas de Mercosul: institucionalidade, capacidade estatal e baixa intensidade da integração*, Lua Nova, Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 112, 2021, pp. 147-179, p. 154; BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), *Poder e déficit democrático do Mercosul: Estado, centrais sindicais e sociedade civil*, Porto Alegre, EDIPUCRS, p. 50.

55 Dalla Via expone que hay dos elementos que resaltan el constitucionalismo latinoamericano: (a) la inestabilidad constitucional (causada por frecuentes rupturas en el orden constitucional), y (b) la tendencia autoritaria (que surge de factores histórico-culturales en los países de la región, que es vinculado al ‘caudillismo abreviado en la etapa colonial que impuso un estilo jerárquico en las relaciones de poder, lo que apunta a una tendencia a colocar el Poder Ejecutivo por encima del resto). Cf. DALLA VIA (Alberto Ricardo), *El Mercosur y los aspectos constitucionales e institucionales*, in VENTURA (Daisy), *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, pp. 88-90.

56 La Cláusula Democracia del Mercosur fue establecida por el Protocolo de Ushuaia en 1998, que, en su art. 5, prevé la suspensión de los miembros por violación de este principio. Sobre el tema, cf. MONTE (Deborah Silva) y ANASTASIA (Fátima) *Cláusula Democrática do Mercosul: indefinição conceitual e uso estratégico*, Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 25, n. 62, pp. 11-36.

57 Según Barbiero y Chalout, “las otras experiencias latinoamericanas que no fallaron también sirven como parámetro de comparación, [...] [indicando] el éxito del Mercosur. Aunque la Comunidad Andina, CARICOM y MCCA existían en cierta medida puntos en sus propósitos, el Mercosur logró reunir a países que en su conjunto le otorgan un peso político, económico y comercial muy superior a otras experiencias”. BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), ob. cit., p. 54.



especial a Brasil y Argentina, que eran Estados totalmente antagónicos y competidores, transformándolos en socios económico-comerciales al lado de Uruguay, Paraguay y Venezuela (aunque este último esté actualmente suspendido del bloque), y presentando un propósito común. Sin embargo, aún le quedan pasos por dar.

3. La etapa actual de integración del Mercosur: una unión aduanera imperfecta.

Como se discutió anteriormente, el Tratado de Asunción preveía una etapa de transición, que concluiría a fines de 1994 y que tenía como objetivo crear un área de libre comercio para ser reemplazada por una unión aduanera, y otra, que comenzaría en enero de 1995, “cuyo principal objetivo fue consolidar y profundizar los logros obtenidos durante la primera fase, avanzando hacia la construcción de un mercado común”⁵⁸. Sucede que a lo largo de los años, si bien se ha mantenido el “compromiso de continuar el proceso integracionista”, se ha dejado completamente de lado la urgencia de crear el mencionado mercado común, y ya no existe una fecha específica para su implementación⁵⁹.

Sin embargo, es importante mencionar que las etapas previas de un proceso de integración tampoco fueron cumplidas en su totalidad, convirtiéndose “al actual régimen [de MERCOSUL] en un [tipo] híbrido, entre las normas de la nueva etapa y las normas de conformación de otra que, en teoría, ya debería haber sido derogada”⁶⁰. Cabe señalar que, según Jaeger⁶¹, en la década del 2000, “el MERCOSUR se encontraba en una región nebulosa: entre una zona de libre comercio en su interior, aún no implementada en su totalidad, y los primeros pasos hacia el establecimiento de una unión aduanera ante a terceros Estados”. Esta sigue siendo la situación del bloque.

58 BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), ob. cit., p. 49.

59 PASQUARIELLO MARIANO (Karina) y GOULART MENEZES (Roberto), ob. cit., pp. 147-179, p. 154.

60 CARDOSO (Bruna) y BURLE (Fernanda), *MERCOSUL: Manutenção das listas de exceções e o sonho da constituição de um mercado comum*, Rev. secr. Trib. perm. revis., Assunción, a. 6, n. 11; pp. 88-108, p. 100.

61 JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, São Paulo, LTr, p. 54.



En cuanto a la primera etapa mencionada, la zona de libre comercio, en la que se buscaba reducir las barreras comerciales entre países, el MERCOSUL aún no ha cumplido totalmente con los pasos hacia su plena institución “debido a las listas de excepción pendientes establecidas por los Estados Partes cuando se firmó el Tratado”⁶², que limitan el libre comercio de mercancías intrabloque (especialmente las agroindustriales y desde Argentina⁶³). También impide su total conclusión la existencia de salvaguardias⁶⁴, que técnicamente ya no estarían permitidas desde el 31 de diciembre de 1994⁶⁵ (pero que también incluyen excepciones), además de otras restricciones no arancelarias que hasta hoy se aplican al comercio de bienes entre los Estados del bloque.

En cuanto a la segunda etapa mencionada, la unión aduanera, en la que “los productos de terceros Estados quedan subordinados, independientemente del Estado de la Unión en que se introduzcan las mercancías”, al mismo arancel externo (o “TEC”, en la sigla en Portugués), dando lugar así a la estructuración de una política económica cohesionada entre los países, esta etapa no sólo no pudo haber comenzado en 1995, sino que hasta hoy día no se aplica plenamente en el bloque⁶⁶.

En cuanto a su lanzamiento, aún cuando la zona de libre comercio todavía no estaba completamente implementada, Casella⁶⁷ expresó que

62 JAEGER (Augusto), *Ibid.*

63 SEITENFUS (Ricardo Antônio), 2012. *Manual das Organizações Internacionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 297.

64 Salvaguardia es una práctica de defensa comercial en la que, durante un período determinado, se incrementa la protección a la industria local que se ve amenazada por el ingreso de productos de otras naciones. Cf. LIMA RÊGO (Elba Cristina), *O processo de Integração no Mercosul*. Revista do BNDS, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, pp. 167-196, p. 176.

65 Sobre el tema, véase el caso sobre importación de productos textiles juzgado por el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, entre Brasil y Argentina, en el que este continuó implementando salvaguardias en el sector textil, incluso después de haber expirado el plazo para su mantenimiento. De hecho, este caso denota un problema para el Mercosur, por la propia adopción del principio de solidaridad, que, según Soares, no admitiría “la negativa deliberada de [un] Estado parte a cumplir con sus obligaciones comunitarias”. Cf. SOARES (Mario Lucio Quintão), *Mercosul: direitos humanos, globalização e soberania*, Belo Horizonte, Del Rey, p. 97; TPRM. *Laudo Arbitral do Tribunal Arbitral - Laudo III*. 2000. Laudo do Tribunal Arbitral para decidir a controvérsia entre a República Federativa do Brasil (Parte Reclamante) e a República Argentina (Parte Reclamada), identificada como controvérsia sobre “Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (Res. 861/99) do Ministério de Economia e Obras e Serviços Públicos».

66 BARBIERO (Alan) y CHALOUT (Yves), *ob. cit.*, p. 49; SOARES (Mario Lucio Quintão), *ob. cit.*, p. 98.

67 CASELLA (Paulo Borba), *Mercosul: exigências e perspectivas*, São Paulo, LTr, p. 43.

tal acto era prematuro, en la medida en que se debió agotar cada etapa de la integración regional antes de pasar a la siguiente, especialmente si se compara con el modelo europeo, que presentó un desarrollo completo de cada etapa y sirvió de base para la estructuración del MERCOSUR⁶⁸.

En cuanto a la estructuración completa de la unión aduanera, esta no se habría dado ya que el bloque “todavía no está en condiciones de implementar la libre circulación de mercancías y la unificación de tarifas, con varias excepciones al TEC aún vigente. Tampoco se estableció la coordinación de políticas macroeconómicas entre los países miembros”⁶⁹.

Dichas excepciones a la TEC se agrupan en Listas de Excepción Sectoriales y Listas de Excepción Nacionales, y se crean precisamente “para permitir a los países priorizar ciertos mercados importantes para su desarrollo regional, manteniendo, en cierta medida, la autonomía de los Estados en cuanto a sus estrategias de mercado”⁷⁰, además de ser considerado “como necesario para una transición más fluida [al bloque], dada la historia proteccionista de los países latinoamericanos”⁷¹. Sin embargo, precisamente porque permiten “a los países miembros, unilateralmente, eximir a sus productos y servicios de las reglas únicas previstas en el MERCOSUR”, lógicamente impiden la implementación de la unión aduanera de manera perfecta y, con ello, restringen el establecimiento de un mercado común⁷²⁻⁷³.

Por tanto, hoy rige en el MERCOSUR un modelo híbrido, “en el que conviven las normas que regulan el bloque económico con las normas de transición que garantizan la plena autonomía de los países, en detrimento

68 JAEGER (Augusto), *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, p. 55-56.

69 CARDOSO (Bruna) y BURLE (Fernanda), ob. cit., 2018, pp. 88-108, p. 91.

70 CARDOSO (Bruna) y BURLE (Fernanda), ob. cit., 2018, pp. 88-108, p. 96.

71 BATISTA ARAÚJO (Gustavo), *O Deficit entre acordado e realiado no Mercosul: a influência dos grupos de interesse e o estudo do caso brasileiro*, dissertação (Mestrado em Ciência Política) – USP, São Paulo, USP, 2008, p. 7.

72 CARDOSO (Bruna) y BURLE (Fernanda), ob. cit., 2018, pp. 88-108, p. 100.

73 Seitenfus afirma que el gran problema del plan Mercosur es que Uruguay tiene una “tradicción liberal caracterizada por el libre tránsito de bienes, capitales y servicios”, por lo que tiene un arancel externo muy bajo. Paraguay, por su parte, tiene arancel externo cero. Y esto hace que las negociaciones para la adopción de un arancel externo común (la TEC) entre todos los Estados Miembros sean extremadamente difíciles. Cf. SEITENFUS (Ricardo Antônio), *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 297.



del proceso de unificación”⁷⁴, lo que hace que el MERCOSUR sea gravado como una unión aduanera imperfecta.

Araújo⁷⁵ entiende que esta situación resulta especialmente de la posición de Brasil y Argentina, que “colocan el proyecto de integración como un punto estratégico de sus políticas exteriores”, por lo que la situación actual respecto de la etapa actual del bloque se considera mucho más un impasse político que, por eso, depende de discusiones a nivel interno sobre el compromiso real de estos países con el proceso de integración regional para superar esta etapa que de un debate internacional dentro del bloque o incluso meras adaptaciones práctico-económicas. Por tanto, la pregunta que cabe plantearse es: ¿hasta qué punto los Estados miembros están realmente dispuestos a avanzar hacia una integración más profunda, para superar la imperfecta unión aduanera vigente?

Es decir, ¿sería posible superar las dificultades político-normativas y, luego, cooperar efectivamente entre sí? Porque parece que su estagnación no es un problema puramente económico-comercial, derivadas de asimetrías en términos económicos entre los Estados (como aún existen en algunos sectores)⁷⁶ o de crisis financieras (como las que vivieron Argentina y Brasil en la primera década del siglo XXI).

Conclusión

El MERCOSUR figura entre los bloques económicos más grandes del mundo en términos de intercambio⁷⁷ y representa más de la mitad del

74 CARDOSO (Bruna) y BURLE (Fernanda), ob. cit., 2018, pp. 88-108, p. 105.

75 BATISTA ARAÚJO (Gustavo), ob. cit., p. 10.

76 Ventura enumera los que serían los “cuatro pecados originales” del Mercosur. Primero, la *dependencia*, que se refiere a la “extrema vulnerabilidad externa [de Brasil y Argentina] por el déficit de la balanza de pagos, el endeudamiento externo, la internacionalización del sistema económico y políticas monetarias víctimas de ataques especulativos”. El segundo sería la *pobreza* y la consiguiente exclusión social, “porque afectan el crecimiento de los Estados partes y reducen la dimensión de [un futuro] mercado común”. El tercero serían “*las asimetrías entre las estrategias nacionales de desarrollo*”, porque son distintas entre los Estados, como el caso de Brasil, con la “preponderancia de los productos manufacturados en [sus] exportaciones” y de Argentina, donde “los productos primarios predominan en [sus] exportaciones”... El cuarto, “*las diferencias sobre la inserción internacional de cada uno de los miembros*”. Cf. VENTURA (Deisy de Freitas Lima), *As asimetrías entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional*, Barueri, Manole, p. 39-40 (cursivas nuestras).

77 WTO. *International Trade Statistics*. 2011. Geneva: WTO, p. 206. Disponible en: www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2011_e/its2011_e.pdf, acceso em: 20 octubre 2022.

Producto Interno Bruto (PIB) de América Latina⁷⁸. Además, actualmente el bloque incluye a todos los países ubicados en América del Sur de alguna manera: además de los cuatro Estados miembros fundadores, “Venezuela se incorporó a la composición original del bloque en 2012, convirtiéndose en miembro definitivo, y Bolivia inició su proceso de incorporarse como miembro de pleno derecho en el mismo año, aún está pendiente su aprobación. Además, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Guyana y Surinam son miembros asociados del MERCOSUR”⁷⁹.

Por lo tanto, su relevancia es de hecho evidente para la continua solidificación de la integración latinoamericana en el ámbito de la ALADI y dentro del marco globalizador, potenciado por el fin de la Guerra Fría. A pesar de ello, el MERCOSUR parece estar en una crisis constante, que deriva precisamente de la falta de intención política de sus miembros, de querer hacer los cambios normativos necesarios para asegurar que se logre su principal objetivo, que es justamente la realización de un mercado común, tal como existe en Europa, sujeto a las diferencias entre los bloques mencionados anteriormente.

Es por eso que el MERCOSUR hoy es todavía una unión aduanera imperfecta, con varias limitaciones impuestas unilateralmente por los Estados, que impiden alcanzar sus fines, como la existencia de mercancías intrabloque que todavía no circulan libremente, o con la presencia de excepciones a la TEC, haciendo inocuos los debates a favor de una política económica común y, por eso, impidiendo el avance hacia el mercado común.

Como dicen Cardoso y Burle⁸⁰, “[l]a existencia de estas reglas es un obstáculo para el desarrollo del MERCOSUR, ya que permite la creación de varias reglas que están fuera de los sistemas y marcos que [existen] para garantizar la unidad del bloque”. Esto es lo que hay que superar, lo que, sin embargo, depende –en mi visión, según lo que se explicó aquí– en gran medida de la voluntad *política* de sus miembros. Y esto, a su vez, depende de un nuevo momento de convergencia política entre los representantes de los Estados Miembros, dado el modelo intergubernamental vigente.

78 JAEGER (Augusto), ob. cit., p. 54.

79 CARDOSO (Bruna) y BURLE (Fernanda), ob. cit., pp. 88-108, p. 91.

80 CARDOSO (Bruna) y BURLE (Fernanda), ob. cit., 2018, pp. 88-108, p. 103.



Dr. Antonio López Castillo

Licenciatura en la Universidad de Granada (1983) y Doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid (Premio extraordinario ex aequo 1995). Estudios de posgrado en la Universidad de Heidelberg, RFA (1985-1987). Profesor Ayudante (UCLM, 1987-1990) y profesor Asociado (1990-1996). Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid, área de Derecho Constitucional desde 1998. Letrado de adscripción temporal del Tribunal Constitucional del Reino de España (1998-2001). Desde septiembre de 2016, profesor acreditado (por ANECA), para Catedrático de Universidad. Profesor invitado en Maestrías y Doctorados en España y otros países de Iberoamérica. Docente Erasmus en las Universidades de Florencia y Nápoles. Ha impartido seminarios y conferencias en centros universitarios y otras instituciones en Alemania (Berlín, Tubinga), Francia (Aix-en-Provence) e Italia (Nápoles, Roma). Estancias de investigación becadas: en fase pre doctoral (Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional público -IMP-, Heidelberg, RFA, 1985-1987) y como profesor/ investigador visitante (Instituto Max Planck, 2001-2002 y 2002-2003; Cardozo School of Law, Y.U., Nueva York, 2004; Universidad de Zurich, 2007). Universidad de Tubinga, 2018. Ponente en jornadas y congresos nacionales (a.e. ACE III y VIII, Barcelona, 2004, y San Sebastián, 2010) e internacionales (a.e. FIDE XX, Londres, 2002). Ha participado en numerosos proyectos de investigación nacionales e internacionales (a.e.: IPE, Heidelberg, 2005-2007). Vocal del consejo de redacción de la revista de estudios políticos (REP) y de la revista de derecho comunitario europeo (RDCE) y miembro del consejo asesor de la revista de derecho constitucional europeo (ReDCE).

La Unión Económica y Monetaria europea como ejemplo de Unidad económica y monetaria supranacional/estatal

Palabras clave: Unión Europea. Estados miembros. Unión económica y monetaria. Política monetaria. Moneda común. Política micro y macro prudencial. Política fiscal. Asistencia financiera. Sistema europeo de bancos centrales. Banco Central Europeo.

Resumen: la Unión Económica y Monetaria (UEM), gestada en el espacio europeo de integración, articula y sostiene la infraestructura monetaria del mercado interior. En ese marco, el euro, la infraestructura monetaria, se sustenta en una única política monetaria atribuida al BEC y en una complementaria confluencia de disciplina de la política fiscal y macroeconómica para todos los EEMM –más intensa para los EEMM de la eurozona, de exigencia de supervisión macro prudencial del sistema financiero europeo y de supervisión micro prudencial de las instituciones financieras de la eurozona y de una condicionada asistencia financiera –también– entre los EEMM de la eurozona. En el tracto de su evolutiva andadura, en particular, mediante el empleo de un amplio instrumental, el BCE avanza en la heterodoxia de una praxis de transmisión de decisiones de política monetaria de objetivo ampliado. Si con de la suma de funciones del BCE y de la ampliación del foco de su exclusiva competencia de política monetaria resulta o no una alteración del modelo convencionalmente diseñado, es asunto abierto al debate.



I. Planteamiento general

La Unión Económica y Monetaria (UEM) que se gesta en el espacio europeo de integración, es un denso ensayo de articulación y sostenimiento de la infraestructura monetaria del mercado interior¹.

De esta concreta UEM² bien puede decirse que es un proceso potencialmente configurador de las bases precisas para articular una (futurible) Unión política (lo que es tanto como decir, una especie de Federación). Ahora bien, como proceso abierto que es, su nota más característica es la *transitoriedad*... lo que se refleja en el hecho de que la vigente UEM no alcanza a integrar plenamente al conjunto de los EEMM (a diferencia, en sustancia, de lo que fuera el caso en relación con etapas previas en este proceso de integración). Lo cual tiene, asimismo, un cierto reflejo institucional en la medida en que, a la sombra de las instituciones comunes representativas de los intereses estatales, se alzan formaciones integrantes de los EEMM partícipes de la llamada Eurozona. Así, desde un principio, se gestaría el Eurogrupo, como foro de los ministros de economía y hacienda que, cuando concurren con todos los del conjunto de los EEMM, integran el ECOFIN, es decir, la formación de Economía y Finanzas del Consejo de la UE (encargado de la política de la UE en tres ámbitos principales: política económica, cuestiones fiscales y cuestiones relativas a la reglamentación de los servicios financieros) o las Cumbres del Euro (en paralelo a los Consejos Europeos, institución integrante de los máxi-

1 Si en el *mercado común*, la estabilidad en los cambios de paridad de divisas se había de cohonestar con la autonomía nacional de las políticas fiscal, macro económica y social, en el marco del *mercado único*, a la supresión de obstáculos a la libre circulación de productos, servicios, inversiones, trabajadores y empresas, aun a falta de directa o indirecta discriminación por razón de nacionalidad (primando el bienestar del consumidor, favoreciendo el crecimiento de las empresas, revirando la disciplina de la libre competencia hacia la actividad empresarial pública, fomentando privatizaciones y restringiendo el ámbito de iniciativa pública y de los servicios de interés económico general) se suma, en *lo monetario*, el establecimiento de paridades fijas, aunque flexibles, negando a la banca central nacional que opere como compradora de último recurso de la deuda pública, antes de pasar a un sistema de paridades fijas e irreversibles, procurando la coherencia de las políticas económica y monetaria, eliminando instrumentos y palancas de la política macroeconómica y limitando la discrecionalidad nacional en política fiscal (cf., en detalle, en relación con esto, tanto como respecto a otras cuestiones, a lo largo de la ponencia, Menéndez Menéndez y Losada Fraga (2022), *Los pilares del derecho sustantivo de la Unión* (I), en López Castillo (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, pp. 103, 154-206).

2 Para una consistente aproximación general a las unidades económicas, *vide* García Guerrero y Martínez Alarcón (2019).



mos representantes gubernamentales -y presidenciales, en su caso- de los países del Euro).

De esa (persistente) transitoriedad resulta algo más que una duda, a propósito de la pretendida irreversibilidad de la UEM -o al menos de uno de sus signos de identidad, la moneda única (no en vano se anda proponiendo ya, por parte de algunos, una especie de transición inversa, que pudiera llevar de la unión monetaria en curso a una revisada modalidad de sistema europeo de cambios). Y, en todo caso, la remanencia de la nota de transitoriedad impone la prudencia al presumir la continuidad de un proceso de integración que fuera a culminar en la configuración de la unión política (federal).

Mediante la Unión Económica y Monetaria, en la Unión Europea (a diferencia de sus antecedentes, desde la Unión Europea de Pagos, 1950-57, hasta el sistema monetario europeo, 1978-98, pasando por la llamada serpiente monetaria, 1974-75 y, antes de eso, por el sistema monetario internacional de Bretton Woods, 1958-71) se han fijado de una forma irreversible las paridades entre las monedas nacionales (sustituidas por el euro, una nueva moneda única -pero no común para los actuales 27 EEMM-) y se ha atribuido la política monetaria al BCE. Una modalidad de banca central (federal). Una institución a la que el Tratado de la Unión Europea (art. 13.2, TUE) asigna la exclusiva titularidad de la potestad monetaria, en el marco del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC; art. 127.2 TfUE, que se configura con los bancos centrales nacionales). Y que, en el ejercicio de sus funciones actúa con plena independencia (arts. 130, 131, 238.2, TfUE). Ello comporta que en el desenvolvimiento de su función, se pueda topar con obstáculos convencionales (normativos) y haya de enfrentar dificultades operativas.

La no transferibilidad de una deuda estatal, de la que solo responderían los Estados concernidos (y no los otros EEMM, ni la propia UE), encorseta un modelo que convencionalmente se ha configurado sobre la base de un disfuncional solapamiento de los planos monetario (ejercitable en un marco de mera legitimación tecnocrática, y operativo funcionamiento federal) y económico-fiscal (un espacio propio de la política estatal, sin perjuicio de su relativo encuadramiento *ius europeu*).

De ahí la insuperable dificultad de afrontar los sucesivos efectos de las crisis limitándose a tratar de coonestar el sentido de una política



monetaria, presuntamente sustentada en la confianza de los usuarios y pretendidamente garantizada en el plano de la gobernanza tecnocrática, con base en reglas, indicadores numéricos y procedimientos, al margen de la disciplina -presupuesta, pero por entonces ya desacreditada- de los mercados financieros.

Se hizo evidente, así, en ese contexto de crisis, la falta de garantía política de actuación de los poderes públicos que, de sólo, encarna en una Banca central emisora de moneda, como freno de desconfianza de los tenedores de una divisa en caso de impago de la deuda pública o privada, y en un Tesoro público, como ancla del sistema tributario y el montante del gasto público a fin de evitar una caída libre de actividad en situaciones tales de crisis.

Al hilo de esa evidencia, aun en el encorsetado marco del sistema europeo de bancos centrales, se impuso la necesidad de superar la ortodoxia mediante adopción de sucesivas medidas no convencionales, superando, así, en el controvertido ejercicio de responsabilidad inherente a su mandato convencional³, un tradicional instrumentario, expresamente articulado en el Estatuto del SEBC (previsión de niveles de reservas mínimas, uso de facilidades permanentes y/u operaciones de mercado abierto), mediante el empleo de una diversificada manifestación de heterodoxia monetaria, descifrada en una amplia gama de instrumentos no convencionales.

Si con ello el BCE se ajustaba bien o mal a las exigencias de un modelo convencional apenas cohonestable con ese decurso de enfrentamiento de los efectos de la crisis es algo sobre lo que se ha de volver al final de esta ponencia (VI). Pero antes de eso, se impone un repaso sumario de la política monetaria (II) y de sus confluente contornos, desde la emergente previsión de un sistema europeo de supervisión financiera, macro y micro prudencial (III), a la traza de algunos apuntes sobre la disciplina de las políticas fiscal y macroeconómica de los Estados miembros (IV), sin desatender el marco de asistencia financiera a los EEMM de la Unión Europea (V).

3 Cf., en particular, la sentencia de la Sala 2ª del TCFA, de 5 de mayo de 2020, *Weiss* (*vide*, por otros, López Castillo, 2021).



II. Política monetaria común: repaso sumario

El objetivo principal de la política monetaria es “la estabilidad de precios” (art. 127.1 TfUE) y se trata de alcanzar “de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (art. 119 TfUE), sin perjuicio de una “eficiente asignación de recursos” (art. 127 TfUE) y tratando de contribuir, en la medida de lo posible –es decir, sin entrar en contradicción con su objetivo principal- a la realización de los objetivos generales de la UE, que se precisan en el art. 3 TUE.

En este punto, se impone subrayar la singularidad que comporta dejar al BCE (una institución tecnocrática, no democrática) la tarea de fijar y concretar el objetivo de inflación. Pues no es ese el caso de otros bancos centrales. Además, abstracción hecha de los activos financieros, ese objetivo se fija en el 2 % del aumento anual de los precios al consumo, propiciando así una manifiesta divergencia en la *eurozona* que la vigente estrategia monetaria de flexibilización “a medio plazo” apenas alcanza a modular⁴.

Al servicio de ese objetivo principal de estabilidad de los precios (art. 119.2, 127.1 y 282.2 TfUE) sirven la autonomía decisoria y la independencia institucional del SEBC que ha de garantizar el interés general. Mantener el SEBC (es decir, el BCE y el conjunto de la Banca central nacional) al margen de las decisiones de órganos políticos, representativos, en uno u otro grado, de los Estados miembros y de la propia UE resulta instrumental a la continuidad del objetivo de estabilidad de los precios; sin perjuicio de una permeabilidad política que, sobre la consideración de los objetivos generales de la Unión, alcanza a proyectarse a las disruptivas exigencias derivadas de los planes de digitalización de la economía y de su virado contexto de cambio climático.

Como consecuencia de esto, la neta separación entre el SEBC y los órganos políticos y representativos de la Unión Europea y de sendos Estados Miembros y entre el Banco Central y el conjunto del sistema bancario europeo, se complica de un modo considerable. Recuérdese, en este punto, que, para tratar de asegurar la divisoria entre el SEBC y los órganos políticos de UE y Estados miembros, el diseño convencional del

4 Cf. Menéndez y Losada, 2022, cit., pp. 161-2.



sistema europeo de bancos centrales, se ha dotado de garantías, de carácter orgánico- procedimental y de carácter sustantivo.

Lo primero se plasma en la previsión de criterios de designación de los miembros de los consejos de gobierno del BCE, así como en la no interferencia, por parte de la UE o por parte de los estados miembros, en la toma de decisiones en el seno del SEBC, y tiene una particular expresión en la garantía jurisdiccional de que, solo en circunstancias extraordinarias, y solo mediante la intervención del TJUE, sea posible remover de sus cargos a los miembros integrantes de los consejos de gobierno de los bancos centrales⁵. En cuanto a lo segundo, la prohibición de financiación de la UE o de los Estados miembros por el Banco central (lo que, objetivamente, pareciera tratar de excluir su reconsideración como el prestamista de último recurso de la UE o de sus EEMM y, en consecuencia, una funcional deriva en el sentido de una -sistemática- política de monetización de la deuda pública)⁶.

A la salvaguarda de la divisoria entre el Banco Central y el sistema bancario en su conjunto, solo puede servir una política monetaria que atienda al interés general y no al de los principales accionistas de las instituciones financieras. Claro que, al hilo de la gestación de la llamada unión bancaria, mediante la configuración de un sistema único de supervisión, se viene a sustituir la pretendida línea de separación institucional y funcional de la (común, por europea) política monetaria y la (diversa, por nacional) supervisión micro prudencial de las instituciones financieras, por una funcional divisoria entre la (propia) faceta monetaria y una (atribuida) faceta supervisora, al interno ya del organigrama del BCE.

Y en esa línea de modulación del plan convencional de partida se ha de inscribir también la sucesión de operaciones de refinanciación de las instituciones financieras, en amplios períodos y con merma de garantías, mediante una serie de instrumentos de política monetaria no convencionales, al efecto de combatir los efectos de las crisis que vienen de finales de 2007.

Pues, según es notorio, la ejecución de la política monetaria europea del BCE no sería factible de no poderse fijar un tipo de interés, como referencia para el conjunto de los operadores económicos. Y, en conse-

5 Cf. Sentencia TJUE, de 26 de febrero de 2019, as. C-202/18 y C-238/18.

6 En detalle, cf. arts. 123.1, 130, 131 y 238.2 TfUE, y arts. 7 y 11.2 Estatutos del SEBC.



cuencia, se no ser ello posible, mediante los instrumentos tradicionales de la política monetaria, el Banco Central vería peligrar la efectiva transmisión de sus decisiones al ámbito de la actividad económica. Es decir, dependiendo, como depende, la efectividad de la política monetaria del adecuado funcionamiento de los mecanismos de transmisión de la política monetaria, para tratar de superar los muchos contratiempos originados por la sucesiva faz de la crisis financiera y económica, el BCE se habría visto impelido a adoptar medidas, dotándose de un amplio de nuevos instrumentos de política monetaria, al efecto de reestablecer las condiciones en las que su política monetaria pudiera comunicarse, en tiempo real y de un modo efectivo.

En ese tracto sucesivo, se sumaría así, a la novedosa modulación del principal objetivo de la política monetaria, una panoplia de instrumentos atípicos que, sin duda, vendían a comprometer la interdicción convencional de un BCE como prestamista de último recurso, poniendo en juego -bien que, no sin condiciones-, un amplio soporte financiero, pensando tanto en los Estados miembros como en las entidades financieras, de la *eurozona*. Respecto de los Estados miembros, posibilitando, mediante la permisión de compra de deuda pública en los mercados secundarios, y en virtud de una considerable inyección de liquidez en las instituciones financieras, a ese mismo fin). Y, por lo que a las entidades financieras respecta, mediante articulación de operaciones de refinanciación atípicas, mediante un instrumentario de variado efecto sobre la política fiscal de la *eurozona*.

Si se tratase de hacer recuento de tan heterodoxo instrumentario de intervención, se habría de mencionar, en todo caso, lo siguiente: -) unas operaciones de refinanciación no convencional, atípicamente largas, con laxos criterios de admisión de garantías y contrapartidas y oferta de tipos muy bajos de interés fijo; -) unos programas de adquisición de bonos cubiertos; -) un programa de mercado de valores (y operaciones monetarias sobre títulos) mediante adquisición por el BCE en los mercados secundarios de deuda pública de cantidades relevantes de títulos de países con agudas crisis fiscales (apostando así por la irreversibilidad de la unión monetaria puesta en duda, mediante adquisición de deuda de países castigados, tratando de recomponer los mecanismos de transmisión de su política monetaria al conjunto de la eurozona); -) un programa de adquisición de valores respaldados por activos y un -tercer- programa de adquisición de bonos cubiertos; -) un programa de compra de valores



del sector público, v. gr. *quantitative easing* (2015-2018) y un -segundo-programa de compra de activos, v. gr. *quantitative easing 2* (desde 2019); -) un programa de compras de emergencia frente a la pandemia -pandemic emergency purchase programme, PEPP-, desde marzo de 2020, en respuesta a la crisis del coronavirus, con la novedosa variante, mediante la superación de las ratios de compra de activos entre estados miembros, de compras asimétricas; -) unas operaciones de financiación a plazo más largo de emergencia frente a la pandemia -“Pandemic Emergency Longer-Term Refinancing Operations, PELTRO-, anunciado el 30 de abril de 2020, al efecto de reanudar la refinanciación de entidades financieras, a largo plazo y a tipos de interés negativos.

Dicho esto, es oportuno recordar aquí que, como consecuencia de la guerra de invasión de Rusia en Ucrania y la consiguiente crisis de suministros, este año 2022 ha traído consigo una crisis de precios, disparando la inflación a dígitos apenas recordados y generando un nuevo estado de cosas. El BCE ha actuado, en consecuencia, subiendo tipos, hasta en cuatro ocasiones, a lo largo de 2022, dejando el dinero con una tasa del 2.5 %, que no se recordaba desde los inicios de la crisis de 2007-08 y que, por lo demás, deja atrás once años de tasas negativas⁷.

III. Sistema europeo de supervisión financiera, macro y micro prudencial

La crisis financiera global de 2007-08 hizo tomar conciencia de que, también en el espacio de la Unión europea, se hacía preciso asentar y perfeccionar las tareas de regulación y supervisión. Lo que se hizo, previo debate experto, mediante la paulatina configuración de un llamado sistema europeo de supervisión financiera (SESF) operativo, ya desde su puesta en marcha, el día 1 de enero de 2011.

7 A la primera subida, del 0.5 %, en julio, se sumarían dos nuevas subidas, del 0.75 %, en septiembre y octubre, y una cuarta subida, del 0.5 %, en diciembre. Sobre el curso que vaya a seguir esta senda alcista no conviene aventurar, más allá de la previsión del BCE (que hacia 2025, se torne al 2.3 %); que ello guarde lógica correspondencia con la marcha de la evolución en la eurozona de la llamada inflación subyacente es la certidumbre menos comprometida (de la evolución, en tiempo real, dará cuenta la decisión que se adopte en la reunión de política monetaria de 2 de febrero de 2023).



Del llamado SESF son parte integrante un conglomerado de organismos europeos a los que se suma el conjunto de los supervisores nacionales, tratando de salvaguardar la estabilidad en el seno de un mercado financiero único europeo. Se trata, en sustancia, de la Junta europea de riesgo sistémico o JERS y de una suma de (tres) entidades europeas de supervisión, la autoridad bancaria europea (ABE), la autoridad europea de valores y mercados (AEVM) y la autoridad europea de seguros y pensiones de jubilación (AESPJ).

En el SESF se conjuga, pues, una complementaria tarea de supervisión macro y micro prudencial, con el ambicioso objetivo de proteger la economía real en el mercado interior tratando de evitar que, más allá de la regularidad del desempeño de unas u otras instituciones financieras, se produzcan riesgos de alcance sistémico o lesivos para el sistema financiero en su conjunto; al tiempo que se procura evitar o/y minimizar la quiebra de concretas instituciones financieras.

Pues bien, como instrumento de supervisión macro prudencial, mediante Reglamento UE 1092/2010 se crearía la llamada Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS)⁸, dejando en manos del BCE alguna de las tareas relativas a su funcionamiento, en apoyo logístico, pero, también estadístico y analítico (lo que, en una cierta medida, contribuye a velar, si no a debilitar, aquella máxima convencional de presupuesta, y prudencial, separación entre la banca central y el sistema financiero)⁹.

Hablar de riesgos de perturbación del sistema financiero, en referencia a aquellas situaciones que pudiesen incidir gravemente en el mercado interior, con daño para la economía real, es manifiestamente un modo de dar a entender que el discrecional ejercicio de las libertades económicas fundamentales, en general, y el operativo desenvolvimiento de la libre circulación de capitales, en particular, podrían resultar un inconveniente, si no la causa de un daño mayor, para la consecución del basilar objetivo

8 Entre otras tareas, la JERS (dirigida por la presidencia del BCE, y dotada de una secretaria, se compone de una Junta general, un comité director y dos comités consultivos, científico y técnico) ha de recopilar y analizar información, identificar y priorizar riesgos sistémicos, emitir avisos y recomendaciones a seguir, y proporcionar al Consejo evaluaciones relativas a una potencial situación de emergencia, coordinando sus acciones con organizaciones financieras internacionales, como el Fondo monetario internacional (FMI) y la Junta de estabilidad financiera (JEF).

9 *Vide* Reglamento UE del Consejo 1096/2010, de 17 de noviembre de 2010, por el que se encomienda al BCE una serie de tareas específicas relacionadas con el funcionamiento de la Junta (JERS).



de estabilidad financiera. Lo que, en el contexto comprensivo del mercado interior, necesariamente, comporta un relativo condicionamiento, por no decir, limitación, de esa concreta libertad de circulación. Lo que apunta, sin duda, a la presunción de que, a la estabilidad financiera, siendo como es un objetivo irrenunciable, no toda modalidad de integración financiera le sirve por igual. O, dicho de otro modo, que una desatada modalidad de integración financiera, en la que primase la libre circulación de capitales sobre cualquiera otra consideración, lejos de contribuir a la superación de crisis, podría contribuir a potenciar, si no a generar, tales situaciones de inestabilidad financiera.

Y justamente al hilo de la compleja gestión de la crisis financiera se ha de entender la creación de una emergente unión bancaria que, en tanto que no se avance en la decisión relativa a la articulación de un controvertido sistema europeo de seguro de depósitos¹⁰, queda configurada por la confluente articulación de los llamados mecanismos únicos de supervisión (MUS) y de resolución (MUR).

Ello comporta, sobre la concreta atribución a la UE (v. gr., al BCE) de nuevas responsabilidades de supervisión micro prudencial de instituciones financieras, una considerable modulación del estado previo de la cuestión, por más que se haya tratado de separar, organizativa y operativamente, el desempeño de estas funciones del BCE con respecto a sus funciones (propias) en el ámbito de la política monetaria.

La atribución de esta responsabilidad al Mecanismo Único de Supervisión (MUS) tiene un amplio alcance, al abarcar toda la banca en la eurozona. Y, en su caso -previa adhesión a este sistema de supervisión bancaria- a otros bancos ajenos a la eurozona. La función revisora del BCE no alcanza a toda entidad financiera, centrándose solo en las llamadas entidades financieras significativas¹¹, sin perjuicio de su res-

10 Contra lo inicialmente acordado (hasta la cumbre del Euro, de junio de 2021), el Eurogrupo, apuntaría en su declaración sobre el futuro de la unión bancaria, de 16 de junio de 2022, que la consecución de ese objetivo quedase pendiente de un previo asentamiento del marco común o código normativo único (un conjunto extenso y detallado de Reglamentos y Directivas que regula el sector financiero en la Unión Europea) y de un reforzamiento de los sistemas nacionales de garantía de depósitos.

11 Por tales se tiene, en general, a las que acreditan un cierto tamaño, tienen importancia económica, tienen proyección transfronteriza o/y precisan de apoyo público directo; y, de modo casuístico, cuando parezca ello preciso para salvaguardar la estricta aplicación comunitaria de la disciplina de supervisión.

ponsabilidad última con respecto a la tarea de supervisión nacional del resto de la banca¹².

Por su parte, el Mecanismo Único de Resolución (MUR), operativo desde 2016, permite acometer la gestión de las resoluciones bancarias, mediante una Junta Única de Resolución (JUR) y un Fondo Único de Resolución (FUR), financiados, ya no con fondos públicos, sino con aportaciones de los accionistas y, en suma, del sector bancario, como responsable último de una ordenada resolución de la institución financiera quebrada, a fin de que no acabe suponiendo un coste significativo para la economía real y, en todo, para los contribuyentes. Por el carácter redistributivo de su asignación de recursos en casos de quiebra, ese Fondo (FUR) se ha configurado, como un instrumento de base normativa *para comunitaria*, mediante un tratado internacional, el “acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo único de resolución”, al efecto de subvenir en caso de insuficiencia de las contribuciones de accionistas y acreedores¹³. El organismo de adopción de decisiones de resolución de una entidad bancaria (lo que, por primera vez, se produjo en relación con el Banco Popular¹⁴), esto es, la Junta Única de Resolución (JUR) tiene la veste de agencia, en el seno del Mecanismo Único de Resolución; una agencia encargada de coordinar a las autoridades nacionales responsables de la resolución de una determinada institución financiera.

A la vista de esta paulatina ampliación de competencias relativas al ámbito de la supervisión y resolución de instituciones financieras, la divisoria entre Estados miembros de la UE, según sean o no parte de la Eurozona, parece enfatizarse, por más que esta llamada Unión Bancaria siga estando formalmente abierta a los otros Estados miembros de

12 A esa cooperación administrativa se refieren las Conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona, de 27 de junio de 2018, en párr. 3º: “Las normas de la Unión que rigen el MUS han configurado diversos procedimientos administrativos en los que intervienen el BCE y las autoridades nacionales de supervisión. Tales procedimientos no son una novedad en el derecho de la Unión: ya existen en materia de fondos estructurales, en el ámbito agrícola o en el nombramiento de los miembros del Parlamento Europeo, por ejemplo. En la unión bancaria se recurre a ellos con mucha más intensidad y frecuencia que en otros ámbitos”.

13 Al porcentaje del 1 % de los depósitos con cobertura (previsto para finales de 2023) se puede sumar, en su caso, como mecanismo común de protección presupuestaria (2022), línea de crédito del MEDE.

14 Sentencia Tribunal General UE, Sala 3ª ampliada, de 1 de junio de 2022, as. T-481/17, ECLI:EU:T:2022: 311, desestimatoria de los recursos de anulación del dispositivo de resolución del Banco Popular y/o de la Decisión (2017/1246, DO 2017, L 178, p. 15) de la Comisión que lo aprueba.



la Unión (así lo vendrían a corroborar los casos de Bulgaria y Croacia, firmantes ambos de acuerdos de colaboración con el BCE por los que se comprometen a dejar en sus manos la supervisión de sus instituciones financieras significativas)¹⁵.

Pero la alteración del previo estado de la cuestión no se limitaría a la puesta de manifiesto de un diverso régimen entre Estados miembros de la UE, según participen o no de la UEM (v. gr., unión bancaria), sino que trasciende de eso (puesto que, al menos, formalmente hablando todos los EEMM que convencionalmente no lo hayan excluido podrían devenir partícipes plenos de la UEM). Mediante atribuciones tales como las indicadas (sobre la controvertida caracterización como económicas de determinadas actuaciones adoptadas con base en sus atribuciones de exclusiva política monetaria), el BCE asume unas facultades decisorias de nuevo cuño, en el marco de un plano superpuesto de actuación, por incidir su eventual supervisión de cuentas y balances de ciertos bancos nacionales, sobre una cuestión previamente considerada en aplicación de normativa nacional (de transposición, o de desarrollo y aplicación, de directivas o reglamentos de la UE). Y a esa posible ocasión para el solapamiento o la interferencia, en el momento de realizarse las tareas de supervisión, puede sumarse otra, al hilo del enjuiciamiento ius europeo de su sentido y alcance, cuando a una decisión jurisdiccional interna, pueda seguir, el desempeño de la jurisdicción de control de actuaciones del BCE por parte del TJUE, incidiéndose, así, en el ámbito jurisdiccional propio de los Estados miembros. Pues, que una institución decisoria europea como el BCE, enjuicie una situación aplicando derecho (de origen comunitario, pero) formalmente nacional, lleva consigo, en caso de controversia, el control por el TJUE de las actuaciones del BCE. Y como bien entenderse, una interpretación de derecho (formalmente) nacional por parte del BCE, que pueda verse confirmada luego por el TJUE, no necesariamente coincidirá con una previa decisión e interpretación en vía jurisdiccional interna.

15 El estatuto adhesivo comporta, con todo, una manifiesta merma de participación, puesto que, lejos de participar en los procedimientos de adopción de tales decisiones del BCE, los representantes de esos dos Estados miembros de la UE no asisten sino como observadores (y por ello, dada su no participación decisoria, se habrían establecido mecanismos de salvaguardia para posibles situaciones de conflicto).

Los supuestos en los que, mediante un planteamiento del cooperativo cauce de la cuestión prejudicial, una suprema jurisdicción nacional contribuye a la clarificación, mediante la indicada intervención del TJUE, de asuntos de controvertida línea divisoria, demandan de ambas jurisdicciones una carga argumentativa que trascienda de una mera afirmación de principio. Así, mediante sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2018, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado, de Italia, se declara que el (artículo 263 del) TJUE “debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan el control de la legalidad sobre los actos de apertura, de instrucción y de propuesta no vinculante adoptados por las autoridades nacionales competentes (... por carecer) de relevancia que un órgano jurisdiccional nacional conozca (de la supervisión prudencial de entidades de crédito...) a raíz de una acción específica de nulidad por presunta vulneración de la autoridad de cosa juzgada de una resolución judicial nacional” . Y, de otra parte, en sentencia del TJUE, de 13 de septiembre de 2022 as. C-45/21, *Banka Slovenije*, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial del TC de Eslovenia, en un control de constitucionalidad planteado por el BC de Eslovenia –a propósito de una ley que regula la garantía de tutela judicial efectiva a antiguos titulares de instrumentos financieros cancelados por ese banco central–, se precisan los límites de la responsabilidad de un banco central frente a los daños sufridos por titulares de instrumentos financieros cancelados en aplicación de medidas de saneamiento, concluyendo que el Derecho UE “se opone a una normativa nacional que establece que un banco central nacional, perteneciente al SEBC, es responsable de los daños causados por la cancelación de instrumentos financieros, en aplicación de medidas de saneamiento por un importe que pueda afectar a su capacidad para desempeñar eficazmente sus funciones y financiado, por orden de prioridad, por la afectación a reservas especiales de todos los beneficios obtenidos...”¹⁶.

Otra cuestión, en la que insiste particularmente el tribunal constitucional de Alemania, que no es posible dejar de mencionar, es la relativa a

16 “... por ese banco central a partir de una fecha determinada, por una exacción sobre las reservas generales del mismo banco central que no pueda superar el 50 % de dichas reservas, y por un préstamo, con intereses, ante el Estado miembro de que se trate” (<<https://curia.europa.eu>>).



la legitimidad y control democrático exigible al proceso de imbricación de la europeización de la organización administrativa nacional y la creación de organismos independientes de la UE¹⁷.

IV. Políticas fiscal y macroeconómica

En este punto, se ha de partir de la constatación formal de que los Estados miembros siguen siendo competentes para la determinación de sus respectivas políticas económicas, fiscal y social. Si bien, en un contexto ius europeo, en el que esas políticas estatales se consideran como “una cuestión de interés común” (art. 121.1 TfUE), al efecto de “contribuir a la realización de los objetivos de la Unión” (art. 120.1 TfUE) y en el marco de unas concretas orientaciones generales al efecto de coordinar la política macroeconómica y las políticas estructurales de los Estados Miembros que se acuerdan, no de modo unilateral, sino de forma conjunta, en el Consejo, a propuesta de la Comisión.

A la debida coordinación de las políticas estatales (sujetas a vigilancia de la Comisión en un marco de supervisión multilateral en garantía de un correcto funcionamiento de la UEM, ex art. 121.4 TfUE), se suma el compromiso de anclaje en su ordenamiento constitucional de una exigencia de principio, la de estabilidad presupuestaria, ex art. 3.2 del llamado Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza -un compromiso inter gubernamental que, no solo desborda el tenor más contenido del art. 126.1 TfUE que, a propósito, se limita a la exigencia de que los EEMM eviten “déficits públicos excesivos”-, sino que además sujeta esa exigencia a un control de adecuación por parte del TJUE (art. 8.2 TECG)¹⁸.

17 A propósito de la cautelosa exigencia de una (mínima) legitimidad democrática, en su particular modo de invocar el principio democrático, cf. sentencia TCFA, Sala 2ª, de 30 de julio de 2019, 2BvR 1685/14, 2BvR 263/14 (<<http://bverfg.de>>).

18 La Constitución española fue objeto de reforma expedita, al efecto de insertar una exigencia semejante en su artículo 135, afirmando la prioridad del pago de principal e intereses de la deuda sobre cualquier otra obligación del Estado (cf., por otros, Castaño Peña, 2021).

Antes de eso, algunas constituciones ya habían avanzado en ese sentido (así, la Constitución Polaca, desde 1997, su artículo 216 fijaba un techo al stock de deuda pública del 60 % del PIB. Y algo similar ocurre con la previsión de una regla fiscal limitando el déficit anual al 0.35 % del PIB, al tiempo que obligaba a los *Länder* alemanes a equilibrar sus presupuestos, ex art. 109 LF. De otra parte, en la nueva Constitución de Hungría se fija, ex art. 36, un techo del 50 % al stock de deuda, obligando

La política fiscal de los Estados miembros de la *eurozona* queda sujeta, además, a un conjunto de reglas fiscales e indicadores numéricos, lo que se conoce como *Pacto de estabilidad y crecimiento*, PEC. Un conjunto de reglas fiscales que establece unos significativos límites, a propósito del nivel anual de déficit¹⁹, de la deuda acumulada (obviamente multiplicada como consecuencia de la crisis pandémica)²⁰ y del ajuste de ingresos y gastos²¹.

El desequilibrio presupuestario no se tomará en consideración en casos de “carácter excepcional y temporal”; en casos de “crisis económica grave en la zona euro o en el conjunto de la Unión”, v. gr., crisis económica resultante del COVID-19 (supuesto de aplicación de la *cláusula general de escape*), o en presencia de “un acontecimiento inusitado sobre el que el Estado miembro afectado no tenga ningún control y que tenga efectos considerables sobre la situación de su hacienda pública” (caso de aplicación de una *cláusula asimétrica de escape*)²².

Se recordará, en este punto, que la normativa vigente no obstaculiza la búsqueda de un equilibrio entre las necesidades de inversión pública productiva y los objetivos de disciplina presupuestaria, en la fase preventiva del Pacto (PEC), flexibilizando así el cálculo del gasto público en inversiones, reformas estructurales y en condiciones de coyuntura excepcional, y la adaptación de las reglas fiscales a complementarios objetivos, a propósito de la sostenibilidad medioambiental o en atención a lo digital.²³

Los Estados miembros, para prevenir y corregir cualquier malfuncionamiento de su economía, y el consiguiente desequilibrio macroeconómico,

al Parlamento a equilibrar el presupuesto anual, superado ese umbral, confiando su vigilancia al llamado Consejo Fiscal. Y, asimismo, otros EEMM, como Italia (art. 81 Const.) y Eslovenia (art. 148 Const.), han insertado modificaciones en ese mismo sentido.

- 19 Así desde una regla fiscal del 3 % (arts. 126 y 140 TfUE, y Protocolo nº 12 sobre el procedimiento aplicable en el caso de déficit excesivo), como límite infranqueable a la ejecución de la política fiscal, a la determinación de un individualizado objetivo presupuestario, a medio plazo, según las circunstancias estatales, económicas, demográficas y financieras, que no supere el 0.5 % del PIB (1 % del PIB, en caso de estados que cumplan sus objetivos fiscales) y la correspondiente reducción de un déficit que, a medio plazo, permita alcanzar el objetivo presupuestario indicado.
- 20 Estableciendo un tope del 60 % (y, de superarse, una línea reductora del 1/20 de deuda que lo supere).
- 21 Estableciendo mecanismos -estabilizadores- automáticos de corrección (en sentido procíclico) que, en caso de desviación de previsiones, conducen al recorte de gastos o al aumento de ingresos tributarios.
- 22 Vide art. 126.2ª, TfUE.
- 23 A propósito, cf. las directrices de la Comisión, de título “*Aprovechar al máximo la flexibilidad que ofrecen las actuales disposiciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*”.



se valen de indicadores tales como: el saldo promedio de los últimos tres años de la balanza por cuenta corriente (PIB: -4 % / +6 %) ²⁴, la posición de inversión internacional neta (PIB: 35 %), la cuota de mercado de exportación en el último lustro (PIB: -6 %), el coste laboral nominal unitario en el último trienio (9 %), el tipo de cambio real efectivo -en relación a 35 países en el último trienio- (± 5 %, en los países de la zona euro / ± 11 %, en los restantes países), la deuda del sector privado (PIB: 160 %), la evolución del crédito al sector privado (+15 %), la tasa de variación interanual de los precios de la vivienda (+ 6 %), la deuda del sector público (PIB: 60 %), la tasa de desempleo promedio en el último trienio (10 % población activa) y la variación interanual de pasivos financieros del sector (16.5 %). ²⁵

A propósito del *semestre europeo*, se ha de recordar que el procedimiento presupuestario en los países miembros de la *eurozona* se ha reconfigurado, en contexto *ius europeum*, mediante el *-six pack* o *-sex-teto legislativo* y el consonante Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza (TECG), continente del *pacto presupuestario*. Una reformulación normativa, entre *ius europeum* e internacional, que traza el marco delimitador y encuadra el desenvolvimiento de la política fiscal de los Estados comprometidos (la práctica totalidad de los EEMM de la UE). Desde entonces, no se trata ya tanto de un presupuesto anual, como de unas perspectivas presupuestarias plurianuales definidas por reglas fiscales numéricas y un objetivo presupuestario (revisable solo en circunstancias excepcionales) a medio plazo ²⁶. Pero la coordinación presupuestaria no solo opera de un modo preliminar al elaborarse los presupuestos nacionales, sino que también incide en la predeterminación de sus contenidos. Pues, sin esas pautadas orientaciones generales de política económica y de política de empleo, no pueden elaborarse los

24 A propósito, como críticamente se ha dicho (cf., en detalle, Menéndez y Losada, en López Castillo, op. cit., p. 188), que el indicador de déficit o superávit por cuenta corriente se defina al interno de la eurozona con base en una grosera asimetría (del porcentaje de déficit -4 %- al de superávit -6 %-), se traduce en un manifiesto desequilibrio macroeconómico, pues el superávit de Alemania prácticamente equivale al déficit de los países periféricos de la eurozona (y, si, como en la Alemania de los años de crisis, ese umbral se supera, manifiestamente -en torno al 9 %, en 2016-, no pasa nada).

25 Vide art. 4.2b, Reglamento 1176/2011 cit.

26 Vide Directiva 2011/85, arts. 2 y 7, 8, 9 y 9a, sucesivamente.

planes nacionales de estabilidad y de convergencia, que la Comisión y el Consejo tendrán luego que evaluar al efecto de su modificación, si resultasen -en su criterio- inadecuados. Y en línea con esos planes de estabilidad y convergencia, se elaborarán luego los proyectos de presupuesto nacional, a someter a Comisión y Consejo, antes de su remisión al respectivo parlamento nacional²⁷.

Queda claro, entonces, que hablar de la política presupuestaria y de su ejecución en un marco de exigencia de equilibrio macroeconómico remite a la tarea ius europea de supervisión, vigilancia y, en su caso, sanción.

La supervisión se realiza mediante un procedimiento que, partiendo de la previa advertencia por la Comisión de una desviación significativa del objetivo presupuestario, puede llevar al Consejo a la aprobación de una *recomendación* con medidas de ajuste a adoptar en un plazo de cinco -o tres- meses²⁸. Si el Estado compelido a actuar en consecuencia, no siguiese esa recomendación, la Comisión recomendará al Consejo la adopción de una *Decisión* (que podría acordarse incluso con una minoría cualificada)²⁹. A la Comisión compete, además, apreciar las circunstancias macroeconómicas de los Estados que sufran ya un desequilibrio macroeconómico o que se hallen en riesgo de sufrirlo o que se enfrenten a una evolución inesperada y significativa de sus condiciones económicas, antes de proponer al Consejo que se adopten recomendaciones de revisión anual, si persistiesen los desequilibrios³⁰.

De la -vigilancia y- sanción se trata ya cuando se ven superados los valores de referencia de déficit anual (3 % PIB) y deuda (60 % PIB). Un informe de la Comisión da inicio al procedimiento de déficit excesivo. Y previo debate en el PE, el Consejo decide si aprobar, por mayoría cualifi-

27 Cf. artículos 5.2 y 9.2 y 2.bis del texto refundido del Reglamento 1466/97.

Por lo demás, las recomendaciones que la Comisión dirige a los diversos Estados miembros, en relación con el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (cf. art. 17.3 del Reglamento 2021/241), se exige, en particular, coherencia “con los retos y prioridades específicos (...) en el marco del *semestre europeo*, así como con los determinados en la recomendación más reciente del Consejo sobre la política económica de la zona euro”.

28 Cf. art. 121.4 TfUE y arts. 6.2 y 3.2 Reglamento 1466/97 cit.

29 Cf. art. 6.2 cit. del Reglamento 1466/97. Si el Estado incumplidor está en la Eurozona, la Comisión propondrá constituir un depósito con intereses equivalente, por regla general, al 0.2 % del PIB de ese país (art. 4.2 del Reglamento 1173/2011), recuperable solo cuando el Consejo constate, por mayoría cualificada, el cese de esa desviación presupuestaria (art. 4.6 del Reglamento 1173/2011).

30 Cf. arts. 3.4 y 5.3 Reglamento 1176/2011 cit.



cada -o minoría cualificada, si es un EM de la eurozona-, una decisión al respecto, instando al Estado Miembro concernido a adoptar en un plazo de seis meses las medidas correctoras del déficit excesivo, en el plazo de un año.

Si las medidas adoptadas fuesen adecuadas y suficientes, se acordará suspender el procedimiento de déficit excesivo y, cuando sea ello definitivo, se suspenderán también las sanciones impuestas³¹. Si las medidas no se adoptaran o, habiéndose adoptado, no fueran suficientes, así se constatará, por mayoría cualificada, mediante otra Recomendación del Consejo de la que se dará traslado al Consejo Europeo³².

Del resultado de su tarea de supervisión de desequilibrios macroeconómicos excesivos, la Comisión informará al Parlamento, a las autoridades de supervisión financiera y a la Junta de supervisión de riesgos sistémicos, antes de proponer al Consejo un proyecto de recomendación, concretando la naturaleza e implicaciones del desequilibrio, las recomendaciones que hayan de hacerse al Estado en cuestión y el plazo para su adopción.

Emitida su recomendación, el Consejo quedará pendiente de revisar el ajuste del Plan estatal de medidas correctoras a sus recomendaciones, acordando bien el respaldo de las medidas y plazos, bien su rechazo, exigiendo un nuevo plan que se volverá a revisar y, en caso de reiterada solicitud de revisión del plan, se les podrán imponer multas a los Estados de la eurozona³³. Al informe de supervisión de los Planes de corrección por parte de la Comisión (o por parte de la Comisión y del BCE, si de los Estados de la eurozona y del MTC II se tratase) le seguirá, quede o no superado el desequilibrio macroeconómico excesivo, una propuesta al Consejo de resolución de incumplimiento (procediendo a la publicación de sus conclusiones o pasando a imponer sanciones de depósito y, en su caso, de multa, según se trate o no de Estados ajenos a la eurozona o de miembros integrantes de la misma)³⁴.

31 Cf., en detalle, en particular, en los arts. 3.2 y 3.4, 3.4 bis, 9.1 y 3 y 14 y 15 del Reglamento 1467/97.

32 Y se podría llegar incluso a imponer multas, por conversión de los depósitos, y a adoptar nuevas medidas, quedando la Comisión en actitud vigilante, en tanto no se acordase la suspensión de ese procedimiento de déficit excesivo (cf. arts. 4.1 y 2, 5.1 y 1.bis, 2 y 6.1 y 12 del cit. Reglamento 1467/97).

33 Cf. arts. 3 y 8.2 y 2bis, y 4 Reglamento 1174/2011 cit.

34 Cf. 3.1, 1.bis y 2, 10.1 y 4, Reglamento 1176/2011 cit.

V. Asistencia financiera a los Estados miembros de la Unión Europea

Mediante la asistencia financiera a los Estados miembros se trata también de salvaguardar la estabilidad financiera de la UE, en su conjunto, y de la Eurozona, en particular. Esa manifestación interesada de solidaridad financiera se instrumenta con la exigencia de condicionalidad macroeconómica (con créditos, antes que transferencias presupuestarias), al efecto de conjugar la compleja articulación de reformas económicas, presupuestarias y estructurales, sin perder de vista su condición de materia de común interés comunitario (1°).

En otro plano (2°), se sitúa la complementaria respuesta a la situación de crisis derivada de la Covid-19, mediante integración de créditos y transferencias en un volumen considerable. Desde el fondo SURE al Instrumento UE-Europa Generación futura, por no mencionar alguna otra modalidad, objeto actual de debate.

1°. Pues bien, en cuanto a lo primero, se recordará que el punto convencional de partida no es otro que la prohibición de asistencia financiera entre los Estados de la eurozona. Pensando en asegurar que la remanente discrecionalidad de las políticas fiscales de los estados partícipes de la eurozona no contraríe, en los mercados financieros, la presunción de directa proporcionalidad entre la solidez de sus finanzas públicas y las tasas de interés de su respectiva deuda pública y, con ello, la presunción (sustentada en la neta separación de tesoros nacionales y en la prohibición de una banca central europea que pretendiese actuar como comprador de último recurso de la deuda pública de esos Estados) de relativa paridad entre la deuda pública y la deuda de las empresas. Pero, entre esa presunción y la evidencia, que pronto puso de manifiesto la crisis financiera, mediaría una intervención progresiva al efecto de compensar el desajuste en unos mercados que, en todo caso, parecían dar por descontado que la deuda pública de los EEMM de la eurozona seguiría siendo un activo seguro, salvo que la eurozona dejase de actuar conjuntamente, dejando caer a (algunos de) sus Estados (y, en tal caso, arriesgando su propia viabilidad, como espacio de integración).

Y los mercados no especularon en vano, puesto que, contra esa referida lógica convencional presupuesta, ya en 2010 los Estados de la eurozona en su conjunto (bien que no como integrantes de la UE, sino como miembros



de la comunidad internacional) concertarían ya la concesión de una ayuda bilateral a Grecia, complementada por el FMI, evitando así, de una tacada, la bancarrota de Grecia y la crisis (y eventual hundimiento) de instituciones financieras (alemanas y francesas), prestamistas sin cuento, en las que se concentraba la deuda pública y privada griega. Se instrumentaba así, mediante *veste ius* internacional, una asistencia financiera sujeta a estricta condicionalidad, pues, el estado receptor se comprometía al pago íntegro del principal y de los intereses de su deuda pública³⁵; y ello, en garantía de las instituciones financieras prestamistas allí constituidas (haciendo así que deviniera en deuda pública lo que habría comenzado siendo deuda privada)³⁶.

La incertidumbre provocada en la eurozona por esa modalidad de asistencia financiera, espolearía la decisión de movilizar recursos financieros de la propia UE. Mediante el llamado Mecanismo europeo de estabilidad financiera³⁷ y mediante un Fondo europeo de estabilidad financiera, constituido por acuerdo marco suscrito, con fecha 7 de junio de 2010, por los Estados de la eurozona, como una sociedad de derecho privado, con sede en Luxemburgo³⁸. Y, por lo demás, a la primera asistencia financiera, seguirían otros programas de ayuda (a Irlanda, en noviembre de 2010, y a Portugal, en mayo de 2011) y un segundo programa de asistencia a Grecia, mediante el Mecanismo y el Fondo de estabilidad financiera.

Al efecto de prestar un soporte normativo menos inconsistente a la UEM, se decidió articular una base jurídica, añadiendo un nuevo párrafo

35 Quedando obligada, conforme a lo establecido en un Memorándum de entendimiento, a lo siguiente: una política fiscal orientada a la reducción del déficit mediante un severo recorte del gasto público y un aumento de impuestos indirectos, tasas y precios públicos (o pretendida política de “crecimiento mediante la austeridad”; un plan de privatizaciones orientadas a la generación de recursos para reducir el remanente de deuda pública; la devaluación interna, mediante reducción de salarios, pretendido generador de capital para el pago de deuda e intereses y para inversiones e impulso de exportaciones.

36 Tratando de asegurar, así, algo más que el carácter de “comunidad de estabilidad”, presupuesto como *conditio sine qua non*, de una UEM europea, ya desde la controvertida Sentencia *Maastricht* del TCF de Alemania, de 12 de octubre de 1993 (cf., a propósito, Menéndez, 2020).

37 Con una capacidad financiera de 60.000 millones de euros, lo que equivalía aproximadamente al 0,5 % del PIB del conjunto de la eurozona (*vide*, Reglamento 407/2010, de 11 de mayo de 2010, DOUE, L-118).

38 Con una capacidad financiera de 440.000 millones de euros, por encima de 3,7 % PIB de la zona euro.

(tercero) al art. 136 TfUE³⁹, para su actividad de asistencia financiera a través del MEDE, cual especie de institucionalizado fondo monetario europeo⁴⁰.

Ante la manifiesta modulación de la imagen convencional de la UEM resultante de esas intervenciones, el TJUE sostuvo que la prohibición de asistencia financiera entre estados no se habría de proyectar tanto a la salvaguarda de la autonomía de los Tesoros nacionales, como a la sujeción de la política fiscal nacional a la disciplina del mercado. Y ello, porque en ausencia de disciplina del mercado, los asistidos quedan sujetos a una condicionalidad y, con ello, a unos límites que vendrían a fungir como equivalente de lo que los mercados imponen, de sólo, cuando funcionan correctamente.

El Tratado constitutivo del MEDE, previa propuesta de transformación en una especie de fondo monetario europeo a finales de 2017, ha sido reciente objeto de reforma -suscrita el 27 de enero de 2021-, pendiente de ratificación. Concebido ya como un respaldo financiero del Fondo único de resolución de la unión bancaria, lo que habría llevado a modificar, también, el acuerdo intergubernamental sobre la transferencia y la mutualización de las aportaciones al Fondo único de resolución. Esta reforma trata de poner a disposición de esos Estados una nueva línea preventiva de crédito, reforzando su capacidad en situaciones de rescate, dejando al MEDE, en estrecha relación con la Comisión, el diseño, negociación y supervisión de los programas de ajuste necesarios.

2°. Por lo que a la asistencia financiera entre los Estados Miembros de la Unión Europea se refiere, en un marco delimitado por la regla de exclusiva responsabilidad nacional de sendas finanzas públicas (art. 125.1 TfUE) y un mermado presupuesto⁴¹, no cabe negar la trascendencia, más allá de la coyuntura de su alumbramiento, de planes anticrisis, en general, y, del Plan *UE-Europa. Generación Futura*, en particular.

39 Del siguiente tenor: “Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas”.

40 Asistiendo, entonces, a España (2012) y a Chipre (2013), así como, ya por tercera vez, a Grecia (2015).

41 En torno al 1 % del PIB, conforme a las previsiones del marco financiero plurianual, 2021-2027.



Pues bien, como antecedente hay que referir el Fondo de solidaridad europea⁴², antes de entrar a considerar iniciativas de otro porte, ya existentes o futuribles. Como futurible puede mencionarse -sin aventurar demasiado sobre su posible configuración- la novedosa propuesta de un fondo común europeo para asegurar la solidez de los bonos de la Unión⁴³. Como realidad contrastada, hay que referir el fondo *SURE*, creado en plena crisis pandémica, con base en el artículo 122.1 TfUE⁴⁴, como un instrumento europeo de apoyo temporal para la atenuación de los riesgos de desempleo en una emergencia⁴⁵, antes de dar cuenta del llamado Instrumento de recuperación de la UE.

De diciembre de 2020, data la creación del *Instrumento de Recuperación de la UE* un significativo resorte financiero, creado al efecto de conceder ayudas y distribuir préstamos por un valor total máximo de 750.000 millones de euros⁴⁶.

En torno al 90 % de los fondos se destina al mecanismo de recuperación y resiliencia para promover políticas de transformación hacia la sostenibilidad medio ambiental y de adaptación a la economía digital

42 Se recordará que, *ex* artículo 122.2 TfUE (“*En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión...*”), se quiso mostrar la solidaridad europea con ocasión de unas graves inundaciones, en el verano alemán de 2002, mediante la creación de un denominado “Fondo de solidaridad europea”.

Recuérdese, por lo demás, que *ex* art. 143 TfUE, se prevé la concesión de asistencia mutua (mediante créditos limitados de otros Estados Miembros) a los Estados miembros de la UE ajenos a la eurozona, si sufrieran “dificultades o amenaza grave de dificultades en la balanza de pagos (hasta) comprometer el funcionamiento del mercado interior o la realización de la política comercial común”.

43 Pues la deuda de la UE, al cerrar estas líneas, aunque se califica bien (Aaa, para Moody’s y AA, para S&P), estaría por debajo del bund (alemán) de referencia.

44 Por lo que aquí importa, el artículo 122.1, TfUE, dice: “(...) el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá decidir, con un *espíritu de solidaridad entre Estados miembros*, medidas adecuadas a la situación económica, *en particular si surgieren dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía*”.

45 En virtud del cual, se habilitaría a la Comisión Europea para acudir a los mercados financieros a fin de captar fondos (100.000 millones de euros), a distribuir luego en forma de préstamos entre los Estados miembros, a semejanza del MEDE, pero sin otra condicionalidad que su objetiva dedicación a combatir la pérdida de empleos (*vide* Reglamento -UE- 2020/672 del Consejo, de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19).

46 *Vide* Reglamento UE, 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un *Instrumento de Recuperación de la Unión Europea* para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 (DOUE, L 433 I/23, ss.).

(recuérdese que, en torno a la mitad de esos fondos, han sido captados por la Comisión Europea en los mercados financieros y que su devolución queda deferida a 2058), siendo el resto subvenciones de la Unión a los EEMM, según el modo de proceder en la política estructural y regional de la Unión (con sujeción a la correspondiente coordinación y supervisión presupuestaria).

Finalmente, se recordará que la asistencia financiera de la Unión queda sujeta a una amplia condicionalidad⁴⁷ y orientado a un vastísimo horizonte de objetivos. Desde la transición ecológica, la transformación digital o el crecimiento inteligente, sostenible e integrador (atendiendo a su cohesión económica, al empleo, a la productividad, a la competitividad, a la investigación, al desarrollo y la innovación, y a un mercado interior que funcione correctamente con pymes sólidas), a la cohesión social y territorial, entre otros muchos⁴⁸.

VI. Consideraciones finales, a modo de conclusión

A la hora de formular algunas conclusiones, sobre lo ya esbozado a lo largo de la ponencia, conviene insistir aquí en la traza de una elipse, que partiendo del punto de arranque convencional del modelo de banco central independiente con mandato claro y delimitado ámbito competencial delimitado (en lógica consecuencia con su restricta legitimación democrática-

47 Ese condicionamiento no resulta solo de las dificultades de la “plantilla”, con directrices, de la Comisión, sino que es también la consecuencia de atender a los objetivos establecidos *ad hoc* en el *semestre europeo*, como los hitos de referencia a propósito de una suma de indicadores a los que se subordinan los pagos periódicos) y, en todo caso, por la debida observancia de los estándares propios del estado de derecho y de los derechos fundamentales que, más allá de la previsión del art. 7 TUE, condiciona todo ese conjunto de transferencias financieras, conforme al Reglamento UE (y Euratom) 2020/2092, del PE y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (cf. sentencia TJUE -Pleno-, de 16 de febrero de 2022, as. C-156/21, Hungría/PE y Consejo, y C-157/21, Polonia/PE y Consejo, desestimatoria de los recursos interpuestos contra el mecanismo de condicionalidad que supedita el acceso a financiación procedente del presupuesto de la Unión al respeto, por parte de los Estados miembros, de los principios del Estado de Derecho).

48 Como la salud y resiliencia económica, social e institucional, al efecto de aumentar la preparación y capacidad de reacción ante las crisis, o la mejora de políticas de particular incidencia en la próxima generación, por estar destinadas de modo particular a la infancia y la juventud, tales como la educación.



tica), deriva hacia paulatinamente hacia la configuración de una institución de objetivo ampliado e hipertrofiado instrumental.

Es notorio que, al hilo de su gestión monetaria de las sucesivas facetas de la crisis, de 2007 hasta la fecha, el BCE ha tendido a actuar, en alguna medida, por más que de modo indirecto, como el prestamista de último recurso de instituciones financieras mediante operaciones no convencionales de refinanciación, causando así una estricción en la divisoria convencional entre el BCE y esas instituciones. Pues lo cierto es que el BCE ha podido desempeñar, directa o indirectamente, el papel de comprador de último recurso, bien que, con condicionamientos, de la deuda pública de los Estados partícipes de la eurozona. Mediante operaciones no convencionales de refinanciación de instituciones financieras y en virtud del programa de mercado de valores (y operaciones monetarias sobre títulos). Acompasándose, incluso, las intervenciones flexibilizadoras del BCE con decisiones políticas relativas a la gestión de las crisis de la eurozona (así, en particular, a la vista de programas ya referidos, como los denominados *quantitative easing* 1 y 2, *PEPP*, etc.

De otra parte, más allá de tales flexibilizaciones operativas y de la consiguiente estricción del modelo de banca central convencionalmente trazado, comprometer al BCE en tareas de supervisión de la ejecución y ajuste de contenidos de los programas de asistencia financiera, es algo que incide también en la constitutiva divisoria con respecto a los Estados miembros, si se piensa en la potencial asunción por su parte del inopinado rol de agente de los estados acreedores, frente de los estados deudores. Y otro tanto resultaría de su desempeño, en el marco de la unión bancaria, como supervisor prudencial de instituciones financieras, por más que, ad intra, se haya procedido a una separación de sus funciones como autoridad monetaria y como entidad supervisora.

En suma, sin negar que la modulación del objetivo principal de su política monetaria, al hilo de su evolución más reciente (con directrices e indicaciones finalistas, de tono medio ambiental o tecnológico, lindantes con la decisión política), en cierto modo le acerca al proceder de otros bancos centrales, lo cierto es que incrementar en tal grado la discrecionalidad del BCE, obligará a retomar en la UEM el debate acerca de la divisoria entre banca central y órganos políticos de la UE y de los Estados miembros.

La cuestión es si, de una reflexión semejante, puede limitarse a la concertación coyuntural mediante alguna modalidad de acuerdo

interinstitucional, o si, por su relevancia “constitucional” no demandaría quizás un debate convencional a propósito del diseño del modelo (expuesto a tensión), pensando en la articulación más ajustada de los niveles tecnológicos de decisión y en la salvaguarda del espacio político precisado de legitimación democrática. El tiempo (más pronto que tarde) dirá.

VII. Complementaria referencia bibliográfica

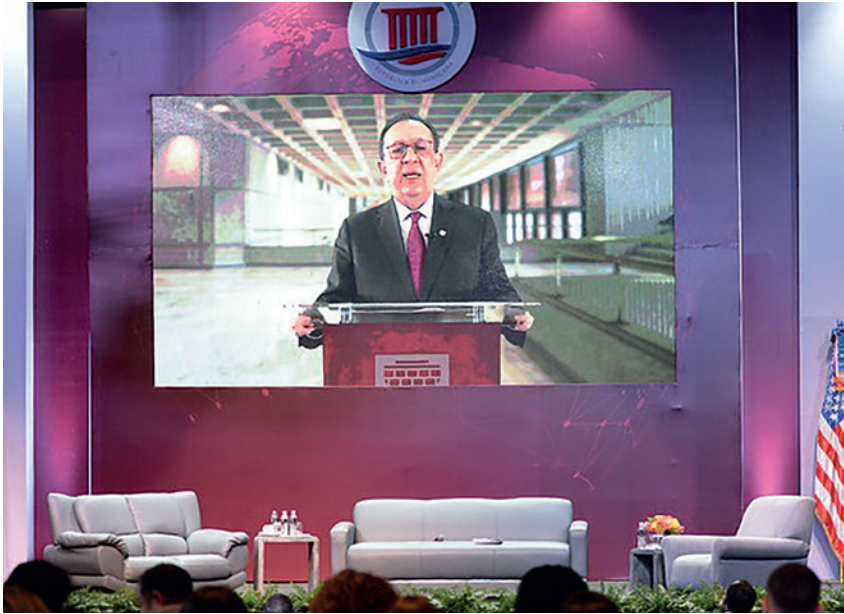
- ADAMS (Maurice) y FABBRINI (Federico), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart, 2014.
- ARANDA ÁLVAREZ (Elviro), *Los efectos de la crisis del covid-10 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea: Una oportunidad para repensar la relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- ARJONA SÁNCHEZ (M. J.), *El euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra federalismo europeo. Un debate constitucional*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2021.
- BRUNNERMAIER (Markus), JAMES (Harold) y LANDAU (J. Pierre), *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton, PUP (*El Euro y la batalla de las ideas*), Barcelona, 2016/2017.
- CASTAÑO PEÑA J. Andrés, *Las cláusulas de disciplina fiscal en las Constituciones del Estado Social de Derecho*, Bogotá, UEC, (2020).
- GARCÍA GUERRERO (José L.) y MARTÍNEZ ALARCÓN (M^a Luz), *Constitucionalizando la globalización*, vol. 2, Ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- GRUNDMANN (S.) y MICKLITZ (H.-W.) -eds.-, *The European Banking Union and Constitution: Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy*, Hart Publishing, 2019.
- HINAREJOS (Alicia), *The Euro Area crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, OUP, 2015.
- LÓPEZ CASTILLO (Antonio), *Del tránsito presidencial en la Sala 2^a del TCFA y de su reflejo en la superación de su disparatada sentencia Weiss*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, (2021), pp. 333-366.
- LÓPEZ CASTILLO Antonio, *Prejudicializando... Comentario de la primera cuestión prejudicial del Tribunal constitucional federal alemán*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 2014, pp. 315-325.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Agustín J.), *La larga crisis existencial de la Unión Europea*, en *Informe España, 2020* (Cátedra José María Martín Patino de la Cultura del Encuentro), 2020, pp. 15-90.



- MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Agustín J.) y LOSADA FRAGA (Fernando), *Los pilares del derecho sustantivo de la Unión (I)*, en A. López Castillo (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, 2022, pp. 103, 154-206.
- MODY (Ashoka), *Euro Tragedy: A Drama in Nine Acts*, Oxford, OUP, 2018.
- MUNDELL (Robert), *A Theory of Optimum Currency Areas*, 51 *American Economic Review*, 1961, pp. 657-665.
- TEIXEIRA (Pedro), “The Future of the European Banking Union: Risk-Sharing and Democratic Legitimacy”, in Mario Chiti and Vittorio Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Houndsmill, Palgrave, 2019, pp. 135-154.
- TUORI (Kaarlo) y TUORI (Klaus), *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge, CUP, 2014.
- WITTE (Bruno de), “The European Union’s Covid-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of An Economic Policy Shift”, 58 *Common Market Law Review*, 2021, pp. 635-681.
- ZILIOLI (C.) y WOJCIK (K. P.), eds., *Judicial Review in the European Banking Union*, Edward Elgar, 2021.

CONFERENCIA:
LAS DIFERENTES FUNCIONES
ATRIBUIDAS A LOS
BANCOS CENTRALES.
SU ROL EN LA GLOBALIZACIÓN

Lic. Héctor Valdez Albizu,
Gobernador del Banco Central de la
República Dominicana



Lic. Héctor Valdez Albizu

Graduado de licenciado en Economía por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) en 1971, y con estudios en el Instituto de Estudios Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el centro de la Organización Relacionadora de Movimientos Estudiantiles (1966-67).

Postgrado en el Instituto de Estudios Especializados del Fondo Monetario Internacional, en Washington, D.C, Estados Unidos de América (1974-1977), como especialista en Política Monetaria, Finanzas Públicas y Diseño de Programas Monetarios y Financieros.

Inicio su carrera en el Banco Central de la República Dominicana, en 1970, como asistente técnico en el Departamento de Estudios Económicos e Investigación Económica, hasta llegar a ocupar el cargo de subgerente general, de 1991 a 1993. Fue administrador general del Banco de Reservas, cargo que ocupó hasta el 31 de agosto de 1994, cuando fue designado gobernador del Banco Central de la República Dominicana y presidente de la Junta Monetaria hasta el 16 de agosto de 2000. Desde 2004, ha sido ratificado como gobernador del Banco Central de la República Dominicana por novena vez consecutiva, brindando sus servicios a cuatro jefes de Estado, lo que totaliza 24 años al mando de dicha institución, convirtiéndose así en el funcionario que ha ocupado tal cargo por mayor tiempo.

Ha sido catedrático universitario y ha publicado diversas obras sobre economía. Por sus grandes aportes a la economía dominicana, el gobierno dominicano le otorgó la condecoración de la Orden al Mérito de Duarte, Sánchez y Mella, en el grado de Oficial (2012); la República de Chile le otorgó la condecoración de la Orden Bernardo O'Higgins, en el grado Gran Oficial (2019); el Senado de la República le otorgó a unanimidad un reconocimiento por su exitosa carrera y grandes aportes a favor del desarrollo económico de la nación (2021), habiendo recibido, además, un sinnúmero de reconocimientos adicionales.

Honorables señores magistrados del Tribunal Constitucional:
Señor Milton Ray Guevara, juez presidente
Señor Rafael Díaz Filpo, juez primer sustituto
Señor Lino Vásquez Sámuel, juez segundo sustituto
Demás jueces

Apreciados representantes de los organismos nacionales e internacionales, invitados especiales y participantes en general del V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional,

Señoras y señores, amigos todos.

Quiero iniciar estas palabras expresando mi sincero agradecimiento al Tribunal Constitucional, en especial a su magistrado presidente, el doctor Milton Ray Guevara, por la gentil invitación para exponer sobre las diferentes funciones atribuidas a los bancos centrales y su rol en la globalización.

Constituye, para quien les habla, un honor disertar sobre estos temas ante esta honorable audiencia, integrada por jueces, académicos y expertos en derecho y justicia constitucional.

Permítanme iniciar mis palabras recordando los principios de las cátedras de moneda y banca en las que, aún incipiente el proceso de globalización, ya reconocían los elementos determinantes del rol de Ente Emisor de los bancos centrales y la importancia de la credibilidad y la certidumbre para el logro de sus objetivos, que son el de preservar el valor de la moneda nacional y la estabilidad de precios.

Tanto es así, distinguidos magistrados y participantes, que podemos encontrar estos elementos en los antecedentes jurídicos en que se fundaron los bancos centrales más emblemáticos de entonces, como es el caso del Riksbank de Suecia, en 1668, el Banco de Inglaterra, en 1694 y el Banco de Francia, en 1800; este último, establecido por Napoleón Bonaparte, con la función de controlar la hiperinflación producto de la Revolución Francesa y estabilizar el valor de la moneda.

Desde entonces, mis amigos, esta ha sido la función primigenia de los bancos centrales, la de preservar la estabilidad de precios, en conjunto con



el mantenimiento de las condiciones monetarias y financieras propicias para el crecimiento y el desarrollo económico.

En el caso de la República Dominicana, la creación de nuestro Banco Central se situó en la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, en el contexto de una nueva etapa de globalización, caracterizada por el sistema monetario internacional resultante de la suscripción de los acuerdos de Bretton Woods, en 1944. Este nuevo contexto condujo al surgimiento de instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, que hoy forma parte del Grupo del Banco Mundial. En ese orden, el rol de los bancos centrales se amplió para considerar, además de la estabilidad de precios, la regulación del sistema monetario, así como el mantenimiento de un sistema cambiario y financiero saludable, que promoviera la estabilidad y el crecimiento de las economías.

En ese panorama, y como es del conocimiento de esta audiencia, el Banco Central de la República Dominicana fue concebido a partir de la Ley Orgánica No. 1529 del 7 de octubre de 1947, como parte de la reforma financiera de ese año, que incluyó la Ley Monetaria y la Ley General de Bancos. Inició sus operaciones el 23 de octubre de ese mismo año, instituyéndose como Ente Emisor único, con autonomía patrimonial, presupuestaria y funcional, investido de personalidad jurídica, con el objetivo principal de promover la creación y mantenimiento de las condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables para la estabilidad y el desarrollo ordenado de la economía nacional. Precisamente, en este próximo 23 de octubre el Banco Central cumplirá 75 años de fructífera y exitosa labor.

En el entorno planteado por aquella época, caracterizado por una creciente industrialización de la economía y la tendencia de la sustitución de importaciones como política, el modelo de banca central adoptó transitoriamente un carácter desarrollista, con políticas de concesión de financiamientos sectoriales que se orientaban a la provisión de recursos financieros para la expansión de la industria local.

Este modelo, complementado con un sistema de banca especializada, presentaba contradicciones con la etapa dominante de aquella época de globalización, que tendía hacia la liberalización de los mercados financieros y de capitales, para la facilitación del comercio mundial. Por esto, dicho esquema fue evolucionando con la nueva economía global, retomando



los bancos centrales el énfasis en su rol de Ente Emisor y su objetivo de estabilidad de precios, bajo el impulso del Fondo Monetario Internacional como coordinador de esta transición, organismo del cual somos signatarios desde el 28 de diciembre de 1945 hasta la fecha.

Es así como, mediante la promulgación de la Ley No. 183-02, Monetaria y Financiera del 21 de noviembre de 2002, se recogen los fundamentos de los modelos de libre mercado que impulsaron la etapa más reciente de la globalización de la economía mundial, cimentados en la interacción libre de la oferta y la demanda para la determinación de las tasas de interés y los tipos de cambio de las divisas.

Esta Ley condujo a la evolución del esquema de política monetaria utilizado por el Banco Central, que migró de las metas operacionales para la determinación de los agregados monetarios al esquema de metas de inflación, en el cual se utilizan los instrumentos de política, tales como las tasas de interés y las operaciones de mercado abierto, para mantener una meta de inflación definida en el Programa Monetario.

En efecto, desde la adopción del esquema de metas de inflación en el 2012, la inflación en la República Dominicana no solo redujo su volatilidad, sino también su nivel, contribuyendo de esta forma al crecimiento de la economía y al funcionamiento adecuado del sistema monetario y financiero.

Asimismo, mediante la referida Ley Monetaria y Financiera se ampliaron las funciones del Banco Central como regulador del sistema de pagos de la República Dominicana, así como lo concerniente a su rol de prestamista de última instancia para las entidades de intermediación financiera solventes, pero con necesidades temporales de liquidez y bajo estrictas condiciones de acceso que limitan y restringen el uso de esta ventanilla de financiamiento.

A su vez, la Ley Monetaria y Financiera estableció el rol del Banco Central como ejecutor de las políticas monetaria, cambiaria y financiera, con facultad de proponer a la Junta Monetaria los proyectos de Reglamentos Monetarios y Financieros, a fin de garantizar la regulación del sistema financiero, que tiene por objeto el velar por el cumplimiento de las condiciones de liquidez, solvencia y gestión de las entidades de intermediación financiera, procurando así el normal funcionamiento del sistema en un entorno de competitividad, eficiencia y libre mercado.

Hasta ese momento, apreciados amigos, el proceso galopante de la globalización no parecía plantear grandes riesgos, al término del primer



lustro del siglo 21. Sin embargo, la crisis financiera global de 2008 supuso un cambio importante en la conducción de las funciones de los bancos centrales, a través de las operaciones monetarias y financieras, poniéndose en evidencia la necesidad de implementar dichas políticas, destinadas a reducir y administrar la evolución del riesgo sistémico en el sistema financiero. Las acciones de política orientadas a limitar el riesgo de una interrupción generalizada de la prestación de servicios financieros y mitigar los costos económicos asociados a los desbalances y las crisis financieras se conocen como Políticas Macroprudenciales.

En consonancia con esta idea, quisiera compartirles que ya desde 2017, el Banco Central de la República Dominicana cuenta con un Comité de Políticas Macroprudenciales y Estabilidad Financiera, conformado por funcionarios del Ente Emisor y de la Superintendencia de Bancos, con la función de evaluar el riesgo sistémico y formular propuestas de política financiera a la Junta Monetaria, con el objeto de preservar la estabilidad del sistema financiero. De igual forma, desde 2018, se elabora y se pone a disposición de los agentes económicos y del público en general el Informe de Estabilidad Financiera, que examina el desempeño de las instituciones financieras y los riesgos que puedan afectar la estabilidad del sistema financiero, así como las medidas de política macroprudencial que sean necesarias para prevenir y reducir estos riesgos. En el presente año fue publicada la tercera versión del Informe, correspondiente al año 2021, la cual les invito a consultar en nuestro portal institucional, por sus valiosos análisis e informaciones sobre la estabilidad financiera.

Por otra parte, bajo el amparo de la Ley Monetaria y Financiera se ha logrado el desarrollo de normativas que han facilitado la adaptación del Banco Central de la República Dominicana a un entorno dinámico, cambiante e innovador, que plantea nuevos retos y riesgos. A modo de ejemplo, podemos referirnos a la última modificación del Reglamento de Sistemas de Pago aprobada en el 2021, que, a tono con el desarrollo de la economía digital, introdujo importantes innovaciones que mantienen a nuestro Sistema de Pagos como referente regional, y dotaron al país de un ecosistema de pagos moderno y eficiente.

De hecho, quiero puntualizar que el Banco Central de la República Dominicana actúa como el gestor institucional del Sistema de Interconexión de Pagos (SIPA) de Centroamérica y la República Dominicana; lo que significa que a través de su plataforma electrónica se liquidan en



tiempo real, con seguridad, eficiencia y a bajo costo, las transferencias y operaciones regionales de fondos.

Asimismo, de cara a un mundo cada día más digital, desde el Banco Central propusimos a la Junta Monetaria el conocimiento y aprobación del Reglamento de Seguridad Cibernética y de la Información, aprobado en 2018, y colocamos en funcionamiento el Centro Sectorial de Respuesta a Incidentes de Seguridad Cibernética para todo el sistema financiero y de pagos, elementos que han sido reconocidos internacionalmente por su oportunidad, alcance y robustez para hacer frente a las crecientes amenazas de seguridad cibernética.

En ese mismo orden, en 2022, logramos el lanzamiento del Hub de Innovación Financiera, junto a las superintendencias de Bancos, Pensiones, Seguros y Valores, como espacio donde los emprendimientos de innovación financiera pueden tener un punto de contacto con los reguladores y supervisores financieros, a fin de orientar y canalizar las iniciativas innovadoras que pueden ser de beneficio para la inclusión financiera y para el propio sistema.

Estimados amigos, en el contexto actual del rol de los bancos centrales en un mundo globalizado, no quisiera dejar de referirme a los riesgos asociados al cambio climático. Estos, al requerir de acciones globales coordinadas, han convocado la participación conjunta de los bancos centrales, por sus posibles consecuencias negativas sobre la estabilidad de precios y el crecimiento económico y, a su vez, para orientar el crédito hacia el desarrollo de actividades productivas amigables con el medioambiente.

Por la atención que este tema ha concitado, y en el marco de la suscripción del Acuerdo de París de 2015 por los distintos países, los principales bancos centrales y supervisores de los sistemas financieros del mundo han aunado esfuerzos bajo la Red para el Enverdecimiento de los Sistemas Financieros, con el objetivo de armonizar conceptos, criterios, métodos y normativas, que permitan a los bancos centrales adecuar su práctica habitual ante fenómenos climáticos de alcance global. Cónsonos con esta realidad, y conscientes de la exposición de nuestro país a los eventos extremos del clima, el Banco Central de la República Dominicana es miembro plenario de la citada Red desde 2021, participando activamente en diversos grupos temáticos y capacitaciones, en colaboración con otros bancos centrales e instituciones aliadas.



Pienso, mis queridos amigos, que durante los 24 años que he tenido el honor de servir como gobernador del Banco Central, en el transcurso de seis períodos presidenciales constitucionales, el quehacer de la política monetaria ha sido un arte y una ciencia que se adapta a los tiempos y las circunstancias. En esta nueva ocasión, gracias al apoyo y las consideraciones que nos ha brindado el excelentísimo señor presidente constitucional de la República Dominicana, Luis Abinader Corona, quien nos ha distinguido con su confianza.

Durante este tiempo, hemos sido testigos de un proceso de globalización tecnológica que llama a los bancos centrales a mantener un rol ampliado, activo y vigilante; más aún hoy, con una pandemia como la del COVID-19 que ha afectado considerablemente la economía mundial, en un contexto de tensiones geopolíticas y disrupciones en las cadenas globales de suministros que han contribuido a las presiones inflacionarias en los países.

Sin embargo, considero que aún en este entorno desafiante a nivel global, es importante no perder de vista la esencia de la función de los bancos centrales, que es mantener la estabilidad de los precios internos de la economía, función que debe permanecer clara e inmutable, como garantía de estabilidad y crecimiento. Al mantener los precios de la economía estables, se brinda certidumbre a los agentes económicos para asignar de manera óptima y eficiente los recursos económicos.

En efecto, así lo refleja la Constitución de la República, que en su artículo 228 establece que el Banco Central es la única institución emisora de billetes y monedas de circulación nacional, teniendo por objeto principal velar por la estabilidad de precios. A su vez, en su artículo 227, la Constitución dispone que la Junta Monetaria, representada por el gobernador del Banco Central, tendrá a su cargo la dirección y adecuada aplicación de las políticas monetarias, cambiarias y financieras de la Nación y la coordinación de los entes reguladores del sistema y del mercado financiero.

Quiero concluir mis palabras señalando que en esta era de globalización y nuevas tecnologías, los principales organismos internacionales en materia monetaria, bancaria y financiera, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco de Pagos Internacionales y el Consejo de Estabilidad Financiera de los países del G-20, han recomendado a los bancos centrales continuar con su misión primigenia de mantener la estabilidad de precios, así como promover la estabilidad del sistema financiero.



En ese sentido, apreciados amigos y participantes, quiero reiterarles que el Banco Central de la República Dominicana, en su rol de ejecutor de las políticas monetaria, cambiaria y financiera, continuará desempeñando sus funciones hacia el futuro siempre apegado al mandato constitucional, y de acuerdo con las leyes de la República, procurando mantener un sistema monetario y financiero estable que promueva el crecimiento económico.

No albergo dudas de que la República Dominicana, con una institución de alta credibilidad y confianza como la que genera en la opinión pública el Banco Central, continuará transitando por el camino de la estabilidad, con un futuro promisorio para todos los dominicanos.

Les deseo una jornada de trabajo provechosa en el resto de este Congreso.

Muchas gracias.

**CONFERENCIA:
LA POLÍTICA MONETARIA Y
FINANCIERA EN LA GLOBALIZACIÓN**

Lic. Frank Alexis Fuentes,
Representante de la República Dominicana ante
el Fondo Monetario Internacional (FMI)
Director ejecutivo alterno para Brasil, Cabo Verde,
República Dominicana, Ecuador, Guyana, Haití, Nicaragua,
Panamá, Suriname, Timor-Leste y Trinidad & Tobago
Fondo Monetario Internacional



Lic. Frank Alexis Fuentes Brito

Candidato a doctor (PhD) en Economía y maestría en Economía por la Universidad de Illinois en Chicago, especialista en Macroeconomía Aplicada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, magister en Alta Gerencia con concentración en Finanzas y licenciado en Economía del Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC). Fue becario del Programa Fullbright (2001-2003) y del Banco Interamericano de Desarrollo (2000-2001). Durante su carrera en el Banco Central ha ejercido como consultor económico del Departamento de Programación Monetaria y Estudios Económicos, asesor de la Gobernación y director del Departamento Internacional. Ha ejercido la docencia a nivel de grado y posgrado en la Universidad de Illinois, Northeastern Illinois University y el Saint Augustine College en Estados Unidos, así como en INTEC y la Universidad Católica Santo Domingo, en el país. Actualmente es profesor investigador de la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Posee una notable carrera como investigador, publicando artículos de investigación sobre temas de economía internacional, política monetaria y mercado laboral a nivel local e internacional. Ganador en dos ocasiones del Premio de Investigación en Economía de la Biblioteca Juan Pablo Duarte del Banco Central. Coeditor de los libros *Análisis de la Coyuntura Internacional: Ensayos acerca del Impacto de la Economía Mundial sobre el Sector Externo Dominicano*, Tomo I en 2014, y *Economía Empírica: 40 tesis sobre la Economía Dominicana* en 2017. Actualmente es el representante de la República Dominicana ante el Fondo Monetario Internacional en la ciudad de Washington, DC, donde ejerce además la función de director ejecutivo alternativo de la constituyente liderada por Brasil, y que agrupa 11 países, incluyendo a la República Dominicana.

A pesar de sus diversos usos y significados, la mayoría está de acuerdo en que la globalización describe la creciente interdependencia de las economías, culturas y poblaciones del mundo, provocada por el comercio internacional, la migración, los flujos de capitales, tecnología e información. A menudo se considera que la globalización es un fenómeno reciente, impuesto por las economías desarrolladas o por los organismos internacionales. De hecho, la realidad es que la globalización es una tendencia que data de hace varios siglos, impulsada por las decisiones de los gobiernos alrededor del mundo y motivada por los beneficios del intercambio voluntario, la cooperación internacional y la apertura al comercio. Sin embargo, el término ganó popularidad después de la Guerra Fría, a principios de la década de 1990, a medida que estos acuerdos de cooperación daban forma a la vida cotidiana moderna.

Sin embargo, sabemos que no todos los países han obtenido resultados favorables de la globalización. En su libro *Globalization and its Discontents* de 2002, el premio Nobel en Economía, Joseph Stiglitz presentó una crítica pertinaz a la globalización, centrándose en los resultados de las políticas del FMI y las tendencias del mercado global que han contribuido a ampliar la desigualdad entre los países desarrollados y en desarrollo. Hoy es evidente que una gran parte de la población mundial, especialmente en África, algunos países de Asia, América Latina y el Medio Oriente, no se ha beneficiado del prometido progreso económico. Por el contrario, muchos han experimentado una profundización de la pobreza, la desigualdad y la exclusión, que constituyen caldo de cultivo para la inestabilidad social, la delincuencia y el terrorismo.

De hecho, la globalización enfrenta hoy uno de sus episodios más inciertos. La desaceleración del comercio mundial que resultó de la crisis financiera internacional de 2008-2009, se ha visto exacerbada por las políticas proteccionistas y los movimientos nacionalistas en los últimos años. Asimismo, la pandemia del COVID-19, que provocó una contracción económica sin precedentes por el cierre de las fronteras y la imposición de restricciones internas, forzó a los gobiernos a tomar medidas deliberadas



que contribuyeron a la desglobalización. En adición, la reciente invasión de Ucrania por parte de Rusia ha acentuado esta tendencia. Sobre esto, la presidenta del Banco Central Europeo (BCE), Christine Lagarde, afirmó que muchos de los cambios que percibimos todavía como coyunturales han venido para quedarse y cree que en la nueva economía desglobalizada, el comercio, la producción y el intercambio se realizarán principalmente con Estados considerados “amigos”, paradigma que ha sido bautizado como “*friendshoring*”.

No obstante, como fenómeno de carácter multidimensional, la globalización mantiene una influencia determinante en el ámbito de acción de los Estados, los hogares y las empresas. En el caso particular del Estado, la globalización influye, de forma directa e indirecta, en la formulación, toma de decisiones y efectividad de las políticas. Por ende, los hacedores de política pública no pueden limitarse solo a analizar la situación local, sino que también deben incorporar en su diagnóstico lo que ocurre a nivel internacional. La influencia ejercida por otros países, empresas multinacionales y organismos internacionales sobre la situación socioeconómica de un país es de vital importancia para dar forma a las políticas internas. Según Zaei (2014), es imposible separar los factores externos de los domésticos, ya que invariablemente el entorno internacional influye en los procesos y el resultado de las políticas nacionales.

De hecho, las economías emergentes y los países en desarrollo son particularmente vulnerables a los eventos y acciones globales, llegando a depender en gran medida de la comunidad internacional para obtener recursos financieros y asistencia técnica. Por ende, las políticas nacionales están inexorablemente entrelazadas con las políticas y los problemas globales. El entorno internacional forma gran parte del contexto de la formulación de políticas y la agenda de discusión es impulsada por fuerzas de carácter global, aunque el poder de decisión y la capacidad de implementación todavía reposan en los gobiernos nacionales.

1. La política monetaria en el marco de la globalización

Una de las herramientas fundamentales de la política económica del Estado es la que administran los bancos centrales, conocida como política monetaria. La política monetaria procura controlar la cantidad de dinero



en circulación y el nivel de crédito en la economía, con el fin de mantener la estabilidad de precios, es decir, lograr una inflación baja y estable. La inflación no es más que el alza sostenida y generalizada de los precios en una economía. Cuando es elevada e inestable tiene una serie de efectos sobre el bienestar de las personas y las operaciones de las empresas, porque reduce su poder adquisitivo y genera una mayor incertidumbre, afectando sus decisiones. Para mantener la estabilidad de precios, la política monetaria utiliza las tasas de interés, las operaciones de mercado abierto y los requerimientos de reservas bancarias (encaje legal) como sus instrumentos principales.

Tradicionalmente, los bancos centrales se han enfocado en el control de la cantidad de dinero en circulación utilizando las operaciones de mercado abierto. Esta forma de política monetaria consistió en mantener un ritmo de crecimiento de la cantidad de dinero u otras formas de metas cuantitativas. Sin embargo, durante los ochenta, la expansión del proceso de globalización y las innovaciones financieras pusieron de manifiesto la dificultad de controlar los agregados monetarios y medir la demanda de dinero. En este contexto, la variable de política monetaria más efectiva era la tasa de interés de corto plazo que el Banco Central fijaba como tasa “de referencia” en el mercado interbancario. En este proceso, la principal ancla nominal que tiene la economía es el anuncio explícito de su objetivo de inflación por parte del Banco Central. Los bancos centrales de Canadá, la zona del euro, el Reino Unido y Nueva Zelanda, entre otros, han establecido metas de inflación explícitas. Mas adelante, muchas economías emergentes, como la República Dominicana y otros países de bajo ingreso están abandonando las estrategias de metas de agregados monetarios en favor de un régimen de metas de inflación.

Durante la primera década del siglo XXI, las nuevas operaciones e instrumentos en el sistema bancario y en el mercado de capitales transformaron el concepto de liquidez. La derogación formal en los Estados Unidos de la ley Glass-Steagall, vigente desde la Gran Depresión, dio paso a que los grandes bancos comerciales estadounidenses pudieran operar como bancos de inversión. Este cambio en el marco legal incentivó a una excesiva toma de riesgos y un masivo endeudamiento como forma de obtener liquidez, incurriendo en un movimiento especulativo volátil y poco relacionado con el desempeño de la economía. Todo este proceso degeneró en lo que conocemos como la Crisis Financiera Global de 2008-



2009. Ante la magnitud de la crisis, los grandes bancos centrales tuvieron que reaccionar con una expansión sin precedentes de la base monetaria, reduciendo las tasas de interés a cero, que requirió la implementación de políticas no convencionales de flexibilización cuantitativa, la remuneración de los encajes excedentes e incluso tasas de interés a corto plazo negativas.

Más recientemente, en respuesta a la pandemia del COVID-19, los bancos centrales redujeron nuevamente sus tasas de política a niveles cercanos a cero. Con las tasas de interés tan bajas, los programas de compra de bonos se convirtieron en la principal herramienta de estímulo para los bancos centrales de los países desarrollados. El objetivo final de estos programas de flexibilización cuantitativa era apoyar la actividad económica mediante la reducción de los costos de endeudamiento y estimular el flujo de crédito y la inversión, con miras a impulsar el empleo y el crecimiento económico. En adición a los recortes de tasas, los bancos centrales proporcionaron liquidez a corto plazo a los bancos y otras instituciones financieras como prestamistas de última instancia.

Es evidente que la creciente interconexión económica y financiera de las economías como consecuencia de la globalización ha complejizado el ejercicio de la política monetaria. En cada uno de estos episodios de crisis anteriores, cada banco central enfrenta sus propias condiciones internas, aunque con una fuerte influencia de las condiciones globales, las cuales muchas veces tienen un similar o mayor peso que las internas. Esto se refleja a través del impacto del entorno internacional en las variables económicas sobre las que los bancos centrales enfocan sus decisiones de política. A continuación, enfocaremos nuestro análisis en el impacto de la globalización sobre la inflación, los medios de pago y las tasas de interés:

1.1. Inflación

Según Bernanke (2007), la globalización afecta el funcionamiento de la política monetaria, al cambiar la importancia relativa de los diversos factores que determinan la tasa de inflación. A medida que los mercados nacionales se vuelven cada vez más integrados y abiertos, los vendedores de bienes, servicios y la mano de obra pueden enfrentarse a una mayor competencia y tener menos poder de mercado que en el pasado. En particular, los precios y salarios pueden depender de las condiciones económicas en el



exterior, así como de las condiciones en el mercado local. Estos vínculos sugieren que, al menos a corto plazo, la globalización y el comercio pueden afectar el curso de la inflación doméstica.

Los factores internacionales también pueden tener un impacto sobre la inflación interna a través de varios canales relacionados. Primero, la expansión del comercio puede hacer que la inflación interna dependa, en mayor medida, de los precios de los bienes importados, no solo porque estos son parte de la canasta familiar (en el caso de los bienes intermedios importados, estos afectan los costos de producción nacional), sino porque la competencia con las importaciones afecta el poder de fijación de precios de los productores nacionales. En segundo lugar, pueden existir otros canales más indirectos, como las presiones competitivas engendradas por la globalización, que podrían afectar el proceso de inflación, al aumentar el crecimiento de la productividad y, por lo tanto, reducir los costos o reducir los márgenes. En tercer lugar, en la medida en que algunos precios se fijen en mercados internacionalmente integrados, las presiones sobre la utilización de recursos en la economía mundial podrían ser relevantes para la inflación interna, ya que algunos estudios señalan que la existencia de holgura en la economía hace que sea más difícil para los productores aumentar los precios y para los trabajadores ganar salarios más altos, con el resultado de que la inflación se desacelera.

Ciertamente, la política monetaria determina la inflación en el largo plazo, y el Banco Central debe asumir la responsabilidad de los resultados de inflación generados por sus políticas. Sin embargo, la conclusión de que la inflación está determinada únicamente por las opciones de política monetaria no es necesariamente válida en el corto y mediano plazo. Los bancos centrales no suelen compensar por completo los efectos de los choques sobre la oferta agregada o los precios, en parte porque cualquier medida de política monetaria que se adopte como respuesta llevará tiempo para que se haga efectiva.

Por ende, la formulación efectiva de la política monetaria ahora requiere tener en cuenta un conjunto diverso de influencias globales, muchas de las cuales aún no se comprenden completamente. Los bancos centrales deben continuar otorgando una alta prioridad a la comprensión de los efectos de la globalización sobre la conducción y transmisión de la política monetaria. Más directamente, el aumento del comercio ha llevado a un crecimiento más lento de los precios de los productos manufactura-



dos importados. Sin embargo, este efecto se ha visto contrarrestado en el período más reciente, por los aumentos en los precios de la energía y las materias primas asociados con el rápido crecimiento de estas economías de mercados emergentes.

1.2. Medios de pago

Según Carstens (2019), hay dos tendencias catalizadoras de la evolución de los sistemas de pago a nivel global: la globalización y la tecnología. Varios estudios han encontrado que existe una fuerte relación positiva entre la globalización y los pagos digitales y las entradas de remesas. La globalización está aumentando la demanda de pagos entre países (transfronterizos). Asimismo, a medida que avanza la globalización, muchas empresas de todo el mundo pueden encontrar y contratar empleados del mercado laboral internacional y reducir sus costos de operación. A su vez, estos trabajadores envían dinero a sus países electrónicamente, a través de proveedores de servicios financieros interconectados, incluidos bancos, empresas de envío de dinero, Fintech y proveedores de redes móviles.

La globalización también está ejerciendo una influencia determinante en la transición hacia medios de pagos digitales. Mientras la era de la moneda física está llegando a su fin, incluso en las economías emergentes y en los países de bajos ingresos, se intensifica la competencia en el ámbito nacional e internacional, entre monedas digitales “privadas” y los aprestos de los bancos centrales por proveer monedas digitales de carácter “oficial”.

Los mayores representantes de las monedas digitales privadas son las criptomonedas. Este nuevo tipo de dinero fue introducido a principios del 2009, con el famoso bitcoin. Sin embargo, en estos últimos años han surgido una multitud de monedas alternativas con diferentes características. Las criptomonedas son creadas por iniciativas privadas y no son controladas por ningún banco central y funcionan a través de la tecnología *Blockchain*, lo que se traduce en ser exclusivamente virtuales. Un punto importante es que su valor es definido por la oferta y demanda que los mismos usuarios les otorgan a estos activos.

En este contexto, los bancos centrales han comenzado a sopesar la posibilidad de monedas digitales propias (conocidas como CBDC, por sus siglas en inglés) que, a diferencia de las criptomonedas, estarían



garantizadas por el Estado, como los billetes y las monedas físicas. Aunque ampliar el acceso a formas digitales de pasivos de bancos centrales no es una idea totalmente nueva (ver Tobin, 1985), en los últimos tiempos el debate ha estado motivado, en adición al creciente uso de criptomonedas, por la proliferación de las innovaciones tecnológicas aplicables al sector financiero, la aparición de nuevos participantes en los mercados de servicios de pagos e intermediación y la disminución del uso del dinero en efectivo alrededor del mundo.

1.3. Tasas de interés

Una de las dimensiones de la globalización y el creciente aumento de la apertura comercial y financiera es el rápido aumento del volumen de los flujos de capitales. Si los instrumentos financieros nacionales y extranjeros se consideran sustitutos perfectos, la globalización financiera implicaría que la tasa de interés doméstica se colocaría al nivel de la economía mundial con limitada influencia por parte de los hacedores de política a nivel local. En estas circunstancias, un banco central de una economía pequeña y abierta no tendría capacidad de influir en las tasas de interés mundiales, mientras que una economía grande, como la de los EE.UU. retendría alguna influencia sobre la economía mundial, pero sería mucho menos que en el caso de una economía cerrada.

Según Woodford (2007), los bancos centrales experimentan una disminución sobre el control de las tasas de interés a corto plazo, si la prima de liquidez se convierte en una función de la liquidez global en lugar de la liquidez interna provista por el Banco Central Nacional y si las tasas de interés a largo plazo dependen únicamente del equilibrio entre el ahorro y la inversión en el nivel mundial y no a nivel nacional. De hecho, algunos estudios han encontrado que en las últimas cuatro décadas, la globalización y su impacto en los mercados de bienes y de trabajo puede ser un factor importante en las tasas de interés a nivel global. Se estima que la globalización ha elevado el nivel de la tasa natural de interés desde la década de 1980, debido a la intensificación de la integración económica en Europa, Asia y América del Norte.

A medida que la globalización y la integración económica global se intensifican, aún los bancos centrales de los países desarrollados, como



la Reserva Federal de los Estados Unidos, el Banco Central Europeo y el Banco de Japón, están teniendo menos influencia sobre las tasas de interés real domésticas de mediano y largo plazo. Sin embargo, el hecho de que los bancos centrales no tengan, de manera individual, la misma influencia sobre las tasas de interés en un ambiente cada vez más globalizado, no quiere decir que no puedan ejercer esa influencia de manera colectiva. Por ejemplo, el alza de las tasas de interés como respuesta de los bancos centrales al aumento de la inflación a nivel global está teniendo importantes efectos sobre las economías de los países emergentes. La salida (o menor ingreso) de capitales puede constituirse no solo en una fuente adicional de incertidumbre financiera sino también, dependiendo de su impacto en el tipo de cambio, en una fuente adicional de inflación.

2. Regulación y estabilidad financiera en el marco de la globalización

Un área en que la globalización ha tenido una incidencia decisiva durante las últimas tres décadas son los mercados financieros. En ese sentido, el término “globalización financiera” se refiere a la integración de los mercados financieros alrededor del mundo, con el objetivo de crear un mercado financiero único y facilitar el flujo de capitales. Entre los principales factores que han impulsado la globalización financiera se encuentran: a) la desregulación de los mercados financieros nacionales, b) la creciente presencia de bancos e instituciones financieras globales, y c) el desarrollo de nuevos instrumentos financieros.

Las transacciones transfronterizas de los bancos han sido un vehículo importante de la globalización financiera, especialmente en los países en desarrollo (Claessens, 2017). Al mismo tiempo, la innovación y la integración financieras han aumentado la velocidad y el alcance de la transmisión de las perturbaciones entre las clases de activos y los países (Davies y Green, 2008).

Economistas de la talla de Stanley Fischer y Lawrence Summers han argumentado que una mayor apertura a los flujos de capital, en general, ha demostrado ser esencial para el nivel de ingreso de las economías. Ciertamente, la globalización financiera ha tenido sus



ventajas: a) ofrece a los inversionistas mayor posibilidad de diversificar carteras y reducir su exposición al riesgo, b) reduce los costos operativos, por la generación de economías de escala, y c) promueve una mayor competencia entre las instituciones financieras, las cuales tenderían a ofrecer tasas de interés más altas a los ahorristas e inversionistas, así como tipos de interés más bajos para quienes solicitan financiamiento.

Sin embargo, la globalización financiera también ha generado dificultades que no deben ser pasadas por alto. De hecho, economistas como Dani Rodrik, Jagdish Bhagwati y Joseph Stiglitz consideran que los flujos de capital sin restricciones pueden ser perjudiciales para la estabilidad financiera global, por lo que las autoridades nacionales deben estar dispuestas a implementar el control de capitales y otras restricciones al comercio internacional de activos, de ser necesario. Ciertamente, la globalización financiera ha generado una mayor complejidad en los mercados, no solo por la multiplicidad de actores y entes regulares, sino también por la cantidad y sofisticación de los productos financieros. Otro aspecto que podría considerarse negativo es que aumenta la probabilidad de contagio de crisis financieras. Esto, porque lo que sucede en un mercado afectará a otro con el que está integrado. Esto representa un reto mayor para que los organismos reguladores y supervisores puedan establecer normas de aplicación global y controlar los flujos de capitales transfronterizos.

La profunda interdependencia entre los sectores financieros de los países avanzados y, en menor medida, de los mercados emergentes, ha sido estimulada por los gobiernos que han eliminado sistemáticamente las barreras a los flujos de capital. Sin embargo, la crisis financiera global de 2008-09 fue un poderoso recordatorio de que la regulación y supervisión inadecuadas en los países desarrollados pueden tener repercusiones globales. Por ende, el fortalecimiento de la cooperación regulatoria internacional es fundamental para mantener la estabilidad financiera. Un sistema financiero se considera estable cuando facilita la asignación eficaz de los recursos económicos. En consecuencia, preservar la estabilidad financiera se ha fortalecido en un objetivo de política económica cada vez más prioritario para los bancos centrales del mundo y los organismos internacionales.



2.1. Riesgo de contagio

En episodios de crisis financiera, se observa con frecuencia un aumento significativo en la correlación entre mercados que va más allá de lo que pueden explicar los “fundamentos” macroeconómicos. Este fenómeno, a menudo denominado “contagio”, tiene serias implicaciones para los reguladores nacionales. Según el economista Larry Summers, el contagio financiero es un fenómeno propio de la globalización y un reflejo del auge de la tecnología de la información.

En general, la literatura económica afirma que un mercado perfectamente globalizado elimina el contagio, porque permite a los inversionistas diversificar sus portafolios más eficientemente. Sin embargo, es más probable que se produzca contagio financiero cuando los niveles de globalización se sitúan a niveles medios. Si las correlaciones entre mercados son demasiado altas, la globalización puede acabar con el contagio. Sin embargo, en el ambiente de desglobalización paulatina que experimenta la economía mundial desde la crisis financiera internacional, se genera una mayor segmentación mercados, dando lugar a un aumento de los riesgos característicos de cada mercado y a un aumento de los costos de transacción. Por ende, menos globalización podría significar mayor contagio con mayores repercusiones para los inversionistas, los mercados y, por ende, las economías.

El desafío para los reguladores es gestionar el proceso para aprovechar al máximo las oportunidades, minimizando los riesgos y garantizando que el sistema financiero esté preparado para hacer frente a los flujos de capital extranjero y los choques externos. En este sentido, se necesitan políticas más integrales para la gestión de riesgos del sistema financiero. A medida que la globalización financiera avanza, los gobiernos tendrán menos instrumentos de política para incidir sobre el sistema financiero de forma determinante; por lo tanto, es fundamental promover una efectiva coordinación de la política financiera internacional.

2.2. Coordinación Regulatoria Internacional

Luego del colapso de *Bankhaus Herstatt* en Alemania, en la década de 1970, las autoridades de los países con los principales centros financieros del mundo (Nueva York, Londres, Hong Kong, Tokio y Frankfurt)



iniciaron un proceso de creciente coordinación regulatoria que condujo a la creación del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, comúnmente conocido como el “Comité de Basilea”, para reducir el riesgo de contagio financiero con el crecimiento de la banca transfronteriza y abordar el arbitraje regulatorio por parte de grandes bancos con actividad internacional (Aikman et al., 2018; Kapstein, 1989). El Comité de Basilea desarrolló una serie de normas prudenciales para la regulación de los bancos con actividad internacional (Basilea I en 1988, Basilea II en 2004 y Basilea III a partir de 2010).

Sin embargo, la naturaleza de la profundización de la interdependencia financiera ha sido altamente asimétrica entre los países desarrollados y los mercados emergentes y en desarrollo. Los activos del sector financiero siguen concentrados en unos pocos países, con Estados Unidos en una posición preeminente, y a medida que se intensifica la interdependencia entre el centro y la periferia, los movimientos del mercado en el centro financiero tienen efectos sustanciales en los mercados financieros de la periferia. En general, una reducción de la demanda de capital en el centro genera bonanzas de entradas de capital en la periferia y crisis bancarias cuando una mayor demanda en el centro hace que estos flujos se reviertan. De manera similar, dado que los países considerados centrales albergan los bancos más grandes del mundo, por ende, las decisiones regulatorias en el centro dan forma al comportamiento mundial de estos actores, afectando los mercados financieros en la periferia.

Sin embargo, la distribución desigual del poder estructural en el sistema financiero mundial limita la medida en que pueden actuar las autoridades nacionales de los países periféricos. Las autoridades reguladoras nacionales en los países pequeños, particularmente aquellos con sectores financieros incipientes, a menudo buscan atraer capital internacional, mantener (o alcanzar) calificaciones de grado de inversión de las agencias calificadoras internacionales y mantenerse en buenos términos con las instituciones financieras internacionales. En tales contextos, enfrentan una fuerte presión para adaptarse a los intereses de los actores financieros internacionales, lo que ayuda a explicar el mantenimiento de cuentas de capital abiertas por parte de muchos países periféricos y la convergencia en los estándares financieros internacionales. Si bien, sin duda, hay cierto margen de maniobra a nivel nacional, la política de poder de la interdependencia altamente asimétrica restringe severamente el rango de



opciones de política que pueden seguir las autoridades nacionales en los países periféricos.

Esto sucede con la implementación de estándares internacionales para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo (AML/CFT), que sin dudas tiene importantes beneficios de interés público para los países industrializados y en vías de desarrollo por igual. Sin embargo, las normas y su implementación no siempre han reflejado los intereses de los países en desarrollo. Los requisitos del régimen AML/CFT, según lo establecido por el Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF, por sus siglas en inglés), apuntaban a elevar los estándares internacionales, colocando a los países no cumplidores en la lista gris o negra del GAFI, la cual conlleva serios costos de reputación, que afectan tanto a los mercados de capital como al sistema bancario. Por ende, es fundamental fortalecer la voz de los países en desarrollo en el establecimiento de estándares financieros globales ampliando y fortaleciendo los canales institucionales de consulta y fomentando la colaboración entre los reguladores de los países en desarrollo.

2.3. Innovación financiera

La innovación tecnológica y la entrada de las grandes empresas tecnológicas al mercado financiero están contribuyendo al surgimiento de nuevos servicios financieros que tienen el potencial de llegar a consumidores en múltiples jurisdicciones alrededor del mundo. En la última década, el desarrollo de las tecnologías como el *Blockchain*, el internet de las cosas (*IoT*), la red 5G, la inteligencia artificial entre otras, han facilitado, y en algunos casos, revolucionado, muchos procesos de la banca tradicional. En el caso particular del *Blockchain*, sus objetivos principales son mejorar la seguridad de la información, disminuir el tiempo de validación de las operaciones y reducir al mínimo los costos de transacción.

Dentro de esta nueva gama de oportunidades de negocio en el proceso de globalización financiera se encuentran las *Fintech*, que no son más que empresas de tecnología financiera dedicadas a proveer servicios usando herramientas tecnológicas. La proliferación de las *Fintech* ofrece mayor accesibilidad a los consumidores, lo cual se traduce en un aumento de la población bancarizada y por ende, una mayor inclusión financiera. El uso



intensivo de la tecnología aplicada a las finanzas ha permitido a las *Fintech* ofrecer optimizar el tiempo de los procesos y ofrecer una creciente variedad de servicios a un menor costo.

Si bien es cierto que los hacedores de políticas y los reguladores reconocen los beneficios de esta revolución digital, también están conscientes de que la tecnología aplicada a las finanzas genera importantes retos regulatorios. De hecho, los principales desafíos de la regulación *Fintech* en todo el mundo están asociados a las dificultades de introducir nuevas tecnologías financieras en el marco regulatorio actual. Hasta el momento, se verifica un rezago entre la legislación existente y los nuevos productos, herramientas y servicios tecnológicos ofrecidos en el mercado.

También es importante destacar que cada nueva solución *Fintech* conlleva no solo oportunidades sino también amenazas. Según el Banco Mundial y el Centro de Finanzas Alternativas de Cambridge (CCAF), los proveedores de *Fintech* enfrentaron un aumento importante en los ataques cibernéticos durante la pandemia. Por ende, la regulación de las empresas de *Fintech* debe ser una herramienta poderosa para prevenir ataques, mientras que al mismo tiempo debe satisfacer las necesidades de los actores del mercado. Por lo tanto, si bien las reglas actuales en este campo difieren de una región a otra y se actualizan constantemente, esto crea dificultades adicionales para las empresas de *Fintech*. A la luz de esta realidad, algunos economistas han propuesto la creación de un organismo global de establecimiento de estándares compuesto por reguladores bancarios de jurisdicciones donde los servicios financieros digitales desempeñan un papel importante en la intermediación financiera.

Bibliografía

- BERNANKE (Ben S.), *Globalization and Monetary Policy*, remarks at the Fourth Economic Summit, Stanford Institute for Economic Policy Research, Stanford, California, March 02, 2007.
- CANUTO (Otaviano), *How Globalization is Changing Innovation*, World Economic Forum, August 2018.
- CESANA (Paula) y ÁGUILA (Nicolás), *La política monetaria en el marco de la globalización financiera: Canales de transmisión y consecuencias para los países en desarrollo*, trabajo ganador del segundo puesto del Premio Anual de Investigación Económica “Dr. Raúl Prebisch”, 2014.



- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA, *Repercusiones en América Latina y el Caribe de la guerra en Ucrania: ¿cómo enfrentar esta nueva crisis?* Desarrollo económico, junio 2022.
- IRWIN (Douglas A.), *The pandemic adds momentum to the deglobalization trend*, Peterson Institute for International Economics, April 23,
- JONES (Emily) and KNAACK (Peter), *Global Financial Regulation: Shortcomings and Reform Options*, Global Policy, Volume 10, Issue 2, 2019, pp. 193-206.
- KÖHLER (Horst), *Working for a Better Globalization*, remarks at the Conference on Humanizing the Global Economy. The United States Conference of Catholic Bishops, Washington, DC, January 28, 2002.
- OBSTFELD (Maurice), *Two challenges from globalization*, Journal of International Money and Finance, Volume 110, February, 2021.
- SAPRU (R. K.), *Globalization of National Policymaking: An International Perspective*, The Indian Journal of Political Science, Vol. 67, No. 1 (JAN. - MAR), 2006, pp. 87-96.
- STIGLITZ (Joseph), *Globalization and Its Discontents*, W.W. Norton & Company, 2002.
- STIGLITZ (Joseph), *The Roaring Nineties*, W.W. Norton & Company, 2003.
- TOBIN (James), *Financial innovation and deregulation in perspective*. Monetary and economic studies, - Tokyo, Vol. 3, 1985, 2, 1985, pp. 19-29.
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Fulfilling the promise of globalization: advancing sustainable development in an interconnected world*, report of the Secretary-General, 2017.
- WOODFORD (M.), *Interest and prices. Foundations of a theory of monetary policy*, Princeton University Press, 2003.
- WOODFORD (M.), *Globalization and monetary control*, NBER Working Paper 13329, 2007.

**MESA REDONDA:
LOS EMBATES DE LA
GLOBALIZACIÓN**

Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla,
Juez del Tribunal Constitucional del Reino de España

Dr. Oscar Hernández Álvarez,
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Carabobo, Venezuela

Mag. Wendy Martínez,
Presidenta Primera Sala
Corte de Trabajo del Distrito Nacional

Prof. Olga Lucía González Parra,
Directora Departamento de Derecho Fiscal
Universidad Externado de Colombia

Licda. Mary Fernández de Álvarez,
Embajadora de la República Dominicana ante la Comisión de
Propiedad Intelectual de la Cámara Internacional de Comercio
Socia fundadora oficina de abogados
Headrick, Rizik, Álvarez & Fernández



Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla

Se licenció en Derecho por la Universidad Complutense en 1979. Alcanzó el grado de doctor en Derecho por la Universidad Complutense, con la calificación de *apto cum laude* por unanimidad, en 1995, con su tesis “El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español”. Tiene el diploma del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Es, tras su toma de posesión el 18 de noviembre de 2021, magistrado del Tribunal Constitucional, nombrado por Real Decreto 1034/2021, de 17 de noviembre.

Asimismo, es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, de la que previamente fue profesor Titular. Tiene cinco sexenios de investigación reconocidos por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI). Autor de numerosas publicaciones y ha participado en obras colectivas relevantes en el ámbito del Derecho Público, particularmente en relación con la Constitución y su desarrollo y aplicación, el régimen electoral, la participación política, el derecho parlamentario, la justicia constitucional, la Administración de Justicia, las garantías de los derechos fundamentales y las instituciones de la Unión Europea, así como en derecho deportivo.

Es doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Universidad pública de Huánuco (Perú), habiendo sido investido el 17 de abril de 2019.

Ha sido presidente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (CIJC) en la reunión celebrada en Punta Cana, en mayo de 2022.

El principio democrático ante los embates de la globalización

I. Los ejemplificadores del ideal democrático en el mundo antiguo y en la edad contemporánea

Veinticinco siglos transcurren entre dos de los grandes personajes que mejor han personificado la historia del ideal democrático: Pericles, en el mundo antiguo, y Churchill, en la edad contemporánea.

Tucidides, en el libro II de la Historia de la Guerra del Peloponeso, recoge estas palabras de **Pericles**: “Disfrutamos de un régimen político que no imita las leyes de los vecinos; más que imitadores de otros, en efecto, nosotros mismos servimos de modelo político para algunos. En cuanto al nombre, puesto que la administración se ejerce en favor de la mayoría, y no de unos pocos, a este régimen se le ha llamado democracia; respecto a las leyes, todos gozan de iguales derechos en la defensa de sus intereses particulares... y si bien en los asuntos privados somos indulgentes, en los públicos, en cambio, ante todo por respetuoso temor, jamás obramos ilegalmente, sino que obedecemos a quienes les toca el turno de mandar, y acatamos las leyes, en particular las dictadas en favor de los agraviados, de los que son víctimas de la injusticia”. Así pues, hace 2.500 años, Pericles definió la democracia como gobierno de la mayoría que se ejerce en favor de todos, y no de unos pocos, y que en todo caso, se funda en la supremacía de la ley. Al mismo tiempo, apuntaba que la democracia ateniense era el modelo político para el resto de las ciudades de la vieja Hélade, con lo que ya anunciaba su superioridad como forma política y la apuesta por su globalización.



Winston Churchill, el premier británico que decidió plantar cara al totalitarismo de mediados del siglo XX, acudió a la ironía para definir y defender la democracia con su clarividencia innata. Escribió que: “muchas formas de gobierno han sido probadas y serán probadas en este mundo de pecado e infortunio. Nadie pretende que la democracia sea perfecta u omnisciente. En verdad se ha dicho que es la peor forma de gobierno..., pero si se exceptuaban todos los demás que se han probado”. No están muy alejadas las palabras de **Heidelberg**: “quizás, la democracia no sea el mejor de los universos posibles, pero es muy probable que sea uno de los más simples”, y por lo demás, el único que puede calificarse como legítimo racionalmente, pues la legitimación democrática es la única sostenible desde las reglas de la razón, como nos enseñara **Max Weber**, y la razón es la madre que rige el derecho.

II. Los grandes pensadores de la edad contemporánea

De los grandes nombres de la historia democrática de la humanidad -Pericleso Churchill- pasamos a los grandes juristas, comenzando por el catedrático de la Universidad de Viena, **Hans Kelsen**, quien definió la democracia como síntesis de la libertad y la igualdad; es decir, como el sistema que permite hacer solidarias la libertad y la igualdad, y por tanto, el derecho a la autodeterminación personal y a la igualdad entendida como homogeneidad pero no como uniformidad, por cuanto la igualdad democrática admite y se coherente con las diferencias, siempre y cuando estas diferencias superen el test de estrés al que se reduce el examen clínico de su justificación.

Caspar David Friedrich denunció el abuso de la palabra democracia, que llegó incluso a ser asumida por los totalitarismos, adjetivándola de “popular”. La auténtica y verdadera democracia es la democracia constitucional, que se funda en dos principios fundamentales coordinados: la división del poder y la esfera de libertad garantizada al ciudadano, en razón de su dignidad intangible e inviolable. Estos dos principios están en el frontispicio del Estado constitucional alumbrado por la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, cuyo artículo 16 literalmente reza: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Claro



es que estos principios deben complementarse con otros dos, íntimamente conectados con ellos: la supremacía de la ley, obra de la voluntad popular garantizada por jueces y magistrados independientes y sujetos exclusivamente al imperio de la ley, y las elecciones libres, abiertas y competitivas en una sociedad plural o de pluralidad de opciones y alternativas, elecciones que se celebran periódicamente por la exigibilidad democrática que deriva del principio de reversibilidad o temporalidad del poder.

Otro de los grandes nombres es, indudablemente, **Giovanni Sartori**, quien hace años nos advirtió de los grandes peligros que siempre acechan a la democracia. Afirmó que conviene distinguir entre la máquina y los maquinistas. Los maquinistas son ciudadanos y no son nada del otro mundo. Pero la máquina es buena; es más, es la mejor máquina que se ha inventado para permitir a los hombres ser libres y dejar de estar sometidos a la voluntad tiránica y/o arbitraria de los hombres. “Fabricarte nos ha llevado dos mil años”, recuerda. Cuidémosla y no frivolicemos. Mimémosla y no titubeemos. Acunémosla y no nos dejemos arrastrar por lemas o eslóganes de laboratorio. Defendámosla y hagámoslo sin matices ni distinguos, en su integridad, sin paréntesis”. Y ello, añadiría, porque no es un regalo, sino una conquista que hay que atender con esmero, pues es la más delicada porcelana. La falta de cuidado provoca el fracaso.

III. La democracia se condensa en las reglas que establece la Constitución

La democracia se contrapone a la autocracia. La palabra democracia procedió del griego: *demos* (pueblo) y *kratos* (poder). La democracia es una forma de gobierno en la que el poder reside en el pueblo, siendo el pueblo el dueño único y exclusivo de la soberanía todos los poderes del estado, sin excepción, emanan o derivan del mismo bien de forma directa o bien de modo indirecto.

En los sistemas democráticos, los poderes del Estado no derivan de la fuerza de los hombres, ni de la voluntad de los dioses, sino del pueblo soberano que los legitima con su libre decisión que se contiene en la Constitución, que es la que instaura esos poderes y establece sus funciones y sus límites, además de los frenos y contrapesos entre los mismos, y que declara los derechos de los ciudadanos que conforman la comunidad



organizada en forma de Estado. En definitiva, el binomio que alumbró el citado artículo 16 de la Declaración que simboliza el Estado liberal, la francesa de 1789.

La democracia contemporánea se articula, en síntesis, sobre la existencia de una Constitución que se funda en la soberanía nacional, que reconoce y garantiza los derechos fundamentales, la división y separación de poderes, el principio de legalidad, la sujeción de los poderes públicos al Derecho, las instituciones representativas (pues no es imaginable otra forma de democracia que la representativa) y, en fin, el principio de temporalidad del poder que comporta la celebración de elecciones libres a las que concurren los partidos políticos que encauzan las opciones plurales de la sociedad. La base, en todo caso, de la democracia, como señaló **Norberto Bobbio**, es el conjunto de reglas, primarias o fundamentales, que son las normas constitucionales, que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos, pues las formas y procedimientos son la savia de la democracia.

Sin embargo, la democracia liberal, siendo la mejor forma de organización política, no es como una estatua perfecta y acabada de un gran escultor, sino como una piedra preciosa que ha de ser tallada para descubrir todo su esplendor, y que debe ser velada, atendida con mimo, cuidada sin descanso, para evitar su deterioro o su vaciamiento. La democracia es un bien tan preciado que nos obliga a estar en alerta permanente. La democracia es también un ideal que no puede lograrse sin la base de unos elementos institucionales y procedimentales fundamentales, pero que, a partir de los mismos, se gradúa en función de su calidad real. Por ello, hay democracias mejores y peores, plenas y defectuosas o deficientes (en la terminología del *Democracy Index* que publica anualmente *The Economist*) auténticas unas y aparentes y hasta simuladas, otras, regímenes autoritarios que se transforman en democracias y democracias que acaban en dictaduras, por más que se vistan a través de elecciones controladas o manipuladas.

IV. Las incertidumbres y los riesgos para la democracia

Citemos, en fin, al politólogo norteamericano **Francis Fukuyama**, y su libro “El fin de la historia y su último hombre”, que publicó Free Press en 1992, en el que asegura que la evolución histórica tiene un término



que desembocará en un período estable y sin cambios mayores. La lucha de las ideologías, escribe, ha terminado con un mundo final, que se ha impuesto tras el fin de la guerra fría, que se basa en la democracia liberal triunfante, tras la caída del comunismo. Es indudable que la profecía del politólogo estadounidense no se ha cumplido, y que las últimas décadas auguran más bien el curso hacia un mundo multipolar, según algunos, o más bien hacia una nueva bipolaridad entre occidente y China, entre democracia liberal y comunismo de Estado con economía liberalizada. El documento de la estrategia de seguridad de Estados Unidos de 2022 reconoce que: *“Democracies and autocracies are engaged in a contest to show which system of governance can best deliver from their people and the world”*, y concluye en la superioridad de su modelo: *“the nature and range of nations that supports our vision of a free, open, prosperous and secure world is broad and powerful”*.

En cualquier caso, el principio y modelo democrático está muy lejos de imponerse como globalizado, como ambicionaba Pericles. De hecho, el éxito económico chino es utilizado para ejemplificar que: a) es compatible el bienestar social sin democracia ni libertades; b) las exigencias formales y materiales de la democracia liberal hacen que su modelo económico-social sea menos competitivo.

Hace no pocos años, **Gino Germani** expresó su angustia por el incierto porvenir de la democracia en el mundo, en cuanto maquinaria “vulnerable”, frágil y delicada aunque fue **Ibsen** a finales del siglo XIX quien, en *Un enemigo del pueblo*, denunció la vulnerabilidad de la democracia y los abusos de las clases dirigentes.. Más recientemente los profesores de la Universidad de Harvard, **Daniel Ziblatty** y **Steven Levitsky** han analizado cómo mueren las democracias en nuestros tiempos, no fruto de golpes militares, como sucedía en el pasado, sino con motivo de un lento y progresivo deterioro de su sistema jurídico y de sus instituciones esenciales, quiebra democrática que se ha denominado “regresión constitucional”. El politólogo **David Runciman** evita la palabra muerte, pero segura “las democracias se acaban”. La pérdida o el deterioro del sentido común -que tanto **Max Weber** como **Ortega** reclamaban del ejercicio de la política- o la marginación de las categorías éticas de la convicción y de la responsabilidad que describió el pensador alemán, se ponen de manifiesto en la agresión a la democracia, que afecta a toda la civilización occidental, desde sus propias instituciones básicas. De ahí que el diagnóstico sobre la



salud de la democracia parezca tintado con los colores más oscurecidos del pantone, la vorágine destructora se alimenta y alienta por quienes habrían de ser sus defensores y sostenedores, con unos intereses cortoplacistas desconectados de los intereses generales.

Los profesores **Ziblatty** y **Levitsky** expresan, en relación con Estados Unidos, aunque la conclusión puede ser extrapolable a otros países, su preocupación por que los políticos actuales tratan a sus adversarios como enemigos, y no pocos intimidan a la prensa libre e intentan debilitar las defensas institucionales de la democracia, incluidos los tribunales, los servicios de inteligencia y las oficinas de ética. En su estudio, concluyen en que hay otra manera diferente al uso de la violencia física para hacer quebrar las democracias, que es menos dramática pero igual de efectiva: el desmantelamiento lento de la democracia –a la que van destripando hasta vaciarla de contenido– a manos no ya de generales sino de líderes electos, de presidentes o primeros ministros que la subvierten “sin tanques en la calle y con la Constitución y otras instituciones nominalmente democráticas en apariencia vigentes”. Y ponen como ejemplo el caso de Venezuela, donde Hugo Chávez, tras ser elegido presidente en 1998, clamó contra la élite gobernante hasta entonces y prometió construir una democracia más auténtica, para posteriormente redactar unilateralmente una Constitución, puramente semántica, paralizar un referéndum, copar el Tribunal Supremo con jueces afines, clausurar medios de comunicación, confiscar bienes, arrestar o exiliar a políticos, jueces, empresarios o profesionales no afectos ni adeptos y, en definitiva, adentrarse en el autoritarismo bajo una fachada democrática construida con paredes de pandereta. Su sucesor, Nicolás Maduro, ha continuado en esa senda hacia la autocracia. Y es así, dicen los profesores de Harvard, como mueren las democracias hoy en día. Nicaragua se ha sumado ruidosamente al modelo bolivariano y también, entre otros, algunos de los países situados tras el antiguo telón de acero y en el cercano y lejano oriente, de manera que el peligro de expansión del modelo yace como la peor amenaza que deshace el optimismo expresado por **Fukuyama** hace treinta años.

V. Defender la democracia

Para defender la democracia hemos, primero, de apreciarla, de sentirla e interiorizarla como bien irrenunciable; segundo, de protegerla, lo que



nos requiere compromiso firme y decidido; en fin, de aprender a estar siempre vigilantes, atentos a lo que sucede en otros países, y en el nuestro, y de las reformas normativas e institucionales que se proponen aquí y allá para regenerar el siempre frágil tejido institucional.

Hace tiempo que advirtió **Norberto Bobbio** que para asegurar el futuro de la democracia hay que mantener las promesas y superar los obstáculos, pues para hacer una previsión aproximativa a la democracia es preciso conocer las dificultades internas y congénitas que, de no ser conocidas y resueltas, pueden conducirla a la ruina. Hay que defender la Constitución mediante normas democráticas, pues “sin unas normas sólidas, los mecanismos de control y equilibrio no funcionan como los baluartes de la democracia que suponemos son”.

Nos situamos, pues, ante un panorama repleto de riesgos, de amenazas, de peligros que acechan a la democracia. En no poca medida se detecta una cierta desafección de una parte de la ciudadanía, un severo escepticismo, fundamentalmente conducible a estos tipos de razones:

- a) La democracia no es un taumaturgo capaz de dar inmediata respuesta a todas las demandas sociales, cada vez más exigentes, en lo que se ha definido como “la sede de derechos” de los ciudadanos.
- b) La democracia no evita, no excluye, corruptelas, irregularidades como no impide conductas deshonrosas, abusivas o desleales. Cuenta Gabriel García Márquez que el alcalde del pueblo, tras ver el letrero clavado en la pared de la peluquería *Prohibido hablar de política*, pregunta al peluquero quién le autorizó “a poner eso” y este contesta: “Aquí el único que tiene derecho a prohibir algo es el gobierno. Estamos en una democracia”. No puede concentrar más ironía el Nobel nacido en Cartagena de Indias en ese diálogo.
- c) La democracia es protagonizada por actores -los políticos y los partidos políticos- cuyo crédito y prestigio es puesto en permanente cuestión al transformarse en elites y oligarquías políticas que ponen el centro más en sus propios fines que en los de la comunidad, configurando una suerte de endogamia política en el Estado de partidos.
- d) La democracia entendida institucionalmente, es decir, las instituciones democráticas, presentan no pocos vicios que las configuren como distantes y alejadas de los requerimientos de la ciudadanía, que no comprenden sus formas y procedimientos y no pocas veces sus decisiones.



- e) La democracia, comprendida como mecanismo para que la mayoría forje un gobierno en la misma sustentado, es capaz de generar pactos o acuerdos ininteligibles y en ocasiones contra natura.
- f) La democracia, en no pocas ocasiones, olvida que lo que la distingue de otros sistemas es el respeto de un conjunto de reglas de juego. En la democracia son lícitos los fines si se respetan los medios, y entre ellos, si la mayoría respeta los derechos de la minoría.

Como es sabido, la democracia toma como forma la representativa, en la que los representantes hacen presente la voluntad popular. Las críticas más aceradas al sistema representativo se concretan en calibrar si los ciudadanos se sienten representados en sus opiniones, convicciones e intereses por el presidente o por los parlamentarios electos o por ambos. Hay diferentes estudios sociológicos, como el de **Víctor Pérez Díaz** (“El malestar de la democracia”) o el de **José Ramón Montero, Richard Gunter y J. José Linz** (“Partidos políticos y nuevos retos”) que reflejan las más sensibles deficiencias en la relación representantes-representados. Entre ellas se suelen mencionar las siguientes:

- Un sentimiento de alejamiento del ciudadano respecto de sus representantes.
- Un excesivo control de los aparatos dirigentes de los partidos, tanto en la elaboración de las listas electorales como en el funcionamiento parlamentario, con una disciplina rígida en grado sumo.
- Una escasa cultura política deliberante, que se manifiesta tanto en las campañas electorales como en el funcionamiento general de las instituciones democráticas, en las que los debates no constituyen el núcleo de la vida política.
- Escasa transparencia de la vida pública.
- La eliminación o reducción de instrumentos de control y fiscalización de la vida pública mediante la creación de administraciones independientes (agencias, empresas públicas etc.) que escapan del control parlamentario o de la instrumentalización por los propios partidos de los órganos de control (Tribunal Constitucional, Consejo de la Judicatura, Tribunal de Cuentas, etc.).



Los embates a la democracia son pues importantes, trascendentes. Por ello, parafraseando a **Ronald Dworkin**, debemos insistir en el fin: tomar en serio la democracia, o como diría **Norberto Bobbio**, defender democráticamente la democracia, fortalecerla y regenerarla día a día, con particular esfuerzo en el presente marco globalizador en el que toman cuerpo los sistemas liberales que desprecian las libertades y que todo lo subordinan al desarrollo económico y los populismos -concepto difícil de definir o “término resbaloso” (**Krauze**) pero que se identifica con “el uso demagógico que se hace de la legitimidad democrática para prometer la vuelta al orden tradicional o al acceso de una utopía posible y, logrado el triunfo, consolidar un poder personal al margen de las leyes, las instituciones y las libertades”. Según **Juan Santiago Ylarri** “significa cuestionar el orden constitucional mediante la construcción del pueblo como agente histórico, es decir, un agente que es un “otro” en relación con el orden vigente”. Su discurso es antipolítico, emocional y autoafirmativo, y ha penetrado fuertemente en nuestra sociedad con su gran capacidad de movilización “como respuesta a la falta de cumplimiento de las promesas de la democracia liberal” (**Nacarino Bravo**). Ylarri señala que la connotación negativa del término populismo se explica porque está asociado a los conceptos de demagogia y prodigalidad económica, que implican irresponsabilidad económica y política.

No debemos cejar, por supuesto, en la reclamación a la democracia, en buscar lo que **Pasquino** llama “democracia exigente”. Cuando la democracia es mal servida o mal interpretada, cuando la democracia se adocena y no revisa sus formas y procedimientos, se enciende el semáforo, primero anaranjado y después, encarnado. Y estos son los colores ante los que se encuentra la democracia y no ante el verde.

VI. Cuidar la democracia

Escribió **Ortega y Gasset** que “lo mejor que humanamente puede decirse de algo es que necesita ser reformado, porque ello implica que es imprescindible y que es capaz de nueva vida”. La democracia, desde luego, como sentenció **Churchill**, carece de alternativa; ahora bien, con el tiempo, los tejidos pierden consistencia, igual que la piel termina por



arrugarse, y hemos de recurrir a técnicas regeneradoras o regenerativas para que el tejido o la piel retornen a su estado deseado. La democracia no necesita de una operación quirúrgica a corazón abierto, ni de cirujanos de hierro, como quería **Carl Schmitt**, pero sí requiere su actualización para insuflarle nueva vida, por utilizar la expresión de **Ortega**. De hecho, el Estado liberal burgués, como dice **García Pelayo**, fue capaz de adaptarse a las condiciones de la civilización industrial y postindustrial como estado democrático-liberal. Y así hizo buena la teoría de **Heráclito**, en el entendido de que todo fluye y evoluciona, como lo demuestra que “nadie se baña dos veces en el mismo río”.

No es creíble la inmutabilidad, pero es desechable la coyunturalidad, y más aún, el cambio por el cambio, como el que pretenden minorías ruidosas, que apuestan por arrastrar a la ciénaga una obra magna como la democracia liberal, que personifica los bienes y valores que identifican nuestra civilización occidental. Escribió **Horacio** que “uno puede huir de su patria, pero no por ello logrará escapar de sí mismo”. Pues bien, el apoyo coyuntural, circunstancial, del que gozan algunas minorías ruidosas que se esfuerzan por hacer saltar por los aires el modelo democrático liberal, con la promesa de poder alumbrar un modelo definido como más igualitario, más homogéneo, más justo y todos los adjetivos que se desee añadir, no debe hacernos olvidar que encierra la erosión, primero, y la abolición, después, de la democracia liberal o constitucional, y su sustitución por un sistema al que se seguirá llamando semánticamente democracia -como en las democracias populares del este europeo o en Cuba- pero que no es sino una mala imitación del bonapartismo o de un sueño cesarista, en el que un solo hombre interpreta la voluntad soberana. El flanco populista roe la democracia; la pinta al modo dadaísta. Dice **Josep Piqué**, quien fuera Ministro de Asuntos Exteriores en España, que hemos de contrarrestar la voluntad de acabar con la democracia liberal y sustituirla por poderes liberales y autoritarios que tienen vocación totalitaria y que utilizan las elecciones para su consolidación, para luego resetearlas en remedos electorales.

Escribe **Antonio Scurati**, quien obtuvo el más relevante premio de las letras italianas, el premio Strega, en 2019, que la pretensión del populismo -sea cual sea la forma que adopte o el sustento ideológico que tenga- es siempre abatir la democracia liberal, que se identifica como una institución demostradamente vulnerable, a la que desacreditan con métodos



propagandísticos, de desafección institucional, de “embotamiento” de los ciudadanos, para que sean puro rebaño fácilmente dominable; de radicalismo excluyente de consensos y compromisos, pues -en realidad- desde los enemigos de la democracia liberal “se apuesta por el desastre para que triunfe la revolución”, se apuesta por provocar el descrédito, el desorden, el enfrentamiento, la parálisis, para crear la necesidad de superar y dejar de lado la ineficaz democracia liberal.

VII. No hay recetas, pero sí hay necesidades regenerativas del tejido

Ante los riesgos para la democracia liberal, no podemos cerrar los ojos y no reivindicar en voz alta que convivencia y cohesión sociales son mucho más sólidas y descansan sobre la democracia liberal y representativa, que es la única calificable de auténtica o plena. Sólo esta coincide con la primacía -y la garantía- de los principios y valores que se reúnen en la defensa de la libertad y la igualdad, el respeto de la dignidad, la proscripción de la arbitrariedad, la soberanía popular, la normatividad de la Constitución, la supremacía de la ley y el Derecho, la división y separación del poder, y la independencia del poder judicial. La fuerza de la democracia no solamente es imperecedera, sino imbatible; pero requiere atención, mimo, como pedía Sartori.

Para ello es necesario que no sea acomodaticia, que no pierda un gramo de su vitalidad innata. Servimos mal a la democracia si no reconocemos que tiene algunos órganos o tejidos dañados, que requieren de alguna acción terapéutica. Como el presidente **John F. Kennedy**, hemos de preguntarnos qué podemos hacer por la democracia, y no a la inversa. Y con esta mirada me atrevo a sugerir un listado de deberes con los que poner freno y contención a los achaques y dolencias varias de la democracia y de la calidad de la democracia. **Ginsburg** y **Huq** distinguen la erosión del desmoronamiento democrático. Detectada la erosión, en la medida en que constatamos la irrenunciabilidad de la democracia, hemos de afrontar los cuidados necesarios para sanar las patologías detectadas. Como escribió **Bobbio**, la democracia es dinámica (frente al despotismo, que es estático y siempre igual a sí mismo) y requiere transformaciones, y es que el profesor italiano prefiere hablar “de transformación, más que de crisis, porque crisis



hace pensar en un colapso inminente: en el mundo, la democracia no goza de óptima salud, y por lo demás, tampoco en el pasado pudo disfrutar de ella”. Siguen siendo premonitorias las reflexiones del profesor italiano que evita ofrecer recetas o tratamientos de choque. Ante ello pueden resultar fatuas las consideraciones siguientes sobre lo que entendemos exigible, quizás para que el tejido democrático no se deteriore o, mejor, para que se restaure y regenere:

- Reforzar el valor de la solidaridad y su traducción como igualdad material o acceso universal a unas condiciones vitales a todos accesibles. Sólo la democracia es capaz de articular una sociedad integrada, y por ello, solidaria; La democracia debe ser sinónimo de esfuerzo, de aspiración a la excelencia en los comportamientos y rigurosa en la exigencia de responsabilidad. La democracia debe ser implacable con los abusos, arbitrariedades, desviaciones, satrapías. La democracia no puede ser autocomplaciente, hedonista o diletante, sino severa; La democracia debe reivindicar el valor de la unidad en la paz frente al uso abusivo de la fuerza, la intoxicación, la desinformación y desestabilización que propugnan las no democracias. Esa búsqueda y lucha por la paz democrática -la nueva *pax romana*- no hace más débil a las democracias, que han de implementar políticas de disuasión contra nuestros adversarios y mejorar el prestigio e imagen de nuestras instituciones. El reforzamiento institucional, en el sentido de la recuperación del prestigio de las instituciones, es exigencia indeclinable para la democracia liberal, y ello pasa necesariamente por recuperar la centralidad del Parlamento, y por evitar que los partidos sean los dueños y no los servidores de las instituciones a las que aplican las cuotas políticas de dominación. Escribió **André Malraux** (“La condición humana”) que las personas suelen retrasar la cita con el médico hasta encontrarse auténticamente mal, y ello afecta su calidad de vida, y hoy está afectada la calidad democrática del sistema, de nuestras instituciones, como también de los principios de cooperación, coordinación y colaboración, por lo que la cita no debe posponerse. Aun cuando es indubitado en el sistema parlamentario el mayor peso del Gobierno “lo granítico que es actualmente” (**Cazorla Prieto**) sobrepasa lo razonable porque se impone con tal soberbia sobre el Parlamento, que empieza a parecerse a lo que **Aragón Reyes** llama parlamentarismo presidencialista. El debilitamiento de la institución parlamentaria, el mecanismo de la mayoría coyuntural, el orillamiento de las formas incluso en los discursos, la desafección de



la deliberación, son, entre otros signos, la expresión de la peor crisis del Parlamento que supera los límites de la que se detectó hace más de un siglo;

- En fin, hay mucho de crisis de la mismísima nación y comprensión de la Política (con mayúsculas), que hoy se ha convertido en una actividad peligrosamente desprestigiada ante su desafectación respecto a los ciudadanos, ante su actuación no pocas veces arbitraria, ante su incapacidad para los consensos o ante su preocupación por dar cumplida satisfacción a las políticas endogámicas, alejadas de las cuestiones que ocupan y preocupan a la ciudadanía. El panorama no es halagüeño, pero hemos de seguir reclamando una política y unos políticos que nos reconcilien con la *res pública*, con la incorporación a la política de los mejores, de los más capaces y comprometidos con el servicio público. Aún opera en nuestras mentes el recuerdo de que a **Platón** no le sucedió en la Academia el más brillante de sus discípulos, **Aristóteles** -quien hubo de huir de Atenas y solo regresó tiempo después, para fundar su propia escuela, el Liceo- sino que lo hizo el mediocre **Espeusipo**. La lección no parece, veinticinco siglos después, aprendida. La sentencia escrita a fines del siglo XIX por **Laboulaye** “los representantes del pueblo son el pueblo mismo”, debe traducirse en que este requiere de su mejor representación, lo que comporta primen el prestigio, el mérito y la capacidad; Habrá que atender también a la reforma de la que **Aragón Reyes** denomina la democracia procedimental, complemento de la democracia sustantiva. Las elecciones son el factor esencial de cohesión, de unidad de la sociedad política, y son algo más que un procedimiento. Son un fin o una meta, de modo que hay democracia porque hay elecciones libres, y hay elecciones libres porque hay democracia. El método se identifica con el objeto (**Lucas Verdú**). En el discurso pronunciado en 1856 dijo **Abraham Lincoln**: “*The ballot is stronger than the bullet*”, lo que condensa el poder de las urnas. La perversión de las elecciones en el Oriente Medio y Lejano, en no pocos países africanos y en algunos del continente americano es detestable, y la manipulación de la voz del pueblo asesina la democracia, como lo hace la modificación de las reglas, por ejemplo, para permitir la relación indefinida o la perpetuación (formalmente refrendada) en el poder.

Como sostiene el alemán **Dieter Nohlen**, las funciones del sistema electoral democrático son: representación, concentración o efectividad,



participación, simplicidad y legitimidad. En todo caso, la función esencial del sistema electoral, en los regímenes parlamentarios, es permitir la formación de gobiernos estables, lo que significa que el sistema electoral más útil es aquel en el que se equilibren el polo representativo y el de la gobernabilidad, pues la democracia no está reñida con la eficacia; más bien al contrario, necesita la eficacia; Quizás debemos continuar por reivindicar lo aconsejable de la aprobación de códigos deontológicos, códigos éticos de conducta para todos los servidores públicos, cuyo contenido sea exigible por órganos independientes, no por los tribunales de justicia, a los que corresponde velar por no traspasar las líneas que marca el Código Penal. Hoy es línea confluencial en el Derecho Comparado que las exigencias de ejemplaridad, honradez, lealtad son tan indispensables como no pasar la raya del derecho penal. La renovación del prestigio de la política, de los políticos y de los partidos políticos requiere fijar instrumentos formales e informales que fomenten las conductas debidas. Ya dijo **Montesquieu** que “no hay carta política que dispense a los hombres de ser justos, cualidad sin la cual aquella no sirve de nada”. Por cierto, que **Hellen Thomson** recuerda que los políticos han de obedecer la verdadera voluntad del pueblo, lo que significa que no deben dar la espalda al mismo, como por desgracia es tan frecuente en la práctica, pervirtiendo la voz de los ciudadanos; La democracia, aunque fundada en el principio mayoritario, se basa, como bien la interpretó **Kelsen**, en la protección de la minoría frente a la mayoría. O como dice **Zagrebelky**: “la democracia liberal necesita que ambos principios, la voluntad de la mayoría y la protección de las minorías se ejerciten de modo simultáneo, pues de otro modo se habría iniciado la senda del totalitarismo”. Las mayorías coyunturales lo olvidan con excesiva frecuencia: la esencia de la democracia no consiste en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre la mayoría y la minoría; solo así puede mantenerse la paz social.

La historia muestra que se han perpetrado graves violaciones en nombre de la mayoría o de la voluntad mayoritaria, y hemos de aprender de las lecciones que la historia nos ofrece;

- Y, en fin, aunque quizás sea la más importante de las recomendaciones, nunca olvidar, sino recordar -incluso machaconamente- que la democracia es la expresión de los valores egregios, irrenunciables e impecederos, valores mayúsculos y nucleares, sin los que esta queda vaciada como los pozos tras lo peor de las sequías. Esos valores coinciden con los



del artículo 1.1. de la Constitución española de 1978: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, a los que hemos de sumar el de solidaridad, como moderna traducción de la fraternidad.

VIII. Coda

Y, concluimos, poner en entredicho la democracia conduce a las peores pesadillas autoritarias del pasado. La novela de **Philip Roth** *La conjura contra América*, publicada en 2004, nos situó ante la peor de las pesadillas, el triunfo en las elecciones de 1940 del aviador y político aislacionista Charles Lindbergh ante Franklin D. Roosevelt, lo que comportaba el acuerdo de entendimiento con Adolf Hitler, la persecución de los judíos en Norteamérica, en fin, el desmoronamiento de la tierra de los sueños.

No fue un mal sueño, sino una abominable pesadilla. Ante la democracia no hay disyuntiva. No hay alternativa. Solo los necios demonizan la democracia. Solo desde instintos suicidas o desde indignas frivolidades se desdeña la democracia. Ahora bien, no perdamos un ápice de fe en la democracia, no nos dejemos arrastrar por discursos de agnósticos, ni siquiera de laicistas, y menos aún, de ateos. Tampoco por la rutina. La historia nos enseña las peores caras de populismos y de ideologías totalitarias, que hoy cuentan con no poca implantación en el mundo. La democracia no tiene un respiro, porque es frágil. No hay tregua, y menos en los tiempos difíciles en que vivimos. Advirtió **Goethe** que “El pueblo nunca advierte la presencia del diablo, aunque lo tenga cogido por el pescuezo”. Que no nos ocurra. Como dice **Adam Michnik**, la democracia necesita aire fresco, y lo necesita siempre, todos los días. Permanezcamos atentos en los cuidados y mimos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES (M.), *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
ARNALDO ALCUBILLA (Enrique) *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2002.
— *Urnas, legisladores y togas*, URJC-Dykinson, Madrid, 2018.
BOBBIO (N.), “El futuro de la democracia”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 2, 1984.



- CAZORLA PRIETO (L. M^a.), “Cuarenta y seis años después” *ABC*, 27 de enero de 2023.
- CEBRIÁN (J. L.), “Retorno a la Edad Media”, *El País*, 7 de febrero de 2022.
- DAHL (R.), *Un prefacio a la teoría democrática*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1989.
- FRIEDRICH (Caspar David), *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, 1960.
- FUKUYAMA (Francis), *El fin de la historia y su último hombre*, Ed. Planeta, Barcelona, 1992.
- GARCÍA GUERRERO (J. L.), “Los embates de la globalización a la democracia”, en GARCÍA GUERRERO (J. L.) y MARTÍNEZ ALARCÓN (M.L.), (dirs), *Constitucionalización de la globalización*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GARCÍA MÁRQUEZ (G.), *La mala hora*, Debolsillo, Barcelona, 2014.
- HALL (Edith), *La senda de Aristóteles*, Anagrama, Barcelona, 2022.
- HUQ (A.) y GINSBURG (T.), “How to Pose a constitutional democracy”, *UCLA Law Review*, n.º 65, 12018.
- KELSEN (Hans), *Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, 2006.
- KRAUZE (Enrique), “La palabra populismo”, en *El pueblo soy yo*, Debate, México, 2018.
- LACLAU (Ernest), “Populismo: ¿Qué nos dice el nombre?”, en F. Panizza (Coord.), *El populismo como espejo de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.
- LEVITSKY (S.) y ZIBLATT (D.), *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona, 2018.
- LOCKE (J.), *Segundo Tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MONTERO (J. R.), GUNTER (R.) y LINZ (J. J.), *Partidos políticos y nuevos retos*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2007.
- MOUNK (Yasche), *El pueblo contra la democracia*, Paidós, Madrid, 2018. *El gran experimento*, Paidós, Madrid, 2022.
- NACARINO BRAVO (Aurora), “Los enemigos de la democracia liberal”, en *Letras Libres*, 4 de septiembre de 2018.
- PERDO POMBO (J. M^a.), “La estrategia de Seguridad de Estados Unidos en 2022. Liderazgo entre potencias en un orden internacional mejor coaligado. Una oportunidad para España”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, documento Opinión 14/2023, de 9 de febrero.
- PÉREZ DÍAZ (Víctor), *El malestar de la democracia*, Crítica, Barcelona, 2008.
- PIQUÉ (J.), “En defensa de la democracia liberal”, *ABC*, 29 de septiembre de 2022.



- ROTH (P.), *La conjura contra América*. Debolsillo. Barcelona, 2006.
- SCURATI (Antonio), *M. El hijo del siglo*. Alfaguara, Madrid, 2020.
- THOMPSON (Hellen), *Disorder. Hard times in the 21st Century*, Oxford University Press, 2022.
- TOCQUEVILLE (A.), *La democracia en América*, Akal, Madrid, 2007.
- YLARRI (Juan Santiago), “Populismo, crisis de representación y democracia”, en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, Universidad Complutense, vol. 18, núm. 1, Madrid, 2015.
- ZAGREBELSKY (Gustavo), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Torino, 1995.



Dr. Oscar Hernández Álvarez

Abogado, egresado de la Universidad Central de Venezuela. Estudios de perfeccionamiento en Derecho Sindical y del Trabajo en la Universidad La Sapienza, Roma. Doctor en la Universidad Carabobo de Venezuela. Abogado en ejercicio. Asesor de diversas entidades públicas y privadas. Ha sido Juez Superior Accidental del Estado Lara en la jurisdicción en lo contencioso administrativo y en la jurisdicción laboral. Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto. Ha sido Jefe del Departamento de Derecho, Secretario General y Presidente de la Asociación de Profesores de esa Universidad. Docente en los cursos de Post Grado en las Universidades de Carabobo (Valencia); Católica del Táchira (San Cristóbal); del Zulia (Maracaibo); Bordeaux (Francia); Católica Andrés Bello (Barquisimeto, Maturín, El Tigre, Cumaná, Barinas); Rafael Urdaneta (Maracaibo); Simón Rodríguez (Barquisimeto); de Los Andes (Mérida). Universidad de Margarita. (Porlamar). Profesor Invitado de la Universidad de Guayaquil, (Ecuador). Profesor Visitante de la Universidad Católica de Bogotá. Miembro de la Comisión Académica de la Diplomatura en Derecho del Trabajo para Post Graduados en la Universidad de Sevilla. Se ha desempeñado como directivo de la Asociación de Relaciones de Trabajo de Venezuela y del Consejo Directivo de la Revista ART, Director-Fundador del Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara., Director del Revista THEMIS del Colegio de Abogados del Estado Lara. Corresponsal nacional de la Revista Synthesis, Sao Paulo, Brasil. Miembro del Consejo Editorial de la revista Gaceta Laboral, Maracaibo. Director de la Revista Derecho del Trabajo, editada por la Fundación Universitas. Fue funcionario de la Oficina Internacional del Trabajo y se ha desempeñado como colaborador externo de esa organización. Miembro de la Academia de Ciencias Políticas de Venezuela. Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Es autor y coordinador de libros, artículos y diversas publicaciones.

Los embates de la globalización: a los derechos laborales y de la seguridad social. Caso expatriados de empresas transnacionales

En el siglo XIX Carlos Marx describió al imperialismo como la fase superior del capitalismo. El siglo XX, que vio entronizarse y derrumbarse sistemas políticos inspirados en las ideas marxistas, generó, más allá del imperialismo, una nueva y universal fase del capitalismo: la globalización.

El capital de nuestros días no tiene patria, ni ama las fronteras. Las grandes empresas rebasan las identidades nacionales y no juegan su suerte al destino de un imperio determinado. Lo que les importa es la presencia activa en un mercado libre, competitivo y universal. Para el logro de ese mercado no son requeridas dominaciones políticas ni territoriales. Para el funcionamiento del capitalismo mundial ya no es imprescindible la política de los Estados imperialistas que derrocaban gobiernos e interferían sistemas políticos para que sus empresas nacionales tuvieran asegurados mercados para comprar materias primas y vender productos manufacturados.

La gran empresa capitalista de hoy no se siente existencialmente vinculada a un determinado país, o al menos, no en los términos tan estrechos como ocurría en otros momentos históricos. Solo aspira a comprar y vender a todo lo ancho y largo del globo. No requiere que un Estado establezca un dominio territorial o político que asegure sus operaciones, pero tampoco quiere, ni admite, que ningún Estado y, bajo ningún pretexto, se las obstaculice.

Las empresas transnacionales son las dueñas del capital en el mundo globalizado. Manejan el mercado e influyen decisivamente en los organis-



mos nacionales e internacionales que establecen las reglas para su funcionamiento. En esta lógica de funcionamiento, las soberanías nacionales se debilitan cada vez más, los gobiernos son cada vez menos dueños del poder y las economías nacionales están más a merced de la economía globalizada.

La globalización crea entre los Estados nacionales un tipo de competencia diferente. Las legislaciones fiscales y los sistemas sociales compiten entre sí, a fin de favorecer la presencia de las transnacionales en sus respectivos países. Estas orientarán sus preferencias hacia aquellos países en los cuales exista menos presión fiscal y en los cuales los sistemas de protección social comporten menos costos.

La globalización conlleva, en general, una impronta ideológica: el pensamiento neoliberal. Para el neoliberalismo, el buen funcionamiento de la economía supone una drástica limitación de las funciones del Estado en la sociedad, de manera que se implante una economía libre de mercado, caracterizada principalmente por drásticas reducciones del gasto público y de la oferta monetaria, privatización de las empresas estatales, eliminación de obstáculos para la libre empresa, reducción del proteccionismo arancelario y fomento de la inversión extranjera. En materia social, el neoliberalismo propugna por la reducción de las políticas públicas sociales y, concretamente en materia laboral, hace un llamado al retorno de la autonomía de la voluntad como fuente principal de la regulación de las relaciones de trabajo, propugnando asimismo por la eliminación de lo que denomina “rigideces proteccionistas” que, por crear distorsiones en la economía, dice, en lugar de favorecer terminan perjudicando a la clase trabajadora. El neoliberalismo postula que debe dejarse al mercado libre, para que funcione conforme a sus propias leyes, lo cual, en definitiva, significa para el Derecho Laboral el abandono de la función tutelar de los trabajadores, eso que caracteriza su esencia jurídica.

El Estado Social de Derecho ha sufrido fuertes embates del proceso globalizador, el cual da más importancia a los aspectos financieros y económicos que a los sociales. La globalización del trabajo se ha dado en un marco de flexibilidad y precariedad laboral. Por otra parte, ha favorecido una reducción de la importancia e influencia de la actividad sindical: mientras las empresas transnacionales actúan globalmente, los sindicatos difícilmente logran trascender sus tradicionales ámbitos territoriales.

Uno de los problemas que plantea la actuación global de las empresas transnacionales tiene que ver con los trabajadores que estas envían a prestar



servicios fuera de su país de origen. A tal problema me referiré de manera muy sintética, dado el limitado tiempo de que dispongo.

1. Diferencia con la emigración tradicional

Los trabajadores que son enviados por sus empleadores a prestar servicios fuera del país de su residencia, conocidos como desplazados o expatriados, configuran un fenómeno diferente al de las migraciones tradicionales. Ambos tienen en común el desplazamiento del trabajador a un país diferente a su país de origen, pero difieren en cuanto a la iniciativa y el objetivo del desplazamiento, así como en relación a la seguridad y condiciones de empleo. El emigrante tradicional es quien decide desplazarse con el objetivo de buscar mejores condiciones de vida. Generalmente viaja sin saber qué empleo puede conseguir y está expuesto a condiciones de trabajo precarias. Su vida en el país de destino está expuesta a las más duras dificultades. El expatriado de una empresa transnacional se desplaza como consecuencia de una decisión de su empleadora, con el objetivo de cumplir con los planes operacionales que esta desarrolla en el país de destino. Tiene la certeza de su puesto de trabajo y sus condiciones laborales, aseguradas contractualmente, pueden ser incluso mejores que las que tenía en el país de origen. Su desplazamiento se cumple conforme a un procedimiento previamente establecido por el empleador, y no está sometido a las duras vicisitudes que suele afrontar el emigrante tradicional.

2. El contrato de trabajo transnacional

Los expatriados suelen ser técnicos de alto nivel y, en algunos casos, como por ejemplo en la industria petrolera, obreros muy calificados. Es por ello comprensible que las transnacionales ofrezcan a tales trabajadores especiales condiciones de trabajo, para interesarlos en aceptar su desplazamiento. Esas condiciones suelen constar en un contrato que la doctrina conoce como contrato de trabajo transnacional. Varias legislaciones exigen expresamente la celebración de ese contrato, por escrito y en ocasiones de manera auténtica (esto es, rubricados legalmente por un notario). Incluso, algunas legislaciones establecen disposiciones obligatorias sobre el



contenido del contrato de trabajo transnacional. Estos contratos suelen establecer que los gastos de traslado, instalación en el país de destino y repatriación al país de origen están a cargo de la empleadora; señalan las condiciones especiales de remuneración; la duración prevista para el contrato y las condiciones excepcionales en las cuales el expatriado puede solicitar su repatriación anticipada. Si el contrato es de larga duración, se suele establecer que el trabajador expatriado tendrá derecho a visitar ocasionalmente su país de origen, con gastos a cargo de la empleadora. Es frecuente que se establezcan cláusulas relativas a la legislación aplicable y a la jurisdicción competente, puntos a los cuales me referiré a continuación.

3. La unidad de la relación de trabajo

En buena parte de los casos, el expatriado es una persona que ya mantiene una relación de trabajo con la empresa transnacional que le traslada fuera de su país. Algunas empleadoras pretenden que al celebrarse un nuevo contrato en condiciones muy especiales y en un país diferente, se está creando una nueva relación laboral y que la relación anterior debe considerarse como finalizada. El tema ha sido discutido judicialmente, y el criterio jurisprudencial predominante ha sido favorable a establecer la continuidad de la relación laboral, con lo cual no se rompe la antigüedad del trabajador en la empresa, lo cual suele tener importantes consecuencias laborales.

4. La unidad del empleador y la responsabilidad empresarial

Es frecuente que el contrato de trabajo transnacional sea celebrado por una empresa distinta a la que había contratado originalmente al trabajador que se desplaza. En ocasiones, se trata de una empresa domiciliada en el país de destino o un tercer país que se ocupa de la gestión de los trabajadores expatriados. En estos casos se ha discutido sobre cuál de las empresas ostenta la condición de empleadora. Generalmente, las empresas que intervienen en el proceso de expatriación reúnen las condiciones que las legislaciones establecen para considerarlas como formando parte de un grupo de empresas. Por eso, las soluciones jurisprudenciales se inclinan a



considerar la existencia de un único empleador y en todo caso, a establecer la responsabilidad solidaria entre todas las empresas que intervienen en la situación de desplazamiento.

5. La legislación aplicable

Uno de los temas más sensibles en materia de trabajadores expatriados tiene que ver con la determinación de la legislación aplicable a la relación laboral que estos mantienen con su empleadora. Como acabo de señalar, es frecuente que en los contratos de trabajo transnacionales se establezcan cláusulas relativas al tema. Estas cláusulas, generalmente propuestas por la empleadora, suelen establecer como legislación aplicable la que más convenga a esta, bien sea la del país de origen, por ser de más fácil aplicación, por cuanto es la que maneja usualmente la empleadora, o la legislación del país de destino o de un tercer país, cuando ellas supongan un menor costo laboral. El tema también ha sido objeto de debate judicial. La mayor parte de las legislaciones laborales, especialmente las latinoamericanas, establecen el principio de la territorialidad, lo cual determina que se favorezca la aplicación del lugar de ejecución del contrato, aun cuando en el mismo se haya convenido una legislación diferente. Por otra parte, muchos tribunales han decidido que no obstante que la ley del país de destino establezca su aplicación territorial, puede optarse, de acuerdo a los principios generales del Derecho del Trabajo, por la aplicación de la norma más favorable al trabajador, lo cual es especialmente importante cuando la legislación del país de destino, que resultaría aplicable por el principio de territorialidad, es menos favorable que la del país de origen, lo cual determinaría, en el caso de que se aplique esta legislación menos favorable, una desmejora de las condiciones de trabajo previamente establecidas.

6. La jurisdicción competente

Muy relacionado con el punto anterior es el de la determinación de la jurisdicción competente. Al igual que como ocurre con la determinación de la legislación aplicable, es frecuente que en los contratos de trabajo transnacionales se incluya una cláusula referente a la jurisdicción compe-



tente para conocer de los posibles conflictos que se generen en relación al contrato. Pero las disposiciones de estas cláusulas no siempre son atendidas por los tribunales, pues puede ocurrir que la jurisdicción convenida no tenga nada que ver con el contrato en cuestión, en cuyo caso, el tribunal dictaminará cuál es la jurisdicción adecuada.

Para la determinación de la jurisdicción competente suele ser muy útil el principio de la territorialidad, según el cual resulta competente la jurisdicción del país en el cual se ejecuta el contrato. Pero en ocasiones no es fácil la aplicación del principio de territorialidad. Como ejemplo, puedo citar un caso que se ventila en un tribunal de Santo Domingo, en el cual una empresa domiciliada en Curazao contrató allí a un trabajador dominicano domiciliado en República Dominicana, quien prestaba servicios en este país y en México, y posteriormente cambió su domicilio a Estados Unidos. El trabajador fue despedido y demandó indemnización y beneficios laborales, tanto en República Dominicana como en Curazao. En un caso como este, corresponderá al tribunal decidir cuál de los factores presentes (nacionalidad de la empleadora, domicilio de la empleadora, lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del contrato, domicilio y nacionalidad del trabajador) tiene una conexión más fuerte con el contrato objeto del litigio. Esta teoría de los factores de conexión es ampliamente utilizada por el Derecho Internacional privado para resolver conflictos relativos a la determinación de la legislación aplicable y de la jurisdicción competente.

7. Breve referencia a la legislación dominicana

En República Dominicana existe la Ley 544 sobre Derecho Internacional Privado. Esa Ley define como litigio internacional aquel que tenga un elemento propio de una relación privada internacional, la cual es entendida por la Ley como aquella relación determinadas por elementos personales o subjetivos referidos a las partes de una relación jurídica, tales como: nacionalidad, residencia o domicilio en el extranjero, así como por los elementos objetivos de dicha relación, cuando estos estén conectados con un sistema jurídico extranjero.

El artículo 10 de dicha Ley dispone que son válidos los acuerdos de elección de foro jurisdiccional cuando el litigio tenga carácter internacional. Pero el artículo 16, párrafo único, establece que en los contratos de trabajo,



los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales dominicanos si el trabajo se desempeñare habitualmente en la República Dominicana; o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en la República Dominicana.

El artículo 62 acoge la teoría de los factores de conexión, al establecer que “los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral y, si esta no pudiera determinarse, por la ley del país que presente los vínculos más estrechos”. Agrega: “La elección por las partes de la ley aplicable sólo será admisible en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajo previsto en la ley aplicable establecida de conformidad con el apartado anterior.”

8. Conclusión

Las empresas transnacionales cada vez ocupan un mayor espacio en el mundo globalizado. Por ello, la presencia de los denominados trabajadores expatriados o desplazados será cada vez mayor. Estos trabajadores, por una parte, pueden llegar a constituir, en general, una élite privilegiada, porque sus empleadores suelen ofrecerles buenas condiciones laborales para incentivarlos a aceptar el traslado. Pero, al mismo tiempo, experimentan las dificultades propias de vivir en un país distinto al propio, lejos de sus familiares y de las relaciones personales e institucionales que habían desarrollado en el mismo. Estas dificultades son mayores en aquellos casos en que los trabajadores no tienen una residencia estable en un país determinado, sino que son desplazados de un país a otro.

Santo Domingo, Octubre de 2022



Mag. Wendy Martínez

Dominicana, licenciada en Derecho, egresada *Magna cum laude* de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU) en 1996. Actualmente es jueza presidenta de la Primera Sala y primera sustituta del presidente de la Corte de Trabajo del Distrito Nacional.

Inició su carrera en el Poder Judicial dominicano en 1993, cargo que ocupó hasta 1996. La magistrada Martínez Mejía es docente fundadora de la Escuela Nacional de la Judicatura, y colaboró como docente en la formación inicial de la Escuela del Ministerio Público, fundadora de la cátedra Metodología de Investigación de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Docente universitaria desde 1998, en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), donde coordinó hasta 2013 la Maestría en Ciencias Penales.

Formación académica: Post grados nacionales Egresada de la Universidad de la Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) donde obtuvo los títulos de:

- 1.- Magíster en Administración Pública.
- 2.- Magíster en Derecho Empresarial y Legislación Económica.
- 3.- Especialidad en Procedimiento Civil.
- 4.- Especialidad en Pedagogía Universitaria.

En la Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana: 1.- Especialidad en Derecho Judicial. 2.- Especialidad argumentación y redacción expositiva de sentencias.

Post grados internacionales

- 1.- Máster en Derecho Constitucional y Derecho Público. Universidad de Castilla La Mancha.
- 2.- Especialidad en Argumentación Jurídica, obteniendo calificación en trabajo de investigación y curso en la categoría de sobresaliente., en la Universidad de Alicante, España.
- 3.- Especialidad en Derecho de Autor con la Universidad de San Martín de los Andes (ULA).
- 4.- Egresada del curso de Formación Judicial para jueces iberoamericanos impartido por la Escuela Judicial de España, en Barcelona.
- 5.- Egresada del Curso de Formación en Tutoría Virtual. Portal Educativo de las Américas (OEA)

Los embates de la globalización al medio ambiente: del determinismo tecnológico a la metáfora de la liquidez

Introducción

Al abordar un tema tan complejo como el de la incidencia de la globalización en el medio ambiente, bajo el epígrafe “Los embates de la globalización en el medio ambiente”, se requiere una inmediata observación sobre la connotación negativa del término “embate”, por lo que se ha preferido utilizar un título enriquecido, que guarde relación más concreta con el contenido del presente escrito. De ahí que hemos preferido titular la presente ponencia “Los embates de la globalización al medio ambiente: Del determinismo tecnológico a la metáfora de la liquidez”.

Las razones de este título enriquecido son simples, quizás obvias; de igual manera, prefiero explicarlas. En primer lugar, el término embate no nos permitirá tratar el tema desde la objetividad que un escrito académico requiere, pues solo nos permitiría una mirada pesimista del tema ambiental en el mundo global, y en segundo lugar, en un contexto internacional de alto nivel como el del presente congreso, se prefiere introducir algunas inquietudes de carácter sociológico y bioético que provoquen una reflexión sobre el papel del Derecho en la solución de los problemas medio ambientales que afectan esta y las futuras generaciones.

Partiendo de la consideración de que el problema ambiental no es una cuestión exclusivamente jurídica, sino que se trata más bien de una cuestión en la que convergen las ciencias físicas y naturales, la sociología, la tecnología, la filosofía y un conjunto muy diferenciado



y especializado de ciencias que hacen del medio ambiente objeto de estudio y preocupación desde diversas perspectivas, todo ello caracteriza al Derecho Ambiental como una rama de la ciencias jurídicas multidisciplinaria.

El Derecho interviene para preservar el medio ambiente, para regular el correcto uso de los recursos naturales, para garantizar la subsistencia de los ecosistemas y cada uno de sus componentes, pero también para justificar las políticas ambientales, la gobernanza ambiental, al tiempo de reprimir y sancionar, a través del derecho de ultima ratio o principio de lesividad del derecho penal, aquellas conductas capaces de producir daño ambiental de una magnitud más o menos significativa.

Se prefiere utilizar el concepto de incidencia, relación o vinculación de la globalización sobre el medio ambiente, pues su connotación resulta más neutral, y por tanto, desprovista de subjetividad aparente, ya que consideramos que la globalización ha incidido con aspectos positivos y negativos respecto al medio ambiente y al Derecho Ambiental.

Otra aclaración necesaria es que el enfoque filosófico-sociológico que se decide asumir en el desarrollo del presente ensayo, tiene la intención de mostrar la clara relación que a través de la historia se desarrolla entre la tecnología y el medio ambiente. Esta relación ha dado paso a una especie de alarma colectiva respecto al futuro de la especie humana, respecto al uso de la tecnología aplicada a la industria para la satisfacción de necesidades humanas, pero sobre todo, la industria de la tecnología como nueva forma de dominio de los más poderosos frente a los más débiles y vulnerables, sin que estos participen en la toma de decisiones que producen gran contaminación y destrucción ambiental, pero de cuyas consecuencias no se pueden sustraer.

Hechas estas dos observaciones, solo me resta hacer una advertencia final: la brevedad que se ha exigido para esta participación es apenas un paréntesis que permitirá esbozar los principales problemas y ventajas experimentados en la materia en los últimos años, debido al gran desarrollo de la tecnología en la era digital y la sociedad del conocimiento. En este sentido, tres temas principales conforman el contenido de este escrito, a saber: tecnología y globalización, del determinismo a la metáfora de la liquidez, y las nuevas luchas sociales del medio ambiente. En el desarrollo de estos tres temas se trata de responder a la pregunta: ¿Qué es el ambiente en un mundo globalizado?



1. Tecnología y globalización

A partir de la Revolución Industrial, la tecnología comenzó a aplicarse a la producción masiva de bienes y servicios, produciéndose un cambio de paradigma en la estructura social, su funcionamiento, en la historia y en las relaciones sociales, económicas y políticas.

Capra (1996) define el paradigma científico como *una constelación de alcances, términos, valores, técnicas, etc., que tiene una comunidad científica en común y que son aplicados por esa comunidad para la definición de problemas y soluciones legítimas*. Aplicado este concepto a lo social, el paradigma social es esta constelación de términos, valores, percepciones y prácticas propios de una comunidad y que permea la percepción de la realidad, entendida esta como el substrato de la manera como esta sociedad se autoorganiza.

En este sentido, el paradigma ambiental constituye, al mismo tiempo, un paradigma científico y un paradigma social, pues estos cambios generados por la revolución industrial han continuado de forma sostenida hasta la era digital y la sociedad del conocimiento, donde la globalización ha permitido concebir un nuevo macroecosistema desde el punto de vista geocéntrico, la madre tierra, compuesto por otros microecosistemas interrelacionadas entre sí. En este punto, el cambio de paradigma está marcado por la velocidad con que se producen los cambios, la ansiedad e incertidumbre que estos causan, conmocionando los individuos y produciendo cambios significativos en las relaciones entre las personas, y las relaciones de las personas con la tecnología de manera especial.

Los científicos sociales, desde el siglo XIX, vinculan todos los ámbitos de la vida social a la tecnología, haciendo su objeto de estudio la relación entre los cambios sociales y los cambios tecnológicos, teoría sociológica que se ha denominado, en sentido general, “*determinismo*”. Dos corrientes en tensión intentan explicar dicha relación desde dos líneas monocausales distintas, a saber. Por un lado, los deterministas sociales, defensores de la causalidad social, que sostienen que los cambios tecnológicos se explican mediante causas sociales; y los deterministas tecnológicos, que sostienen que los cambios tecnológicos determinan los cambios sociales.

Un ejemplo palpable del primer supuesto es la adaptación de los seres humanos a la tecnología digital y el teletrabajo durante la pandemia de la COVID-19, mientras que el último supuesto se puede ilustrar con lo ocurrido durante la pandemia de la COVID-19, en la que se observó un



incremento rápido y diverso de innovaciones tecnológicas con miras a asegurar la protección, prevención y la vacuna contra la enfermedad.

Independientemente de la corriente en la cual nos situemos, una cosa es obviamente común a ellas: existe una relación entre los cambios tecnológicos y los cambios sociales. Otra cuestión que puede concluirse sin mayores dificultades es que la globalización ha sido favorecida por la tecnología digital y las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), y que estas han incidido de forma decisiva en la cuestión ambiental y en el Derecho Ambiental.

El presente escrito analiza, con fines descriptivos y sin ánimo de exhaustividad, la relación tecnología, globalización y medio ambiente. Más bien, se trata de una reflexión desde el punto de vista de la sociología, la economía y el derecho, de un fenómeno del cual se debe dar cuenta en los países firmantes en los compromisos en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenido, entre los que se encuentra República Dominicana.

1.1. El medio ambiente: un bien global

Si se asume como una realidad irrefutable que el desarrollo tecnológico produce cambios sociales significativos (determinismo tecnológico), y que el uso de la tecnología industrial ha potencializado la capacidad de destrucción, deterioro del medio ambiente y de los recursos naturales; al tiempo que las naciones han decidido incluir dentro derechos fundamentales reconocidos en sus constituciones, el derecho al ornato, la urbanística, al patrimonio histórico, la recreación, la calidad de vida, la salud, la igualdad y la no discriminación, el ambiente laboral apropiado, entre otros, se impone la reflexión sobre si la globalización ha tenido un impacto en el medio ambiente, la naturaleza de ese impacto y, sobre todo, la reflexión sobre cómo el Derecho ha reaccionado frente a este proceso, para responder a la pregunta de si el medio ambiente es un bien global. Se analizan dos cuestiones distintas, aunque vinculadas entre sí: la globalización del derecho ambiental y el análisis del bien jurídico medio ambiente, como un bien global, pendiente de definición y concreción ante la incidencia en estas y las futuras generaciones del entorno creado a raíz de la tecnología digital y los medios de comunicación en la web.



1.2 Intervención del Derecho Internacional en la concepción de un derecho al Medio Ambiente Global

A diferencia de la mayoría de los derechos tradicionales, como el Derecho Civil, Penal y sus respectivos procedimientos, el Derecho Ambiental es una rama del Derecho que encuentra sus raíces en la lucha de las organizaciones no gubernamentales que reclaman en todas partes del mundo su preocupación por los efectos de la actividad industrial en el medio ambiente y los recursos naturales. Luchas que han traspasado las fronteras de lo nacional, para formar parte de la agenda internacional, con el impulso de los países organizados a través de instituciones supranacionales, sean estas regionales, como la Organización de Estados Americanos (OEA), que tiene un capítulo para la cuestión ambiental (OEA Ambiental), o universales, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), en la que convergen casi todos los países que componen el planeta tierra, y la Unión Europea (que se incluye en este párrafo, a pesar de las particularidades que la caracterizan y de las cuales no se dará cuenta en el presente escrito, no solo por su compleja estructura y funcionamiento, sino por no ser útil ni necesario en el desarrollo del escrito que nos ocupa). Además, hay otras organizaciones de carácter regional de indiscutible importancia, como la Comunidad Andina, con sus instituciones plurinacionales y la pluralidad jurídica.

Como resultado del trabajo de esa confraternidad de naciones se puede mostrar un gran catálogo de tratados internacionales, declaraciones de derecho, convenciones y compromisos que han gestado la formación de un Derecho Ambiental de carácter especializado en las naciones que los conforman. Así, podemos decir, y solo a modo de ilustración, que las principales piezas del derecho internacional del medio ambiente, cuya lista se anexa al final del presente escrito, desde el Tratado de Aves Migratorias de 1918 hasta el Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe) en el 2018, han encontrado acogida en los países miembros, lo que se evidencia, además, en el reconocimiento por parte de las naciones del derecho a un medio ambiente sano, como un derecho fundamental en sus respectivas constituciones nacionales, como ocurre con República Dominicana, Brasil, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, entre otros, e incluso, y más recientemente,



la inclusión del derecho al agua potable apta para el consumo humano, como figura en las constituciones de Bolivia, Cuba, Ecuador, Honduras, México y Uruguay.

Otra situación que da cuenta de la globalización del Derecho Ambiental y su aplicación es la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental, creada en el marco de la XVII Cumbre Judicial iberoamericana, cuyo objetivo es crear un espacio permanente en el ámbito judicial iberoamericano para abordar y debatir temas comunes vinculados con el Derecho Medioambiental, promover el avance de políticas de gestión y decisiones orientadas al desarrollo sostenible, establecer programas de capacitación, compartir experiencias relacionadas con la actuación judicial en materia medioambiental, crear una Red Iberoamericana de Justicia Medioambiental, crear un Portal de Justicia Medioambiental Iberoamericano y colaborar con instituciones medioambientales internacionales. Se trata de una comisión formada por 7 miembros representantes de los poderes judiciales de los diversos países miembros de la cumbre.

Otro interesante esfuerzo de consolidación de la justicia ambiental a nivel global es la creación en Brasil, en el 2018, del Instituto Global para el Medio Ambiente, conformado por jueces de diversos países del mundo.

De igual manera, se puede destacar la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica, que contiene 10 principios sobre la justicia del agua, proclamada durante en el curso de 8vo. Foro Mundial del Agua, celebrado en Brasilia, el 21 de marzo de 2018.

Ante este contexto no cabe duda de que el derecho al medio ambiente es un derecho global. Falta entonces por determinar si el medio ambiente, como bien jurídico protegido, de carácter difuso y colectivo, es un bien global. Para este análisis se requiere reflexionar sobre tres cuestiones esenciales, la visión geocéntrica del derecho ambiental, el carácter difuso y colectivo de los derechos ambientales, caracterizado por su transaccionalidad, y el efecto de la tecnología en el intercambio de bienes, servicios y productos a nivel global.

1.3 El carácter global del medio ambiente como cuestión bioética

En lo que respecta al surgimiento de una nueva perspectiva de abordaje del medio ambiente como bien jurídico, se deben considerar principios de



interpretación y aplicación del derecho constitucional como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el equilibrio económico y el carácter social y democrático que postulan algunas constituciones nacionales como la nuestra, que obliga a los Estados a planificar e implementar políticas que aseguren otros principios como la igualdad y la no discriminación, frente a los grandes problemas ambientales vinculados con la pobreza, al género, a las etnias (históricamente sancionadas y víctimas de la más cruel y deshumanizante de las discriminaciones, la económica, con la consecuente marginalidad).

Siendo la pobreza extrema que afecta los habitantes de gran parte del planeta la causa esencial de exclusión de los servicios que garantizan la igualdad material de todos los seres humanos y la dignidad humana, la construcción de un derecho ambiental sobre una base antropocéntrica no resulta convincente, por lo que se precisa hacer unas breves acotaciones sobre la visión geocéntrica del medio ambiente.

La visión geocéntrica constituye un cambio de paradigma respecto al paradigma antropocéntrico, cuya protección se erige sobre el fundamento de la conservación de la naturaleza, los recursos naturales y el medio ambiente para disfrute y bienestar del hombre. Aun cuando se venía gestando una visión o cambio de perspectiva que muda a la tierra, a la naturaleza, la atención de la protección del medio ambiente, es el papa Francisco quien, de manera enfática, pone el dedo sobre la llaga, al señalar que es el desequilibrio económico provocado por el consumismo selectivo y extremo, propio del capitalismo, la mayor afectación de la dignidad humana y su acceso a los bienes que nos permiten una vida sana, como los bienes ambientales.

En su encíclica “SI” el santo padre subraya que el daño al medio ambiente es causado por el pecado entendido como relaciones rotas “*con Dios, con el prójimo y con la misma tierra*”. El afán de dominio del hombre sobre los hombres y sobre la tierra y los demás entes vivos de la naturaleza es considerado, en su encíclica, la raíz humana de la crisis ecológica. Se trata de un crítica al “antropocentrismo”, que superpone el bienestar del hombre por sobre las otras cosas creadas por Dios, y sobre el bien común.

En el Capítulo 4 de la encíclica, el Papa se refiere a una ecología integral, en la que todo está conectado. *Toda la creación, la humanidad incluida junto con todos los aspectos de la vida humana: academia, economía, gobierno, cultura y cada parte de la vida cotidiana, está íntimamente relacionada con*



la promoción de una opción preferencial para los pobres, ya que los que menos tienen son los más perjudicados por la degradación ecológica.

Esta crítica sobre la necesidad de dominio del hombre, la ausencia de límites y sobre todo el desarrollo de actividades que menoscaban la dignidad humana y dañan al medio ambiente es ilustrada por Winne, al señalar que la relación hombre/técnica aparece vinculada a la metáfora del dominio, al igual que la relación hombre/naturaleza en la historia del pensamiento occidental. El hombre aparece subordinado a la naturaleza de la misma manera en que en la era digital aparece subordinado a la tecnología.

Otra de las cuestiones que deben ser reflexionadas al momento de analizar el carácter global del medio ambiente en la era digital es el carácter difuso y colectivo de los derechos ambientales y su transaccionalidad. En ese sentido, no resulta ocioso recordar que algunos países comparten bienes ambientales importantes, como ríos, montañas, flora y fauna, como ocurre con Brasil, Colombia, República Dominicana, Haití, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay, Argentina, Chile, Costa Rica, Panamá, Rusia, Ucrania, y una gran lista de países separados por un tratado que establece las fronteras políticas de las naciones, no así las fronteras ambientales. Otros tienen fronteras naturales, lo cual comporta no menos problemas respecto a la protección del medio ambiente, cuando las desigualdades económicas, sociales, laborales, o el clima resultan desproporcionadas entre los países vecinos. Tampoco huelga recordar que el trasiego de productos ambientales de una nación a otra es algo tan natural como el origen del comercio entre naciones, y de más larga data, inclusive.

En todos estos supuestos, se evidencia de manera muy clara que el medio ambiente es un sistema complejo, que no se agota en las leyes de las naciones, ni se puede limitar o embazar y embalar para conservarlo en su estado puro. Como se dijo anteriormente, el ecosistema ya no es nacional, es global, y por tanto, la protección de la tierra desde la visión geocéntrica implica que cada uno de los países, mares, aves, flora, cada organismo vivo y no vivo del sistema, así como el resultado de la creación del mundo del hombre y sus conjuntos de códigos y símbolos están relacionados entre sí, y la afectación de cualquiera de ellos se verifica en cualquiera de los demás o en todos, por distantes que estos se encuentren.

De ahí que se insista en el carácter bioético de la discusión de la naturaleza global del medio ambiente, y la necesidad de una protección a través de políticas públicas de las naciones. Se debe aclarar que no se



trata de una invención nueva; el medio ambiente siempre ha sido global, pero nunca antes en la historia de la humanidad la tecnología y los problemas ambientales habían alcanzado una magnitud tan grave como para llamar a la reflexión sobre el futuro de la humanidad, al punto de generar derechos para proteger a las futuras generaciones y el patrimonio común de la humanidad.

El concepto de generaciones futuras

Saruwatari Zabala (S/F) indica que después de la Primera Guerra Mundial se comenzó a pensar en las generaciones futuras por los estragos que había sufrido la humanidad, a consecuencia de los conflictos bélicos entre naciones poderosas. La declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, de Lagunas 1994, organizada por la UNESCO, fue adoptada por un grupo de expertos no gubernamentales, por lo que carece de carácter normativo y, en consecuencia, no es vinculante para las naciones. Sin embargo, con ella se inicia formalmente la discusión sobre esta novedosa figura, que ha sido acogida por los principales tribunales con atribuciones ambientales en el mundo. Estas reflexiones se han concretado en dos productos, la Declaración sobre la Protección de las Generaciones Futuras del 1997 y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 2005. Con estas declaraciones el medio ambiente no solo ha adquirido un carácter global respecto al espacio, sino que también ha trascendido las fronteras del tiempo, pues a través de ellas se reconocen derechos a futuro, con obligaciones a cargo de las generaciones presentes.

No se puede dejar de hacer mención de dos cuestiones que reflejan de manera viva el carácter global del medio ambiente: las migraciones económicas y la movilidad o desplazamiento de personas por causa de las guerras o catástrofes naturales, que redundan en situaciones de empobrecimiento de los países receptores, así como otros problemas vinculados, como el trasiego de especies invasoras o el tráfico de especies de flora y fauna sin los debidos controles ambientales.

Franza (1997) señala que la protección del ambiente implica no sólo la protección de la naturaleza y todo aquello creado por ella, sino también aquel mundo creado por el hombre, como su cultura, su historia, su información y su comunicación. Es lo que aparece consagrado expresamente



en la Constitución dominicana del 2010, modificada en el 2015, bajo el epígrafe de Derechos colectivos y del medio ambiente, en los artículos 66 y 67.

Dado que la “*aldea global*” de McLuhan (1962) hace referencia a las consecuencias socioculturales de la comunicación inmediata y mundial de todo tipo de información, facilitadas por el uso masivo de los medios de comunicación, esto conlleva necesariamente un desdibujamiento de las fronteras nacionales y la incidencia de unas culturas en otras, por lo que la noción de soberanía y de fronteras, como nociones que hacen referencia a algo material y tangible, debe ser revisada, pues la identidad, tal y como cuestiona Bauman (2000), no parece ya corresponderse con los conceptos sólidos de la modernidad.

Por tanto, si reconocemos que el medio ambiente es un conjunto de circunstancias o factores físicos y biológicos en el que se desarrollan los seres vivos y de los cuales reciben influencia en ese proceso de desarrollo y comportamiento, la reflexión sobre si existe un medio ambiente global en la era digital debe concluir en una respuesta afirmativa. Por lo que no resulta ocioso destacar que el medio ambiente global está conformado por esa nueva cultura de la posmodernidad, donde la realidad se construye a partir de ese intercambio planetario a través de las redes sociales, los medios de comunicación, así como por los intercambios entre personas que solo interactúan a través del internet, y para quienes probablemente esa sea la realidad más próxima, la realidad virtual.

Es esa influencia que ejerce en el comportamiento humano y su desarrollo la relación entre la tecnología y la globalización, justamente una de las principales razones por la que se afirma que en la postmodernidad existe un medio ambiente global determinado por la tecnología (determinismo tecnológico).

2. Del determinismo tecnológico ambiental a la metáfora de la liquidez

El determinismo tecnológico constituye una perspectiva sociológica que abarca un *conjunto de doctrinas que consideran a las tecnologías como causas principales, cuando no, unidas a las estructuras sociales* (Sanmartín, 1990). A juicio de Parente (2008) es una explicación sobre la relación entre



sociedad y tecnología. Se sostiene en el presente escrito que la globalización es un fenómeno que afecta el comportamiento de los seres humanos y su relación entre sí, con la tecnología y con la naturaleza, factores que convergen en la conformación del medio ambiente.

Se ha sostenido precedentemente que el medio ambiente hoy día es un ambiente global, y se reflexiona bajo el epígrafe de esta parte del ensayo sobre los efectos de ese proceso de globalización del ambiente.

Bauman (2000) construye una explicación de la estructura y funcionamiento de la sociedad posmoderna desde una perspectiva pesimista sobre la capacidad del ser humano para agenciarse espacios de realización y bienestar, ante el desdibujamiento de los valores, conceptos y categorías que dotaban de estabilidad y coherencia a la sociedad moderna (que él denomina primera modernidad, para diferenciarla de la modernidad líquida, tiempo que sigue a la modernidad). En su obra *Modernidad líquida*, Bauman utiliza la metáfora de la *liquidez* para describir el cambio de paradigma en las nociones de individuo, individualidad, trabajo, comunidad y el espacio tiempo. Parte de la idea del cambio producido a raíz del capitalismo incipiente de la Revolución Industrial y consolidado a través de los años. Retrata los cambios que se han producido en las últimas décadas, pasando de una sociedad sólida, fundada en los valores de permanencia y estabilidad, que permitía la planificación y previsión de la vida individual, armonizada con la construcción social de los aspectos esenciales de la vida, a una sociedad líquida, amorfa y flexible, que responde a las urgencias de la inmediatez; caracterizada por la incertidumbre y la inestabilidad. La visión de Bauman es coincidente con la visión del papa Francisco en su encíclica “Si”, a la cual se hizo referencia con anterioridad.

La crisis descrita por Bauman puede extrapolarse a la crisis del medio ambiente en la sociedad posmoderna, afectada por la globalización, la incertidumbre, el deterioro progresivo y acelerado del medio ambiente y el intrincado régimen normativo interno de las naciones, así como los acuerdos y tratados entre los Estados que conforman la comunidad internacional. Esta carrera acelerada por llegar a soluciones que permitan garantizar la subsistencia de la especie humana representada por las futuras generaciones induce a rescatar la capacidad del ser humano, de tomar decisiones como individuos, en base a su libre albedrío, y encontrar soluciones a los problemas que le han afectado o amenazado durante el transcurso de la historia.



Contra el determinismo y su integración del ser humano al mundo físico, borrando toda capacidad de autogestión y la capacidad humana de elegir libremente las condiciones fundamentales de su desarrollo, reacciona Winner (1987) al señalar que el determinismo implica infringir el principio de que las condiciones fundamentales son libremente elegidas y que las formas sociales relacionadas con la tecnología no se limitan a ser la huella de esta, pues al desaparecer el concepto de libertad y ser sustituido por la determinación monocausal, se naturaliza la injusticia y se vuelve intangible la diferencia entre el bien y el mal.

2.1 Las nuevas luchas ambientales

Los principales problemas ambientales del siglo XXI han sido recogidos en la encíclica *Laudato Si: Sobre el Cuidado de la Casa Común*. En el Capítulo 1 se identifican los principales problemas que afectan la sociedad posmoderna, a saber, la contaminación del medio ambiente y el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, disminución de la calidad de vida humana y la destrucción de la sociedad y la desigualdad global. A estos problemas se pueden adicionar el tema del agua potable apta para el consumo humano y los ecocidios.

Si todavía queda resquicio de escepticismo en la sociedad sobre las dimensiones del problema ambiental, sobre todo en lo relativo al cambio climático y el agua, es importante destacar que esto no constituye una corriente, y mucho menos una perspectiva sociológica, sino que por el contrario, estas aseveraciones se corresponden con la concepción de la noción de medio ambiente como algo ideológico o dogmático, pues hay un consenso científico que indica que nos encontramos ante un preocupante calentamiento del sistema climático debido principalmente a actividad humana, que sugiere la intervención del hombre para frenar y desacelerar dicho proceso antes de alcanzar un punto irreversible.

En esa dirección apuntan los esfuerzos de los Estados en reemplazar la utilización de combustibles fósiles por energías limpias o renovables.

Algunos principios juegan un papel importante en la búsqueda de soluciones a los problemas ambientales de la posmodernidad; tal es el caso de los principios de justicia, solidaridad, subsidiariedad. En el capítulo cinco de la encíclica *Laudato si*, se establece que la Doctrina Social



Católica de subsidiariedad enseña que *todo reto debe ser en el nivel más bajo posible- pero el más alto necesario- nivel de sociedad necesario para proteger y promover el bien común*. Y agrega que “*hay responsabilidades comunes pero diferenciadas*” entre naciones. De ahí que, a mayor contribución en la generación del daño ambiental, mayor es la responsabilidad del Estado que produce el daño. Sobre todo, se trata de economías fuertes, países desarrollados cuyas actividades económicas e industriales han impactado negativamente el ambiente durante largo tiempo, en perjuicio de países pobres o en vías de desarrollo, por lo que es urgente la puesta en aplicación a nivel internacional del principio precautorio.

Hechas estas observaciones de carácter general, en las cuales coinciden el determinismo tecnológico y social, la metáfora de la liquidez y finalmente, las reflexiones del santo padre, Francisco Bergoglio, se tratarán dos asuntos que preocupan de forma significativa a la República Dominicana, una pequeña media isla del Caribe afectada por la migración masiva por causas económicas y políticas de Haití, Venezuela, y la migración de otros países de América Latina, por distintas razones, en las cuales no se profundiza por corresponder al ámbito de la política exterior del Estado, no a las ciencias jurídicas ni ambientales. En primer lugar, examinaremos el tema del agua potable, y luego, el tema del cambio climático y sus consecuencias.

2.2 El derecho al agua potable

Cividanes (2019) establece que el origen del derecho al agua potable está ligado al origen de los derechos de primera generación, se debe estudiar desde la Declaración de Derechos Humanos de 1948 hasta el presente. En el ordenamiento jurídico dominicano la discusión inicia a raíz de la promulgación de la constitución del 2010 que incorpora el derecho a un medio ambiente sano como un derecho fundamental.

La primera vez que se reconoció el derecho al agua como un derecho humano fue en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977, pasando a formar parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico dominicano.

La Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible de 1992 reconoce por primera vez los principios que deben seguirse al



gestionar el recurso del agua dulce, fuente primordial del agua potable y la amenaza para el desarrollo de los humanos, tanto en salud, alimentos, economía y ecosistema que tiene el uso abusivo del agua dulce.

Durante mucho tiempo se creyó, como un corolario matemático, que el agua era inagotable y por tanto, un recurso ilimitado, pero las discusiones sobre del derecho al agua en 1992 dejaron como conclusión que se está en presencia de un recurso no solo limitado, sino también dilapidado por su abundancia en la naturaleza. En el curso de estas discusiones se consolidó la conmemoración de un Día Mundial del Agua, y la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas formalmente reconoce el derecho al acceso al agua como derecho humano. El agua es ilimitada porque no se crea ni se destruye, se transforma a través del ciclo del agua.

El derecho al agua potable es la prerrogativa de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. El 70 por ciento del agua pura del planeta se usa para el consumo humano, siendo el recurso más valioso del planeta. Ella incide en el abastecimiento de otros productos necesarios, como los productos agrícolas.

La comercialización del agua potable implica la discusión sobre algunos aspectos bioéticos, como la asignación de cuotas gratuitas, que permitan la subsistencia del individuo y las comunidades, pero no solo una cuota de cantidad, sino que la misma debe corresponder con los estándares de calidad que permitan su consumo libre de riesgo.

El derecho al agua potable, además, constituye una garantía de otros derechos, como la salud, la vida, la alimentación. En el ámbito nacional, existe un proyecto de ley de aguas, que cursa en el congreso y que aún está pendiente de aprobación.

En República Dominicana existen varias leyes que regulan el agua y su consumo, a saber, Ley No. 5994, de INAPA. Gaceta Oficial 8680 del 11 de agosto de 1962; Ley No. 6, que crea el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INDRHI), Gaceta Oficial del 9 de septiembre de 1965; Ley General Sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales 69 (64-00), Publicación oficial, del 18 de agosto de 2000, y el Decreto Presidencial 42-05, el cual define el agua para consumo humano como el elemento que posee la calidad y los micronutrientes necesarios, según establecen los criterios internacionales.

El decreto establece una cantidad mínima de consumo de agua garantizada por el Estado, cuya cuota se fijará atendiendo a lo siguiente: la



ingesta mínima de agua que se necesita para asegurar la salud personal es de 2 - 2.5 litros por habitante por día, o la equivalencia a tres por ciento (3 %) del peso promedio de los habitantes (Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Norma Ambiental de Calidad 70 de Aguas Superficiales y Costeras, septiembre 2012 y Organización Mundial de la Salud. Guías para la calidad del agua potable. Primer Apéndice a la Tercera Edición. Volumen 1, Recomendaciones, 2006).

El Tribunal Constitucional dominicano ha determinado que existe un derecho implícito al agua mediante las sentencias TC/0482/16 y TC/0536/18, que desarrollan el derecho al agua para consumo humano en el ordenamiento dominicano, pero la primera sentencia que lo reconoce es la sentencia TC/0049/12. En este caso, el ejercicio que realizó el Tribunal Constitucional fue el de identificar el acceso al agua como derecho implícito, proveniente del derecho a la salud. El tribunal cita en su sentencia la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: los sistemas de abastecimiento de agua potable son considerados parte integral de los servicios de salud que los Estados tienen que proporcionar a toda la población. En la sentencia TC/0482/16 se establece que el derecho al agua no es solo implícito del derecho a la salud, sino también a la vida y la dignidad humana.

Para Cividanes (2028), la legislación dominicana en cuanto al derecho al agua no se ha enfocado de manera especial en el acceso igualitario al agua, aun cuando el país goza de estándares mundiales de cobertura de agua potable adecuados, teniendo un 94% de cobertura nacional. La legislación de aguas en República Dominicana se inspira en la falta de agua de cantidad y calidad suficiente para la cobertura total de la población, provocada por la presión hídrica, la deforestación, las sequías, el consumo excesivo e indiscriminado, entre otros factores, siendo las zonas marginales las más afectadas por el desabastecimiento.

2.3 El cambio climático y los fenómenos asociados

La otra cuestión que resulta de gran interés global, y que afecta directamente a la República Dominicana en cuanto a los efectos, es el cambio climático y las consecuencias derivadas de este, tales como inundaciones, la desertificación de tierras fértiles por la sequía y la deforestación.



El cambio climático es un fenómeno que afecta a todas las regiones del planeta. Sin embargo, el Caribe resulta especialmente vulnerable a sus efectos. Las emisiones globales de CO₂ han superado las proyecciones realizadas por los expertos para esta década, y aunque existe un grado de incertidumbre con respecto a las consecuencias exactas del cambio climático, las proyecciones indican que deben adoptarse políticas de sustitución de energías contaminantes por energías limpias, lo que implica un desafío para el desarrollo socioeconómico y la biosfera mundial. El Global Climate Risk Index analiza en qué medida los países han sido afectados por los impactos de eventos relacionados con el clima, como huracanes e inundaciones, y toma en consideración los siguientes indicadores: número total de muertos, muertes por cada 100,000 habitantes, pérdidas absolutas en millones de US\$ (al nivel de cambio de paridad -PPP) y pérdidas por unidades del PIB en %.

La industria global genera un aumento a gran escala de necesidad de los recursos energéticos, por el alto nivel de consumo y demanda de productos. Como consecuencia, se incrementa la emisión de sustancias contaminantes. Estos contaminantes provocan, a su vez, el cambio climático y el calentamiento global. La comunidad internacional, de la cual forma parte la República Dominicana, ha suscrito la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, tema sensible para nuestro país, por encontrarse dentro de los primeros seis países afectados por el cambio climático.

Otro problema asociado es el adelgazamiento de la capa de ozono, producido por los gases CFC emitidos a la atmósfera, provocando una mayor exposición a la radiación del sol, un aumento de la temperatura, el deshielo de los casquetes polares, aumento del nivel del mar, desalinización de los mares y consecuente desaparición de ecosistemas marinos, cambios de corrientes, cambios en los fenómenos climatológicos, etc.

3. Principales retos del medio ambiente en la posmodernidad. Reducción de la brecha entre las ciencias ambientales naturales y físicas y el Derecho que las regula

Tal como anunciara el maestro Lorenzetti, es momento de reflexionar sobre la naturaleza del Derecho Ambiental y su presencia en todos los aspectos de la vida, por lo que a su juicio el Derecho Ambiental es un tema de carácter transversal, que debe considerarse de manera integral.



En este sentido el Lorenzetti plantea un cambio de paradigma respecto al abordaje del medio ambiente desde el punto de vista jurídico. El pertinente recordar aquí que el Derecho Ambiental se ha desarrollado, en las últimas décadas, como una disciplina especializada, que se ocupa de problemas de diversa naturaleza; su amplitud e interdependencia con otras ciencias es hoy día un punto común. Una muestra de esta realidad es la creación de tribunales especializados para conocer la materia ambiental como el Tribunal Verde de la India y el caso de Chile.

Esta interdisciplinaridad incide con aspectos esenciales para el correcto juzgamiento y gobernanza ambiental, por el auxilio que se requiere de otras ciencias para su comprensión y para la solución de los problemas ambientales concretos que se le presentan al Estado y a los Tribunales.

El cambio de paradigma planteado por Lorenzetti permitiría la simplificación de las normas ambientales, su aplicación e interpretación.

3.1 La organización de defensa al medio ambiente y los ecocidios

Para Mejía (2005) “La globalización está presente en todos los ámbitos relacionados con el medioambiente. Son muchos los beneficios que ha generado el desarrollo tecnológico, permitiendo una integración global de todas las políticas y economías, pero también existen consecuencias desfavorables que afectan directamente a la gestión y protección medioambiental”. La interdependencia económica global implica el desplazamiento de las actividades industriales hacia espacios donde la mano de obra y los insumos de producción tienen un menor costo, como forma de abaratar los productos y maximizar las ganancias de las empresas. Esa movilidad implica, además, la movilidad de las actividades contaminantes.

Dado que los países pobres son los que ofrecen mayores ventajas económicas respecto al costo de mano de obra, e incluso escasos controles institucionales que permitan la gobernanza ambiental que garantice la reducción de los riesgos de las actividades industriales contaminantes, las empresas transfieren las “tecnologías sucias” a regiones del mundo con estándares ambientales bajos, minimizando los costos y dejando un pasivo ambiental en los países de operación.

La globalización ambiental, por tanto, implica serios retos respecto no solo a la garantía de los derechos de los trabajadores, sino respecto a



la forma en que operan las grandes empresas a nivel mundial, su capacidad contaminante y su obligación de cara al principio “quien contamina, paga”, por lo que hoy día se debe hablar de una “aldea global ambiental”.

La defensa del medio ambiente y los recursos naturales se ha internacionalizado, pero existen razones poderosas para que el defensor medioambiental tenga distintos matices en las diversas regiones del planeta. De ahí que los países con reserva de agua, flora y fauna importantes tengan una doble vertiente en la defensa de estos recursos. Por un lado, la defensa respecto a la intervención de otros Estados en crisis ambientales más severas, que necesitan para su subsistencia de los recursos ambientales de otros países, y la defensa interna de los recursos ambientales por la explotación dentro de su territorio de los mismos.

Así han surgido diversas organizaciones que promueven y luchan por la defensa del medio ambiente y los recursos naturales a nivel nacional e internacional. La defensa organizada y sistemática de los recursos naturales y el medio ambiente genera riesgos importantes para la seguridad y la vida de los activistas ambientales (recordar el paradigmático caso de Chico Mendes, asesinado en la Amazonía brasileña) y sus familiares, siendo los más afectados las víctimas de ecocidios, que plantean problemas sustanciales para los derechos humanos, como su desplazamiento y reubicación de los activistas y sus familiares, con el objeto de garantizar su seguridad.

Conclusión. Una pregunta necesaria: ¿Qué es el ambiente en un mundo globalizado?

La reflexión sobre la naturaleza global del bien jurídico ambiental nos induce a una respuesta aparentemente evidente, pero explicitar su contenido ayuda a su reflexión. En este sentido, si se asume pacíficamente que el desarrollo tecnológico afecta la calidad del medio ambiente, por lo que hablaríamos de una especie de determinismo ambiental, el dilema ético y bioético se evidencia, pues la capacidad del ecosistema mundial, de tolerar las afectaciones al medio ambiente que cada uno de nosotros como individuo es capaz de realizar no se compara con la capacidad de contaminación industrial, por lo que se debe examinar el tema de la responsabilidad de las industrias, en virtud del principio del Derecho Ambiental, “*quien contamina, paga*”, pero también se requiere el análisis de la equidad en la



distribución de los daños ambientales, lo cual constituye una discusión de carácter ético, y que se abraza con el “*principio de solidaridad*”.

Quien mayor contaminación produce al medio ambiente (la industria) es incapaz de sufrir directamente las consecuencias del daño ambiental por ella producido, por su condición de persona moral, ficción creada por el Derecho. Si se aceptara el determinismo tecnológico industrial, sin cuestionar las principales implicaciones bioéticas del sistema poscapitalista en la posmodernidad, carecería de sentido trabajar en el fortalecimiento y aplicación de un Derecho Ambiental fuerte, capaz de garantizar sus postulados respecto a la protección de las generaciones futuras y de la concepción geocéntrica del derecho ambiental, así como la protección de los activistas ambientales en diversas partes del mundo.

Restrepo (2013) entiende que la discusión sobre el determinismo/ indeterminismo es, más que una discusión filosófica, una cuestión ética, relacionada con la libertad y la justicia, una reflexión sobre un problema ético con implicaciones metodológicas. De ahí que la reflexión sobre la globalización del bien jurídico ambiental no se satisface con la afirmación de su carácter transnacional e interdisciplinario. Una reflexión de esta naturaleza tiene que dar cuenta sobre la justicia respecto a la distribución de las riquezas en el mundo, sobre el acceso a la salud, a la vivienda, al agua potable para consumo humano, a la alimentación, a la seguridad en la vejez, el sano desarrollo de la infancia y adolescencia y el derecho de las mujeres a ser vistas y consideradas como entes de derecho, en igualdad de condiciones que los hombres (o dicho de una manera más democrática, sobre el derecho de los individuos a ser considerados personas con independencia de su capacidad adquisitiva o de consumo, de su sexo, preferencias y prácticas sexuales).

El determinismo anula la libertad y reduce los fenómenos (humanos, sociales y físicos) a procesos maquinales, determinados por relaciones causales lineales, en las que no hay lugar a la libertad, la intencionalidad ni la creatividad (Restrepo Ochoa, 2013). Aceptar esta postura implicaría la renuncia a toda posibilidad de cambio respecto al desarrollo y aprovechamiento de la tecnología para fines más nobles. Para Gilbert Galassi (2009), *las ciencias sociales en general no han reconocido en los individuos una capacidad de agencia. Así vistas las cosas, pareciera que las disciplinas sociales trataran la realidad social como un programa computacional* En contraposición, encontramos en Mahner y Bunge (2001) el reconocimiento



de la capacidad del individuo de realizar actos voluntarios con propósito, desde las ciencias de la psicología. El determinismo social, por tanto, conlleva cuestionamientos éticos, tales como el borramiento del sujeto (el ser humano), convirtiéndolo en otro integrante más del mundo físico, y la naturalización de la injusticia. Al desaparecer el concepto de libertad se vuelven intangibles las diferencias entre el bien y el mal, las desigualdades no pueden ser atribuidas a relaciones sociales y humanas, sino a las condiciones en que están dispuestas en la naturaleza (legitimando la pobreza, la exclusión y las guerras, lo que puede ser explicado al margen de la voluntad y libertad humana en la toma de decisiones).

En el Derecho ambiental, este determinismo tecnológico implicaría la vulneración de los principios sobre los cuales se ha construido esta rama del Derecho, negando sin buenas razones la responsabilidad por los actos de los agentes contaminantes, así como la responsabilidad por la omisión de las buenas prácticas en materia de gobernanza ambiental.

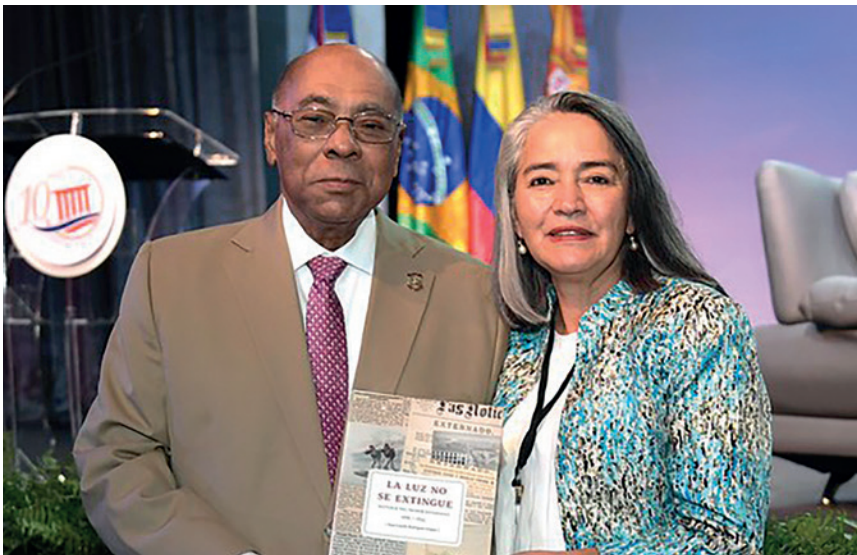
Williams y Edge (1996) sostienen que la tecnología tiene impactos necesarios y determinados sobre el trabajo, la vida económica y la sociedad como un todo, por lo que el proceso de globalización como una realidad consumada ha producido efectos significativos sobre el medio ambiente y los recursos naturales. Sin embargo, hay preguntas ambientales a las que no se encuentran respuestas solo desde el Derecho. Ilustraremos esta realidad con esta pregunta final: ¿Es ética la distribución de las riquezas, de la pobreza, del bienestar, del trabajo en la postmodernidad y el consumismo?

Bibliografía

- Bauman (Zygmunt), *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México 2003.
- Bauman (Zygmunt), *Miedo Líquido*, Paidós, Barcelona, 2007.
- Bergoglio (Francisco), *Encíclica Laudato Si': Sobre el Cuidado de la Casa Común*.
- Bermúdez Soto (Jorge), *Globalización y Protección ambiental. Amenazas, tendencias y desafíos del derecho internacional del medio ambiente*.
- Blanco (Hernán), Togeiro de Almeida y Gallager (Kevin P.), *Globalización y medio ambiente*, Lecciones desde Las Américas, Chile, RIDES-GDAE, 2005.
- Canónico Sarabia (Alejandro), *La defensa del medio ambiente en la globalización económica*, Universidad de Monte Ávila.



- Capra (F.), *La trama de la vida: una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, Barcelona, Anagrama.
- CividanesVásquez (Gabriela), *El derecho al agua potable*, tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 2018. El Global Climate Risk Index, en http://www.preventionweb.net/files/8658_cri2009.pdf
- Franza (J. A.), *Manual de Derecho Ambiental*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, Argentina.
- Globalización y su impacto en el derecho constitucional.
- García Miguel, *Globalización y Medio Ambiente*.
- Gilbert-Galassi (Jorge), *Entre el determinismo y el libre albedrío en el mundo social. Principio socioantropico*, Universidad de Viña del Mar, Eikasia, Rev. de Filosofía, año IV, Chile, 2009.
- IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change). *Climate Change 2001. The Scientific Basis*. Cambridge University Press, 2002.
- Mahner (M.) y Bunge (M.), *Fundamentos de Biofilosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- Mejía (Teresa), *La globalización y sus efectos en el medioambiente*, 2005.
- Menotti (Victor) y Sobhani (Ladan), *Globalization and Climate Change*, The Ecologist, 29, mayo-junio 1999, n° 3.
- Morales Muñoz (Sergio), *Reflexiones jurídicas, políticas y sociales del entramado ambiental dominicano*, Santo Domingo, GFDD/Funglode, 2018.
- Naredo (José Manuel), *Cuantificando el capital natural. Más allá del valor económico*, Ecología Política, n°16 en la-globalizacion-a-la-ecologia-1277.html
- Organización de las Naciones Unidas *Declaración de Dublín sobre el agua y el 27 desarrollo sostenible*, Río de Janeiro, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente.
- Restrepo Ochoa (Diego), *Determinismo/indeterminismo y determinación: Implicaciones en el campo de la salud pública*, Rev. Fac. Nac. Salud Pública, Colombia.
- Rodríguez Murillo (Juan Carlos), *Globalización y medio Ambiente*, 2007.
- Sanmartín (J.), *Tecnología y futuro humano*, Barcelona, España, Anthropos, 1990.
- Saruwatari Zabala (S/F), *Origen del concepto generaciones futuras en el derecho internacional de los derechos humanos*.
- Winner (Langdon), *La ballena y el reactor: una búsqueda de los límites en la era de la alta tecnología*, Barcelona, Gedisa, 1987.



Prof. Olga Lucía González Parra

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Tributación de la Universidad de los Andes y magíster en Tributación de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeñó como subdirectora operativa, subdirectora de Infracciones Aduaneras y Asesora del director de la Dirección de Aduanas Nacionales. También ha sido administradora de Impuestos, jefe de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Personas Jurídicas de Bogotá y asesora del director de Impuestos Nacionales para la defensa judicial de las normas tributarias. Consultora del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias –CIAT– en temas tributarios y aduaneros. Actualmente se desempeña como directora del Departamento de derecho fiscal de la Universidad Externado de Colombia, donde desarrolla actividades de docencia e investigación.

Los embates de la globalización a la capacidad impositiva: la justificación del poder tributario en un mundo sin barreras

INTRODUCCIÓN

Hablar de poder tributario en el contexto globalizado implica, necesariamente, abordar la discusión actual sobre el debilitamiento del Estado como principal estructura del poder público y, en particular, la tan anunciada “crisis” de su soberanía¹. Dado que esta tarea requiere, a su vez, de una ubicación en el contexto histórico sobre la evolución de la noción de “Estado-nación”, empezaremos por esbozar esa contextualización.

La construcción de la idea del “Estado-nación” inició en Europa occidental, a partir del siglo XVI, con la pretensión de que una población que compartía un pasado en común y expectativas futuras reclamara el control soberano y absoluto respecto de sí misma. La nueva noción de Estado requería, entonces, de un sustento filosófico distinto del que había fundamentado la ordenación del poder político hasta ese momento. Fue el advenimiento de las revoluciones liberales, en Europa, y de las guerras de independencia, en América, el contexto que proporcionó la base requerida para la edificación de una nueva idea de Estado, pues con dichos eventos terminó de consolidarse el proceso histórico que dio forma al concepto de “Nación” como única detentadora del poder político legítimo y, con ella, se dio paso al entendimiento del Estado como la principal forma

1 Entre otros, ver BAUMAN, 2001, y, para el contexto latinoamericano, PULIDO (Bernal), 2005.



de ordenación de ese poder nacional. Así pues, a la luz de la concepción moderna, la Nación pasó a ser —en reemplazo de Dios, quien lo fue en el medioevo— la entidad que daba fundamento y origen al Estado y, de suyo, quien lo dotaba de autoridad para “ordenar” la vida en sociedad mediante la producción de la ley y su posterior ejecución.

Pero, dado que la Nación era, además, una colectividad con rasgos culturales comunes, la misma quedaba circunscrita —al menos, teóricamente— a una ubicación espacial determinada (*i.e.*, un territorio) y, con ello, la actuación y la tutela del Estado solo podrían proyectarse sobre esa jurisdicción territorial. De ahí que el ejercicio soberano de los poderes concedidos por la Nación al Estado se cimentara, en el plano internacional, sobre el concepto westfaliano de “soberanía” que había campeado en Europa occidental, por lo menos, desde 1648. Conforme a esa conceptualización, el Estado era la máxima autoridad dentro de su territorio, y en ese sentido, era autónomo para dictar su propia ordenación dentro de los límites de dicho espacio geográfico, sin que se admitiera la injerencia de poderes externos.

Tal concepción de la soberanía dio lugar a la “coexistencia de una multiplicidad de Estados, cada uno soberano dentro de su territorio, iguales todos con respecto a los demás y libres de cualquier autoridad externa” (Gross, 1948).

Para Bauman (2001), esa autonomía de los Estados modernos se estructuraba sobre un “trípode” de soberanía militar, económica y cultural. Estos aspectos de la soberanía nacional consistían, respectivamente, en la aptitud para “defender eficazmente el territorio contra los embates de otros modelos de orden, interiores o exteriores al reino”; la capacidad de “equilibrar las cuentas de la economía nacional” —que es la que más interesa a los efectos de esta presentación—; y la aptitud para “reunir recursos culturales suficientes a fin de sostener la identidad y particularidad del Estado a través de la identidad de sus súbditos”.

Dada la magnitud de esas exigencias, eran pocas las poblaciones que lograban reunir las dimensiones y recursos suficientes para reclamar el reconocimiento como “Estado soberano”; y, por la misma razón, su interacción en la “escena global” quedaba reducida a las gestiones necesarias para “garantizar internacionalmente” la observancia de las fronteras que separaban y encerraban el territorio dentro del cual cada Estado ejercía su soberanía. En resumidas cuentas, “... la imagen del ‘orden global’ se reducía a la suma de órdenes locales, cada uno de ellos



sostenido por el eficaz poder de policía de un solo Estado territorial” (Bauman, 2001).

Pero, al tiempo que se edificaban las bases de la independencia de los Estados- nación, la modernidad produjo una forma de organización económica de escala mundial que, en últimas, logró conectar a todos los pueblos. Dicho de otro modo, mientras los Estados europeos reclamaban ser reconocidos como soberanos al interior de sus límites territoriales, ellos mismos se erigían como imperios ultramarinos, con colonias en los otros cuatro continentes, sin que fueran apreciables las circunstancias culturales que justificaban la adhesión de los territorios ultramarinos. Así, en la modernidad, los Estados europeos construyeron las redes de comercio internacional que dieron lugar a un modelo económico capitalista y globalizado. Este fue el caso, *v. gr.*, de las redes de tráfico de esclavos africanos hacia las colonias americanas, que se tejieron con la finalidad de su participación en el proceso productivo de los bienes que serían trasladados a Europa o vendidos en el resto del mundo (*e. g.*, azúcar, ron, algodón).

Desde esa perspectiva, la historia demuestra que la modernidad no solo vio nacer a los Estados soberanos, sino que observó la ruptura entre la ordenación política y la ordenación económica, pues la economía capitalista se estableció, desde sus inicios, como un sistema global, descentralizado e interdependiente, lo que era novedoso comparado con el orden económico que predominaba en los imperios de la antigüedad, en donde los recursos eran enteramente administrados desde la ubicación geográfica en que se localizaba el centro del poder político.

Pues bien, ese fenómeno económico global del mercado fue asegurado cuando el debilitamiento de los Estados europeos —resultado de las dos guerras mundiales— y la escasez del período de postguerra pusieron en evidencia la necesidad de matizar las barreras que hasta entonces se habían impuesto al tráfico internacional de capitales, bienes y personas. Más aún, ese contexto de recesión económica permitió que Estados Unidos y la Unión Soviética surgieran como las nuevas grandes potencias mundiales y dividieran al mundo en dos polos durante la Guerra Fría. Así, en la segunda mitad del siglo XX, ambos construyeron nuevas redes de interacción interestatal (*e. g.*, la OTAN, la OEA y el Pacto de Varsovia), dirigidas no solo a evitar el ataque de la otra potencia mundial, sino, también, a potenciar el intercambio comercial y tecnológico gestado en el seno de la competencia bipolar.



De ese modo, y gracias a la revolución de las tecnologías, de las comunicaciones y del transporte que tuvo lugar en el siglo XX, la economía capitalista comenzó a mutar hacia un sistema neoliberal que terminó de difuminar los límites territoriales entre los Estados soberanos. Es a este proceso de desmantelamiento de las barreras de protección estatal de la economía, encaminado a facilitar el libre tránsito de capitales y mercancías (Stiglitz, 2002) al cual, en adelante, nos referiremos bajo el rótulo de “globalización”².

Para Stiglitz (2002), fue el afán expansionista de las grandes empresas norteamericanas y europeas el que —apoyado en la ideología neoliberal pregonada por los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña— dio origen a la globalización como la conocemos hoy en día. En particular, el autor relata cómo las políticas económicas del neoliberalismo fueron extendidas al mundo en vías de desarrollo a través del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), quienes lograron comprometer políticamente la voluntad de los países menos desarrollados para que disminuyeran sus barreras arancelarias y la intervención oficial en la economía, todo bajo el ofrecimiento de financiación para la ejecución de políticas públicas, que habría de conducir al mundo en desarrollo a lograr la tan anhelada soberanía fiscal (*i.e.*, autonomía económica respecto del mundo desarrollado).

Las últimas décadas del siglo pasado vieron, pues, crecer la interdependencia de los Estados soberanos que antes habían buscado resguardar a toda costa su albedrío. Asimismo, atestiguaron el robustecimiento de la economía globalizada y de las empresas multinacionales, cuya presencia internacional terminó siendo asegurada por las políticas económicas a las que los países del mundo se comprometieron en el seno de distintas organizaciones internacionales. Esta situación no solo ha producido, en múltiples oportunidades, retrocesos sociales y económicos para los países en vías de desarrollo sino que, de hecho, ha incidido en una pérdida de soberanía económica de los Estados-nación, cuyas decisiones “autónomas” hoy se encuentran sustancialmente limitadas por los compromisos

2 Por supuesto, con esta definición no pretendemos desconocer las causas y efectos del mismo proceso en relación con otros aspectos de la vida en sociedad, como la creciente consciencia de la persona humana de vivir en un ambiente interconectado, las implicaciones que ello tiene en cuanto a la homogenización de las costumbres y la cultura, el incremento de las migraciones, etc. Simplemente, limitamos así el concepto, buscando circunscribir el problema que motiva la ponencia.



políticos adquiridos en la esfera internacional; o, en palabras de Bernal Pulido (2005), “ha implicado la pérdida, en un grado elevado, del control que tiene el Estado sobre su propia economía”.

Con fines ilustrativos, Stiglitz (2002) refiere la situación de varios Estados de África occidental que, gracias a la presión del FMI y el Banco Mundial, eliminaron los sistemas de “juntas de comercialización” de productos agrícolas (dedicadas a comprar dichos bienes de los agricultores y comercializarlos internamente y en el exterior) y, como resultado, se vieron perjudicados por el surgimiento de monopolios y mafias locales que redundaron en la reducción de los ingresos del gobierno y el crecimiento de la desigualdad social.

Análogamente, con ocasión de las restricciones que los compromisos internacionales suponen para los Estados latinoamericanos, Bernal Pulido (2005) expone que la globalización ha repercutido en “un déficit de representación política”. En su criterio, es así puesto que nuestra voluntad (*i. e.*, la latinoamericana) no interviene en igualdad de condiciones en la conformación de la voluntad global; al tiempo que, en el ámbito nacional, en el que en teoría aún alguna influencia debería tener, nuestra voluntad pierde terreno por la influencia del ámbito global. Por ello, para Bernal, “[n]o solo no somos ciudadanos en el ámbito global, sino que somos menos ciudadanos en nuestro propio Estado, cuyas decisiones democráticas cada vez significan menos en su propio territorio”, todo porque el Estado no solo deja de actuar, sino que “incluso actúa de conformidad con los dictados del capitalismo global”.

En igual dirección, la CEPAL (2002) ha destacado que, si bien el ejercicio de la ciudadanía y la democracia siguen siendo locales, en el plano internacional aún no existen mecanismos de toma de decisiones que posibiliten la adecuada representación de los intereses de los países y de los sectores sociales menos poderosos.

Por supuesto, el poder tributario, que no es más que una manifestación de la soberanía económica del Estado, no ha sido ajeno a ese fenómeno de “crisis” del Estado-nación. Precisamente, a la reflexión sobre la particular incidencia de la globalización en nuestro ámbito se dedican las siguientes páginas. Con ese objeto, primero, abordaremos el concepto de “poder tributario”, desde la perspectiva constitucional, después nos referiremos a su crisis actual, para destacar los principales problemas que se derivan de la globalización económica y, por último, propondremos nuestras conclusiones.



I. PODER TRIBUTARIO: CONTENIDO Y ALCANCE

La acepción “poder tributario” corresponde a una de las dos expresiones de un concepto más amplio: el “poder fiscal”; este engloba el conjunto de facultades normativas, de gestión y de disposición que posibilitan la ordenación de un sistema de ingresos y gastos dirigido a la materialización de los fines del Estado. Dicho poder fiscal cobra, entonces, una triple dimensión, pues su ejercicio no se agota en las solas construcciones normativas, sino que abarca las potestades administrativas necesarias para la aplicación de esa preceptiva y, también, la capacidad de apropiar los recursos que sean recaudados, con miras a gestionarlos conforme a las disposiciones legales que regulan su ejercicio (Insignares & Sánchez, 2010).

Concretamente, el poder tributario —separado ya del ámbito presupuestario— se circunscribe a las competencias concedidas constitucionalmente a los distintos órganos y entidades del Estado para que decreten y recauden los gravámenes con los cuales habrá de levantarse el gasto público. Se trata, por tanto, de una concreción del atributo de “soberanía económica”, que es esencial para la construcción del trípode soberano en el cual se cimienta el andamiaje estatal, conforme a la tesis defendida por Bauman (2001). En ese orden de ideas, el tributo es entendido como un recurso que el Estado obtiene por medio de la coerción que se deriva de su poder soberano, el cual ha sido expresado por el legislador en forma de norma jurídica y luego, materializado gracias a la actuación de la Administración, quien se encarga de realizar el recaudo (Jarach, 1996).

En esa medida, esto es, dado que representa un auténtico ejercicio de soberanía nacional, en principio, el poder tributario está exclusivamente sometido a las limitaciones fijadas en la Constitución³ y demás disposiciones de orden interno, sin que sean admisibles intervenciones foráneas en el diseño del sistema impositivo ni en los procedimientos que conducen a su efectiva aplicación. No obstante, en la actualidad, el fenómeno de la globalización plantea serios cuestionamientos acerca de ese razonamiento tradicional, pues la masificación de las transacciones transfronterizas conduce a que una misma manifestación de capacidad económica pueda resultar gravada en múltiples

3 Ello significa que, en el contexto de un Estado de derecho, el ejercicio del poder tributario estaría sometido a las garantías constitucionales, de modo que el individuo solo deba el tributo que prevé la ley y lo deba en las precisas condiciones que en ella se reglamentan (SAINZ DE BUJANDA, *Estado de derecho y Hacienda pública*, 1951).



Estados o, en cambio, que dicha capacidad no esté sujeta a ningún tributo alrededor del mundo; y ello demuestra la necesidad de ahondar en los mecanismos de cooperación interestatal. La comprensión de esa afirmación requiere una mayor contextualización sobre los instrumentos que se emplean para manifestar ese poder soberano. Veamos:

A. Justificación del ejercicio de poder tributario: la capacidad contributiva y los criterios de sujeción

En los Estados democráticos que adoptan modelos económicos de corte capitalista, la garantía de las libertades particulares —en especial, de la propiedad privada y de la libre empresa— impide que el sector público acapare la titularidad de los medios de producción. Por ello, la financiación del gasto público se logra a través del sistema impositivo, que es el mecanismo mediante el cual se traslada el costo de la actividad estatal a la economía privada, para que aquel sea sufragado con una porción de las ganancias que esta produzca. De ahí que Fortsthoff (1986) haya señalado que los Estados democráticos son, en esencia, “Estados impositivos”.

Ahora bien, dado que el Estado democrático es, además, un Estado de derecho, los hechos que dan lugar a la imposición solo pueden determinarse atendiendo a criterios de justicia; o, en palabras de Sainz de Bujanda (1963), el Estado “sólo puede organizar la materia imponible con sujeción a criterios de justicia, de los que únicamente podría prescindirse dando paso a un régimen de opresión o, cuando menos, de frívolo arbitrarismo fiscal”. En efecto, ese fundamento axiológico goza de reconocimiento en la mayor parte de las constituciones modernas, las cuales sustentan el deber de concurrir al financiamiento del gasto público, no solo en el poder del Estado, sino en los principios de solidaridad y justicia.

Por regla general, esas máximas son cristalizadas por los Estados a través del principio de “capacidad contributiva”, en virtud del cual los contribuyentes sólo están obligados al pago de los tributos en la medida en que cuenten con una cierta aptitud para soportarlos. Según Rodríguez Bereijo (1992) esta aptitud —entendida en términos *absolutos*⁴— es

4 El profesor español, además, explica que hay una segunda acepción de la noción de capacidad contributiva, como “capacidad contributiva relativa”. Conforme a esta segunda conceptualización, la capacidad



la razón de ser del “*hecho mismo de contribuir*”, de modo que constituye “el elemento indisociable de la tipificación legal impositiva que legitima constitucionalmente el tributo”. Desde esa perspectiva, el gravamen se debe al Estado no sólo porque este puede exigirlo, sino porque el sujeto pasivo puede pagarlo, es decir, porque “*tiene capacidad económica* para soportar el gravamen tributario” (Rodríguez Bereijo, 1992).

Esta concreción del postulado de justicia formal puede aparecer textualmente enunciada en la Constitución, como ocurre, *e. g.*, con el artículo 75.6 de la Norma de normas dominicana, según el cual “tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva” constituye un deber de la persona. Asimismo, el artículo 53 de la homóloga italiana de 1947 determina que “*Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva*”; también el artículo 31 de la Carta española de 1978 indica que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica”; al tiempo que la Constitución chilena de 1980 garantiza “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas” (artículo 20); y la brasilera de 1988 prescribe que “*(...) os impostos (...) serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*” (artículo 145, párrafo 1.º).

Pero también puede ocurrir que la enunciación del principio de capacidad contributiva esté implícita en el texto superior y que, por ello, sean los operadores jurídicos (guiados por el tribunal constitucional) quienes deban afirmarlo a partir de una interpretación sistemática de las disposiciones de la Carta. Este es, por ejemplo, el caso de la Constitución alemana de 1949, cuyo artículo 106.3 ordena a la Federación y sus Estados evitar la sobrecarga de los contribuyentes (“*Die Deckungsbedürfnisse des Bundes und der Länder sind so aufeinander abzustimmen, daß ein billiger Ausgleich erzielt, eine Überbelastung der Steuerpflichtigen vermieden und die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet gewahrt wird*”); y

contributiva es “la medida, razón o proporción de cada contribución individual de los sujetos obligados al sostenimiento de los gastos públicos”, de manera que el tributo se debe “según la capacidad que se tiene”; y, por ello, el principio “ha de tener su reflejo en el hecho imponible y en los elementos esenciales que determinan la cuantificación del tributo” (cursivas originales). Aunque son esos dos aspectos que la doctrina, sobre todo italiana, suele distinguir dentro del concepto de capacidad contributiva, *i.e.*, “la capacidad absoluta y la capacidad relativa”, a los efectos de esta presentación nos interesa esencialmente la primera de esas definiciones y es, por ello, la única a la que nos referiremos.



también, de la Carta costarricense de 1949, cuyo artículo 18 prevé que, entre otros deberes ciudadanos, “los costarricenses” están compelidos a “contribuir para los gastos públicos”. Lo propio acontece respecto de la Norma de normas colombiana, cuyos artículos 95.9 y 363 se limitan a expresar, respectivamente, que “*todos*” los ciudadanos tienen el deber de contribuir al financiamiento del gasto público “dentro de conceptos de justicia y equidad” y que el sistema tributario se funda tanto en el principio de equidad como en el de progresividad⁵.

Para la doctrina internacional, ese tipo de enunciados normativos constriñen al legislador a formular los hechos generadores de acuerdo con índices (directos o indirectos) de esa *idoneidad subjetiva*; y, de otro, impide que se exija a los obligados cuantías superiores a las que les correspondan, según su *aptitud para contribuir*. A partir de ese entendimiento, entre otras, la Corte Constitucional colombiana ha sintetizado que la capacidad contributiva del sujeto pasivo es un factor que limita la facultad impositiva del Estado⁶ “tanto para crear un gravamen como para exigirlo”, de forma tal que debe haber “una correlación entre la imposición y un índice así sea mínimo de riqueza o de capacidad económica del sujeto obligado”. De ahí que la legitimidad de la imposición dependa, en primer grado, de que esta se erija sobre una premisa de abstracta aptitud para contribuir.

Tenemos, entonces, que el principio de capacidad contributiva es el que permite, en el contexto de un Estado de derecho, que la realización del poder tributario (producto de la soberanía nacional) esté debidamente sustentada en los postulados de solidaridad y justicia. Pero acontece que, allende de esa consideración, es preciso establecer por qué una manifestación de capacidad contributiva queda vinculada a un Estado en particular, de modo que se justifique el poder que este tiene para gravarla, pues nada

5 Para afirmar la existencia y vinculatoriedad del principio de capacidad contributiva, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha interpretado los artículos 95.9 y 363 *ejusdem* en forma sistemática con el principio de solidaridad, la garantía de la dignidad humana, la cláusula de Estado social de Derecho (todos ellos en el artículo 1.º), la protección de la libertad de empresa (artículo 333) y los amparos fundamentales a la propiedad privada. Estos son, además de los descritos por el artículo 58, inciso 1.º, la prohibición de confiscación (artículo 34) y los límites a la expropiación y a la ocupación del dominio privado (artículos 58, inciso 4.º, y 59). Entre otras, véanse las sentencias C- 015 de 1993, C-333 de 1993, C-183 de 1998, C-261 de 2002, C-776 de 2003, C-209 de 2016 y C- 293 de 2020.

6 Fallos C-252 de 1997, C-913 de 2003, C-492 de 2015, C-388 de 2016, C-606 de 2019 y C-293 de 2020.



parece impedir, por ejemplo, que un Estado exija tributos a individuos extranjeros por hechos ocurridos dentro de su territorio; y, en cambio, no parece justo que un Estado tenga derecho a hacerse a una porción de riqueza a cuya creación no contribuyó siquiera indirectamente.

Esa es, precisamente, la función técnica que se ha asignado a los denominados “criterios de sujeción fiscal”, mediante los cuales se construye jurídicamente el vínculo que una a la riqueza gravada con el Estado que exige el pago del tributo. En síntesis, las normas reguladoras de cada impuesto se valen, bien de criterios de conexión *personal* o de criterios de conexión *real* o *territorial* para justificar el derecho del Estado a la exacción (Muñoz & Zornoza, 2010); pero la forma concreta de cada criterio dependerá del impuesto de que se trate, esto es, de la específica manifestación de capacidad económica que a través de esa figura se someta a imposición.

Así, mientras el consumo normalmente se grava en el *destino* con tributos indirectos (como el IVA), que conceden potestad impositiva conforme a la ubicación del consumidor, la producción suele gravarse en el *origen* con mecanismos directos (como los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio), los cuales usualmente asignan potestad tributaria en virtud de la ubicación física de los factores de producción (Piza, 2021).

Ahora bien, cada Estado decide “soberanamente” qué puntos de conexión sirven para aplicar sus impuestos y, en ese contexto, despliega su poder tributario indisponible e irrenunciable, con miras a elegir los criterios que determinan la sujeción a sus impuestos y elevar estos criterios a normas positivas. Dicho de otro modo, el poder tributario se ejerce a efectos de decidir si el Estado exigirá un determinado tributo en virtud de un criterio personal, de uno territorial, o de ambos simultáneamente, sin que ese ejercicio soberano haya sido limitado por el Derecho público internacional. Ello es así, puesto que no existen normas supranacionales que rijan el diseño del sistema impositivo interno, como sí se encuentran en el orden internacional disposiciones que proscriben el despliegue de soberanía en otras áreas, *v. gr.*, las que establecen la inviolabilidad de los diplomáticos y de las embajadas o las que prohíben la tortura y el uso de la fuerza.

Bajo ese contexto y dada la falta de preceptos que armonicen los poderes ejercitados por unos y otros Estados, es factible que la legislación tributaria de una jurisdicción sea aplicable a hechos realizados en otra, siempre que esos hechos guarden con aquella una determinada relación



(Muñoz & Zornoza, 2010). Particularmente, en lo que concierne a los mecanismos impositivos directos, como el impuesto sobre la renta, son los criterios de fuente (*real*) y de residencia (*personal*) los que determinan la existencia de un vínculo entre el Estado y la riqueza que se produce, o entre aquel y el sujeto que la obtiene, de modo que el poder para exigir el tributo se explica sobre la base de esa conexión⁷. En virtud del criterio de la fuente, el tributo recae sobre la renta producida o el patrimonio poseído al interior de un país; al paso que, en virtud del criterio de la residencia, se grava la renta producida o el patrimonio poseído por los residentes en cualquier lugar del mundo⁸.

Así, por ejemplo, si un residente fiscal colombiano vende una casa ubicada en República Dominicana, Colombia podría considerar que tiene derecho a gravar el ingreso producto de la venta, como en efecto sucede, conforme al artículo 9.º del Estatuto Tributario. Pero, al mismo tiempo, con base en un criterio de sujeción real o territorial, República Dominicana podría estimar que el mismo ingreso debe someterse a imposición en su jurisdicción, conforme a la letra *a*) del artículo 272 del Código Tributario.

En esas condiciones, es apenas natural que los ejercicios de poder soberano colisionen y se superpongan respecto de una misma situación fáctica, de modo que múltiples Estados consideren (simultáneamente) que tienen derecho a gravar una determinada manifestación de capacidad económica. Es así como surge el fenómeno de la sobreimposición internacional que, como bien habrá anticipado el lector, se agrava en el contexto de la globalización, pues las redes comerciales cada día tienden a una mayor internacionalización. Asimismo, habrá podido anticipar que el fenómeno de la sobreimposición desestimula el libre movimiento de bienes, capitales y personas al que apuntan

7 Si bien en el derecho comparado se encuentran criterios reales y personales adicionales a los de la fuente y la residencia (*v.gr.*, el criterio de origen y el criterio de la nacionalidad, real y personal, respectivamente), fuente y residencia han sido los más ampliamente acogidos en el mundo y, por esa razón, centramos en ellos nuestro interés.

8 Nos referiremos principalmente a las vicisitudes de la imposición directa en el plano internacional, porque existe una práctica interestatal generalizada de excluir a las exportaciones de imposición indirecta y ello genera una armonía internacional entre los criterios de sujeción propios de los impuestos indirectos, como el IVA. Esta tendencia a excluir de imposición indirecta a la exportación de bienes y servicios puede explicarse por el hecho de que la política exterior a menudo busca favorecer el posicionamiento de empresas nacionales en mercados extranjeros y, en esa medida, la desgravación permite que los productos nacionales sean más competitivos, en términos de su precio de enajenación. Por ello, pierde interés detenerse a analizar detalladamente las problemáticas que puedan surgir frente al IVA en el plano internacional.



las políticas económicas de corte neoliberal adoptadas por buena parte de los Estados del mundo, según describimos en la introducción.

De ahí que los Estados soberanos concurren a buscar soluciones consensuadas al problema en cuestión (*i.e.*, el de la sobreimposición internacional); y, en ese empeño, incluso accedan a renunciar parcialmente al derecho a gravar ciertos tipos de riqueza, con la esperanza de fomentar la inversión extranjera o la exportación de bienes y servicios. En el siguiente acápite abordaremos el desafío que esas soluciones plantean frente al entendimiento tradicional del poder tributario.

B. Limitaciones internacionales al ejercicio soberano del poder tributario

En el contexto que hemos descrito, la globalización plantea un conflicto puntual frente al ejercicio de la soberanía fiscal: los tributos internos inciden en las conductas de los agentes del mercado y su desarticulación internacional puede incluso desincentivar el comercio transfronterizo, esto es, puede impedir que se cristalice el principal beneficio del modelo económico en el plano global. Pero, además, desde la perspectiva jurídica, no puede perderse de vista que el principio de capacidad contributiva exigido constitucionalmente ha de consultar la verdadera aptitud del sujeto pasivo para soportar la exacción, de modo que, en el mundo globalizado, cabría examinar si el Estado está llamado a evitar que el solapamiento de tributos nacionales y extranjeros impida al individuo tomar parte en la sociedad global.

En ese orden de ideas, tanto la suscripción de convenios internacionales para evitar la doble imposición (CDI, en lo sucesivo) como la construcción de comunidades internacionales se han levantado como los ejemplos más evidentes de la renuncia voluntaria de los Estados al despliegue de su poder tributario soberano, todo con la finalidad de participar de los dividendos que, según la promesa de la globalización, produce el comercio exterior. A continuación hondaremos en ambos asuntos.

(i) Los convenios para evitar la doble imposición

En términos generales, es sabido que uno de los principales factores que ha conducido a la relativización del concepto westfaliano de soberanía



nacional corresponde a la celebración de tratados internacionales a partir de los cuales los Estados firmantes adquieren derechos y obligaciones en el marco del Derecho público internacional. Al respecto, ya en 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional (antecedente de la Corte Internacional de Justicia) advertía que “todo convenio que engendra una obligación implica también una restricción del ejercicio de los derechos soberanos del Estado, pues imprime a este ejercicio una determinada dirección”, habida cuenta de que la facultad de contraer compromisos internacionales es “precisamente un atributo de la soberanía del Estado”.

En lo que respecta a la materia fiscal, aunque existen múltiples instrumentos de derecho internacional que incorporan cláusulas de contenido tributario (*v.gr.*, tratados de libre comercio o sobre el tratamiento de diplomáticos), a los efectos de esta presentación, merecen especial atención las obligaciones de carácter transnacional a las que se comprometen los Estados con miras a evitar la doble imposición (CDI).

Mediante estos acuerdos, generalmente de carácter bilateral, los Estados parten de la consideración de que la capacidad económica de los contribuyentes de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio ya no puede ser analizada desde una perspectiva exclusivamente local, pues la riqueza que estos producen en ocasiones se explica por actividades o bienes ubicados por fuera de sus fronteras territoriales. Dado ese supuesto y teniendo presente que la capacidad contributiva de los sujetos es indisociable, mediante los CDI los Estados establecen reglas de reparto de las potestades tributarias que previamente habían consignado en sus legislaciones internas. Además de esas disposiciones, los países contratantes acceden a reconocer a los contribuyentes métodos de eliminación de la doble tributación, para los casos en que las reglas de reparto sean insuficientes.

A esos efectos, los CDI hacen uso de dos categorías, a las que nos referimos en el acápite anterior: de un lado, el criterio de sujeción personal de la residencia y, de otro lado, el criterio de sujeción de la fuente. En la práctica, el resultado de evitar la doble imposición normalmente se alcanza mediante una serie de disposiciones distributivas que indican cuál de los Estados signatarios (el de la fuente o el de la residencia) queda facultado para gravar un tipo concreto de ingreso, y en qué medida. Así, con ocasión de un acuerdo de derecho público internacional, uno de los países firmantes (normalmente el de la fuente) se compromete a renunciar a gravar una manifestación de riqueza que su derecho interno le permitía someter



a imposición; y, en los casos en que esas normas de reparto reconozcan potestad tributaria a ambos Estados, el de la residencia se compromete a reconocer el impuesto que el contribuyente pagó al otro país firmante, a través de un mecanismo para aliviar la sobreimposición.

Con fines ilustrativos, considérese que el artículo 7 de esos tratados suele determinar que cuando un contribuyente obtiene utilidades empresariales (*i. e.*, “beneficios empresariales”, en la terminología de los CDI) el único Estado que puede gravarlos es el de la residencia de quien obtiene el pago, de modo que el Estado en el que se produjeron esas utilidades (*i. e.*, el de la fuente) pierde cualquier derecho de imposición respecto de las mismas⁹, aun cuando su legislación interna le permita exigir el gravamen. Adicionalmente, en vista de que también existen disposiciones que admiten que ambas jurisdicciones gravan un mismo ingreso (*v. gr.*, el artículo 6 sobre “rentas inmobiliarias”), los CDI prevén una disposición (normalmente, el artículo 23) que contiene un “método para eliminar la doble imposición”. Conforme a este tipo de preceptos, se ordena al Estado en el que reside el contribuyente a reconocer que una renta obtenida por este ya fue gravada en el otro Estado contratante y, por ende, compele al país de la residencia a excluir dicha renta de tributación, aunque sus normas internas le concedan potestad tributaria.

La coexistencia de esos dos órdenes jurídicos —es decir, un orden interno que establece un tributo y un orden externo que impide que ese tributo se haga efectivo— ha dado lugar, entre otras, a la adopción de teorías jurídicas tendentes a explicar la implementación de la preceptiva internacional en el contexto doméstico (*v. gr.*, monismo y dualismo)¹⁰ y, particularmente, a indagar sobre la interacción de ambos sistemas. Así, la doctrina y la jurisprudencia internacional se han preguntado sobre el valor jurídico que cabe reconocer a las normas provenientes del Derecho público internacional y su ubicación en la

9 Valga aclarar que esta es apenas la regla general contenida en el artículo 7, pues la existencia de un “establecimiento permanente” habilitaría al Estado de la fuente para gravar los ingresos que sean imputables a ese establecimiento. Sin embargo, abordar ese análisis supera el ámbito del presente documento.

10 En el caso colombiano, por ejemplo, el artículo 93 Superior introduce un sistema dualista en virtud del cual los instrumentos de Derecho público internacional deben ser ratificados por el Congreso y, además, sometidos a un control automático de constitucionalidad, a efectos de que puedan ser aplicados internamente.



tradicional pirámide de Kelsen, pues tales determinaciones, al final, permitirán resolver las eventuales antinomias que se presenten entre ambos órdenes normativos¹¹.

Como expusimos, en lo que concierne a los CDI, los Estados comprometen su libertad de configuración del sistema fiscal para garantizar un régimen tributario específico —*i. e.*, aplicable a ciertos sujetos e impuestos—, el cual no puede ser derogado por el legislador (Castro, 2017). Sobre esa cuestión, acertadamente, Zornoza y Muñoz (2010) indican:

Este tipo de normas se suman al ordenamiento interno (siempre que los tratados y convenios hayan sido válidamente celebrados y aprobados) y no podrán ser modificadas por las leyes nacionales, pero no porque se prediquen relaciones de jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno, sino porque lo impide el principio de competencia que es el que ordena las relaciones existentes entre las disposiciones dictadas por los diferentes entes dotados de capacidad normativa. Esta razón es la que en últimas explica que en la regulación de la mayoría de los impuestos se adopte como una cláusula de estilo la afirmación de que el impuesto se exigirá, salvo las excepciones especificadas en los pactos internacionales (así lo hace, por ejemplo, en el impuesto sobre la renta de las personas jurídicas el artículo 20 del Estatuto Tributario).

Justamente en ese sentido se pronunció la Corte Constitucional colombiana al analizar la exequibilidad del convenio para evitar la doble imposición, suscrito entre Colombia y Suiza. En esa precisa oportunidad (sentencia C-460 de 2010), el Alto Tribunal partió de reconocer el *principio pacta sunt servanda*, según el cual los compromisos internacionales adquiridos por un Estado en el marco de un tratado internacional deben cumplirse de buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el

11 Al menos en el caso colombiano, los referidos conflictos de aplicación de la ley no podrían resolverse, en el caso de convenios de contenido tributario, acudiendo a un criterio de jerarquía, todavez que los únicos instrumentos internacionales que integran el “bloque de constitucionalidad” y, por tanto, se ubican en una posición superior a la de la ley son aquellos que “reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”. Ello, conforme al mandato textualmente establecido por el artículo 93 del Texto Superior, que prevé que dichos convenios “prevalecen en el orden interno”. En consecuencia, el respeto de las obligaciones internacionales adquiridas mediante convenios vendría a garantizarse en virtud del criterio de especialidad, pues esclaro que, en presencia de un convenio internacional, este definirá de modo más específico las situaciones de hecho que queden cubiertas bajo su objeto.



Derecho de los Tratados); y, consecuentemente, concluyó que “... no existe derogatoria alguna de las normas generales en la legislación interna sino una especialidad en la materia regulada en el Convenio bajo estudio”.

En definitiva, a través de los CDI, los Estados contratantes renuncian, así sea parcialmente, a una potestad fiscal que estaba reconocida previamente en su preceptiva nacional. Pero cabe cuestionar si esa abdicación parcial de soberanía efectivamente les permitirá, a través de la eliminación de la sobreimposición internacional, bien garantizar la participación de sus ciudadanos en el comercio transnacional o atraer inversión extranjera y, de ese modo, contribuir al fortalecimiento de la economía local. A la fecha, la experiencia internacional demuestra que, al menos en el contexto de los países en vías de desarrollo, la suscripción de CDI (eminentemente, con países desarrollados) no suele tener un impacto positivo directo en su economía¹² y, en cambio, sí plantea nuevas problemáticas y litigios derivados de la adopción de conceptos foráneos (*i. e.*, extraños a la tradición jurídico-tributaria interna) para la aplicación de los tributos.

Aunado a lo anterior, resulta que las redes masivas de CDI alrededor del mundo no sólo permiten a los contribuyentes eliminar la doble imposición, sino aprovechar nuevos espacios de nula imposición creados, precisamente, por esos instrumentos internacionales. Desde esa perspectiva, los compromisos adquiridos en el plano internacional con miras a paliar la sobreimposición no solo disminuyen el nivel de autonomía que los Estados tienen para exigir los tributos que prevén en su ley interna, sino que distorsionan su capacidad para exigir que los agentes económicos contribuyan al gasto público *de conformidad* con la magnitud de su capacidad contributiva.

(ii) *El soft law*

Pero junto a las limitaciones al concepto de capacidad contributiva que se originan en la suscripción de CDI, no puede perderse de vista que estos instrumentos internacionales son el producto de la negociación entre dos o más Estados, y que esa negociación se lleva a cabo sobre la base de un

¹² Al respecto, véase Peragón Lorenzo, 2013.



modelo de convenio. Es así, pues los países no se sientan a diseñar un CDI sobre una hoja en blanco, sino que parten de un conjunto de disposiciones que previamente han sido evaluadas y moldeadas en el seno de organizaciones internacionales como la OCDE y la ONU (siendo el primero de estos modelos el más empleado a nivel del mundo); y estos documentos, a su vez, son acompañados por guías ilustrativas sobre su contenido que han sido denominadas “Comentarios”.

Desde esa perspectiva, es apenas natural que los operadores jurídicos cuestionen el papel que esos modelos y esas guías ilustrativas tienen en el proceso hermenéutico que precede a la aplicación de los CDI. En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha planteado la tesis de que, si bien no se trata de fuentes de derecho vinculantes para los jueces, la Administración y los particulares, los comentarios de la OCDE han de ser tenidos en consideración, a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones de convencionales. A esos efectos, aunque la postura del Tribunal Constitucional colombiano ha variado sobre la naturaleza de dicha fuente —pues, en unos casos ha planteado que se trata de “un medio de interpretación complementario” (sentencia C-577 de 2009) y en otros, de un “medio auxiliar” (providencia C-460 de 2010)—, la conclusión ha estado dirigida a reconocer su valía al interior del procedimiento hermenéutico.

(iii) *El derecho comunitario*

Lo propio ocurre al interior de los procesos de integración comunitaria, que dan origen a ordenamientos jurídicos que, pese a estar estrechamente vinculados con el orden nacional, son independientes de este. En todos los procesos de integración internacional que han tenido lugar (con el paradigma de la Unión Europea), la creación de las comunidades internacionales ha requerido de la estructuración de un ordenamiento jurídico comunitario compuesto por normas constitutivas (también denominadas “derecho comunitario primario”), las cuales ostentan un carácter *supranacional*; y otros preceptos de carácter “derivado” o “derecho comunitario secundario”, que corresponden a los actos normativos expedidos por las instituciones comunitarias.

Las interacciones entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros se encuentran sometidas a los



principios de intangibilidad, carácter vinculante, aplicabilidad directa, efecto inmediato y preeminencia del ordenamiento comunitario, los cuales rigen al interior de la comunidad y, además, custodian el cumplimiento de los objetivos de la integración (Temolada Álvarez, 2006). En atención a esos principios, fundamentalmente al de preeminencia, los cuerpos normativos en virtud de los cuales los Estados firmantes se comprometieron a la integración (*i.e.*, normas de derecho comunitario primario) constituyen el eslabón supremo del orden jurídico comunitario, el cual, además de fijar los contenidos programáticos de la integración, consagra la cesión de competencias efectuada por los Estados miembros a favor de la organización supranacional y, en esa medida, constituye el límite de los compromisos de armonización asumidos por los Estados parte.

Como es sabido, las figuras impositivas suponen impedimentos al libre tráfico de bienes, capitales y personas al interior de la comunidad; y, por tanto, la implementación de disposiciones de orden tributario siempre es necesaria en el marco de un proceso de integración internacional.

En el caso europeo, los Estados parte de la integración efectuaron importantes cesiones de potestades tributarias en favor de la Unión, mediante los Tratados de la Unión Europea (*i. e.*, el Tratado fundacional, el de Roma de 1957, modificado por el Tratado de Maastricht de 1992 y por el Tratado de Ámsterdam de 1997). Es así, pues en dicha preceptiva los Estados europeos convinieron, entre otras, en: (i) autorizar a la Unión para que esta se dote de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y políticas —en la actualidad, la propuesta de crear un impuesto para empresas energéticas ha suscitado un airado debate entre la comunidad académica europea¹³—; (ii) prohibir que los Estados miembros utilicen los tributos internos como mecanismos para restringir la competencia económica y la libre circulación de bienes y servicios procedentes de otros Estados miembros; (iii) facultar a la Unión a expedir normas para armonizar los impuestos indirectos; (iv) consagrar normas tributarias comunes para todos los Estados miembros; y (v) establecer figuras que son objeto de regulación directa por la Unión *v.gr.*, los derechos de aduanas y la tributación medioambiental (Zornoza Pérez & Muñoz Martínez, 2010).

13 Ver Consejo de la Unión Europea (2022).



Tales cesiones constituyen una clara renuncia o limitación a la soberanía fiscal en favor de una institución supranacional que, por virtud del acuerdo de los Estados parte, queda facultada para imponerles a estos normas imperativas en el diseño de sus sistemas tributarios.

En contraste, en el caso de la Comunidad Andina (CAN, integrada por Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia) el Acuerdo de Cartagena (acuerdo fundacional) se limita a establecer que los Estados miembros deben armonizar gradualmente sus políticas económicas, de modo que haya una aproximación entre las legislaciones nacionales en las materias pertinentes, entre otras medidas, con la adopción de programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intra- subregional de servicios. Como el derecho de la CAN no contiene cesiones expresas de competencias a favor de los órganos comunitarios en materia tributaria, a la luz de esa normativa, no se puede afirmar que los Estados miembros pretendieran homogenizar plenamente sus sistemas tributarios, ni siquiera en lo que respecta a aquellas figuras que recaen en la prestación de servicios intra-subregionales.

Sin embargo, ese mero hecho no implica que los Estados miembros queden habilitados para contravenir con mecanismos internos los avances que frente a dicha armonización concreten los órganos comunitarios mediante normas de derecho derivado. Los anteriores planteamientos cobran mayor sentido si se considera que ni siquiera los Estados miembros de la Unión Europea (paradigma de integración en el mundo) se han desprendido totalmente de sus potestades soberanas en materia tributaria, especialmente en lo que a la imposición directa se refiere, pues sobre ese particular, las autoridades de la Unión se han inclinado por una estrategia de competencia fiscal y, en ese contexto, han expedido una reducida cantidad de normativa (Muñoz Martínez & Baptiste González, 2019).

II. LA CRISIS AHONDADA POR LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

Si bien ambos patrones ya ilustran las tensiones que han conducido a la actual morigeración del entendimiento absolutista del poder tributario, sucede que la masificación del comercio transfronterizo, el fortalecimiento de las empresas multinacionales y la desmaterialización de la economía han



abonado el terreno para que los particulares acumulen riquezas en condiciones que escapan a la lógica sobre la cual se construyó la atávica concepción de soberanía fiscal. De hecho, los recientes escándalos alrededor de la tributación de los gigantes digitales (*i. e.*, Google, Amazon, Facebook y Apple) han puesto en evidencia que las instituciones tradicionalmente empleadas por los Estados soberanos para garantizar su soberanía fiscal hoy en día son incapaces de capturar grandes volúmenes de riqueza que se resguardan en paraísos fiscales o simplemente flotan en una atmósfera sin gravedad tributaria.

En la era de la tecnología de la información, los aspectos físicos que eran esenciales para producir riqueza antes de la digitalización de la economía y que, por ese motivo, eran utilizados por los Estados soberanos para justificar el ejercicio de su poder tributario, ya no restringen el comercio internacional. Por el contrario, los modelos de negocios digitalizados tienden a requerir una mínima intervención humana y, en cambio, generalmente se basan en la recopilación de datos como el principal recurso para generar ingresos¹⁴; por ejemplo, Facebook y Google transfieren los datos de sus usuarios a terceros, a cambio de un precio.

En contraste con una transformación tan sustancial de la economía global, el régimen fiscal internacional¹⁵ se ha mantenido casi inalterado desde su formulación, hace más de un siglo (OECD, 2020). En ese sentido, las reglas que actualmente rigen la asignación internacional de poderes impositivos (es decir, los criterios de sujeción fiscal o, según la terminología empleada por la doctrina de derecho tributario internacional, las “reglas de nexo”¹⁶) aún dependen, en gran medida, de los factores físicos que fueron necesarios para generar ingresos durante el siglo XX, pero tienden a ser irrelevantes para los modelos de negocios digitalizados.

Como mencionamos en los acápites anteriores, en teoría, los impuestos sobre la renta giran en torno a la idea de producir riqueza. Así, la potestad

14 La OCDE (2020) entiende que los modelos de negocios digitalizados se distinguen porque requieren “una participación humana mínima por parte del proveedor de servicios” y “solicitan y recopilan datos o contribuciones de contenido de [los usuarios]”.

15 En este contexto, “régimen fiscal internacional” se refiere al conjunto de disposiciones que rigen la tributación de situaciones transfronterizas, incluyendo la legislación interna, los convenios de doble imposición, los instrumentos multilaterales y el derecho comunitario.

16 Como vimos, se trata de las disposiciones legales que justifican el derecho de los Estados a gravar las rentas con base en su vinculación con los contribuyentes (“nexo personal”, como residencia y nacionalidad) o con las rentas (“nexo objetivo”, como origen y fuente).



de gravar la renta debe atribuirse al Estado que facilita la generación de ingresos, mientras que el derecho de gravar el consumo debe atribuirse al Estado de mercado. A pesar de estos antecedentes, las iniciativas actuales más relevantes para someter los negocios digitalizados a una adecuada tributación sobre la renta (*i. e.*, el enfoque de dos pilares de la OCDE y el artículo 12B de la ONU sobre honorarios por servicios digitales automatizados) determinan la asignación de la jurisdicción fiscal en función del monto de los ingresos obtenidos en el país de mercado, es decir, en función del consumo de ingresos y no de la producción de ingresos.

Debido a la insuficiencia del régimen existente para gravar los ingresos generados digitalmente, porciones significativas de este tipo de ingresos no están gravadas o están gravadas por muy pocos países, según las reglas de nexos actuales. Estas circunstancias, sumadas a las exigencias prestacionales que desafiaron a los Estados con motivo de la crisis 2008 ya habían revelado —en una era previa a la pandemia— que era imperativo incrementar el recaudo de los ingresos tributarios. Por ello, antes del 2020, la comunidad internacional ya se había preguntado por nuevas fuentes de financiación del gasto público y, conducida por la OCDE al Plan de Acción BEPS, había encontrado en las multinacionales altamente digitalizadas el santo Grial de la capacidad económica (virtualmente) desgravada. Sin embargo, la renuncia de la Acción 1 a diseñar la solución multilateral anunciada como indispensable y la falta de consenso global sobre el particular impidieron que se materializara el propósito común de gravar adecuadamente a las compañías de la economía digital. Así pues, fue solo hasta la aparición de la crisis sanitaria causada por el Covid-19 que las naciones del mundo encontraron —en el aumento del gasto— el empujón que les había faltado para impulsar el proyecto y, así, dar pie a que la OCDE promoviera el “enfoque unificado” que ahora se debate en el contexto internacional.

Dado que tales condiciones son aún más apremiantes en el terreno Latinoamericano¹⁷, pues los países de la región ya llevaban décadas ingresando a las arcas públicas cuantías inferiores a las que requerían para

17 Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), mientras el promedio global de déficit fiscal en la región ascendió a -6,9 % del PBI y la recaudación de ingresos fiscales disminuyó en 0,5 % del PBI, el gasto público aumentó en 3.3 % del PBI (CEPAL, 2021)



financiarse y, desde luego, para cerrar sus históricas brechas sociales, la pandemia solo vino a acentuar las deficiencias que de vieja data aquejaban a los sistemas tributarios latinoamericanos. Ello, con el agravante de que el bajo nivel de desarrollo económico condujo a entender que los beneficios tributarios constituirían el mecanismo inmediato más efectivo para atraer inversión extranjera directa y, correlativamente, que su eliminación la ahuyentaría e impediría el crecimiento de la economía. Seguramente fue ese set de creencias el que —aunado a la necesidad de lograr eventuales apalancamientos por los miembros de la OCDE— impulsó a los Estados latinoamericanos a participar del marco inclusivo de BEPS, en búsqueda de opciones para aumentar el recaudo tributario en el corto plazo.

Así las cosas, en épocas recientes, los países del mundo han evidenciado la necesidad de una mayor cooperación internacional para “abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía” y la consiguiente necesidad de rediseñar el sistema fiscal global. Esa circunstancia ha generado que, cada día más, los instrumentos de *soft law* tengan un mayor impacto en la delimitación y el diseño de las potestades tributarias internas y en el entendimiento de la capacidad contributiva.

Sin embargo, el resultado de tal esfuerzo internacional para garantizar una tributación adecuada de las empresas digitalizadas a menudo está determinado por los (des) equilibrios políticos y económicos que normalmente eclipsan los argumentos legales reales, que han alimentado, por ejemplo, la práctica de larga data de favorecer el impuesto sobre la renta en el Estado donde reside el contribuyente (principio de residencia) en lugar de la jurisdicción donde se producen las ganancias (principio de origen).

Más aún, los organismos internacionales no han proporcionado ninguna explicación técnica de por qué un régimen fiscal especial debe regir las ganancias derivadas de las operaciones digitales. Con todo, no puede perderse de vista que las iniciativas que ahora se discuten en el seno de la OCDE han sido pensadas desde la perspectiva de sistemas económicos y fiscales significativamente más robustos que los latinoamericanos y, por ende, ninguna de ellas parece satisfacer las exigencias de simplicidad y justicia que actualmente condicionan la agenda de la región en materia de fiscalidad internacional. En particular, cabe destacar los siguientes problemas seminales:

- Con fundamento en las estimaciones de la OCDE, puede observarse que el incremento en el recaudo derivado del Pilar 1 no sería



significativo para la mayor parte de los países de la región, de modo que permanecería insoluta la principal motivación de los Estados latinoamericanos para participar de una solución multilateral.

- Como la complejidad de las soluciones formularias planteadas en el panorama global excede la capacidad humana y tecnológica de las Administraciones tributarias latinoamericanas, las posibilidades de fiscalización se reducen y la efectividad de la solución desaparece.
- La anterior situación se agrava si se considera que la mayoría de las iniciativas contemplan, como requisitos de entrada, umbrales acumulativos de utilidad y de usuarios, de manera que el incumplimiento de cualquiera de ellos bastaría para impedir la tributación en la sede del “mercado”.
- El concepto del “mercado” se plantea sin atender a las particularidades de los modelos de negocio de la economía digital que fueron ampliamente descritos en la Acción 1 de BEPS. Ello deriva en la artificiosidad de la solución y, a su turno, esta artificiosidad impedirá la sostenibilidad de la solución adoptada.

En realidad, aunque es evidente que los modelos de negocios digitales “recopilan y usan información a través de las fronteras en un grado sin precedentes” (OCDE, 2020) hasta tal punto que la agregación de datos (es decir, el proceso de recopilar información de múltiples fuentes y almacenarla) implica “el ensamblaje de un nuevo producto final”. Sin embargo, el factor de dependencia de datos de la economía digitalizada se ha pasado por alto comúnmente, al justificar la supuesta necesidad de nuevas reglas de nexos. Por lo tanto, no está claro qué razonamiento sostiene la existencia de la supuesta conexión entre los negocios digitalizados y la jurisdicción del mercado. Si bien el déficit fiscal actual puede ser suficiente para defender la decisión política subyacente, de gravar las empresas digitalizadas sin una clara justificación legal para tal tributación, dicho motivo es insuficiente desde el punto de vista legal, porque en una sociedad democrática y civilizada, la jurisdicción fiscal debe basarse en la ley y, por tanto, sobre los principios jurídicos subyacentes (Kemmeren, 2001). Esta es una exigencia del principio jurídico de equidad.



III. CONCLUSIONES

A la luz de las anteriores consideraciones, es preciso concluir que cada día son más frecuentes las intromisiones exteriores en el diseño del sistema tributario interno y, lo que es más, en la determinación y delimitación de las manifestaciones de capacidad contributiva que resultan sujetas a ese sistema. Ello es así, no solo porque el comercio transnacional se haya multiplicado gracias a la globalización, sino porque el modelo económico imperante ha conducido a que la soberanía del Estado cada vez esté mayormente restringida por las decisiones que se toman en el seno de organizaciones internacionales, como el FMI, el Banco Mundial y, en materia tributaria, la OCDE y la ONU.

La injerencia de estas dos últimas organizaciones en el desarrollo del concepto de capacidad contributiva venía construyéndose, ya desde el siglo pasado, a partir de los modelos de CDI y sus comentarios, que producían y ponían a disposición de los Estados para los procesos de negociación en la esfera internacional. Pero, en la actualidad, el problema de la digitalización y desmaterialización de la economía han permitido que contribuyentes con altos índices de capacidad contributiva resulten desgravados conforme a los criterios de sujeción actuales. Por ello, y para evitar la creación de paraísos fiscales, las naciones del mundo se han visto forzadas a confluír en foros de cooperación internacional en los cuales han llegado a acuerdos sobre el diseño de sus sistemas internos y, también, de los mecanismos de evitación de la doble imposición que empelan. Todo con miras a impedir que dichas fuentes de riqueza resulten virtualmente desgravadas.

En resumidas cuentas, la globalización del siglo XXI conduce a que el concepto de capacidad económica en el que se sustentan todos los sistemas impositivos democráticos ya no sea el producto de la voluntad nacional, sino del consenso interestatal.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO (C.), *La posición de América Latina en el contexto de la globalización*, Derecho PUCP (58), 2005, pp. 311-332.
- RODRÍGUEZ BEREIJO (Á.), “El Sistema Tributario en la Constitución (los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitu-



- cional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (36), septiembre-diciembre de 1992, pp. 9 a 69.
- RESTREPO PIEDRAHITA (C.), *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, corte constitucional, el ombudsman*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
- AMATUCCI (A.), “Los fundamentos del principio de capacidad contributiva en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* (71), 2014, pp. 161-176.
- JARACH (D.), *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1996.
- MOSCHETTI (F.), “El principio de la capacidad contributiva”, en A. Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario* (Vol. I), Bogotá, Temis, 2001.
- HERRERA MOLINA (P.), *Capacidad económica y Sistema fiscal (Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán)*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- PLAZAS VEGA (M. A.), “Ética, justicia y equidad: una visión de hacienda pública y derecho tributario”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* (74), 2016, pp. 25-72.
- LIGHTHIZER (R. E.), *Reporte sobre el impuesto a servicios digitales del Reino Unido en la investigación en virtud de la Sección 301 del Acto de comercio de 1974*, Oficina de Representación Comercial de los Estados Unidos, 2021.
- HOYOS JIMÉNEZ (C.), “La tributación en medio de la revolución digital”, en J. G. Ruiz Hurtado, *Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior* (pp. 135-257), Bogotá.
- SCHÖN (W), “Ten Questions about Why and how to Tax the Digitalized Economy”, *Bulletin for International Taxation*, 72(4/5), , pp. 278-292.
- KIRCHHOF (P.), “La influencia de la constitución alemana en la legislación tributaria”, en P. Kirchhof, y otros, *Garantías constitucionales de contribuyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- PISTONE (P.), “General Report”, en LANG (M.), PISTONE (P.), SCHUCH (J.), & STARINGER (C.), *The impact of the OECD and UN Model Conventions on bilateral tax treaties*, Cambridge Tax Law Series, 2012.
- HENSEL (A.), *Derecho tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy*, , Paris, OECD Publishing.
- OECD, *Secretariat proposal for a ‘unified approach under pillar one’*, Paris, OECD Publishing, 2019.
- CEPAL, *Globalización y desarrollo*, Brasilia, .
- BAUMAN (Z.), *La globalización: consecuencias humanas*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.



- GROSS (L.), The Peace of Westphalia, 1648-1948, *The American Journal of International Law*, 42(1), pp. 20-41.
- STIGLITZ (J.), *Globalization and its Discontents*, Nueva York, W. W. Norton & Comp, 2002.
- INSIGNARES (R. C.) & SÁNCHEZ (M. C.), Lección 2. El poder tributario, en PIZA RODRÍGUEZ (), *Curso de derecho tributario, procedimiento y sanciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- SAINZ DE BUJANDA (F.) Estado de derecho y Hacienda pública. *Revista de administración pública*(6), pp. 193-212.
- PIZA RODRÍGUEZ (J. R.) *La obligación tributaria y sus fundamentos constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, .
- VOGEL (K.) & PROKISCH (R.), General Report, in Interpretation of Double Taxation Conventions, *IFA Cahiers de droit fiscal international* (64), 1993.
- NAVARRO (A.), International Tax Soft Law Instruments: The Futility of the Static v. Dynamic Interpretation Debate, *Intertax*, 48(10), 2020, pp. 848-860.
- TEMOLADA ÁLVAREZ (É.), *Los pilares jurídicos de la comunidad andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?* *Oasis* (12), 2006, pp. 317-346.
- ZORNOZA PÉREZ (J. J.) y MUÑOZ MARTÍNEZ (G. E.), “Lección 4: el sistema normativo del derecho tributario”, en PIZA RODRÍGUEZ (), *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Council agrees on emergency measures to reduce energy prices*, September 30, 2022, obtenido de Press Release: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/09/30/council-agrees-on-emergency-measures-to-reduce-energy-prices/>
- MUÑOZ MARTÍNEZ (G. E.) y BAPTISTE GONZÁLEZ (M. P.), “El tratamiento tributario de los servicios técnicos transfronterizos en los países miembros de la Comunidad Andina”, en BÁEZ MORENO (A.) y CASTRO ARANGO (), *Problemas de la tributación internacional en Iberoamérica: una visión desde los diez años de la OITI / Andrés Báez Moreno (ed. lit.), José Manuel Castro Arango (ed. lit.)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, ISBN 9789587902273, 2019, pp. 209-252.
- RAMÍREZ CARDONA (A.), *Hacienda Pública*, Bogotá, Temis, 1998.
- TIPKE (K.), *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- RESTREPO (J. C.), *Hacienda Pública* (8va ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CASTRO (J. M.), “Los límites internacionales del poder tributario en la jurisprudencia internacional”, en PIZA RODRÍGUEZ () y SÁNCHEZ



- (C.), *Reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional tributaria* pp. 53-90), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- SAINZ DE BUJANDA (F.), *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero* (Vol. III), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- FORTSTHOFF (E.), “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en ABENDROTH (W.), FORTSTHOFF (E.) y DOEHRING (K.), *Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- PIZA (J. R.), “La economía digital pone en jaque al derecho tributario”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(373), 2021, pp. 57-78.
- FALCÓN Y TELLA (R.) y PULIDO GUERRA (E.), *Derecho Fiscal Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MUÑOZ (G.) y ZORNOZA (J. J.), “Lección 5: La aplicación de las normas tributarias”, en PIZA RODRÍGUEZ, *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PERAGÓN LORENZO (L. A.), *Estudio exploratorio sobre el impacto de los convenios para evitar la doble imposición para atraer inversión extranjera directa: el caso de América Latina*, GIZ, ITC & CIAT, 2013.
- OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalization – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS* Paris, OECD Publishing, .
- OECD, *Mechanism for the Effective Collection of VAT/GST*, Paris, OECD Publishing.
- OECD, *International VAT/GST Guidelines*, PARIS, OECD PUBLISHING, 2017.
- OECD, *Consumption tax trends 2018: VAT/GST and excise rates, trends and policy issues*. Paris: OECD Publishing, .
- OECD, *Program of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalization of the economy*, Paris, OECD Publishing, 2018.
- OECD, *Model rules for reporting by platform operators with respect to sellers in the sharing and gig economy*, Paris, OECD Publishing, 2019.
- OECD, *Global Anti-Base Erosion proposal (GloBE) or Pillar two*, Paris, OECD Publishing, 2019.
- OECD, *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, Paris, OECD Publishing, 2020.
- CEPAL, *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe: Los desafíos de la política fiscal en la recuperación transformadora pos-COVID-19*, Santiago.



Licda. Mary Fernández Rodríguez

Es dominicana, graduada de abogada por la Universidad Pedro Henríquez Ureña (UNPHU) con mención *summa cum laude* en 1979. Cursó posgrado en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales en George State University, 1979-1980, en Atlanta, Georgia, EUA. Tiene un máster en Propiedad Intelectual (LLM) en la University of Illinois, Chicago, EUA (2016), con honores. Habla español e inglés. Socia fundadora de la firma Headrick Rizik Álvarez & Fernández, de la República Dominicana, en 1985, la cual ha sido reconocida como Firma del Año por IFLR y por Chambers & Partners en varias ocasiones. Es embajadora de la República Dominicana por ante la Cámara Internacional de Comercio (CII) para la Comisión de Propiedad Intelectual. Es árbitro y pasada presidente del Comité de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI). Jueza del Tribunal Disciplinario de ASIPI. Árbitro y pasado miembro del Comité Ejecutivo del Centro de Resolución Alternativa de Controversias (CRC) de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo (CCPSD), así como miembro de la Junta Directiva de dicha Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo (CCPSD). Fue miembro y presidenta de la Junta de Regentes del Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC), entidad de educación superior de la República Dominicana. Pasada presidenta del Consejo Latinoamericano de la Sección Internacional del New York State Bar Association (NYSBA). Pasada presidenta del Comité Legal de la Cámara Americana de Comercio (AMCHAMDR) y de su Consejo Directivo. Actual miembro del comité de salud de AMCHAMDR. Es editora para la República Dominicana del “*International Opposition Guide*” de la *International Trademark Association* (INTA) y miembro del comité editorial de la Gaceta Judicial, única revista jurídica del país. Es pasada presidente de la Asociación Dominicana de Propiedad Intelectual, Inc. (ADOPI) y de la Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (FINJUS). Se especializa en temas corporativos y de negocios, derecho bancario, relaciones de franquicia y distribución, inversión extranjera, propiedad intelectual, regímenes de insolvencia, arbitraje, derecho sucesoral y fideicomisos. Es reconocida como abogada de la Categoría 1 (“*Band 1*”) para Derecho de los Negocios, en las áreas de Derecho Corporativo/Comercial y Propiedad Intelectual por *Chambers Global* 2022 y *Chambers Latin America* 2023. Es recomendada por *Latin Lawyer* 250 2023 y *International Financial Law Review* (IFLR) 2022. Su trayectoria ha sido reconocida en el área de Derecho Corporativo por *The Latin American Corporate Counsel Association* (LACCA) 2022. Es profesora de contratos en materia de propiedad industrial de maestría en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PCUMM).

Los embates de la globalización: a la propiedad intelectual

Agradezco la oportunidad de presentarme por ante este V Congreso Internacional sobre Derecho Constitucional y Globalización, y saludo, muy respetuosamente al juez presidente y demás jueces que integran el Tribunal Constitucional, a las autoridades y demás personas que nos acompañan hoy.

El Tribunal Constitucional, y en especial, su presidente, nos han encargado la tarea de hablar sobre lo que sucede hoy día con la propiedad intelectual; aunque entiendo que no es sólo la propiedad intelectual la que ha sufrido embates y desafíos sino toda nuestra sociedad y nuestra vida; por lo menos, como la conocíamos hasta hace poco.

Con el advenimiento de la pandemia producida por el virus SARS-CoV-2 (denominada por la Organización Mundial de la Salud como la “covid-19”), a inicios del 2020, se nos vinieron encima problemas inimaginables a los que debimos buscar solución. Hoy, vamos a hablar de algunos de estos, y en específico, de los que se refieren o afectan los derechos de propiedad intelectual.

Lo primero que debemos decir es que no todo lo que ha pasado en los últimos dos años es negativo. Cuando hablamos de “embates” podemos pensar en su traducción literal, la cual, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es “un golpe impetuoso de mar”¹. Impetuosos, definitivamente sí han sido los cambios sufridos, pero muchos nos han hecho despertar hacia un futuro distinto y, quizás, más promisorio.

1 Embate: golpe impetuoso de mar (RAE). Recuperado de <https://dle.rae.es/embate>



Les quiero hablar de la innovación, la digitalización, la inteligencia artificial (IA), el “*blockchain*”, los llamados “*Smart Contracts*”, el metaverso, los tókenes no fungibles, mejor conocidos como “NFT” y su impacto en la propiedad intelectual.

Entiendo que ha habido un antes y un después de la covid-19 para la propiedad intelectual. Esta pandemia ha dado como resultado un cambio dramático para la vida de todos, y con este cambio, también deben modificarse las reglas que la rigen.

Así pues, asistimos a cambios con el invento de la imprenta de Gutenberg, que revolucionó el conocimiento, al permitir a más personas acceder a libros, antes limitados a pocas personas. Luego, vino la Revolución Industrial, que “básicamente consistió en una aceleración de la tasa de innovaciones” y dicha aceleración fue provocada por la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas². No se trató sólo de la multiplicación de las fábricas y de las máquinas. Así lo entiende el Premio Nóbel Douglas C. North en su libro “Estructura y Cambio en la Historia Económica”³. La llegada del internet y las redes sociales produjeron una revolución similar. “De acuerdo con el último informe de “We Are Social” de enero de 2021, el 59.5 % de las personas se encuentran conectadas a Internet”⁴.

Tenemos también los cambios que produjeron la televisión y los teléfonos móviles. Estos impulsaron una verdadera transformación integral de la sociedad, tanto así que estudios realizados revelan que la gente entra en pánico cuando no encuentra su celular, a lo que se le ha llamado la nomofobia⁵.

Los cambios citados y otros que veremos más adelante se han reflejado en la forma en la que entendemos las patentes de invención, la transferencia de tecnología o *know-how*, los signos distintivos y los derechos de autor y derechos colectivos, la necesidad de proteger conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos, el abuso de los nombres de dominio e incluso ha afectado temas de privacidad de los datos y de las personas. Todo esto ha impactado la economía de los

2 Zuccherino (Daniel), *Disrupción tecnológica y Propiedad Intelectual (Primera parte)*, p. 4.

3 North (Douglas Cecil), *Estructura y cambio en la historia económica*, Madrid, ed. Alianza, .

4 Zuccherino (Daniel), ob. cit., p. 3.

5 *Ibíd.*, p. 4.



países, por lo que podemos afirmar que prácticamente todas las personas hemos sido afectadas por ellos.

Como ven, tenemos mucho de lo que podemos hablar, pero, empece-mos por lo más obvio: los cambios más palpables surgidos de la pandemia de la covid-19.

I. La innovación

Una consecuencia de la pandemia es que los gobiernos y empresas debieron rápidamente reorientar su “inversión en innovación en el descubri-miento (para nosotros, invención), la aprobación y la producción masiva de vacunas que lograron el objetivo en un tiempo récord. Las vacunas redujeron drásticamente el número de muertes y ayudaron a la economía mundial a recuperarse de la depresión provocada por la pandemia en 2020”⁶. Esto fue reconocido por la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuando felicitó a la República Dominicana y su gobierno por el manejo de la pandemia⁷.

La innovación ha crecido de manera exponencial en los últimos 100 años, debido a catalizadores muy diversos. A decir de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), durante el siglo XX se produjeron cambios en las tecnologías de la información y la comuni-cación (comúnmente llamadas TIC), así como los semiconductores, los que constituyeron una cuarta parte de todas las patentes otorgadas entre los años 1990 y 2010⁸. Con el inicio de la tercera década del siglo XXI, nuevos factores canalizarían la innovación hacia ámbitos como la ciencia, la tecnología y la medicina⁹.

Vimos cómo algunos gobiernos ayudaron a las farmacéuticas para lograr el fin deseado: la producción de las vacunas que lograrían dismi-nuir los casos de la covid-19, y, por ende, el fin del confinamiento que estrangulaba a la economía.

6 Organización Mundial de Propiedad Intelectual, *La dirección de la innovación*, p. 3.

7 Presidencia de la República Dominicana (2022, 21 de mayo). *Presidente Abinader recibe felicitaciones por liderazgo RD frente a la pandemia COVID-19 de parte del director general de la OMS*. Recuperado el 17 de octubre de 2022 de <https://presidencia.gob.do/noticias/presidente-abinader-recibe-felicitaciones-por-liderazgo-rd-frente-la-pandemia-covid-19-de>

8 Organización Mundial de Propiedad Intelectual, ob. cit., p. 3.

9 *Ibid.*, p. 3.



“... los beneficios sociales mundiales de la innovación relativa a las vacunas equivalen a 70,5 miles de millones de dólares de los Estados Unidos de América, lo que representa unos beneficios 887 veces mayores que los de carácter privado”¹⁰. Esto se reflejó en el valor de las vidas que se salvaron y los deterioros en la salud que se evitaron, lo que supera con creces los ingresos obtenidos por los fabricantes de las vacunas¹¹. Esto no lo decimos nosotros, sino estudios realizados por organizaciones internacionales.

En esta importante tarea, tal vez la más importante del siglo, fue de singular importancia la innovación público-privada; la cual no se manifestó de igual manera en todos los países, pues cada país tiene sus particularidades.

La República Dominicana, a mi entender, no necesita una innovación de vanguardia para lograr un valor social importante. Lo importante es que la innovación se incline hacia los aspectos determinantes para el crecimiento económico del país, tales como, **la infraestructura básica, como carreteras, electricidad y la atención médica, pueden ser determinantes para promover la innovación local** y así disminuir las acentuadas desigualdades sociales.

Las políticas públicas pueden determinar la dirección de la innovación. Las ayudas para las actividades de investigación y desarrollo, los préstamos en condiciones favorables y los incentivos fiscales son instrumentos de política que ayudan a mitigar los riesgos de la inversión.¹² La Cámara de Comercio Internacional o CCI, institución fundada en el 1919, que representa a más de 45 millones de compañías en más de 100 países, tiene la misión de promover los negocios para todos, y ha diseñado múltiples libros y herramientas como la serie denominada la Propiedad Intelectual en la Innovación,¹³ que pudiera ser de utilidad para identificar políticas públicas recomendadas a los gobiernos que desean impulsar la innovación en sus países.

Como si lo anterior fuera poco, uno de los factores que actualmente afecta más la innovación es el conflicto entre China y el Occidente- con Estados Unidos de América- a la cabeza, sobre cuál de los dos países ten-

10 Ibid, p. 6.

11 Ibid., p. 6.

12 Organización Mundial de Propiedad Intelectual, ob. cit., p. 8.

13 International Chamber of Commerce. (s.f.). *Innovation principles*. Recuperado el 17 de octubre de 2022, de icwbo.org/global-issues-trends/innovation-ip/innovation/



drá más éxito en la innovación. Según un artículo publicado en la revista *The Economist*, el pasado 14 de octubre del 2022, China tiene planes de ganar esa guerra.¹⁴

Ambas naciones están vinculando la guerra de la innovación a la competencia geopolítica. En el año 2008 China estaba lejos de la inversión realizada por occidente en esta materia, sin embargo, ya en el año 2020 China había alcanzado un 85% de la inversión realizada en América. China tiene la ventaja de que puede dirigir las invenciones e innovaciones hacia las áreas que desea; mientras que el occidente, y sobre todo Estados Unidos de América, no tiene tanta capacidad para ello.

Es increíble, pero en el fondo lo que está en juego no es sólo la invención y la innovación sino el futuro de los mercados abiertos, de los gobiernos democráticos y de un orden mundial basado en la libertad y no la coerción.¹⁵

A. La creación compartida

No sólo la pandemia ha traído cambios a la propiedad intelectual, también tenemos los efectos propios de la globalización, que entrañan la “integración e interrelación, que genera contextos transnacionales y compartidos en los cuales emergen paradigmas abiertos de creación e innovación.”¹⁶

Es obvio que el hecho de que intervengan varias personas o entidades en la creación de un bien susceptible de ser protegido como propiedad intelectual genera grandes retos para los sistemas jurídicos, debido a la intervención de muchas personas, que hacen distintos aportes, desde lugares diferentes.¹⁷

La globalización ha hecho que aparezcan creaciones intelectuales comercialmente valiosas¹⁸ pero que carecen de protección; lo que provoca

14 The Economist, *China and the West are in a race to foster innovation*, .

15 *Ibíd.*

16 ECHAVARRÍA ARCILA (María Alejandra), *Efectos de la globalización en el derecho de la propiedad intelectual: Análisis jurídico y económico del proceso global y abierto de creación*, , pp. 99-100.

17 *Ibíd.*, p. 100.

18 *Ibíd.*



no sólo desafíos en materia legal sino también en materia económica, la que nunca se puede dejar de lado, pues se puede producir un desequilibrio entre los intereses legales y económicos, e incluso una ineficiencia económica en el mercado de las creaciones intelectuales.

Por ejemplo, “ciertas creaciones intelectuales, tales como las ideas originarias de obras, el software y los modelos de negocio, adquieren una nueva significación y se constituyen en objetos comerciales autónomos, a pesar de que tradicionalmente se han considerado como creaciones carentes de protección jurídica por determinadas vías de propiedad intelectual, como el derecho de autor y las patentes.”¹⁹

“Además, en razón de la referida pluralidad, las creaciones que se derivan de este proceso son el resultado de un acto de cocreación de todos los intervinientes²⁰, con las implicaciones jurídicas y económicas que esto conlleva, sobre todo en materia de patentes y de derechos de autor.

En la antigua Atenas, el mercado se denominaba ágora. Hoy, como señalan los autores Don Tapscott y Anthony D. Williams, “las ideágoras modernas... cumplen un propósito más específico: posibilitan que ideas, invenciones y conocimientos científicos de todos los puntos del planeta resulten accesibles para empresas ávidas de innovación”. Estas ideágoras “deben concebirse como los primeros parques virtuales en un emergente bazar global de ideas”²¹.

Han surgido los mercados para las denominadas “*start up*” o empresas de nueva creación, que obtienen ganancias a través de la comercialización de nuevas ideas. Estas empresas, producto del emprendimiento, es algo que debemos promover como país, pues la gran mayoría de las empresas locales son lo que se llama Pymes o MiPymes, o sea microempresas, o empresas pequeñas o medianas que constituyen el 98 % del total de las empresas locales, según un estudio del mercado realizado por la PNUD en el 2019²².

19 ECHAVARRÍA ARCILA (María Alejandra), ob. cit., p. 106.

20 *Ibid.*, p. 104.

21 TAPSCOTT (Don) y WILLIAMS (Anthony), *Wikinomics. La Nueva Economía de Las Multitudes Inteligentes*, .

22 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2020). *Situación económica de Mercado de las MIPYMES en República Dominicana por la crisis del COVID 19*, p. 5.



B. La digitalización

La digitalización ha transformado el mundo. Engloba la inteligencia artificial o IA, como se le denomina comúnmente. Estas nuevas tecnologías están transformando las industrias y dan origen a nuevos sectores, como el internet de las cosas²³.

Es obvio que todo tiene un impacto en el crecimiento económico de los países, y el nuestro no se puede quedar atrás, pues estos adelantos también conllevan un riesgo, y es el de acentuar las desigualdades en las sociedades. Las nuevas tecnologías, entre las que se encuentra la IA, no pueden limitarse a sustituir personas, sino que se debe propugnar porque el salto tecnológico llegue a las mayorías. Así, tal como lo señala la OMPI, “los Gobiernos deben promover los rendimientos de la innovación, tanto sociales como los privados”²⁴. Es decir que aunque reconocemos que las motivaciones públicas y las privadas no siempre coinciden, las nuevas tecnologías deben poder aprovecharse en beneficio del bien común.

Es una necesidad que los países regulen las tecnologías digitales, y en especial, las normas que rigen el acceso a los datos, sobre todo aquellos que se entienden de carácter íntimo o privado, para prevenir el abuso que se puede cometer al utilizar o comercializar de manera ilegal con la información obtenida.

Ya el Poder Judicial ha iniciado ese proceso, con la Ley 339-12²⁵ sobre Uso de Medios Digitales, que establece los principios y lineamientos que permiten el uso de medios digitales en el Poder Judicial. Ahora bien, aún estamos haciendo pininos, pues esta ley prevé el uso de los medios digitales como algo opcional, que dependerá de la voluntad de ambas partes. Pero, por algo se empieza, y ya la República Dominicana inició ese camino.

23 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ob. cit., p. 5.

24 *Ibíd.*

25 Ley núm. 339-22 que habilita y regula el uso de medios digitales para los procesos judiciales y procedimientos administrativos del Poder Judicial. G. O. No. 11076 del 29 de julio de 2022.



C. Las patentes de invención, el derecho de autor y la inteligencia artificial (IA)

Vivimos un proceso de disrupción tecnológica, entendiéndose por esta “la irrupción de tecnologías que alteran y cambian los parámetros o reglas de juego no sólo en los mercados sino también en la vida de las personas y, por ende, en la sociedad”²⁶.

Este proceso desafía las categorías mentales tradicionales y nos trae una significativa imprevisibilidad.

Lo anterior “está produciendo transformaciones radicales en prácticamente todos los aspectos de la vida humana, incluyendo el trabajo humano y el mercado laboral”²⁷.

Hoy en día, ya los seres humanos no necesariamente aventajamos a las máquinas. Aquí no hablamos de capacidades físicas sino cognitivas. La IA compite -y ya hay áreas en las que supera- a los humanos. “A medida que la IA mejore, puede que pronto alcancemos un punto en el que ningún humano logre comprender ya las finanzas”,²⁸ por ejemplo.

Igual pasa con la infotecnología y la biotecnología, las cuales pueden traer cambios tanto en las economías, las sociedades, como en nuestros cuerpos y mentes, según lo que señala Yuval Noah Harari, en su libro “21 lecciones para el siglo XXI”²⁹.

Estos nuevos desarrollos tecnológicos han impactado de manera directa la propiedad intelectual y, muy en especial a las patentes y la IA.

“El término inteligencia artificial comprende una diversidad de técnicas diferentes, siendo la más destacada el denominado aprendizaje automático, que es un tipo de inteligencia artificial que se centra en algoritmos que hacen posible que las máquinas aprendan al procesar datos sin que estén programadas de forma explícita para llevar a cabo esta tarea”³⁰. Aquí el tema del momento lo constituyen las invenciones generadas por inteligencia artificial, en las cuales... ninguna persona humana haya intervenido en calidad

26 ZUCCHERINO (Daniel), ob. cit., p. 1.

27 ZUCCHERINO (Daniel), ob. cit., p. 2.

28 ZUCCHERINO (Daniel), *Disrupción tecnológica y Propiedad Intelectual (Segunda parte)*, p. 2.

29 HARARI (Yuval Noah), *21 lecciones para el siglo XXI*, pp. 24, 25, 36, 69 y 70.

30 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2019). *La propiedad intelectual y el auge de la inteligencia artificial*.



de inventor. La ley de Propiedad Industrial de la República Dominicana, la 20-00, establece que debe haber una persona física como inventor³¹.

Sin embargo, ya la Oficina de Patentes Europea, así como la del Reino Unido han evaluado casos de invenciones en los que no ha intervenido una persona en su creación. Estas oficinas han considerado que las solicitudes cumplen los requisitos de patentabilidad. Negar la patentabilidad a estas invenciones, por la no existencia de una persona física, sería limitar el uso de la IA para la solución de problemas que hoy no lo tienen.

Igual pasa con respecto a la autoría y la titularidad en materia de derechos de autor en la creación de obras por medio de la inteligencia artificial³². Tanto la OMPI, como la Unión Europea y la USPTO de los Estados Unidos de América analizan en la actualidad cómo abordar los desafíos que presenta la IA a la protección de los derechos de autor.

D. El “*blockchain*”, los “*smart Contracts*” y los “NFT”.

Se escucha hablar mucho de “*blockchain*” pero es difícil entender a qué nos referimos con esto. Se trata de “un sistema que permite escribir movimientos de tokens en un gran libro virtual que funciona a modo de libro de contabilidad para una moneda. Este libro ha demostrado ser intocable...”³³. “De esta manera *blockchain* pasa a ser un gran libro de contabilidad que puede ser escrito por cualquier entidad, pero una vez escrito no puede ser modificado, aunque cualquiera puede leerlo”³⁴.

31 Ley 20-00 sobre Propiedad Industrial:

Artículo 1.- Definición de invención. Se entiende por invención toda idea, creación del intelecto humano capaz de ser aplicada en la industria que cumpla con las condiciones de patentabilidad previstas en esta ley. Una invención podrá referirse a un producto o a un procedimiento;

Artículo 7.- Derecho a la patente.

1) El derecho a la patente pertenece al inventor, sin perjuicio de lo establecido en los Artículos 8 y 9. Cuando varias personas hicieran una invención conjuntamente, el derecho a la patente les pertenece en común.

2) El derecho a la patente puede ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria.

3) Si varias personas hicieran la misma invención independientemente unas de otras, la patente se concede a la que primero presente la solicitud de patente o que reivindique la prioridad de fecha más antigua de conformidad con el Artículo 135.

32 ZUCCHERINO (Daniel), *Disrupción tecnológica y Propiedad Intelectual (Segunda parte)*, 2022, p. 8.

33 LÓPEZ LÉRIDA (Joaquín) y MORA PÉREZ (José Juan), *La economía de Blockchain - Los modelos de negocio de la nueva web*,

34 *Ibid.*



Por su parte, los contratos inteligentes o “*Smart contracts*” describen “un código de computador que automáticamente ejecuta la totalidad o parte de un acuerdo, construido sobre una plataforma de *blockchain*”³⁵. Constituyen simplemente unos programas de informática que permiten ejecutar de forma automatizada los acuerdos celebrados entre diferentes personas con fines diferentes³⁶.

El *blockchain* y los contratos inteligentes guardan una estrecha relación, pues facilitan las transacciones, garantizan su celeridad y sobre todo, su seguridad, lo que beneficia el desarrollo y ejecución de los negocios³⁷.

Ya en los Acuerdos ADPIC se previó, en el párrafo 2 del Artículo 10, que las bases de datos se protegían por derecho de autor, aun cuando los datos que la componen no ameritan esa protección, lo que facilita la protección de estas nuevas tecnologías, pues “tanto el *software* que sirve de base al sistema como las bases de datos generadas en *blockchain* se entienden protegidas por el derecho de autor...”³⁸, aun cuando esta protección debe ser adecuada a estas nuevas tecnologías.

También es posible ejecutar dichas transacciones mediante archivos digitales guardados en una billetera electrónica, que permiten constituirse en el mecanismo de intercambio económico y la solución de las obligaciones contractuales mediante el pago de los denominados *bitcoins*³⁹.

Asimismo, se crean los llamados *Non-Fungible-Tokens* (NFT), que hacen que “surja la identificación de dichos tokens ya no con un valor asignado, sino con archivos digitales correspondientes con obras que al encontrarse en la cadena de bloques se garantiza su carácter de únicas y originales”⁴⁰.

35 LEVI (Stuart) y LIPTON (Alex), *An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations*, The Harvard Law School Forum on Corporate Governance, . Recuperado el 16 de octubre de 2022, de <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>

36 HERRERA SIERRA (Luisa Fernanda), CHAPARRO CASAS (Catalina) y PEÑALOZA MARÍN (Diego Felipe), *Más allá del registro o la creación: ¿cómo proteger contractualmente los derechos de propiedad intelectual en medio de la disrupción tecnológica?* Derechos intelectuales, 26, tomo III. (50-92), o, p. 57.

37 *Ibid.*, p. 58.

38 *Ibid.*, p. 60.

39 *Ibid.* p. 66.

40 *Ibid.*, p. 66.

Así, tenemos la posibilidad de no sólo negociar con moneda (*bitcoin*) sino con archivos digitales correspondientes a obras protegidas por el derecho de autor⁴¹.

Parecería que los NFT le ganarían la carrera al *bitcoin*, cuyo prestigio y valor han decaído recientemente. Los NFT han tomado auge, por su característica de proveer recursos económicos derivados de la explotación comercial descentralizada- sin necesidad de intermediarios. Así tenemos que artistas, como SOY FIRA, la colombiana que vende sus obras sólo a través de NFT⁴² y a quien tuve el placer de conocer en Costa Rica, hace unos meses, en una jornada de propiedad intelectual liderada por la Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual (ASIPI). Esta lo decidió así, pues gracias al *blockchain* una vez vendido su primer NFT, todas las reventas quedan registradas en la cadena de bloques.



Instagram: @soyfira

Igualmente, a través de los contratos inteligentes se puede saber a ciencia cierta quién o quiénes adquirieron antes la obra y permiten seguir el rastro hasta el propio autor.

41 Ibid., p. 66.

42 SOY FIRA | nft artist [@soyfira]. (s.f.). *Publicaciones* [Perfil de Instagram]. Instagram. Recuperado el 16 de octubre de 2022, de <https://www.instagram.com/soyfira/>



Finalmente, el *blockchain* provee una garantía y seguridad jurídica frente al cumplimiento de las obligaciones y el respeto a los autores, inventores, diseñadores, creadores, etc. Esta realidad, unida a la utilización de los contratos inteligentes y los NFT, requieren de la adaptación de las reglas existentes de PI para su protección, en adición a sus ya aliados tecnológicos, que le proveen bastante protección contra las falsificaciones e incumplimientos. Lo anterior, pues hoy en día no podemos señalar que todas estas tecnologías se encuentran contempladas y protegidas por las leyes existentes, y muy en especial, en nuestro país.

E. El metaverso y su impacto en las marcas

Cuando hablamos de metaverso, hablamos de un universo paralelo, de naturaleza digital, en que los productos y servicios del mundo real tendrán un equivalente virtual. Ya se empieza a notar su impacto en el área de la propiedad intelectual, pues aunque la mayoría de las oficinas de América Latina aún no los reconocen, la de USPTO de Estados Unidos sí lo hace, y recientemente ha notado un incremento significativo en los registros de marcas para distinguir productos o servicios que se originan en el metaverso⁴³.

“... renombradas marcas del mundo de la moda han comenzado a proteger sus marcas para ser utilizadas en el universo digital o, al menos, para evitar que posibles usurpadores pretendan apropiárselas, mientras evalúan la posibilidad de incursionar en el futuro en el mercado con proyectos propios”⁴⁴; esto, a pesar de que aún no existe una clase específica que cubra esos artículos digitales.

Ya se espera que en la duodécima edición de la Clasificación de Niza se incluyan términos relacionados a artículos digitales, como los *non-fungible tokens* (NFT) y servicios relacionados a su desarrollo y comercialización⁴⁵. En la actualidad, existe una incertidumbre sobre en cuál o cuáles clases de la Clasificación de Niza deben protegerse estas marcas.

43 CHICHISOLA (Mariel) y GALVÁN (Paula), *Metaverso: una mirada desde la clasificación de marcas*, *Marcasur* (86), js, p. 29.

44 CHICHISOLA (M.) y GALVÁN (P.), ob. cit., p. 29.

45 *Ibíd.*



Estas y muchas otras novedades tecnológicas han sido el resultado de la globalización, cuyo acelerador lo constituyó la pandemia de la covid-19.

Conclusión

Todo lo que hemos hablado aquí nos refleja dos cosas:

La primera,

Cómo la PI ha impulsado la globalización, pues todos esos cambios han sido posibles debido a creaciones del intelecto. Ha sido un camino de doble vía. Por un lado, la PI ha impulsado la globalización y por otro, la globalización ha llevado a la necesidad de modificar la PI.

La segunda,

La existencia de vacíos jurídicos que tenemos en la regulación de la propiedad intelectual, debido a que la tecnología se ha ido muy por delante de la ley, como siempre pasa. Además, los parámetros con los que medíamos la propiedad intelectual también han cambiado, de manera que la regulación debe cambiar por igual.

“La globalización posibilita un escenario abierto no sólo de creación sino, además, de comercialización, en el cual se intercambian ideas, conocimientos y creaciones...”⁴⁶. Lo anterior choca con la naturaleza eminentemente territorial de los derechos de propiedad intelectual.

Estos “embates” o desafíos a que se enfrenta la propiedad intelectual no significan que esta desaparecerá. Será preciso reevaluar “las instituciones de derecho existentes, en aras de posibilitar la propiedad, la gestión y el uso debido de las creaciones, para incentivar la actividad creativa y la generación de riqueza”⁴⁷.

Como siempre, la propiedad intelectual debe orientarse hacia la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los creadores y de los consumidores de estas creaciones, pues “el objetivo de la propiedad intelectual no es más que maximizar la diferencia entre el valor de la creación y el

46 ECHAVARRÍA ARCILA (María Alejandra), ob. cit., p. 104.

47 Ibid., p. 111.



costo social de la misma...”⁴⁸. Es un equilibrio entre el derecho al acceso y el derecho a los incentivos de la creación, pues, aunque la propiedad intelectual protege un bien privado, la misma tiene implicaciones para la sociedad en general.

Al final, entiendo que nos dirigiremos hacia la armonización y simplificación de las normas y procedimientos de la propiedad intelectual, pues la habilidad más importante que necesitamos es la capacidad de enfrentar los cambios que se nos presenten.

Para dar sólo un ejemplo, se estudia la utilización de un idioma único para las solicitudes de patentes; claro está, la selección de este tiene implicaciones de suma importancia. Pero esto ya denota un camino hacia simplificación de las reglas, que se hace indispensable para lograr su armonización y aplicación universal⁴⁹.

Si bien es cierto que la República Dominicana debe adecuar sus reglas sobre la propiedad intelectual a las tecnologías actuales, es importante tener en cuenta que **lo ideal es lograr una conexión o sinergia entre las estrategias de negocios que persigue el país y la protección de la propiedad intelectual**. Entiendo que una no debe estar divorciada de la otra.

A estos fines, es importante que aprendamos a valorar y monetizar los activos de la propiedad intelectual. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha desarrollado todo un manual que pudiera ser muy útil para estos fines⁵⁰.

Por otro lado, lo anterior no precluye la persecución de la suscripción de acuerdos internacionales sobre distintas materias de la propiedad intelectual; acuerdos que persigan la armonización de las reglas y la solución de conflictos a nivel internacional, siempre preservando el interés nacional.

El mensaje final es que la esencia de todo cambio en la protección de la propiedad intelectual reside, en gran parte, en la limitación o afectación de la territorialidad de los derechos. Se hace imprescindible, en propiedad intelectual, como en tantas otras áreas, que se llegue a una armoni-

48 BESEN (Stanley) y RASKIND (Leo), *An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property*, *The Journal of Economic Perspectives*, 5(1), pp. 3-27.

49 International Chamber of Commerce, *The ICC Intellectual Property Roadmap*,

50 International Chamber of Commerce, *ICC Handbook on Valuation of IP Assets*,



zación de las reglas a nivel mundial. Esto tendrá un impacto directo en la utilización y competencia de los tribunales para sortear los conflictos. Probablemente, la tendencia se inclinará hacia resolver los conflictos que se presenten a través de la utilización de métodos alternativos de solución de controversias, como la conciliación, la mediación y el arbitraje, entre otros; es decir, métodos que pueden aplicarse en cualquier país y con mayor flexibilidad que el tener, como único medio para resolver conflictos, el recurso a tribunales del orden judicial.

Pero esto, como el resto del derecho positivo, que son creaciones culturales para dar respuesta a situaciones y necesidades concretas, será un factor determinante en el marco general social, político y económico en el que se realicen estos cambios.

Una nota importante es que será necesario revisar el Artículo 52 de nuestra Constitución, que habla de los derechos de propiedad intelectual. En la actualidad, nuestra Constitución limita la protección de la propiedad intelectual a las producciones del intelecto humano, lo que parecería dejar de lado las creaciones producto de la inteligencia artificial, para mencionar sólo un caso.

Todo esto en medio de una recesión mundial, pues según proyecciones del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, a menos que ocurra un milagro, el año entrante será uno de recesión. La directora del FMI, Kristalina Georgieva, dijo en una entrevista reciente que según sus cálculos, una de cada tres economías del mundo tendrá al menos dos trimestres con un crecimiento negativo. Esto pasa cuando el PIB baja, en vez de subir, que es lo natural. Así se mide la existencia de una recesión⁵¹.

Pero, hasta ahora, la República Dominicana no está en ese tercio del mundo que se pondrá en malas, porque con todo y todo, las proyecciones dicen que nuestra economía crecerá “más de un 5 %” según la última cifra ofrecida por el ministro de Economía⁵².

51 Agencia EFE. (2022, 11 de octubre). La advertencia del FMI sobre la recesión económica que asegura que está cada vez más cerca. 20minutos.es. Recuperado el 16 de octubre de 2022, de <https://www.20minutos.es/noticia/5067834/0/advertencia-fmi-recesion-economica-cada-vez-mas-cerca/>

52 Red Nacional de Noticias. (2022, 10 de mayo). *RD tendrá un crecimiento de 5 % al final del año 2022, afirma el ministro de Economía*. Recuperado de <https://rnn.com.do/rd-tendra-un-crecimiento-de-5-al-final-del-ano-2022-afirma-el-ministro-de-economia/>



Así que enfoquemos nuestra energía “no en luchar contra lo viejo, sino en construir lo nuevo”, palabras que no son mías, sino que siempre han sido atribuidas a Sócrates, pero que hoy tienen más valor que nunca.

Muchas gracias.

20 de octubre del 2022.



SEGUNDA
JORNADA
21 DE OCTUBRE DE 2022

CONFERENCIA:
UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA GLOBALIZACIÓN DESDE LA
PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Dr. Gerardo Eto Cruz,
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional de Perú



Dr. Gerardo Eto Cruz

Doctor en Derecho Público por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de derecho constitucional, Derecho procesal constitucional, Teoría general de los derechos humanos y Teoría de la interpretación constitucional. Es profesor igualmente de posgrado en diversas universidades latinoamericanas. Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú y exdirector del Centro de Estudios Constitucionales del mismo TC. Es autor de un sinnúmero de obras, artículos y ensayos de su especialidad.

1. INTRODUCCIÓN

Las declinaciones y mutaciones de las constituciones en Latinoamérica: El constitucionalismo clásico, el neoconstitucionalismo, el «nuevo constitucionalismo».

Ubicar una visión del constitucionalismo latinoamericano en el marco de la *posmodernidad* nos lleva a reparar preliminarmente en algunas ideas, a fin de contextualizar el fenómeno de la *globalización*, ámbito donde actualmente se viene desarrollando la actual dinámica constitucional a nivel planetario y en donde nuestra región no se encuentra exenta de su influjo; y por ello mismo, vienen perfilándose particulares características, no sólo a partir de su reflexión académica sino y, fundamentalmente, a través de su praxis y realidad, como son sus vigencias y su propia dinámica constitucional.

La primera idea que se debe tener en cuenta, no sólo como una visión latinoamericana, sino cómo surgió del pensamiento político europeo es que el constitucionalismo surge para regular dos grandes y complejos temas: por un lado, la pretensión de regular el ejercicio racional y legítimo del poder político; y, por otro lado, el de garantizarle a las personas que tengan y se le reconozcan un conjunto de atributos de derechos subjetivos hoy denominados derechos fundamentales, en su versión nacional, o derechos humanos, en el plano internacional.

Subyace, por tanto, en el constitucionalismo una *concepción liberal* que surge, como es harto conocido, en el siglo XVIII, y que estuvo precedida por una efervescente fuente doctrinaria de libres pensadores que cuestionaban el *antiguo régimen*. Por otro lado, claro está, el campo de aterrizaje normal de las libertades públicas, derechos individuales o derechos del hombre fue precisamente en las constituciones de la *primera hora* que empezaron a reconocerse y positivarse. De esa fecha han pasado más de 200 años y, en la línea del tiempo, hoy el reconocimiento



de los derechos fundamentales probablemente atraviesa una *evolución sincrónica*¹ a la que se les identifica como derechos fundamentales de una primera hasta una *cuarta generación*, precisamente en el marco de la Cuarta Revolución Industrial².

Hoy se puede sintetizar que el constitucionalismo en todas las familias jurídicas a nivel planetario, pretende regular dos grandes estatutos que forman parte de la *pulsión* de la condición humana: el poder y las libertades; ello, independientemente de que a nivel globalizado, los escenarios no son idénticos, dado que se presentan radicales diferencias en donde en diversos sistemas políticos, el poder se expresa en términos de autocracias, dictaduras, populismos, por un lado, y por otro, los derechos y las libertades no son precisamente de un mínimo de garantías que preconizan los textos constitucionales.

Así, el constitucionalismo ha empezado a tener una serie de *declinaciones* y *mutaciones* que responden a los tiempos y a los escenarios que se presentan en diversas latitudes del planeta. Por lo que bien podríamos dar una panorámica de las siguientes declinaciones del constitucionalismo³, que son las siguientes:

a) *El constitucionalismo clásico*

Se mantiene en diversas manifestaciones en la recepción del constitucionalismo latinoamericano, y subyacen los diversos principios como la separación de poderes y, ciertamente, la influencia del iluminismo racionalista que aún pervive cada vez que se inicia un *escenario constituyente* en Latinoamérica, pues se piensa que una constitución fruto del constitucionalismo clásico y liberal, desencadena los males de cada país, falacia que, como discurso político ha venido pregonando el pensamiento marxista, y se afirma que con un cambio de constitución, de carácter socialista o

1 PÉREZ LUÑO (Antonio Enrique), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 65 y ss.

2 SCHWAB (Klaus), *La cuarta revolución industrial*, Debate, Colombia, 2016.

3 Seguimos aquí, a partir de una visión comparativa, a PEGORARO (Lucio) y RINELLA (Ángelo) (Directores), *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*, tomo 2, Volumen A, Iera. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edit. Astrea, y Giappichelli (G.), 2018, p. 154 y ss. 159 y ss. y 161 y ss.

colectivista o del “socialismo del siglo XXI” se solucionarán los males, al establecerse un nuevo marco constitucional;

b) *El neoconstitucionalismo*

Esta corriente de pensamiento, proveniente de los predios de filósofos que se han metido en los territorios del constitucionalismo y se han autoproclamado como “neoconstitucionalistas”, igualmente ha calado en parte en Latinoamérica, y si bien genéticamente es una evolución de la filosofía del constitucionalismo clásico, pretende generar nuevos enfoques y replantear algunos nichos cognitivos, como son: i) *la constitucionalización de los derechos*, que en rigor, es una renovada visión de lo que siempre estuvo en la parte dogmática de las constituciones de la primera generación, pero bajo una interpretación de las *normas reglas* y las *normas principios* a partir de las bases contemporáneas de la argumentación jurídica; ii) *Una judicialización de los derechos*, lo que significa la presencia de renovados instrumentos procesales que son los que van tener la virtud y la fuerza de desencadenar lo que hoy es la *jurisdicción constitucional*, con sus procesos constitucionales de la libertad como son el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data*, entre otros; y la *jurisdicción constitucional orgánica*, en la que confluyen los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia; iii) *La presencia de una jurisdicción supranacional*, en la cual los derechos fundamentales afectados en las jurisdicciones domésticas hoy pueden ser revisados a través de organismos jurisdiccionales supranacionales, bajo el marco y sustento de tratados internacionales que comprometen el llamado *bloque de convencionalidad regional* y el *bloque de convencionalidad universal*. La presencia de esta “ola” filosófica ha calado en el pensamiento constitucional latinoamericano, gracias a diversos teóricos europeos que plantean nuevas visiones, rompiendo el *constitucionalismo clásico* y generando una *judicialización de la política* y atribuyendo a los jueces roles competenciales vinculados a decisiones políticas; esta “ola” de neoconstitucionalismo es parte de la propia globalización del pensamiento y de un cuestionamiento a las democracias bajo el escrutinio crítico de esta filosofía, que pretende presentar un nuevo constitucionalismo para entender la realidad constitucional.



c) *El «nuevo constitucionalismo»*

Finalmente, nos encontramos con una última corriente desencadenada en el mundo globalizado, y que también la viene recepcionando América Latina, que es un presunto *nuevo constitucionalismo*, que no refuta ni cuestiona al constitucionalismo clásico, pero pretende transformarlo. Así, se plantea la siguiente distinción entre las dos categorías ya aludidas: «El neoconstitucionalismo es una corriente doctrinal producto de años de teorización académica, mientras que [...] el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados. Y consiguientemente, el nuevo constitucionalismo carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proporción de un modelo constitucional»⁴.

En rigor, podríamos señalar que esta variante mantiene conexión con el neoconstitucionalismo, pero se preocupa de la legitimidad democrática de las constituciones latinoamericanas. Así, una visión y mirada comparativa de los profesores Pegoraro y Rinella señala que «el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la *soberanía*, esencia del poder constituyente, y la *Constitución*, entendida en su sentido amplio como fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales»⁵.

Igualmente, el espectro de visión de este nuevo constitucionalismo es que expresa y reivindica un carácter revolucionario del constitucionalismo democrático, pretendiendo establecer un mecanismo de emancipación de los pueblos; es decir, se pretende instrumentalizar la presencia de escenarios de poderes constituyentes que van a reflejar el fundamento último de los futuros poderes constituidos o gobiernos permanentes. Esta nueva ola se ha gestado desde los años 90, básicamente a partir de la Constitución colombiana de

4 VICIANO PASTOR (R.) y MARTÍNEZ DALMAU (R.), *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal*, en Rev. Gen. Der. Públ. Comp., N.º 9, 2011, p. 7, citado por PEGORARO (Lucio) y RINELLA (Angelo) (Directores), *Derecho constitucional comparado*, Tomo 2, Vol. A, Sistemas constitucionales, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 162.

5 PEGORARO (Lucio) y RINELLA (Angelo), op. cit., p. 162.

1991. Incluso, algunos reivindican la Constitución brasileña de 1988, y los textos constitucionales de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. Debemos aquí señalar que gran parte de este pensamiento constitucional llevado a la praxis identifica a determinados académicos de la corriente de la Universidad de Valencia (Roberto Viciano y Roberto Martínez Dalmau) y que desde España, varios fueron los mentores de los formatos constitucionales que hoy están presentes en Latinoamérica. En suma, el nuevo constitucionalismo predica las *constituciones revolucionarias* (Viciano Pastor y Martínez Dalmau), *constituciones transformadoras* (Boaventura de Sousa Santos, Viciano Pastor y Martínez Dalmau), *constituciones aspiracionales* (Mauricio García), entre otros epítetos que se esgrimen⁶. Las actuales versiones de estas corrientes se han pretendido institucionalizar en el reciente proyecto de plebiscito que fue, en rigor, un referéndum frustrado de la Constitución de Chile, del 4 de septiembre de 2022, y el proyecto que pretende instaurar el actual régimen político izquierdista de Pedro Castillo en el Perú.

De nuestra parte, podemos señalar que tras las constituciones hay unas *concepciones iluminista y racionalista* que se nos presentan como *metarrelatos* de profecías no cumplidas, en la perspectiva que iniciara François Lyotard; y ello, en la medida que en Latinoamérica aún pesa la *tipología* a que aludía Karl Loewenstein: que nuestra región no tiene constituciones *normativas*, sino constituciones *nominales*, que son las que se cumplen a medias, porque el cuerpo electoral suele elegir a líderes con aliento populista que no respetan la Constitución de su país; y lo más grave, aún muchas constituciones latinoamericanas son *semánticas*, fruto de regímenes que treparon al poder y después de un prolongado tiempo pretenden legitimar *su* régimen, institucionalizándolo con el ropaje constitucional, a pesar de que lo impulsaron por la fuerza⁷.

Por lo tanto, una visión constitucional hoy de Latinoamérica en el marco de la globalización no arroja resultados halagüeños, por lo que proponemos, como veremos en este breve trabajo, una serie de características que hoy perfilan una visión constitucional latinoamericana en el marco

6 CORREA SOUZA DE OLIVEIRA (Fabio) y LUIZ STRECK (Lenio), *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de constituir un Derecho Constitucional Común*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 18, Madrid (2014), pp. 125-153.

7 LOEWENSTEIN (Karl), *Teoría de la Constitución*, trad. y estudio por Gallego Anabitarte (Alfredo), Ariel, Barcelona, 1982, pp. 218 y ss.



de los tiempos contemporáneos; pero pasemos brevemente a ubicar las categorías de Constitución y globalización, la primera, que corresponde a la disciplina de la teoría constitucional y la segunda, al pensamiento de la sociología contemporánea.

2. CONSTITUCIÓN Y GLOBALIZACIÓN

El concepto «*globalización*» no proviene del mundo jurídico, sino de los predios de la sociología contemporánea, y se ubica en el marco de la actual Cuarta Revolución Industrial (4RI) y, por otro lado, por diversos filósofos que han calificado los tiempos contemporáneos como de una «*posmodernidad*»⁸ e «*hipermodernidad*»⁹.

Con todo, aunque parte del horizonte se ubica en el marco de la globalización del mundo cognitivo o de las sociedades del conocimiento, la actual sociología ha planteado diversas formas de ver y entender el fenómeno de la globalización.

Los demiurgos de la globalización señalan que ella ostenta, en líneas generales, las siguientes características:

- a) La internacionalización en distintos campos que vive el planeta, como son la economía, la política, la cultura, etc., y en particular, de los mercados financieros y de trabajo, con la interdependencia creciente de los actores involucrados como son los Estados, las organizaciones internacionales, empresas, ONG, etc., que viene posibilitada, a su vez, por:
- b) El impacto de las *tecnologías* de la *información y comunicación*, y en particular de Internet, que permite la simultaneidad de las acciones y procesos en tiempo real; y
- c) La simetría en los intercambios, la desigualdad y la injusticia global, lo que permite hablar de una «interdependencia asimétrica»¹⁰.

8 LYOTARD (Jean-François), *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*, Buenos Aires, Minuit, 1987.

9 LIPOVETSKY (Guilles) y CHARLES (Sébastien), *Los tiempos hipermodernos* 3.ª ed., Barcelona, Anagrama, 2016. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.

10 NOLLA (Javier) y RODRIGUEZ (Beatriz), *Teoría sociológica de la globalización*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 17.

3. LAS TEORÍAS SOCIOLÓGICAS SOBRE LA GLOBALIZACIÓN

En los predios de la sociología contemporánea se ha presentado una serie de teorías en torno al fenómeno de la globalización. Aquí, apenas pálidamente, esbozaremos las más relevantes, a fin de poder engarzarlas en el plano de la *dinámica constitucional* en nuestra región; lo que sigue es una brevísima síntesis de la variedad de teorías existentes. Tomamos parte de nuestras reflexiones sobre las corrientes teóricas de la globalización¹¹.

La globalización constituye un proceso histórico que explica, y a la vez, justifica una creciente aceleración de complejas relaciones que vive la civilización contemporánea y que tienen como notas características un aumento progresivo de la interconexión de la economía mundial y la proliferación de una serie de dinámicas de distinto orden: sociales, culturales y políticas que repercuten en el plano internacional. La sociología contemporánea sigue interrogándose qué es la globalización. Así, las discusiones más puntuales giran en saber si la globalización es un fenómeno excepcional de nuestra historia más reciente, como plantea Giddens, o más bien si se trata de un fenómeno ya conocido, que ha transitado épocas pasadas pero que actualmente se ha redimensionado. Igualmente, sigue en permanente debate si existen una o varias globalizaciones, en función de su impacto en el planeta. La sociología igualmente se interroga si acaso existen una o varias ideologías que sustentan este fenómeno, asentado en la democracia liberal a nivel mundial¹².

a) *Modernidad y globalización*: el planteamiento de esta teoría, esbozada por el sociólogo Anthony Giddens, autor de un monumental trabajo escrito al alimón con Philip W. Sutton (Cfr. *Sociología*, así como *Consecuencia de la modernidad*, *En defensa de la sociología* y *La política del cambio climático*) sostiene que si bien la globalización es la expresión

11 ETO CRUZ (Gerardo), “¿Las universidades son sociedades de conocimiento?”, en *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica. A propósito de los 100 años del Grito de Córdova*, Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego (Coordinadores), Lima, Grijley, Vol. 2, pp. 1331-1349.

12 MORENO DEL RÍO (Carmelo), “Antiglobalismo”, en MELLÓN (Joan Antón) y TORRENS (Xavier) (Editores): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*; 3era edic., Tecnos, Madrid, p. 577.



radical de la modernidad o las consecuencias de ella, el mundo actual, en el ámbito de las sociedades posindustriales impone a la ciencia y la cultura un “enganche” a través de formatos de tecnologías que se aplican a la producción industrial. La globalización hoy se manifiesta a través de una integración sistémica, donde existe una amplia conexión de sistemas de interacciones que cualquier reflexión “local” hoy colgada o expuesta a las redes sociales o a las grandes plataformas de internet permiten entrar en la era digital de la globalización. Giddens, en su obra *Consecuencias de la modernidad* (1999) plantea dos ejes temáticos: «La contradicción principal de las sociedades capitalistas, que con diversas formulaciones a lo largo de sus obras suele girar en torno a la contraposición entre los principios estructurales de producción social y apropiación privada, y la ampliación de la importancia de la integración sistémica, al aumentar el volumen de las relaciones distanciadas, tanto en el tiempo como en el espacio, vinculadas de forma directa con el fenómeno de la globalización”¹³.

b) Sociedad del riesgo global: quien esgrime esta teoría es el célebre sociólogo Ulrich Beck, autor de *La sociedad del riesgo*, quien habla en su obra de la “modernidad reflexiva” e identifica tres componentes: la era de una individualización, la presencia de una sociedad del riesgo y la globalización. Actualmente, las políticas estatales tienen una tendencia a tomar como sujetos a los individuos y no a los grupos. Y en el caso de la centralidad del riesgo, el sociólogo Beck ha planteado la tesis de que hoy las sociedades contemporáneas se ven en el espejo, y lo que ven son sus propios productos y creaciones. Anota el sociólogo que esta reflexión “alude a una modernidad que se desvanece. Inaugura esta teoría la posibilidad de una (auto) destrucción creadora para una época en su conjunto, en este caso, la época industrial. El “sujeto” de esta destrucción creadora no es la crisis, sino el triunfo de la modernización occidental. Esta teoría es una protesta –y refutación– contra la teoría del fin de la historia de la sociedad”¹⁴. Y en esta proliferación se manifiestan riesgos de índole personal como colectivo. Hoy, efectivamente, saltan a la vista catástrofes que pueden ser de

13 NOYA (Javier) y RODRÍGUEZ (Beatriz), *op. cit.*, p. 31.

14 BECK (Ulrich), “Teoría de la modernización reflexiva”, en GIDDENS (A.) *et al.* *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos Edit., 2011, pp. 223 y ss.

distinto orden, como son los problemas que desencadenan las catástrofes nucleares¹⁵; caso emblemático fue lo ocurrido en Chernóbil¹⁶.

En otras palabras, el núcleo de una sociedad del riesgo ya no es la distribución de bienes, sino de las contingencias de males que pueden presentarse en los tiempos contemporáneos. Males que azotan los tiempos en diversos órdenes, como políticos, económicos, militares; riesgos locales, nacionales o transnacionales. Todo esto viene a colación en tanto las constituciones de la región latinoamericana enfrentan una serie de riesgos no sólo como parte del reparto de la sociedad de la externalización de que

15 *Chernobyl. Los 10 lugares más radiactivos del planeta*: Accidentes como Chernobyl y Fukushima demostraron que las plantas nucleares son peligros latentes. Sin embargo, hay otras causas que condenaron a ciertas zonas del planeta. La catástrofe ocurrida en la planta nuclear de Chernobyl marcó un antes y un después en cómo la humanidad tomaría la radiación. Desde ese abril de 1986, una zona radiactiva sería considerada uno de los mayores peligros para el ser humano. A continuación, hacemos un recuento de los lugares con mayor radiactividad en el mundo. Fukushima (Japón): el desastre de la planta nuclear de Fukushima fue una consecuencia del terremoto de 2011 y el posterior tsunami ocurrido en Japón, el cual dejó varios muertos y causó grandes pérdidas materiales. Aquella vez se colapsaron tres de los seis reactores y las fugas acabaron en los alrededores de la planta y en el mar, desde donde viajó un radio de 200 km. Se trata del peor accidente nuclear desde Chernobyl. El grado de impacto ambiental todavía es desconocido y durará muchos años antes de desaparecer. Chernobyl (Ucrania): han pasado ya 30 años desde el accidente en la planta nuclear de Chernobyl, y, sin embargo, esta zona ubicada al norte de Ucrania sigue siendo una de las zonas más radioactivas del planeta. Ese día se produjo un sobrecalentamiento del núcleo de uno de los reactores de la planta, tras unas pruebas de simulación del corte del suministro eléctrico. Esto derivó en una explosión de hidrógeno acumulado, lo que liberó gases tóxicos y materiales radioactivos. Esta liberación equivalió a más de 500 veces la bomba atómica de Hiroshima. En total, han sido 13 los países de Europa que han detectado radiactividad después del accidente. Mailuu-Suu (Kirguistán): en los años 40, esta zona del centro de Asia se vio alterada al hallarse grandes cantidades de uranio. Tras unos años en los que se extraía este material, la zona pasó a ser un gran vertedero de residuos de uranio. La población cercana se enfrenta a los peligros que suponen el consumo de agua del río contaminado y la situación en una región propensa a la actividad sísmica. Semipalatinsk (Kazajistán): se trata del lugar que ostenta el récord de más explosiones nucleares del mundo: 456 entre 1949 y 1989. Allí la URSS realizaba ensayos de la bomba atómica hasta que una explosión incontrolada produjo gran radiactividad que contaminó una zona extensa e inhabilitó las instalaciones. Siberia (Rusia): esta parte gélida en el este de Rusia alberga a Séversk, una de las zonas más radiactivas de la Tierra. Allí se almacenan residuos nucleares en grandes piscinas descubiertas, con un potencial riesgo de filtraciones a aguas subterráneas y contaminación a través del viento, que propaga los residuos a los alrededores. Además, allí hubo varias explosiones de plutonio. Disponible en el siguiente link: <https://larepublica.pe/mundo/1482126-chernobyl-10-lugares-radioactivos-planeta>.

16 Vid. la obra de la Nobel de Literatura 2015, Svetlana Aleksíevich, quien en su libro *Voces de Chernóbil. Crónicas del futuro*, De Bolsillo, Barcelona, 2019, traducción de Ricardo San Vicente, narró la historia de las víctimas y los héroes anónimos que sacrificaron sus vidas para intentar frenar los efectos del desastre nuclear que afectó Ucrania en 1986. Fue llevado en el 2019 a la TV a una Serie por "HBO". Puede verse, igualmente el relato de LEATHERBARROW (Andrew), *Chernóbil 01:23:40. La verdadera historia del desastre nuclear que conmocionó el mundo*, Duomo Ediciones, Barcelona, 2019, traducción de Miguel Alpuente y Marcelo E. Mazzanti.



nos habla el sociólogo Lessenich¹⁷, sino porque los regímenes políticos que se vienen instalando en gran parte de América Latina no garantizan precisamente las libertades, el trabajo, la inversión, la seguridad jurídica, que son los que, a la postre, generan una sociedad del progreso y no de desigualdad¹⁸.

c) *Sociedad global como sociedad-red*: ha sido el profesor español Manuel Castells el que ha reflexionado, dentro del marco de la posmodernidad, en diversos trabajos en torno a las actuales sociedades de la información a las que el autor califica como “*la sociedad red*”. Este investigador español esboza los orígenes de esta sociedad-red: “Durante las dos décadas que van de finales de los sesenta a finales de los ochenta, una serie de innovaciones científicas y tecnológicas han convergido, constituyendo un nuevo paradigma tecnológico. El fundamento científico y técnico de dicho paradigma lo constituye la microelectrónica, que se ha ido desarrollando mediante los descubrimientos del transistor (1947), el circuito integrado (1957), el proceso planar (1959) y el microprocesador (1971). Los ordenadores, ayudados por los aumentos exponenciales de su potencia y por dramáticas reducciones en el coste por unidad de memoria, fueron capaces de revolucionar el procesamiento de la información, tanto en el hardware como en el software. La telecomunicación se convirtió en el vector clave para la difusión y máximo aprovechamiento de las nuevas tecnologías, permitiendo el desarrollo de las conexiones entre diferentes unidades de procesamiento para facilitar la formación de sistemas de información”¹⁹. El autor asume la idea con sustento empírico de la imponente presencia de los cambios sociales a partir de las nuevas tecnologías de la información; si bien esto ha generado algunas críticas del fuerte determinismo tecnológico, Castells afirma lo siguiente: “Por supuesto, la tecnología no determina la sociedad. Tampoco la sociedad dicta el curso del cambio tecnológico, ya que muchos factores, incluidos la invención e iniciativas

17 LESSENICH (Stephan), *La sociedad de la externalización*, traducción de Alberto Ciria, Herder, Barcelona, 2019.

18 GALOR (Oded), *El viaje de la humanidad*, Planeta, traducción de Olga García Arrabal, Barcelona, 2022.

19 CASTELLS (Manuel), *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

personales, intervienen en el proceso de descubrimiento científico, la innovación tecnológica y las aplicaciones sociales, de modo que el resultado final depende de un complejo modelo de interacción. En efecto, el dilema del determinismo tecnológico probablemente es un falso problema, puesto que tecnología es sociedad, y esta no puede ser comprendida o representada sin sus herramientas teóricas²⁰. Para el autor, estamos viviendo un nuevo mundo, y necesitamos nuevas claves de interpretación para conocer nuestra realidad. Hoy, la sociedad red se nos presenta como una nueva estructura social dominante en la era de la información; por lo tanto, se trata de un fenómeno mundial y afecta a todos los pueblos y latitudes de todo el planeta. El concepto clave que esgrime el profesor español es la red como una nueva forma social, esto es, como “*un conjunto de nodos interconectados*”. Ya el concepto no es “el punto en el que una curva se interfecta a sí misma”. Los nodos, por ende, juegan un rol fundamental, dado que son los que localizan las funciones primordiales de la red. Así, la red global es una red de redes de distinta índole: sociales, políticas, económicas, etc.²¹. Más allá de estas expresiones conceptuales que acuña el sociólogo, la red se nos presenta así como una metáfora para describir una nueva forma de la sociedad y de los que la integran: personas a nivel individual y grupal que se interconectan. Es determinante este marco teórico, dado que hoy la información científica forma parte de la sociedad red, y ello genera un *poder simbólico*. Anota precisamente James Lull que “el poder simbólico es “la capacidad de utilizar formas simbólicas (...) para intervenir o influir en el curso de acciones o sucesos. Este tipo de poder a veces también está institucionalizado; el ejemplo más evidente es la capacidad comunicativa que tienen las organizaciones *massmediáticas*. Pero no solo las instituciones sociales ejercen el poder simbólico y sus correlativos poderes culturales, derivados de las acciones tácticas que realizan los actores culturales al construir su vida cotidiana”²². Este planteamiento tiene encaje en el marco de la sociedad red, dado que a partir de las redes sociales, el *poder cultural*

20 *Ibidem*, p. 35.

21 Vid. Los monumentales trabajos: CASTELLS (Manuel), *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. I, *La sociedad red*, Madrid, Siglo XXI, 2008; pp. 359 y ss.; Vol. II, *El poder de la identidad*, México, Siglo XXI, 2009, pp. 91 y ss.

22 LULL (James), *Medios, comunicación, cultura. Aproximación global*, 2.ª ed., Buenos Aires, Amorrortu Edit., 2009, p. 98.



va a tener la capacidad de definir una situación desde el punto de vista cultural; y no solo ello, sino que va a producir en los individuos y grupos, formas de vida; o como anota Lull, “constelaciones de zonas culturales” que apelan a los sentidos, a las emociones y a los pensamientos de uno mismo y de los demás²³.

d) Postmodernidad y globalización: la tesis que originalmente planteara Lyotard fue que la posmodernidad es una crítica a la modernidad, y que esta se habría sustentado en grandes *metarrelatos* en torno a profecías no cumplidas. Frente a esta postura se habrían generado nuevos paradigmas que tratan de entender la realidad en sus nuevos y complejos laberintos cognitivos. Enfoques como multiculturalismo, pluralismo, transversalidad, enfoque de género, entre otros, son los escenarios de reflexión frente a antiguas concepciones omnicomprensivas²⁴ y totalizadoras del racionalismo que ha tratado de entender la realidad, como diría Isaiah Berlin, en *La concepción del erizo*²⁵. La posmodernidad puede suministrar al mundo globalizado una serie de decepciones de los tiempos contemporáneos²⁶. Bauman, por ejemplo, esgrime su concepción de la modernidad líquida a partir del grado de movilidad de los sujetos sociales, entre el turista y el vagabundo. El primero no tiene barrera de distancias; se le han suprimido porque puede desplazarse lo más rápido y libre, es el dominante; tiene acaso una “*identidad cosmopolita*”. Bilbeny anota que “el cosmopolita no es un viajero cualquiera. Cada vez hay más viajeros, pero pocos son cosmopolitas. Al llegar a su destino, el viajante profesional o el turista visitarán monumentos, museos, centros comerciales y puede que algún buen restaurante. Son los “centros de interés” que han repasado en su guía y se les recuerda en el hotel. Sin duda, son de “interés”. El cosmopolita tiene sus propias preferencias. Además de visitar un teatro o una catedral, le gustará ir, por ejemplo, a un mercado, para saber de las costumbres del

23 *Ibidem*, p. 99.

24 Puede verse nuestro trabajo: ETO CRUZ (Gerardo), *La transversalización del derecho constitucional*, Lima, Grijley edit., 2022.

25 BERLIN (Isaiah), *El estudio adecuado de la humanidad. Antología de ensayos*, Madrid, FCE, editada por Henry Hardy y Roger Hausheer, 2009, pp. 347 y ss. Antecede prólogo de Noel Annan, introducción de Roger Hausheer. Traducción de Francisco González Aramburo, María Antonieta Neira y Hero Rodríguez Toro y Juan José Utrilla.

26 FRANCO (Jean), *Una modernidad cruel*, México, FCE, 2016, traducción de Víctor Altamirano.



lugar; a un barrio de inmigrantes, para hacerse una idea más completa del medio social, o incluso a un cementerio, si quiere conocer el pasado de la ciudad. Y, por descontado, el cosmopolita, a diferencia de otros viajeros, hará lo posible por conocer en directo, conviviendo con ella, a la gente que habita el lugar que visita, y que es el mayor “centro de interés” de cualquier destino²⁷. Siguiendo la reflexión de Bauman, el viajero cosmopolita vive en el tiempo; el espacio no rige para él, ya que las distancias no son pretextos para recorrerlas en forma instantánea. En este tipo de agentes sociales subyace la aceleración, y la valoran; prima en ellos el tiempo, no el espacio. En cambio, en el vagabundo, este se encuentra atrapado en el espacio, mientras el tiempo discurre sin ningún sentido, y cuando se le presentan adversidades y contingencias de supervivencia, a duras penas se sobrepone, pero encuentra muchas restricciones. Su tiempo es vacío, transcurre, pero “nunca pasa nada”. Mucho más reciente, vienen surgiendo otras perspectivas de enfoque de lo que ha reflexionado Bauman; hoy, por ejemplo, se habla del *cosmopolitismo en las telecasas*: “Las actuales telecasas están abiertas al mundo, y no solo al entorno social inmediato. Al ser formas sociales estructuralmente desterritorializadas, el teledinero, la televisión, el teléfono y la telemática posibilitan interrelaciones humanas instantáneas y a distancia. Frente a las casas clásicas, algunas de las cuales podían estar volcadas hacia la vida pública, pero entendida esta como vecindad, las telecasas se integran en redes de información y de comunicación que se despliegan por todo el planeta. Por consiguiente, es posible vislumbrar la aparición de una nueva forma de cosmopolitismo allí donde era menos previsible: en los hogares”²⁸. Sea que el turista, como viajero cosmopolita que tiene en su constructo la movilidad y aceleración, como el vagabundo, en donde el tiempo transcurre “y no pasa nada”, son dos metáforas que permiten apreciar que el mundo de los intelectuales e investigadores, como son, en este caso, los que realizan el diálogo académico en los predios del derecho constitucional, pasa siempre por una regla inexorable: la comunicabilidad de recibir y transferir conocimiento, una vez procesado en su estructura mental el flujo de información que recepciona, bien sea

27 BILBENY (Norbert), *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*, Barcelona, Kairós Edit., 2007, p. 9.

28 ECHEVARRÍA (Javier), *Cosmopolitas domésticos*, 2.ª ed., Barcelona, Anagrama Edit., 1995, p. 158.



porque adquiere libros de sus “viajes”, o bien sea, porque sin moverse de su hogar, también adquiere y compra virtualmente lo que le interesa en nuestra disciplina constitucional. Lo importante en este enfoque es más bien que el académico constitucionalista, percibiendo un mundo acelerado digital, donde la sociedad de la información está en permanente flujo de renovación de información, asuma determinadas posturas críticas a las posiciones dominantes que son los paradigmas cognitivos. La posmodernidad se ha encargado de poner en evidencia que los nuevos enfoques y paradigmas pueden contribuir precisamente a los tiempos que hoy sustentan la hipermodernidad. Y, en ello, las investigaciones académicas deben ubicarse en estos contextos sociológicos que venimos describiendo. En buena cuenta, no cabe hablar aquí de un pensamiento constitucional localista, o regionalista, o como se quiere llamar, un derecho constitucional latinoamericano; hoy, la reflexión académica, sea del lugar desde donde se gesta y desarrolla, se ubica o debe ubicarse desde la perspectiva local, nacional e internacional, dado que el mundo “globalizado” generado por la era digital de la 4RI permite mantener una comunicabilidad desde la reflexión académica del derecho constitucional.

e) Globalización y sistema-mundo: las actuales investigaciones en nuestra disciplina constitucional, así como de cualquier otra vertiente disciplinaria no pueden estar abordadas y desarrolladas bajo los contextos que hoy rigen el planeta, y es que la división del trabajo, el comercio a escala mundial, las relaciones interestatales conectan con las investigaciones sobre la globalización. Hoy los sociólogos y los filósofos que vienen reflexionando sobre el acontecer contemporáneo manifiestan que existe una interconexión no solo en el sistema económico mundial, sistema que tuvo su punto de quiebre con el derrumbe de la era de la Unión Soviética y que le llevó a Fukuyama a acuñar la célebre frase del “fin de la historia”; sino que la articulación de los sistemas económicos y los sistemas políticos han proliferado todo un *sistema-mundo* y cuyas reflexiones inaugurales fueron en parte desarrolladas por Wallerstein²⁹. Siguiendo la misma línea, pero desde otra perspectiva, Lipovetsky y Juvín afirman que la globalización también es una cultura, y que se viene consolidando y crece desmesura-

29 WALLERSTEIN (I.), *El moderno sistema mundial*, Vol. 1, Madrid, Siglo XXI, 1979.



damente; una suerte de cultura de “tercer tipo”, esto es “una hipercultura transnacional” que la han bautizado como “cultura-mundo”.

Al interrogarse qué significa cultura-mundo, los autores responden que se trata de la revolución tecnológica de la información y la comunicación, la organización de vastas redes mediáticas transnacionales, la ampliación de industrias culturales que canalizan una creciente cantidad de bienes idénticos hacia un mercado globalizado. Igualmente, quiere significar un mundo en que las operaciones culturales desempeñan un papel cada vez más decisivo en el orbe comercial propiamente dicho, a través del diseño, la estética, los creadores de todo género: la economía cultural es la economía de las “industrias creativas”. Anotan que la cultura no es ya solo una superestructura sublime de signos, sino que remodela el universo material de la producción y el comercio³⁰.

Mirando en perspectiva, estos pensadores franceses señalaban que la cultura antes ordenaba la vida con claridad, lo que daba sentido a la existencia, encuadrándola en un conjunto de divinidades, reglas y valores de sistemas simbólicos. En cambio, hoy la cultura-mundo funciona al revés, pues no cesa de desorganizar nuestro *está-en-el* mundo, las conciencias y las existencias. Debido a los tiempos acelerados, el humano tiene en su entorno una vida que está en crisis, desestabilización, falta de coordinadas estructuradas. Iglesia, familia, ideologías políticas, relaciones entre los sexos, consumo, arte, educación: ya no hay ni un solo dominio que escape al proceso de desterritorialización y desorientación³¹. A todo ello, Terry Eagleton, crítico literario inglés, carga las tintas con demoledoras opiniones, sosteniendo lo siguiente: “A partir del viejo mundo industrial, con su burdo lenguaje ha evolucionado el capitalismo de rostro cultural que tenemos ahora. El papel de las llamadas industrias “creativas”, el poder de las nuevas tecnologías culturales, la importancia de los signos, las imágenes, marcas e íconos, el espectáculo, el estilo de vida, la fantasía, el diseño y la publicidad: “todo esto se supone que atestigua la aparición de una forma ‘estética’ de capitalismo, en transición de lo material a lo inmaterial. Sin embargo, lo que esto significa es que el capitalismo ha incorporado la

30 LIPOVETSKY (Guilles) y JUVIN (Hervé), *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*, Barcelona, Anagrama Edit., 2011, p. 14. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.

31 LIPOVETSKY (Guilles) y SERROY (Jean), *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*. Barcelona, Anagrama. pp. 85 y 102.



cultura a sus propios fines materiales, no que haya caído bajo la influencia de lo estético, lo gratuito, lo que proporciona deleite o plenitud. Por el contrario, este “estetizado” modo de producción capitalista ha resultado ser más inexorablemente instrumental que nunca. La «creatividad» con la que Marx y Morris denotaban lo contrario de la utilidad capitalista es puesta al servicio de la adquisición y la explotación”³².

Globalización y sistema-mundo son dos conceptos de los predios sociológicos que igualmente vinculan al derecho constitucional, específicamente en su vertiente comparativa, porque a partir de estas concepciones, se puede comprender la marcha y desarrollo de nuevos escenarios constitucionales que impactan en la región latinoamericana.

g) Imperio global: los sociólogos Antonio Negri y Michael Hardt trabajaron al alimón, a fines de los 90, el libro “*Imperio*”, cuya publicación aparece recién en 2000. Se trata de un monumental estudio en torno al análisis de la evolución del capitalismo y de los movimientos sociales. Su enfoque dimana de los predios de la sociología contemporánea, con aliento axiológico propio de la filosofía política. Para estos sociólogos, el Imperio es el sujeto político que regula los cambios globales, el poder soberano que gobierna el mundo, y en este proceso de globalización, la soberanía de los Estados-naciones, si bien sigue efectiva, ha venido declinando, por lo que hoy poseen menos poder. La hipótesis que esgrimen estos politólogos es que “hoy la soberanía ha tomado una nueva forma, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos bajo una única lógica de mando. Esta nueva forma global de soberanía es lo que llamamos imperio”³³. Los autores plantean una distinción entre lo que es el imperio y el imperialismo. El primero se presenta hoy en el marco de la globalización económica, como una nueva forma de distribución del poder, en tanto que el imperialismo constituye un sistema centralizado y basado en el control de las fronteras; Hardt y Negri postulan la idea de que el imperio es “un aparato descentralizado y desterritorializador del dominio que progresivamente incorpora la totalidad del terreno global dentro de sus fronteras abiertas y

32 EAGLETON (Terry), *Cultura*, Barcelona, Edit. Taurus, 2017, p. 168, traducción de Belén Urrutia.

33 HARDT (Michael) y NEGRI (Antonio), *Imperio*, Cambridge, Massachusetts, Edic. de Harvard University Press, 2000, traducción de Eduardo Sadier.

en permanente expansión” y que “maneja identidades híbridas, jerarquías flexibles e intercambios plurales a través de redes de mando adaptables”³⁴.

Muy al margen de estas propuestas en torno a las teorías de la globalización, un hecho que debe quedar siempre en claro es que el fenómeno constitucional, sea en el territorio donde se desarrolle como *régimen político*, hoy forma parte de los escenarios globalizados; pero los grandes “imperios” observarán desde una perspectiva si dicho régimen constitucional de un determinado país se ubica dentro de los estándares de las democracias liberales, o si acaso se presentan bajo regímenes que pueden tener determinadas singularidades de legitimidad, si las constituciones son acaso provisionales o estables, o si acaso se ubican en los ciclos constitucionales del momento, como son las actuales corrientes latinoamericanas de las constituciones taumatúrgicas.

Ciudades globales: finalmente, otra de las propuestas y enfoques en torno al entendimiento del mundo de la hipermodernidad globalizada, contexto en el cual pueden, también en parte, ubicarse las actuales corrientes constitucionales latinoamericanas, se encuentra en las reflexiones sociológicas de las grandes ciudades que hoy son la expresión de metrópolis o ciudades globales que constituyen los centro de gravitación del manejo del poder y del influjo cultural; pieza clave del rol de estas mega ciudades son los roles en la economía global, enclave de las finanzas y de las empresas; no se trata de una explicación arquitectónica, sino que son ciudades donde el fenómeno de la “desnacionalización” forma parte de un proceso en el que, geográficamente, dicha metrópoli formalmente se ubica territorialmente en un determinado Estado, pero su rol y eje de desarrollo es de carácter transnacional, dado que allí se juega y se localizan las piezas clave de la economía globalizada. Desde luego, en estas ciudades, la presencia de la producción inmaterial que llega, o se produce allí, va a ser igualmente una producción ubicada en la vanguardia a la que el académico y científico no puede desdeñar.

Un claro ejemplo de ciudad global es Nueva York, centro y eje de las finanzas, de la vanguardia en la cultura, en la moda, en la cinematografía, entre otros; un lugar global que es descrito así en medios también globales como Wikipedia, cuyo texto transcribimos: “Nueva York está considerada

34 HARDT (Michael) y NEGRI (Antonio), *op. cit.*, p. 14.



como una ciudad global, por sus influencias a nivel mundial en los medios de comunicación, en la política, en la educación, en la arquitectura, en el entretenimiento, las artes y la moda. La influencia artística y cultural de la ciudad es de las más fuertes del mundo. En esta ciudad se encuentra la sede central de la Organización de las Naciones Unidas, lo que también la convierte en un importante punto de las relaciones internacionales. La enorme relevancia de la ciudad a todos los niveles la convierte, juntamente con Londres, Tokio y París, en una de las ciudades más destacadas e influyentes del planeta. La ciudad se compone de cinco *boroughs* (a veces traducido como ‘condado’, ‘distrito’ o ‘comuna’), cada uno de los cuales coincide con un condado: Bronx, Brooklyn, Manhattan, Queens y Staten Island. Con más de 8,4 millones de neoyorquinos en un área urbana de 830 kilómetros cuadrados (320 mi²), Nueva York es la segunda ciudad con más densidad de población de los Estados Unidos, detrás de Union City, Nueva Jersey, localizada al otro lado del río Hudson. La ciudad tiene muchos lugares y edificios reconocidos por todo el mundo. Por ejemplo, la estatua de la Libertad, ubicada en la isla homónima, y la isla de Ellis, que recibió a millones de inmigrantes que llegaban a Estados Unidos a finales del siglo XIX y comienzos del XX. Wall Street ha sido uno de los principales centros mundiales de finanzas desde la Segunda Guerra Mundial y es la sede de la Bolsa de Nueva York. La ciudad también ha concentrado a muchos de los edificios más altos del mundo, entre los que se encuentran el edificio *Empire State*, el *One World Trade Center*, el edificio Chrysler, el 432 *Park Avenue*, la *Trump Tower*, el edificio Seagram y las torres gemelas del *World Trade Center*, que fueron derribadas en los atentados del 11 de septiembre de 2001. La ciudad también es la cuna de muchos movimientos culturales estadounidenses, como por ejemplo, el renacimiento de Harlem en literatura y artes visuales, el expresionismo abstracto (también conocido como Escuela de Nueva York) en pintura y Hip Hop, Break Dance, 10 Punk y Tin Pan Alley en música. En el 2005, se hablaban casi 170 idiomas en la ciudad, y el 36 % de su población había nacido fuera de los Estados Unidos. Con su metro en funcionamiento las 24 horas del día, el movimiento de tráfico y gente es constante”³⁵. Una

35 Vid. la búsqueda de “Nueva York” en el sitio web de Wikipedia. Disponible en el siguiente link: https://es.wikipedia.org/wiki/Nueva_York.

ciudad global donde también florecen negocios globales, por ejemplo, la cadena de televisión por suscripción *Home Box Office* (HBO) tiene su sede en Nueva York, desde donde transmite series millonarias y mundialmente famosas como *Juego de Tronos*, y cuya transmisión *online* o *streaming* alcanza los confines más insospechados del mundo entero.

Desde luego, este breve recorrido es apenas un pálido esbozo de las corrientes, tendencias, o pensamientos en torno a la globalización, contexto en el cual los modelos del derecho constitucional a nivel comparado ofrecen una serie de singularidades³⁶.

Siguiendo aquí a David Held podemos señalar que la globalización identifica cuatro líneas de cambio:

- a) Se trata de una expansión de las actividades sociales, políticas y económicas a través de fronteras, regiones y continentes, pero que no ocurre en términos aleatorios u ocasionales, sino en forma intensiva;
- b) La globalización se caracteriza por el creciente tamaño de redes y flujos comerciales, inversiones, finanzas, intercambios culturales;
- c) La globalización puede vincularse a una aceleración de interacciones y procesos a nivel global, debido a que la evolución de los sistemas de transporte y comunicaciones mundiales aumenta la velocidad en difundir ideas, bienes, información, capitales, personas;
- d) Cualquier hecho que surja en un lugar del planeta, por la profundización de los efectos de las interacciones globales, dicho evento lejano puede causar un gran impacto en otros lugares, dado que se vive una interconectabilidad del mundo³⁷. Es evidente que la globalización, al margen de las explicaciones sociológicas que predicen sus teóricos, ha generado una compleja metamorfosis de las formas contemporáneas de Estado, siendo uno de los principales factores de crisis la globalización de la economía y de las comunicaciones, pues los Estados nacionales no tienen

36 Al respecto, pueden verse dos clásicos trabajos de FERRER (Aldo), *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*, FCE, México, 1998, y el tomo II, titulado *Historia de la globalización II. La Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial*, FCE, México, 2000.

37 HELD (David), *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*, Alianza Editorial, traducción de Dimitri Fernández Bobrovski, Madrid, 2012, pp. 38 y 39.



capacidad ni respuestas a una serie de imprevisiones constitucionales que se mueven a escala mundial, como son los factores de la economía internacional que influyen en todos los países. El mercado mundial, su economía, generan reglas que permean los ordenamientos constitucionales de cada nación; aún no hay fórmulas para que las democracias constitucionales puedan ejercer determinados controles del mercado global. Apenas si pueden depender de las directivas de grandes instituciones globales como son el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio. No obstante, las normas supranacionales en materia de derechos humanos constituyen un estándar mínimo donde se preserva la jurisdicción supranacional, que igualmente es otra manifestación de la aldea globalizada de este mundo cada vez más desterritorializado³⁸.

Más allá de esta expresión de naturaleza polisémica y de una amplia ambigüedad el sociólogo Ulrich Beck sintetizaba parte de los escenarios que puede significar el fenómeno de la globalización que aquí transcribimos:

«-organizaciones transnacionales como el Banco Mundial, la Iglesia católica, asociaciones internacionales de sociólogos, McDonald, Volkswagen, los cárteles de la droga, la mafia italiana y las nuevas organizaciones internacionales no gubernamentales actúan de manera paralela o de mutuo acuerdo;

- problemas transnacionales como el cambio climático, las drogas, el sida, los conflictos étnicos o las crisis monetarias determinan el orden del día político;

- eventos transnacionales como los mundiales de fútbol, la guerra del Golfo, las elecciones presidenciales americanas o las novelas de Salman Rushdie conmueven -o cuanto menos, remueven- la opinión pública a través de la televisión por satélite en países y continentes muy distintos;

- surgen «comunidades» transnacionales fundadas, por ejemplo, en la religión (islam), la ciencia (expertos), el estilo de vida (pop y ecología),

38 PEGORARIO (Lucio) y RINELLA (Ángelo), *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*, tomo 2, Vol. A, Astrea, 2018, pp. 147-148.

el parentesco (familias), orientaciones políticas (movimientos ecológicos, boicot de productos), etc., y

- estructuras transnacionales, como modos de trabajo, producción y cooperación, bancos, corrientes financieras, conocimientos técnicos, etc., crean y estabilizan relaciones de cooperación o de crisis por encima y más allá de las fronteras»³⁹.

No obstante que desde los predios del derecho constitucional autores como Gomes Canotilho ya hablan de *constitucionalismo global* y *constitucionalismo social*⁴⁰, nosotros concebimos que una Constitución entraña, desde sus orígenes, una idea que se ha tornado globalizada en los Estados contemporáneos, porque en todos los países la Constitución va a pretender regular esos dos grandes estatutos del poder y de la libertad; por ello es que acaso la norma jurídica perfila e identifica un concepto global del mundo, porque en todas las latitudes del planeta se manifiestan esas mismas pretensiones, aún en los sistemas que no son del mundo occidental, pues en todo Estado, existe una norma que siempre va a regular el manejo del Estado y del gobierno y va a ordenar y garantizar las libertades. Por tanto, una Constitución entraña una idea global, en tanto ella está presente en todas las geografías de todos los Estados, sin excepción. Esto también es una manifestación jurídica de la idea de globalidad, globalismo y globalización; lo que no impide que un texto constitucional o las tendencias o corrientes tengan determinadas particularidades en esta aldea globalizada.

4. LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: estado de crisis, crisis de los Estados y Estados fallidos

El siglo XXI no debe ser estudiado a partir de una evolución lineal o sincrónica de los fenómenos que ocurren en el actual mundo globalizado, sino desde una perspectiva diacrónica. Esto nos debe llevar a ver las

39 BECK (Ulrich), *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y M. A. Rosa Borrás, Paidós, Barcelona, 2017, pp. 62-63.

40 GOMES CANOTILHO (José Joaquim), *Teoría de la Constitución*, Madrid, Dykinson 2002, p. 45 y ss.



tendencias, corrientes o características que se han venido desencadenando progresivamente, y en otros casos, en forma acelerada en la región de América Latina.

Por lo pronto, cabe destacar, siguiendo a Zygmunt Bauman, que a nivel planetario se viene viviendo un *estado de crisis*, categoría que identifica contradicciones endémicas y la presencia de ciertas dosis de incertidumbre en donde no se sabe cuáles deben ser las «medidas correctas» que corresponda impulsar en los Estados contemporáneos, en esta hipermodernidad contextualizada por una aceleración en los tiempos de esta Cuarta Revolución Industrial. Sumado a lo que plantea Bauman, bien cabe señalar que aparte del *estado de crisis* se vive en América Latina una *crisis de los Estados*, que no es conceptualmente lo mismo que la categoría esbozada por el sociólogo polaco, sino que los perfiles y las características de nuestra región identifican una *permanente crisis política interna* generada en diversos conflictos, derivados en los últimos tiempos, de un renacimiento ideológico de corrientes populistas de manufactura marxista⁴¹, empeñados en desencadenar una presunta refundación de los Estados latinoamericanos, que signifique una emancipación del Estado liberal y la reconfiguración de lo que se viene denominando el pensamiento o el socialismo del siglo XXI.

En esta dinámica conflictiva, muchos de estos países, de un estado de crisis que se vive a nivel global, sumado a la crisis de los Estados que forma parte de la región, han terminado por desencadenar diversos *Estados fallidos*⁴² con diversas variantes de intensidad. Hoy no solo podemos identificar a países como Haití, sino a la vecindad ideológica, con los regímenes de Venezuela, precedido por Cuba, Nicaragua, entre otros países que precisamente determinados académicos, provenientes básicamente de España, los identifican apologeticamente como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, corriente que no es más que un movimiento

41 MUDD (Cas) y ROVIRA KALTWASSER (Cristóbal), *Populismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid, 2019; DELSOL (Chantal), *Populismos. Una defensa de lo indefendible*, Ariel, Barcelona, 2016; RIVERO (Ángel), ZARZALEJOS (Javier) y DEL PALACIO (Jorge) (Coordinadores): *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*; CASSAGNE (Juan Carlos), *El Estado Populista*, Editorial B de F, Madrid, 2017; PAULA BIGLIERI (Luciana Cadahia), *Siete ensayos sobre populismo*, Herder,

42 CHOMSKY (Noam), *Estados fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia*, No ficción, Barcelona, 2017.



político que trata de instalarse en los Estados para replantear escenarios constituyentes con miras a la toma del poder.

Lo que aquí esgrimimos son ciertos enunciados que, sin pretensiones apodícticas, identifican las actuales tendencias del constitucionalismo latinoamericano. Cabe aclarar que cuando hablamos de este constitucionalismo de nuestra región comprendemos tanto el pensamiento o la doctrina constitucional latinoamericana como a su propia realidad (realidad constitucional), expresada en sus vigencias, mutaciones y hasta desconstitucionalizaciones que hoy forman el escenario de nuestra región⁴³.

Veamos, pues, en líneas generales, las presentes características:

4.1. Existencia de una crisis del constitucionalismo latinoamericano como consecuencias de nuevos paradigmas que han empezado a ser parte de la propia realidad. Aquí podemos señalar, siguiendo a Thomas Kuhn⁴⁴, que el paradigma del constitucionalismo ha empezado a confrontar nuevos derroteros, no sólo desde el pensamiento académico de sus integrantes, sino de la propia realidad latinoamericana. Así, en gran parte de la región vienen instalándose proyectos de regímenes que, desde el Grupo de Sao Paulo como de Puebla, donde confluyen heterodoxos movimientos marxistas, guerrilleros y hasta terroristas reciclados en nuevas fachadas, auspician socavar las bases de una democracia constitucional republicana. Muestras palpables de ello se han manifestado en Ecuador, Bolivia, liderados desde la dictadura decana de América Latina como es Cuba, siguiendo con Venezuela, y se han instalado en otros regímenes como Perú, Chile, Colombia y probablemente retorne con Lula da Silva, en Brasil. Estos movimientos políticos, todos sin excepción, siempre buscan desencadenar escenarios constituyentes, a fin de establecer estas constituciones que reivindican diversos aspectos (pueblos originarios: Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela), identidades plurinacionales, diálogos interculturales (Bolivia, Ecuador), derechos de la naturaleza (Ecuador) y de

43 Una apreciación de vigencias constitucionales, dinámica constitucional, mutaciones constitucionales y desconstitucionalización puede verse en el clásico trabajo de BIDART CAPOS (Germán), *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, tomo I, Ediar, Argentina, 1964, pp. 133, 136, 138 y 141 y ss.

44 KUHN (Thomas S.), *La estructura de las revoluciones científicas*, ensayo preliminar de Ian Hacking, traducción e introducción de Carlos Solís, FCE, 4ta edición, México, 2015.



los animales (Bolivia). Estos derechos no tienen necesariamente por qué ser cuestionados, porque responden a un replanteamiento desde la orilla latinoamericana, pero todo esto viene sumado a propuestas como son la perpetuación del poder a través de los modelos de reelección presidencial, sumado a los fenómenos de los fraudes electorales y políticas públicas populistas que nunca desencadenarán un estado de desarrollo.

4.2. La idea ciertamente falaz de que las constituciones liberales son las causantes de los males y las constituciones del socialismo del siglo XXI son la solución de los problemas. Esto significa que las constituciones de techos ideológicos socialistas permitirían afirmar una democracia colectiva estatista, corporativista, frente al egoísmo liberal donde se manifiestan las graves injusticias sociales. Esta posición resulta falaz, puesto que los males de un país no se deben a los textos constitucionales que rigen en nuestra región, sino a su clase dirigente, y estimar que un cambio de constitución llevará a solucionar los problemas es asumir un constitucionalismo iluminista, racionalista, de que un mero cambio de normatividad fundante cambiaría la situación social y económica de un país. Es claro que la verdad empírica de lo que fue el socialismo del siglo XX en Europa, sobre todo de la antigua URSS y sus satélites de la Europa del Este, así como las experiencias que se desarrollaron en otros hemisferios, como China, Vietnam, Corea del Norte, Camboya, Afganistán, Etiopía, Angola, Mozambique, entre otros regímenes que abrazaron los proyectos comunistas, terminaron por yugular las libertades y saldos de millones de muertos por los regímenes de terror y represión⁴⁵.

4.3. La presencia de escenarios constituyentes como factores de refundación de las nuevas repúblicas⁴⁶

Hace mucho tiempo hemos sostenido que el Poder Constituyente ostenta un complejo archipiélago teórico y que se nutre de distintos ríos

45 COURTOIS (Stéphane *et al*), *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*, 3era edición, Arzalia, Madrid, 2021.

46 Este acápite lo tomamos de nuestro trabajo: *La Constitución como la causante de los males y la solución de los problemas. Una falacia política que asola Latinoamérica*, en *Libro de ponencias del XV Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Constitucionalismo: democracia a la defensiva. En homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, coordinador Jorge Luis Cáceres Arce, Fondo editorial Universidad Católica Sanata María, Tomo I, Arequipa 2022, pp. 278 y ss.

que confluyen en un amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo. Así, el Poder Constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios que, en líneas generales son:

- a) El origen fundacional de los Estados modernos;
- b) La reforma de la Constitución⁴⁷ y con él, se ubica también el tema de las mutaciones constitucionales⁴⁸ y no sólo en su expresión formal del Poder Constituyente Derivado, sino como Poder Constituyente Originario en formal material,
- c) El Poder Constituyente guarda conexidad con el tema de la interpretación constitucional⁴⁹, por un lado, y nos atrevemos a sostener, con el propio fundamento de la defensa de la Constitución⁵⁰;

47 DE VEGA (Pedro), *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid 1995.

48 JELLINEK (George), *Reforma y Mutación Constitucional*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, trad. de Cristian Forster, CEC, Madrid 1991, DAU-LIN (Hsu), *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

49 RICHARDS (David A. J.), *La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional*, en RCEC, N.º 1, septiembre-diciembre, 1988, pp. 141-171; CANOSA USERA (Raúl), *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid, 1988 (prólogo de Pablo Lucas Verdú), p. 50 y ss.; MARMOR (Andréi), *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*, traducción y estudio preliminar de Jorge Luis Fabra y Juan Gabriel Acosta, Ara Editores, Lima 2011, p. 306 y ss.; GUASTINI (Riccardo), *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 236 y ss. VILLAVERDE MENÉNDEZ (Ignacio), *Reformar interpretando. La jurisdicción constitucional como poder de reforma constitucional*, en ALÁEZ CORRAL (Benito) (Coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, Foro y Debates, Universidad de Oviedo, CEPC, Madrid, 2020, pp. 441-468.

50 Al respecto, puede verse una bibliografía básica en obras tales como: KELSEN (Hans), “Las Garantías Jurisdiccionales de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, en Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, pp. 471-515 (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). Del mismo KELSEN: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, (estudio preliminar de CASÍO (Guillermo), trad. y notas de BRIE (Roberto J.), supervisión técnica de Bulygin (Eugenio), Tecnos, Madrid, 1995; KELSEN (Hans), *Sobre la jurisdicción constitucional*, liminar de Cervantes Liñán (Luis) y edición al cuidado de GARCÍA BELAÚNDE (Domingo), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2017; recientemente se ha publicado una nueva compilación de las reflexiones en KELSEN (Hans), *Escritos sobre la justicia constitucional*, presentación de ATIENZA (Manuel), traducción de REQUEJO PAGÉS (Juan Luis), Tecnos, Madrid, 2021; SCHMITT (Carl), *La defensa de la Constitución* (prólogo de Pedro de Vega), trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid 1983. Igualmente, a REYES (Rodolfo), *La Defensa Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid, 1934, vid, específicamente, p. 125 y ss. AA.VV.: *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México, 1984, y más modernamente, FIX ZAMUDIO (Héctor), *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2da. edic., UNAM, México, 1998; en la misma línea, FIX-ZAMUDIO (Héctor), *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, liminar de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alberto Saíd, Porrúa, edición facsimilar de 1955, México 2015; GARCÍA BELAÚNDE (Domingo), *De la*



- d) El Poder Constituyente igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía, como lo han planteado, entre otros y en forma orgánica, Ignacio Burgoa y Bidart Campos⁵¹;
- e) Otros, en cambio, vinculan la temática del Poder Constituyente en la *transición política*, según la singularidad con que se desarrolló en la escena de cada país⁵².

Actualmente, América Latina viene atravesando por un renacimiento de «refundar las repúblicas latinoamericanas», apelando a la problemática de cambiar los sistemas de constituciones liberales por proyectos de corte socialista. Esto es lo que ha ocurrido recientemente, con el proyecto de referéndum de la Constitución de Chile⁵³ que abortó el modelo socialista o lo que planteara en su momento Allan R. Brewer-Carías y Carlos García sobre el régimen de facto que supuso la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente del 2017⁵⁴ en Venezuela; lo que significó como apunta Franco Pérez una “perversión del poder constituyente originario”⁵⁵; por otro lado la problemática ha desencadenado que en los Tribunales Constitucionales empiece a desarrollarse el control constitucional de las reformas a la Constitución⁵⁶ lo que entraña sus límites al propio Poder Constituyente⁵⁷; hay

jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional (nota introductoria y edición al cuidado de José Palomino Manchego).

- 51 BURGOA (Ignacio), *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, duodécima edic., México, 1999, pp. 189-279, y en forma específica, p. 238 y ss. BIDART CAMPOS (Germán), *Derecho Constitucional T. I*, edic. Ediar, Buenos Aires, 1961, pp. 157-206, específicamente, p. 162 y ss.
- 52 TORRES DEL MORAL (Antonio), *Principios de Derecho Constitucional Español*, tercera edic. renovada, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, Vol. I, pp. 5-26.
- 53 CHIA (Eduardo A.) y QUEZADA (Flavio) (Editores), *Propuesta para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, 2020.
- 54 BREWER-CARIÁS (Alan) y GARCÍA SOTO (Carlos) (Compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Bogotá, 2017.
- 55 FRANCO PÉREZ (Antonio-Filiu), “Uso y perversión del poder constituyente originario en Venezuela (1999-2019)”, en ALÁEZ CORRAL, Benito (Coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, op. cit., pp. 263-286.
- 56 RODRÍGUEZ GAONA (Roberto), *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2006.
- 57 COLOMBO MURUA (Ignacio), *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*, prólogo de Jorge Reinaldo A. Vanossi, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011; RAMÍREZ CLEVEZ (Gonzalo), *Los límites a las reformas constitucionales y las garantías límites del Poder Constituyente*.

quienes vienen planteando la reforma constitucional como un cambio en la propia continuidad de la constitución, tesis que plantea recientemente Javier Tajadura⁵⁸ y otros que plantean los mecanismos de referéndum para la reforma de las Constituciones⁵⁹; hay otros académicos que vienen reflexionando que la presencia del Poder Constituyente derivado debe significar una concordia, un dialogo y un consenso; y que muchas veces puede abortar en la instauración de una dinámica de discordias⁶⁰; y en fin otros autores plantean el permanente tema académico y político de quienes son los sujetos titulares morales y de facto del ejercicio del Poder Constituyente⁶¹; y otros que han esgrimido en su momento la problemática teórica de la teoría del Poder Constituyente *in abstracto*⁶².

De nuestra parte creemos que en el escenario peruano, muy al margen del trabajo reciente de Guillermo Mardon⁶³, constituye un falso dilema el debate de una reforma constitucional bajo un proyecto de auspiciar una reforma total de la Constitución «con olor, color y sabor a pueblo», expresión que balbuceara en su momento el presidente Pedro Castillo, con su propuesta presidencial hacia una nueva Constitución, bajo el marco de cambiar radicalmente el sistema político liberal que mantiene el modelo peruano. Una reforma debe pasar necesariamente por el mecanismo de un Poder Constituyente derivado, como es lo que establece el actual art. 206 de la Constitución; en el caso se auspiciare una asamblea constituyente, serán los preludios de los tambores de guerra de la instauración, de mantenerse el actual régimen de Pedro

Los derechos fundamentales como paradigma, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2003.

- 58 TAJADURA TEJADA (Javier), *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- 59 SÁENZ ROYO (Eva), *El referéndum en España. Debates Constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- 60 ALZAGA (Óscar), *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid, 2011.
- 61 SAUQUILLO (Julián), *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2018; NOGUERA FERNÁNDEZ (Albert), *Entre lo viejo y lo nuevo. El sujeto constituyente*, Trotta, Madrid, 2017.
- 62 ORBEGOSO VENEGAS (Sigifredo), *Poder Constituyente y otros ensayos*, Edit. Normas Legales, Trujillo 2002; RECASENS SICHES (Luis), *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Javier Morata editor, Madrid, 1931.
- 63 MARDON ZÁRATE (Guillermo), *¿Reforma o revolución. Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*, prólogo de Domingo García Belaúnde, Editorial Grijley, Lima, 2021.



Castillo, de un proyecto hacia el socialismo del siglo XXI; es decir, un proyecto hacia la quiebra del modelo constitucional republicano, incorporándose el Perú al club de los modelos del fracaso y de la ruina, como son los vecinos de diversos países que han abrazado esta opción que supone restricción de libertades y de la estafa de una felicidad colectiva, como profecía que nunca se ha cumplido en los proyectos socialistas.

4.4. La instalación de una concepción taumatúrgica de Constitución⁶⁴

Por lo pronto, nosotros, sin pretender entrar en una tipología más de lo que es o debe concebirse en torno a lo que es una constitución, bien podemos señalar que se puede identificar una suerte de identificación de ella a partir de ciertos presupuestos en torno a la forma como se concibe una norma fundamental.

Taumaturgia es aquella “facultad de realizar prodigios”, que por lo general son sucesos extraños, que exceden los límites de la naturaleza, como son hechos sobrenaturales, milagros. Lo taumatúrgico está vinculado a las capacidades humanas que pueden detentar un mago, un santo, un rey; también se atribuyen estos prodigios a objetos (en el campo religioso, a las reliquias). En el caso de una constitución, se puede identificar a este documento político como una concepción taumatúrgica de que, al contarse con un texto idealizado por quienes pretenden imponerlo, por sí y ante sí, va a tener ese hechizo mágico de mejorar los males que existen en un país. El texto constitucional será así la panacea que abrirá una cartografía de ruta en un sistema político, y con sus nuevos postulados, principios, valores e instituciones políticas que se establezcan, la realidad del país cambiará para mejor. Es probable que una constitución de concepción taumatúrgica sólo opere bajo los marcos de quienes están detentando el poder, que son la renovación mística de la liquidación de una tradición de gobiernos, y la instauración de un nuevo ciclo de gobierno. Subyace en ella parte de una concepción racionalista, iluminista como lo fue bajo los antiguos ideales de la revolución francesa que cerraba el ciclo del antiguo régimen de

64 Vid. igualmente nuestro trabajo, ya citado «La Constitución como la causante de los males y la solución de los problemas. Una falacia política que asola Latinoamérica», *op. cit.*, pp. 275-278.

las monarquías. En efecto, una breve evolución del Estado moderno durante los últimos quinientos años permite apreciar diversas formas de organizaciones política previas, y lo más probable es que la mente de los que inauguraban sus proyectos de *voluntad política*, abrigaba una concepción taumatúrgica de concebir que la voluntad y *decisión política*⁶⁵, se plasmaría en la realidad, sea del viejo mundo gótico, del renacimiento y lo propio con el advenimiento de los Estados modernos⁶⁶. Hay, igualmente, en una constitución taumatúrgica, el concepto de *constitución dirigente* que planteaba José Joaquim Gomes Canotilho. Es decir, aquella constitución que es fruto de un testamento histórico de un poder constituyente que establece un conjunto de programas y lineamientos de gobiernos de lo que a futuro debe implementarse. Se trata de un texto en oposición a las constituciones principistas, sino programáticas. Este tipo de constituciones son, como arquetipo, la brasileña de 1988, la portuguesa de 1976, la mexicana de 1917. Las constituciones taumatúrgicas tienen mucha dosis de utopías no realizables y que, probablemente, Gomes Canotilho en parte rompe y supera esta vieja concepción que manejara en su momento⁶⁷. Sin embargo, sus planteamientos de reflexión siguen siendo moralmente permanentes, pues sostiene que la Teoría de la Constitución debe seguir siendo la instancia crítica de un constitucionalismo reflexivo que evite dos unilateralidades: a) el peso del discurso de la metanarratividad, que hoy sólo podría subsistir como reliquia de una utopía del sujeto del dominio y de la razón emancipatoria; y b) la desestructuración moral de los pactos fundadores escondidos, muchas veces, en un simple esquema procesal de la razón cínica económica-tecnocrática. Si bien Gomes Canotilho ha replanteado sus reflexiones en torno a la concepción de la constitución dirigente⁶⁸; ello no impide señalar que la constitución taumatúrgica tiene mucho de estas concepciones, en la medida que

65 SCHMITT (Karl), *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, presentación y versión española de Francisco Ayala, epílogo de Manuel García Pelayo, Madrid 1992, pp. 92 y ss.

66 CÁRDENAS GRACIA (Jaime), *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de México, México, 2017, p. 47 y ss.

67 GOMES CANOTILHO (José Joaquim), “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, Número 43, Enero-Abril, 1995; pp. 9-23.

68 GOMES CANOTILHO (José Joaquim), *Teoría de la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2002.



el texto constitucional, por arte de una presunta eficacia en modificar la realidad que regula, dicha realidad es modificada por el imperio de la norma constitucional. Así, los valores que ella pregona, el hechizo de su eficacia cambiará la realidad. Pero es evidente que son quimeras normativas, porque simplemente la constitución taumatúrgica está sólo en las mentes de quienes confunden el *desiderátum* de sus mentes con la propia realidad.

4.5. Desde la perspectiva global, la tesis de Fukuyama sobre el fin de las ideologías socialistas (fin de la historia) en Latinoamérica se han convertido en un renacimiento de estas banderas ideológicas autocalificadas desde organizaciones como el Foro de Sao Paulo y el encuentro de Puebla como el “socialismo del siglo XXI”

Si bien el siglo XX significó la liquidación del fascismo y el nacionalsocialismo, que fueron los saldos de la Segunda post Guerra Mundial, la tesis que planteara el pensador Francis Fukuyama, a partir del derrumbe del muro de Berlín significaba igualmente el ocaso de la ideología marxista leninista a la cual, a partir de ese verano de 1989, multitud de ciudadanos pacíficamente gestaba el final de dicha ideología en occidente, es decir, el pensamiento del socialismo. Hoy se aprecia el retorno de lo que habría sido la defunción de la ideología socialista⁶⁹ y es probable que desde la región latinoamericana y desde la propia democracia liberal a la cual ingresan actores políticos de concepción socialista, se hayan dinamitado las democracias liberales sin golpes violentos ni revoluciones preconizadas por la praxis marxista leninista; de ahí que autores como Levitsky y Ziblatt⁷⁰ hablan de cómo mueren las democracias, instaurándose regímenes autoritarios populistas y de banderas ideológicas de una nueva izquierda, renovada bajo nuevos formatos y con nuevos paradigmas que el liberalismo no ha podido enfrentar en los tiempos contemporáneos. En la misma línea reflexiona el pensador Noah Harari⁷¹.

69 BELL (Daniel), *El final de la ideología*, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

70 LEVITSKY (Steven) y ZIBLATT (Daniel), *Cómo mueren las democracias*, Ariel, cuarta edición, Bogotá, 2021.

71 NOAH HARARI (Yuval), *21 lecciones para el siglo XXI*, Trad. de Joandomenec Roc, Debate, Lima, 2018, p. 22.

4.6. Se vive en Latinoamérica lo que en el siglo XX ya transitó Europa: el *discurso de odio* y el renacimiento de los viejos conflictos que desencadenaron las independencias de Latinoamérica

Una de las características de los rasgos latinoamericanos en términos sociológicos y jurídicos es la dinámica del *discurso de odio* que se impulsa en diversos países, desencadenando graves consecuencias de protestas violentas, como ha ocurrido en su momento en Chile, Colombia, y que se ha pretendido impulsar en el Perú, en menor escala; el odio, como sostiene la Real Academia española, es «la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea». Se trata de un sentimiento humano y que, en términos cronológicos, afirma su presencia en el siglo XX, con las experiencias de los regímenes totalitarios de Italia y Alemania; y así, en muchos países se identifica como delitos de odio aquellos que tienen lugar por motivos racistas, antisemitas, ideológicos o religiosos o por la orientación sexual, alguna enfermedad o discapacidad y, en general, por cualquier otro hecho discriminatorio⁷². Lo peligroso de este discurso es que es una realidad creciente y cambiante, y está tomando nuevas formas de difusión en los marcos de la actual era digital de la 4RI. Más allá de lo que en esencia es el discurso de odio, desencadenar un atentado contra la dignidad humana, su mensaje ofensivo y denigratorio genera una movilización en el campo político, recrudeciendo sentimientos presuntamente superados, como son los que se mantenían en los orígenes de las independencias de las repúblicas latinoamericanas. Hoy estos discursos encendidos los líderes populistas los utilizan para legitimar su proyecto totalitario populista y con manifiesto sesgo de una ideología que ha renacido en los predios de la región. Bien podríamos sostener que este discurso se ubica en los predios de la desconstitucionalización y que forma parte también de lo que Alan Wolfe denominó «la maldad política»⁷³.

72 VALIENTE MARTÍNEZ (Francisco), *La democracia y el discurso del odio: Límites constitucionales a la libertad de expresión*. Dykinson, Madrid, 2020, p. 37 y ss.)

73 WOLFE identifica las siguientes variedades de maldad política: el terrorismo, la limpieza étnica, matar a las personas por motivo de raza, etnia o religión (genocidio), en lugar de desplazarlas y el mal por el mal (counterevil). WOLFE (Alan), *La maldad política. Qué es y cómo combatirla*, traducción de Anna Herrera, Galaxya Gutenberg, Barcelona, 2013, pp. 34-41.



4.7. Judicialización de la política

Es otra característica donde las Altas Cortes ejercen el control sobre los demás órganos de los poderes públicos; se vive una politización de la justicia donde los diversos actores políticos pretenden influir en las decisiones jurisdiccionales para proteger sus intereses, generándose un complejo drama que en los últimos tiempos, como parte de la política criminal de los Estados, viene criminalizando actuaciones políticas que resultan ser ciertamente discutibles... si bien debe recordarse que los orígenes de este debate fueron desarrollados en el período de entre guerras con la célebre polémica que sostuvo Kelsen⁷⁴ vs Schmitt en torno a quién debería ser el defensor de la Constitución⁷⁵.

4.8. Presencia de la instalación de un populismo penal mediático

En efecto, a raíz del fenómeno Odebrecht, la reacción estatal frente al crimen organizado y al lavado de activos ha generado una *hiperpenalización* o *hipercriminalización* de los delitos de la sociedad contemporánea, en donde se manifiesta un derecho penal de mínimas garantías sumado a *prisiones preventivas* y a una prensa justiciera que condena mediáticamente, menoscabando la presunción de inocencia; a ello se suma una espectacularización de la justicia, fundamentalmente penal, bajo los escenarios televisivos, donde los actores protagonizan en las audiencias públicas de los procesos penales una transformación del proceso penal a un espectáculo judicial populista y telemediático⁷⁶. Esto es parte de otro escenario de la realidad constitucional de diversos países de América Latina.

4.9. Presencia de un permanente conflicto y enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo

Si bien este tipo de conflicto es parte del juego de un sistema democrático, se observa en diversos países de la región un conflicto que linda

74 KELSEN (Hans), *Escritos sobre justicia constitucional*, presentación de Manuel Atienza, trad. de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos, Madrid, 2021; KELSEN (Hans), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Edición al cuidado de Domingo García Belaúnde, Santo Domingo, 2018.

75 SCHMITT (Carl) y KELSEN (Hans), *La polémica Schmitt/Kelsen. Sobre la Justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Giorgio Lombardi, trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 2009.

76 FLÁVIO GOMEZ (Luiz) y DE SOUSA DE ALMEIDA (Débora), *Populismo penal mediático*, Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 34 y ss.

con las crisis políticas internas donde el Ejecutivo no cuenta con mayoría parlamentaria, generándose una afectación a la propia gobernabilidad cotidiana; pues mientras el jefe de Estado distrae su tiempo en defenderse en sede parlamentaria de acusaciones o juicios políticos (*impeachment*), lo propio del parlamento trata también de preservar mecanismo de defensa, para eventualmente no terminar siendo disuelto por el Congreso, como es lo que ocurre en países como Perú y Ecuador, en donde aún se mantiene parte de las democracias republicanas.

4.10. Decaimiento del constitucionalismo liberal democrático republicano y la gestación de nuevos techos de regímenes políticos con ideología socialista

En los últimos tiempos, la vecindad latinoamericana evidencia que su cuerpo electoral viene optando por corrientes populistas de izquierda, fuera de los Estados fallidos como Cuba, Nicaragua y Venezuela, y se vienen incorporando a esta corriente regímenes políticos como Bolivia, Argentina, Perú, Chile, Colombia, México y, como hemos dicho, lo más probable es que Brasil nuevamente se incorpore a estos proyectos, auspiciados a nivel de grupos internacionales organizados en el movimiento de Sao Paulo y de Puebla; lo cual constituye un reto para las democracias liberales y para los actores políticos cuya confrontación puede definir sombríos futuros de Latinoamérica, dado que estos movimientos, bajo las banderas del nuevo constitucionalismo latinoamericano, vienen asumiendo el discurso académico y una praxis política cuyos retos están ya en los escenarios actuales.

4.11. La globalización y la era digital de la 4RI y su influencia en América Latina

Igualmente, otros factores externos que condicionan las vigencias, las mutaciones y las desconstitucionalizaciones en los diversos países latinoamericanos es actualmente la globalización de nuevos fenómenos como la Fake News⁷⁷, la posverdad⁷⁸, espectacularización de la política (política

77 ALANDE (David), *Fake news: La nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos para desestabilizar la democracia*, Deusto, España, 2019.

78 D'ANCONA (Matthew), *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla*, Alianza Editorial, Madrid, 2019.



pop), la prensa mercenaria, la corrupción estructural, que son diversos factores negativos que igualmente asolan América Latina.

4.12. En el campo de la jurisdicción constitucional: breve balance crítico

La región latinoamericana viene recepcionando categorías de pensamiento europeo, en especial de Alemania y España, conceptos indeterminados como la relevancia y trascendencia constitucional, que lleva a denegar a los justiciables sendos procesos de amparo; por otro lado, se observa una mala praxis de la justicia ordinaria, de apelar a medidas cautelares de *prisión preventiva*⁷⁹ como regla, siendo esta solo una excepción, con abierto menoscabo a la *presunción de inocencia* y a la doctrina convencional de la Corte IDH; igualmente, se aprecia una presencia masiva de violaciones de sectores vulnerables, desencadenada por un *estado de cosas inconstitucional*, un *estado de cosas inconvencionales* así como otros fenómenos más complejos, como violaciones de los derechos humanos a través de complejas patologías como la inconstitucionalidad por omisión e *inconvencionalidad por omisión*⁸⁰.

4.13. El *ius constitucionale commune latinoamericanum*

Otra característica que se ha venido reivindicando desde los predios académicos es una consolidada doctrina desde la propia región latinoamericana y que, así como Peter Häberle hablaba de un “derecho constitucional común europeo”, que fue introducido en la discusión en 1991, «lo circunscribe a un aspecto parcial del Estado constitucional europeo, el cual se alimenta del pensamiento del derecho común y de los principios, sin pretender ni velar la pluralidad de culturas jurídicas nacionales»⁸¹.

Así, el profesor Armin von Bogdandy ha señalado que la idea del *ius constitucionale commune latinoamericanum* tiene su génesis en 1974, fecha

79 ETO CRUZ (Gerardo), *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo, Lima, 2021.

80 ETO CRUZ (Gerardo), *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, San Bernardo, Lima, 2021.

81 HÄBERLE (Peter), *El Estado constitucional*, Astreas, traducción e índice de Héctor Fix-Fierro y estudio introductorio de Diego Valadés, Buenos Aires, 2007, pp. 162-163.

en que se fundara el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y que se trataría de un proyecto de evolución y de transformación hacia un nuevo derecho público en la región latinoamericana⁸². Este derecho constitucional común latinoamericano se sustenta en dos grandes vigas, el diálogo académico y el diálogo jurisdiccional.

4.13.1. Sobre el diálogo académico: formantes, criptotipos y derecho mudo

‘Este diálogo se viene manifestando en la reflexión académica de los juristas y académicos que cultivan la ciencia del derecho constitucional y que institucionalmente se encuentran organizados en Asociaciones Nacionales de Derecho Constitucional, y confluyen muchos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que institucionalmente convoca cada cuatro años a un encuentro iberoamericano y, a la fecha, se realizado quince congresos iberoamericanos de Derecho Constitucional. La sede del Instituto es México; recientemente, el último congreso se ha realizado en el Perú, en la ciudad de Arequipa, entre los días 22 al 24 de septiembre del 2022. Aquí nos vamos a permitir adentrarnos muy brevemente en los escenarios cognitivos de los académicos del derecho constitucional, sobre todo, a partir de la cartografía de ruta que tienen en su reflexionar en torno a esta disciplina. Al respecto, América Latina hoy se ha convertido en la disruptiva presencia de una lava incandescente de producción académica que hoy da vértigo; sin embargo, en esta reflexión académica se presentan profundas complejidades en el escenario del mundo académico, que son las que, a la postre, generan el pensamiento constitucional latinoamericano. Aquí, siguiendo a Pegoraro y a Rinella, ambos autores sostienen que el constitucionalista doméstico se mueve sobre operaciones conceptuales exclusivamente internas, de arriba hacia abajo, es decir, «*top-down*»; el comparatista construye categorías conceptuales que le permiten clasificar e individualizar analogías y diferencias. Es, por tanto, su trabajo *bottom-up*, de abajo hacia arriba. Núcleo pétreo del estudio comparativo es el derecho extranjero. En esta ruta ponen en paralelo el constitucionalista

82 VON BOGDANDY (Armin), «*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual», en: *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, VON BOGDANDY (Armin), FIX-FIERRO (Héctor) y MORALES ANTONIAZZI (Mariela) (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, pp. 4 y ss.



interno y sus operaciones conceptuales, aduciendo que son las mismas que el estudioso del derecho extranjero, con una excepción para los dos: que si ambos persiguen clasificar categorías más amplias, se trataría de una fase *stricto sensu* de un Derecho comparado de verdad.

Tras el horizonte del derecho comparado, hay elementos ocultos pero que están allí, subyacentes en esta disciplina y son los *formantes*, *criptotipos* y *derecho mudo*. Es así cómo, el pico de intensidad en el espectro del derecho en un país está identificado —y eso lo tienen presente los operadores de todo sistema jurídico—, por la ley, la doctrina y la jurisprudencia. A esta suma de factores se le denomina *formantes*. Igualmente, siguiendo a los autores Pegoraro, Rinella y Sacco, en el entramado se encuentran los *criptotipos*, que son aquellas reglas que existen y son de naturaleza relevante, pero que el sistema jurídico no las ha formulado, ni sabría tampoco cómo formularlas. En realidad, constituyen un conocimiento tácito. Sacco los describe como aquellos modelos implícitos que se encuentran presentes en los sistemas jurídicos y que actúan en el *constructo* de los juristas. Es más, resulta que los criptotipos son las formas en cómo mentalmente los juristas conciben el mundo jurídico; y por lo tanto, les resulta más difícil librarse de ellos que de las reglas jurídicas propias de su sistema jurídico.

El «*derecho mudo*», según Rodolfo Sacco, alude a «aquellas reglas que existen y son relevantes, pero que el operador no formula (aunque quisiera, no sabría cómo)»⁸³; en realidad, se trata de reglas que el hombre practica sin ser consciente de ello. En el ideal epistémico se trata de un conocimiento tácito, vinculado a lo interdisciplinario.

En el derecho comparado hay una pregunta inquietante: ¿Qué se puede comparar? ¿Lo que es similar o lo que es diferente? Así, siempre el diálogo académico versará desde planos comparativos; los expertos sostienen que la comparativa gira en torno a la homogeneidad entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a ordenamientos diferentes. Así, la *macrocomparación* agrupa ordenamientos/sistemas homólogos en clases distintas por diferencias. En cambio, en la *microcomparación* ella tiene por objeto instituciones particulares, actos, procedimientos, funciones, entidades, derechos, poderes, deberes, etc., que operan o están previstos en dos o más ordenamientos jurídicos. Al fin y al cabo, anotan los citados

83 PEGORARO (Lucio) y RINELLA (Angelo) (Directores), *op. cit.*, pp. 19-24.

autores, todos los sistemas son comparables entre ellos, a condición de comprender, antes que las analogías, las diferencias de fondo⁸⁴. Todo esto es parte de la presencia, no cabe duda, de la globalización que hoy existe en el planeta tierra, donde la reflexión académica no se encuentra exenta de su influjo, tal como hemos podido apreciar en torno a las diversas teorías que existen en torno a la globalización y porque la globalización entraña también el mundo cultural que hoy se vive en la posmodernidad⁸⁵.

4.13.2. Sobre el diálogo jurisdiccional

El diálogo jurisdiccional es la otra base que permite hablar de la presencia de un derecho constitucional común latinoamericano y que comprende una suerte de *diálogo jurisdiccional vertical* que más que como diálogo es la verticalidad de las sentencias emitidas por la Corte IDH, cuyas sentencias convencionales vinculan a todos los países de la región, configurándose con otros tratados el llamado «Bloque de convencionalidad regional»; lo propio ocurre a nivel europeo, donde el “*diálogo jurisdiccional vertical*” lo emiten los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y por otro lado, el *diálogo jurisdiccional horizontal* que ocurre en términos pacíficos y de recepciones recíprocas cuando un tribunal, sala o corte constitucional de América Latina emite un fallo que se convierte en arquetipo para las demás cortes, generándose una pacífica retroalimentación. En suma, esta es una de las características muy sublimes que puede exhibir el vasto movimiento que caracteriza igualmente a nuestro constitucionalismo de Latinoamérica y que incluye al Caribe y a toda la región del sur⁸⁶.

84 *Loc. cit.*, p. 24.

85 HERRERA GÓMEZ (Manuel), *Elementos para el análisis de la cultura postmoderna*, Tecnos, Madrid, 2007.

86 BRITO MELGAREJO (Rodrigo), *Diálogo entre tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010; BUSTOS GISBERT (Rafael), *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012; PEGORARO (Lucio) (coordinador), *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012; AYALA CORAO (Carlos), *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; BURGORGUE-LARSEN (Laurence), *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; VON BOGDANDY (Armin), ANTONIAZZI (Mariela Morales) y FERRER MAC-GREGOR (Eduardo) (coordinadores): *Ius constitutionale commune en Derechos Humanos en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; BAGNI (Silvia) (coordinadora), *Justicia constitucional comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.



* * * *

Con todo, América Latina mantiene sus *venas abiertas*, como señalaba Eduardo Galeano y sigue siendo un inmenso territorio en donde la realidad sigue desbordando y superando las fantasías literarias; pero esta vez ya no solo de un *macondo* idealizado por el célebre Gabo⁸⁷, sino porque los populismos, autocracias, ideologías delirantes de extrema derecha y de extrema izquierda mantienen en permanente tensión y acoso a las constituciones latinoamericanas⁸⁸, confirmándose que la constitución viene a ser un *metarrelato* de profecías no cumplidas y que es obligación de cada sistema político preservar las democracias, a fin de que bajo el imperio de las libertades, las personas busquen su propia felicidad, preservándosele a través de los procesos constitucionales y con los tribunales constitucionales que, a 100 años de su creación⁸⁹, no deben ser 100 años de soledad, sino de un garantismo donde las utopías se conviertan en realidades en esta parte de nuestra patria grande que es la región latinoamericana.

87 VARGAS LLOSA (Mario) *García Márquez: historia de un deicidio*, novena edición, Alfaguara, Lima, 2021.

88 SAGUÉS (Néstor Pedro) *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales, Querétaro, 2016.

89 ASTUDILLO (César) y ETO CRUZ (Gerardo) (Coordinadores), *Centenario de los Tribunales Constitucionales*, Tomo I, Estudios históricos, teóricos y comparados, Thomson Reuters, México, 2021.

PANEL:
LOS MODELOS DE
CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla,
Juez del Tribunal Constitucional del Reino de España

Dra. María Mercedes Serrano Pérez,
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Castilla-La Mancha

Dr. Juan Fernando Durán Alba,
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

Licda. Paola Santana,
Fundadora y CEO
Matternet y Social Glass

Dr. Eduardo Jorge Prats,
Catedrático de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM)



Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla

Se licenció en Derecho por la Universidad Complutense en 1979. Alcanzó el grado de doctor en Derecho por la Universidad Complutense, con la calificación de *apto cum laude* por unanimidad, en 1995, con su tesis “El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español”. Tiene el diploma del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Es, tras su toma de posesión el 18 de noviembre de 2021, magistrado del Tribunal Constitucional, nombrado por Real Decreto 1034/2021, de 17 de noviembre.

Asimismo, es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, de la que previamente fue profesor Titular. Tiene cinco sexenios de investigación reconocidos por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI). Autor de numerosas publicaciones y ha participado en obras colectivas relevantes en el ámbito del Derecho Público, particularmente en relación con la Constitución y su desarrollo y aplicación, el régimen electoral, la participación política, el derecho parlamentario, la justicia constitucional, la Administración de Justicia, las garantías de los derechos fundamentales y las instituciones de la Unión Europea, así como en derecho deportivo.

Es doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Universidad pública de Huánuco (Perú), habiendo sido investido el 17 de abril de 2019.

Ha sido presidente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (CIJC) en la reunión celebrada en Punta Cana, en mayo de 2022.

Algunas reflexiones sobre la Constitución económica liberal

I. La Constitución económica liberal: orden estatal y orden económico como dos sistemas independientes

En la novela de **Georges Simenon**, “Les caves du Majestic” (1939), el Comisario Maigret considera un hecho sospechoso que el encargado de la cafetería del Hotel Majestic dispusiera de una cuenta bancaria a su nombre, pues entonces todavía estas no se habían generalizado, ni siquiera para el abono de los salarios ni por las empresas ni por las administraciones. Quizás la cuenta corriente sea uno de los signos inequívocos de la economía liberal que está en la raíz del constitucionalismo moderno y contemporáneo, aunque este es enormemente escueto y austero a la hora de definir su contenido y límites. Y es que como dice **Lindblom**, “en todos los sistemas políticos del mundo, mucho de política es economía y la mayor parte de la economía es política”.

De hecho, las Constituciones liberales daban por supuesto, por preexistente, el sistema económico. Incluso puede decirse que las mismas partían de que el sistema económico era previo a la Constitución. De esta forma las Normas fundamentales aprobadas a lo largo del siglo XIX se reducían a regular la ordenación del Estado y no de la sociedad, aunque incluían el reconocimiento y garantía del derecho de propiedad privada (que el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 reconoció como “derecho inviolable y sagrado”), de la libertad de contratación, y de la libertad de industria y comercio que, concebidos como libertades-autonomía, tenían por función crear las



condiciones jurídicas para el desarrollo del sistema económico capitalista, que se autorregula a través del mercado sin necesidad de intervención pública alguna, salvo para eliminar alguna pequeña perturbación, sin que dicha intervención supusiera una ruptura con el modelo (**López de Lerma Galán**). Así pues, orden estatal y orden económico funcionan como dos sistemas independientes, cada uno orientado por sus propios fines y cada uno regido por sus propias normas (jurídicas unas, económicas otras), pero plena y absolutamente separadas en el Estado liberal puro o burgués. La separación, pues, entre Estado y sociedad permite libre desarrollo de la actividad económica, conforme a las reglas del mercado.

Solo la Constitución de Weimar de 1919 contiene las primeras disposiciones constitucionales que amparan la intervención vía legislativa y administrativa en el orden económico y social, con el fin de corregir el funcionamiento del capitalismo en estado puro, en lo que, con **Keynes**, como nueva era en la evolución del sistema para hacer frente a las perturbaciones que aquel generaba, se denomina neocapitalismo, del que forman parte la política de pleno empleo, el desarrollo de los servicios sociales o la función redistribuidora de recursos, entre otros mecanismos de equilibrio.

II. La Constitución de la economía social de mercado

Fue en un libro publicado en 1939, por **Eucken**, el año que estalló la Segunda Guerra Mundial, cuando se identifica el concepto de Constitución económica, que **García Pelayo** define como el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad y del proceso económico. En la Constitución económica se definen, por tanto, los fundamentos esenciales del orden económico.

Las Constituciones de la segunda posguerra incrementan el número de preceptos dedicados a la misma, porque asumen la conciencia de su importancia en cuanto que tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actos económicos públicos y privados, y pueden ser principios y valores orientadores de los que se derivan garantías más vigorosas para los ciudadanos en el alumbramiento del Estado del bienestar, también conocido como Estado de la procura existencial (**Forsthoff**). Frente al reduccionismo de la Constitución liberal, que se



limitaba a ordenar el poder político, configurando las instituciones que lo desempeñaban (**Aragón Reyes**) la del Estado social integra la Constitución económica dentro de la Constitución política, si bien no sanciona un concreto sistema económico, sino que se limita a excluir aquel que entra en contradicción con los parámetros que establece.

Se ha suscitado la discusión de si la Constitución política debería garantizar un determinado sistema económico. Las Constituciones socialistas, desde luego, lo hacen, y de forma rígida. Las Constituciones de los Estados democráticos liberales, en unos casos son más ambiguas y en otros, más precisas. En la RFA se planteó el debate de si la Ley Fundamental de Bonn de 1949 garantiza una “economía social de mercado” y se configura una “constitución económica mixta” o incluso si es neutral en el orden económico, dejando abiertas al legislador distintas posibilidades.

A pesar de su parquedad, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 formula un modelo económico basado en la economía de mercado, pero en la economía de mercado con limitaciones, conforme a la declaración de Estado social que contiene. De hecho, la tesis de la neutralidad constitucional sobre el modelo económico -que se extendió en los años 60 y 70 del pasado siglo- ha sido abandonada y hoy se sostiene por el Tribunal Constitucional que la Constitución germana no contiene “determinación o garantía de modelo económico alguno”; impide tanto un sistema totalmente regulado como un sistema de economía intervenida o planificada. La economía social de mercado es inconcebible con la planificación general omnicompreensiva; y de otro, resulta, de un lado, incompatible con el derecho de la Unión Europea, cuyas libertades fundamentales son la libre prestación de servicios y la libertad de circulación de personas, de mercancías y de capitales. Las reglas de Derecho de la competencia europea, en fin, imposibilitan la planificación general. No se olvide, por lo demás, que la instauración de la Unión Europea y monetaria ha supuesto la transferencia de la política monetaria al Banco Central Europeo.

La Constitución italiana de 1947, a pesar de ser dos años anterior, es más explícita que la Ley Fundamental de Bonn. En su artículo 41 establece que “la iniciativa económica privada es libre” y a continuación, añade las posibles restricciones a su ejercicio. Más expresiva resulta la Constitución Española, que en su art. 38 reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, siendo la única que “constitucionaliza” este concepto económico y no jurídico. En todo caso, parece redundante, pues



la libertad de empresa solo es concebible en una economía abierta o de mercado. ¿Y en qué se basa la libertad de empresa, que es el modelo de las cláusulas económicas de la Constitución? La respuesta se encuentra en el mercado, y es que el mercado es el marco en el que se desenvuelve la libertad de empresa que -de acuerdo con las Sentencias del Tribunal Constitucional español 88/1986, de 1 de julio y 96/2002, de 25 de abril, entre otras- se basa: a) En el derecho -que es fundamental- a la constitución, mantenimiento y reproducción de empresas. b) En el derecho -que es también fundamental- de cada empresa para decidir sus objetivos y planificar y ordenar sus recursos.

Es, en consecuencia, la “autonomía de decisión empresarial” frente a la “economía de mando o de planificación centralizada” procura a los Estados socialistas. Es la libertad de actuación de los actores económicos, libres, pues, de las injerencias estatales, sin perjuicio, como ahora veremos, de que no tiene carácter absoluto y, por tanto, no impide la intervención estatal en razón de los bienes jurídicos que ha de promover y garantizar.

Es, pues, regla común en el constitucionalismo contemporáneo, que la Constitución económica supere la contraposición -que no se corresponde ni con las construcciones teóricas ni con las prácticas- entre economía de mercado o libre e intervencionismo económico. Es decir, se ha producido una cierta convergencia o mixtificación porque el Estado social y democrático de Derecho exige la superación del modelo abstencionista del Estado, es decir es inconciliable con que el Estado se mantenga absolutamente al margen del proceso económico. El libre mercado ha de cohonestarse con el bienestar y el progreso económico, lo que exige que los poderes públicos lleven a cabo una política antimonopolista, una política monetaria, una política fiscal, una política social, una política ambiental, una política de defensa de la competencia y *antitrust*, en orden a la consecución de aquel. Hay intervenciones obligatorias (mandatos) y facultativas (cláusulas de habilitación). Por eso las Constituciones contemporáneas que sustentan el Estado social y democrático de Derecho contienen, además de la declaración genérica de la iniciativa libre, o como la española de la economía de mercado, otras invocaciones para corregir los efectos no deseables o disfuncionales del mercado (los economistas los llaman “perversos”): redistribución de la renta y riqueza, modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, utilización racional de los recursos naturales,



defensa de la productividad e incluso la posibilidad de utilizar la técnica de la planificación limitada o parcial, aunque no en términos obligatorios o dirigistas, sino de orientación macroeconómica para las empresas, como reconocen incluso teóricos socialistas de la economía de mercado, como el alemán **Silk**.

Así pues, la normatividad constitucional nos enseña que el sistema establecido es el neocapitalista, unido al Welfare State y por tanto, sustentado en la economía de mercado, pero con una función regulatoria intensa del Estado, que tiene también a su cargo la función social. Es un *tertium genus* entre la economía liberal y la intervenida, en la que caben los matices en su aplicación por los actores políticos que se suceden en el ejercicio del poder, pues en definitiva cabe un mayor o menor énfasis en el mercado o intervención dentro de los límites de la democracia y de la juridicidad y socialidad del Estado.

III. Los nuevos contenidos de la Constitución económica

Ahora bien, en los últimos años se ha producido, al menos en el ámbito europeo, la constitucionalización de normas de signo contrapuesto, dirigidas a limitar la capacidad de endeudamiento de los Estados o a restringir el déficit público, lo que comporta -al menos sobre el papel- una suerte de mutación constitucional en sentido material. Estas normas suponen el establecimiento de límites rígidos a la discrecionalidad política y, entre otros ejemplos, recordamos los siguientes:

- El nuevo artículo 126 de la Constitución suiza, incorporado en 1999, establece que la Confederación mantendrá el equilibrio de ingresos-gastos a lo largo del tiempo; que el límite máximo de gasto total que se aprobará en el presupuesto no superará los ingresos previstos, salvo que se justifique en razón de necesidades financieras excepcionales, cuando así lo decida la Asamblea Federal, de conformidad con el art. 159.3, es decir, por mayoría absoluta. En el supuesto de que el gasto total de las cuentas federales supere el límite máximo establecido, la compensación de dicho gasto adicional deberá efectuarse en los años siguientes.
- El artículo 135 de la Constitución española, que fue la segunda reforma parcial de la misma, y se aprobó en 2011, impone a todas



las Administraciones Públicas la adecuación de sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, de modo que: a) ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea para sus Estados miembros; b) el Estado y las Comunidades Autónomas deberán estar autorizadas mediante ley para emitir deuda pública o contratar crédito; c) el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el PIB del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

- Conforme a lo indicado en relación con España, es notoria la relevancia singular que adquieren las normas constitucionales de la Unión Europea que se contienen en el Tratado de la Unión Europea y en el TFUE, que incluye una regulación mucho más detallada que la de una Constitución estatal y que **García Guerrero** entiende de inspiración ordoliberal (garantía de la economía de mercado en un contexto de libre competencia) con elementos intervencionistas y exigencias de construcción de un “pilar social” (**Gordillo Pérez**). Conforme al artículo 3.3 TUE, el mercado único interior tiene como principio basilar: “... el desarrollo sostenible basado en el crecimiento económico sostenible y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y el progreso social...”. Ahora bien, para llevarlo a cabo, el artículo 126 TFUE determina que: “Los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos. La Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento de los Estados miembros con el fin de... examinar la observancia de la disciplina presupuestaria”.
- En fin, se imponen en los países que personifican los ejemplos más potentes de la economía social de mercado, un estatuto de independencia de los Bancos centrales en orden a la determinación y control de la política monetaria.

No olvidemos que la función institucional de la economía de mercado no solamente está garantizada por la Constitución del Estado sino



también por el ordenamiento de la Unión Europea, que tiende a reforzar este polo liberal de la Constitución económica y a restringir su capacidad de fundamentar un sistema intervencionista. El contenido esencial de la libertad de empresa -es decir, el contenido que identifica este derecho fundamental, que identifica el ámbito de libertad económica irreductible -es una de las más complejas cuestiones a las que se enfrenta el Derecho Constitucional, pero quizás la forma mejor de comprenderlo es la más sencilla. El contenido esencial de la libertad de empresa se sustenta ineludiblemente en la libertad, libertad que ha de ejercerse en condiciones de igualdad y con plena sujeción a la normativa sobre la ordenación del mercado y la actividad económica. Las Sentencias del Tribunal Constitucional español 37/1981, de 16 de noviembre, o 225/1993, del 8 de julio, entre otras, así lo confirman.

La propiedad privada y la libre iniciativa económica podrán estar sometidas a condiciones, pero tales condiciones no pueden hacer desaparecer esos derechos, sino solo modularlos. La intervención lícita de los poderes públicos no puede producir la alteración radical de la economía de mercado y sustituirla por otro sistema. Es, además, lo que se corresponde con el modelo económico de la Unión Europea.

Ese contenido esencial de la libertad de empresa es indisponible para el legislador. Ciertamente no hay derechos absolutos en la Constitución, pero “las restricciones a que pueden estar sometidos son tolerables, siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden, y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer un sacrificio menor”.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES (M.),

- “*Libertades económicas y Estado social*”, Mac Graw Hill, Madrid, 1995.
- “Constitución económica y libertad de empresa”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996.

BARNES (J.), “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”,



- en VV. AA: *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- BASSOLS COMA (M.), *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.
- CIDONCHA MARTÍN (A.), *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- DE JUAN ASENJO (O.), *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- DE VERGOTTINI (G.), “La Constitución económica italiana: pasado y actualidad”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, UNED, 2012.
- FERNÁNDEZ ESPINAR Y LÓPEZ (L. C.), “Constitución y sistema económico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, núm. 18, 1986.
- GARCÍA GUERRERO (J. L.), “Los embates de la globalización a la democracia”, en GARCÍA GUERRERO (J. L.) y MARTÍNEZ ALARCÓN (M. L.) (dirs.), *Constitucionalización de la globalización*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GARCÍA LLOVET (E.), “Constitución económica y Constitución territorial económica”, *Autonomías: Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 22, 1997.
- GARCÍA PELAYO (M.),
- *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Alianza, Madrid, 1987.
 - *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Editorial Alianza, Madrid, 1977.
 - *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979.
- GARCÍA VITORIA (I.), *La libertad de empresa ¿Un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- GORDILLO PÉREZ (L. I.) y CANEDO ARRILLAGA (J. R.), “La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 5, num.1, 2013.
- LÓPEZ DE LERMA GALÁN (J.), “El carácter racional normativo de la Constitución económica liberal. Su influencia en el desarrollo del libre mercado”, en GARCÍA GUERRERO (J. L.) y MARTÍNEZ ALARCÓN (M. L.) (dirs.), *Constitucionalización de la globalización*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARCOS DE LA FUENTE (J.), *La economía social de mercado*. Asociación de Estudios empresariales, Madrid. 1978.
- MESTMACKER (E. J.), “Poder, Derecho y Constitución Económica”, *Estudios Públicos*, núm. 3, 1981.



REY MARTÍNEZ (F.), *La propiedad privada en la Constitución española*. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

RUBIO LLORENTE (F.), “La libertad de empresa en la Constitución”. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.

WEBER (M.), *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.



Dra. María Mercedes Serrano Pérez

Es doctora en Derecho por la UCLM y profesora de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de Albacete. Su tesis doctoral, titulada “El derecho a la protección de datos. Derecho español y comparado”, publicada en 2003, inicia una de sus líneas de investigación sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal. Tras su tesis han sido numerosas sus contribuciones en materia de protección de datos, y más recientemente, de inteligencia artificial y sociedad digital: artículos en revistas científicas, colaboraciones en libros colectivos nacionales e internacionales, ponencias, elaboración de normas e informes sobre protección de datos, participación en congresos y seminarios, tanto nacionales como internacionales, y direcciones de tesis doctorales sobre este tema en Venezuela y en República Dominicana. El análisis y estudio de la protección de datos de carácter personal es una línea de investigación principal y constante en su trayectoria académica e investigadora, enriquecida ahora con la inteligencia artificial y la protección de los derechos fundamentales, así como el estudio del resto de derechos fundamentales relacionados con la personalidad y con la dignidad humana. Su última participación sobre estas cuestiones ha tenido lugar en el primer Congreso bianual organizado por el Defensor del Pueblo de República Dominicana, bajo el nombre “La sociedad digital y desafíos para el derecho público”, en junio de 2022. Otra de sus líneas de investigación la ha dedicado al estudio de la constitución económica y el modelo de constitución intervencionista y el Estado Social, tema bajo el que ha publicado diversos artículos, capítulos de libros, ha participado como ponente en seminarios y congresos, nacionales e internacionales. Sobre las cuestiones relacionadas con la constitución económica, ha analizado la constitución económica europea y las transformaciones operadas en el sistema económico interno, así como la exigencia del equilibrio presupuestario. En la actualidad, alterna la profundización en estas dos líneas de investigación con la docencia en el Grado en Derecho, impartiendo la asignatura Derecho constitucional.

DRA. MARÍA MERCEDES SERRANO PÉREZ

La Constitución económica intervencionista del Estado social

I. INTRODUCCIÓN

La **Constitución económica intervencionista** o **interventora** (en adelante CEI) va pareja a la implantación del **Estado social**¹, modelo de Estado superador de las deficiencias detectadas en el orden liberal precedente. El modelo de Constitución liberal y su homólogo, en lo que a diseño de Estado se refiere, no aparece en todos los casos como consecuencia del deseo de superar el orden absoluto precedente, sino también como una opción ideológica conscientemente adoptada. Las normas económicas incorporadas en las constituciones reflejan que el Derecho Superior no resulta indiferente a la economía, sino que esta aparece como una parte más de los textos fundamentales². De esta afirmación se desprenden varias consecuencias. En primer lugar, la existencia de un contenido económico en la Norma Fundamental permite afirmar que la Constitución contiene un programa económico, esto es, incluye un diseño de actuación, tanto público como privado, destinado a reglamentar la actividad económica y

1 Sobre la Constitución Económica Intervencionista vid, GARCÍA GUERRERO (José Luis), "Integración económica y reforma constitucional (¿supone la integración económica la creación de una estructura constitucional o entraña una adecuación de la estructura actual? Influencia de la integración en la reforma constitucional), **Senado de la República. Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica**, junio 2005, pp. 137 y ss.

2 ARAGÓN REYES (Manuel), *Constitución española: economía de mercado y Estado social*, El principio de igualdad, Dykinson, 2000, p. 107. Como señala DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), supone que la economía "deja de ser un fenómeno que se desarrolla extramuros del texto constitucional". *La Constitución económica de España*, en **Comentarios a la Constitución española de 1978**, dir. ALZAGA VILLAAMIL (Óscar), tomo X, Edersa, 1998, p. 20.



que se encuentra elevado al mayor rango posible. Cómo quede dibujado ese programa, que permitirá la actividad de los agentes económicos, servirá, en segundo lugar, para diferenciar la Constitución económica liberal de la CEI, y estas de la Constitución socialista, y ligado a esa diferenciación, podemos hablar del modelo de Estado liberal, del modelo de **Estado social** y del modelo de Estado socialista, estos últimos como espacios de organización y estructuras en los que se desenvuelven las relaciones económicas contenidas en dichas constituciones, moduladas, a su vez, por las reglas dimanadas de dichas estructuras. Por tanto, la Constitución económica, en lo que a “tipos ideales”³ se refiere, converge inescindiblemente con el modelo de Estado desde la perspectiva jurídica. Con esta afirmación rechazamos el carácter neutral de la Constitución desde la perspectiva económica, porque el contenido material económico del texto fundamental, influido por otros preceptos constitucionales, nos llevará a optar por un determinado modelo económico frente a otro existente y, a su vez, delineado por el modelo jurídico constitucional⁴. La Constitución es siempre valorativa y, por tanto, también lo son las reglas económicas que contiene, así como cualquier elemento material de su contenido.

La incorporación de reglas económicas a la norma fundamental implica, en segundo lugar, la aceptación de la existencia de contenidos materiales fuertemente protegidos frente al legislador ordinario, y que podrán actuar como límites ante algunas decisiones económicas adoptadas por mayorías contingentes que los ignorasen. Las limitaciones no vendrían solamente de la constitucionalización de elementos económicos difícilmente inalterables, sino también de la interpretación de estos “en y con” el conjunto de toda la Constitución, es decir, también teniendo en cuenta el modelo jurídico constitucional del texto⁵, que a medida que avanzamos en el siglo XIX y en los países de nuestro entorno, lo conforman los principios democrá-

3 CANCIO MELIÁ (Jorge), *La Constitución económica: promesas incumplidas*, **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, 2002, núm. 7, p. 53.

4 ARAGÓN REYES (Manuel), “*Constitución española...*”, ob. cit., p. 108. Aragón señala cómo las tesis de la neutralidad económica de la Constitución han sido abandonadas en los países en los que hubo una mayor implantación de las mismas, Alemania e Italia, y sustituidas por la idea de que la neutralidad no puede ser absoluta...”.

5 ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), *La Constitución económica de 1978* (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española, **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 24, núm. 71, mayo-agosto 2004, p. 127.



ticos y las reglas del Derecho. Aunque la proclamada relación entre **CEI y Estado social**, y por las características de una y otro, se contemplan en dichas Constituciones un intervalo de posibilidades de reglamentación de la actividad económica donde la actuación del Estado puede moverse, cómoda y ampliamente, entre sus extremos, conforme a parámetros constitucionales, todos ellos posibilitados por la **CEI**⁶.

La conexión entre **Estado social** y **CEI** se sostiene gracias a las líneas maestras que dibujan el modelo económico del Estado decidido por el constituyente, por la ubicación de los elementos económicos (principios y derechos) en un lugar esencial y por la configuración que de ellos ha efectuado aquel. El esquema se desenvuelve en estos términos: el **Estado social** encamina la acción del poder público hacia un fin determinado que consiste en alcanzar la igualdad material, persiguiendo el interés general y con un sentido fundamentalmente prestacional y, en lo que a las relaciones económicas se refiere, la Constitución de este tipo de Estados regula los elementos económicos según un sistema económico (y político) prevalente frente a otros, y que, a su vez, se pueden ver matizados por la finalidad prestacional propia del **Estado social**. Es decir, la **CEI** contempla los derechos económicos y las actuaciones económicas tanto de los particulares como del poder público, con ciertas limitaciones, pero también la restricción a dicha limitación, lo que solamente puede valorarse de acuerdo a criterios de racionalidad y proporcionalidad⁷, no renunciando al empleo de cualquier norma constitucional principal que pueda actuar como parámetro de constitucionalidad para justificar, o bien el límite a los derechos -consecuencia de la actuación del Estado o de los particulares-, o bien la restricción a dicho límite. La **CEI** contempla la intervención del poder público a través de la previsión e incorporación en su contenido de determinados elementos económicos que permiten un amplio abanico de

6 “Constitucionalismo económico flexible” lo denomina BASSOLS COMA (Martín), **Constitución y sistema económico**, Tecnos, Madrid, 1988. El autor afirma que “Este nuevo constitucionalismo económico difiere en su cristalización formal del de la Primera Guerra Mundial, debido a que el inspirado en el modelo de Weimar aspiraba a una transformación del orden económico y social, codificando las instituciones de manera rígida para dirigir el proceso: “este nuevo constitucionalismo es mucho más ambiguo y menos ambicioso: satisface sus pretensiones con la consagración en el texto constitucional de normas de principio de marcado carácter declarativo sobre fines sociales o de rechazo del orden económico liberal...”, p. 41.

7 ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), *Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía*, **La Constitución económica**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 87.



acción, sin renunciar por ello, al tiempo, a la posición central que ha otorgado a algunos de ellos⁸. Las posibilidades de implicación del Estado en las relaciones económicas en la CEI no dejan de ser preferencias ideológicas, aunque no pueda perderse en ningún momento de vista la consecución de la igualdad material propia del **Estado social**. Todo ello bajo la idea que late en el Estado social, de perseguir el interés general, pero sin que el interés privado sea ajeno al objetivo de lo público, como no es ajeno al propio Derecho constitucional en sí, y por tanto, a la propia Constitución.

II. LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA LOGRARLOS

El final del Estado liberal y la implantación del **Estado social**⁹ como un acontecimiento ligado desde el punto de vista social, político, económico y jurídico¹⁰, se suele situar en Europa tras el final de la Segunda Guerra Mundial¹¹, etapa en la que, al fracaso de las ideas políticas se une una situación económica cuya reanimación, para levantar una sociedad devastada por el conflicto bélico, exigía también el renacimiento de un concepto diferente de hacer política y de adoptar decisiones económicas. Comienza a cuajar la necesidad de cambiar el papel del Estado frente a la sociedad, y los intentos, tanto ideológicos como revolucionarios, por provocarlo.

No resulta fácil elaborar un concepto sustantivo de Estado social, y es que este último se identifica mejor con su indefinición que con su

8 ARAGÓN REYES (Manuel), lo explica con absoluta claridad en relación con la Constitución española de 1978, al señalar que "... la idea de neutralidad no puede ser absoluta, y (...) la Constitución garantiza, al menos en sus líneas básicas, la economía de mercado (con limitaciones impuestas por el Estado social, claro está), impidiéndose la completa erradicación de la libertad mediante cualquier sistema de economía totalmente intervenida por el poder público", "Constitución española...", ob. cit., p. 108.

9 Expresión acuñada por HELLER (Herman), en *Escritos políticos*, Madrid, 1985, p. 443.

10 Sobre el origen del Estado social se puede ver CORREAS SOSA (Irene), *Reflexiones en torno a la idea de Estado social: aproximación al contenido, fines y valoración crítica de la vigencia del concepto*, *Anuario de derecho parlamentario*, n. 17, 2006, p. 335.

11 Aunque ya antes, en concreto en 1871, Alemania había incorporado elementos sociales propios de un concepto moderno de Estado social. RITTER (Gerhard A.), *Los comienzos y el desarrollo del Estado social en Alemania, Europa y los Estados Unidos hasta la 2ª Guerra Mundial*, *Studia histórica*. Historia contemporánea, núm. 8, 1990, p. 160.



definición¹². No obstante, desde el punto de vista material podemos encontrar un contenido propio y mínimo del **Estado social**. El contenido identificativo del **Estado social** se concreta, desde una perspectiva jurídica, con la incorporación de las necesidades sociales a su propia concepción de organización-actuación estatal, por medio de la positivación de principios y de derechos sociales y económicos añadidos a las Constituciones propias de estos Estados. La satisfacción de las demandas sociales a través de la eficacia de los derechos sociales y económicos se conseguirá por medio de prestaciones sociales públicas, aunque dichas prestaciones corresponden con diversas opciones que maneja el legislador, por lo que, a la postre, el **Estado social** estará fuertemente condicionado por el pluralismo político¹³, al disponer dichas prestaciones de una exigibilidad rebajada respecto de los derechos catalogados como fundamentales. La consolidación de las prestaciones sociales semueve en amplios márgenes que permiten su maleabilidad en función de diferentes circunstancias. Entre ellas se encuentra la situación económica, que mantiene con las prestaciones sociales una relación fuerte de dependencia.

No obstante, el mantenimiento de un contenido mínimo atribuible al **Estado social** es una consecuencia jurídica de su reconocimiento constitucional, para no convertirlo en una cláusula retórica y vacía de contenido. Sumar este contenido social al Derecho máximo implica que intentar reducir o eliminar las desigualdades sociales es una tarea que tiene que asumir el Estado como obligación dinámica, como elemento propio de su actuación pública, dentro de su atribución social. El carácter social del Estado va más allá de un simple título nominativo. Este último cometido -la eliminación o reducción de las diferencias- constituye la gran finalidad del **Estado social**: la implantación de la igualdad social y material permitirá la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, labor que recaerá en el poder público¹⁴. Como

12 ARAGÓN REYES (Manuel), *Constitución española: economía de mercado...*, ob. cit., p. 112, por lo que resulta difícil “contraponer un término definido (Estado liberal) a un término indefinido (Estado social)”.

13 ARAGÓN REYES (Manuel), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, dir. (Casas Baamonde y Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer), Wolters Kluwer, Toledo 2009, p. 35, aunque señala que el contenido mínimo del estado social no puede diluirse en el pluralismo político.

14 ARAGÓN REYES (M.), *Constitución española: economía de mercado...*, ob. cit., p. 114. El autor señala que la cláusula de Estado social es un principio orientador de la actuación del Estado, e indica que la actuación pública debe encaminarse a la reducción de la desigualdad social.



señala Garrorena Morales, la expresión acuñada por Heller refleja “el irrenunciable compromiso social con que queda afectado el Estado en nuestros días”¹⁵, frente a la neutralidad del modelo anterior. Para ello necesitará contar con el instrumento jurídico constitucional adecuado, que habrá de incorporar el conjunto de elementos destinado a facilitar la consecución de dichas mejoras.

La lucha contra las desigualdades sociales, por medio de un cambio en el papel desempeñado por el Estado hasta ese momento, da cuerpo a un nuevo diseño de organización estatal, al menos de sus fines y de las labores encomendadas a sus órganos¹⁶. Estas ideas serán los elementos estructurales fundamentales del **Estado social**: la consecución de un fin determinado y la intervención del poder público para lograrlo¹⁷, a través de elementos incluidos en la Constitución del **Estado social** y la configuración que la Norma hace de ellos, pues son los instrumentos de los que se vale el Estado para penetrar en la sociedad y alcanzar los objetivos fijados, también desde una perspectiva económica. Son las prestaciones propias del Estado asistencial que se incorporarán a los textos primarios con desigual fuerza jurídica y, por tanto, como un núcleo legislativamente maleable. Ahora bien, no se trata de renunciar al Estado de Derecho, ni desbaratar el Estado liberal, que ha incorporado a los textos constitucionales las conquistas individuales, sino en “dar a este un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes: solo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista, y por tanto, solo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización”¹⁸.

15 GARRORENA MORALES (Á.), *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 34.

16 Al menos en lo que respecta al desempeño de un determinado papel en la sociedad, no a un cambio de estructuras, porque como bien precisa ARAGÓN REYES (Manuel), el Estado social es una modalidad de la forma de Estado democrático de Derecho, por lo que su implantación no afecta “a la estructura de este sino a sus fines”, “Constitución española: economía de...”, *ob. cit.*, p. 112.

17 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), “Estado social no es solo el que interviene en las relaciones económicas, sino el que interviene guiado por algún criterio”, *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 89.

18 GARCÍA PELAYO (M.), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1992, p. 17, citando a Heller.



Esta delimitación de la idea de **Estado social** como principio a alcanzar, como motor de cambio permanente y dinámico para conseguir la meta de la igualdad social, impide que el **Estado social** pueda entrar en crisis por no alcanzar sus fines, que son siempre opciones del legislador y por tanto absolutamente variables¹⁹ (con los límites del Estado democrático y de Derecho). El **Estado social** no quebrará como consecuencia de la falta de cumplimiento pleno de sus objetivos, pues la frustración que ello puede significar que no desvirtuará su punto de partida que, independientemente de la cantidad y calidad de objetivos logrados, se traducirá en la finalidad que guía la intervención del Estado. En consecuencia, el **Estado social** continuará existiendo y proclamándose al margen de sus logros, a no ser que una modificación del texto constitucional que lo incorpore como principio adoptara otro modelo de Estado, de sus funciones y de sus órganos, con otra dirección y con diferente finalidad. La crisis del **Estado social** se planteará por razones de “más o menos **Estado social**”, esto es, de mayor o menor Estado de bienestar²⁰. La crisis podrá presentarse como una forma histórica de

- 19 Ya señalaba BASSOLS COMA (Martín), que “al concebirse los preceptos constitucionales de signo económico como cláusulas abiertas y expansivas que en última instancia son rellenadas o actualizadas por el legislador ordinario y, de modo preferente, por la actuación gubernativa y administrativa encargada principalmente de la gestión de la política económica, la interpretación y realización de la Constitución económica se desplaza del análisis de los textos a los programas de los partidos políticos que alternativamente ocupan el poder y a las ideas y técnicas económicas contenidos en aquellos”, **Constitución y sistema...**, ob. cit., p. 42. Respecto de la segunda idea afirmada por el autor, de descansar el protagonismo de la interpretación de las normas económicas en los partidos políticos, lejos queda en el momento actual, en el que ni siquiera corresponde esa capacidad a los gobiernos, pues la interpretación de la Constitución económica recae en instancias comunitarias que dejan poco margen de decisión a los Estados miembros y mucho menos a las ideas contenidas en los programas de las diferentes fuerzas políticas.
- 20 FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR (Alfonso), diferencia entre Estado social y Estado de bienestar. “Parece claro que para un constitucionalista, para un jurista, solo cabría hablar de crisis del Estado social, entendido este como principio jurídico, ante la evidencia de su incumplimiento, de su fracaso en su pretensión normativa, lo que requiere determinar el contenido jurídico del principio...”. Hay que partir de la existencia de dos conceptos interrelacionados pero perfectamente distinguibles, e incluso independientes. “Un concepto estrictamente jurídico –el de Estado social de Derecho– que recoge nuestra Constitución, y un concepto no normativo, sociopolítico y socioeconómico, que es el Estado de bienestar”, “El Estado social”, **Revista Española de Derecho Político**, año 23, n. 69, septiembre-diciembre, 2003, p. 139. ARAGÓN REYES (Manuel), refiere que “la discusión sobre los problemas específicos del Estado social, discusión que habitualmente suele plantearse como un enfrentamiento entre el Estado liberal y el Estado social y que a mi juicio, por lo que he venido diciendo, es más razonable plantearlas como una reflexión acerca de las formas, intensidad y límites de la realización por el estado de las tareas “sociales”, “Constitución española: economía...”, ob. cit., p. 113.



entender el **Estado social**, pero no se tratará de un rechazo al concepto jurídico constitucional acuñado. Este argumento también nos conduce a una afirmación categórica: no existe un único modelo de **Estado social** (mientras que de Estado de Derecho sí lo hay). El **Estado social** es una manera de concebir la participación del Estado en la sociedad y el pluralismo político será el elemento que determinará el modo de participación y su intensidad, pero tanto el Estado “más interventor” que tenga una mayor presencia en la sociedad como el “menos interventor”, responderán al mismo diseño de Estado, siempre que en ellos permanezca reconocible el objetivo de implantar la igualdad real y mejorar las condiciones de vida de la sociedad a través del mantenimiento de una red de prestaciones y servicios públicos y, por supuesto, del sometimiento de su actuación a las reglas del Estado democrático y de Derecho. Sin embargo, aunque el alma del **Estado social** se advierte en los instrumentos y medios empleados para conseguir la finalidad de encontrar el máximo beneficio para el interés colectivo y en la propia finalidad, más que en los logros alcanzados, no podemos depreciar absolutamente los resultados obtenidos y los objetivos conseguidos. Sin renunciar al axioma que afirma que el Estado social no es tanto un Estado de resultados como de objetivos, también se pone de manifiesto, cada vez más, que la cláusula Estado social “... incorpora en su horizonte la consecución de alguna forma de <<Estado de bienestar>>²¹ y cada vez con más exigencia por parte de la población de una tasa elevada de bienestar, esto es, de exigencia al Estado del cumplimiento y la consolidación de objetivos y metas sociales. En el fondo de esta disyuntiva jurídica estriba el reconocimiento de un contenido material propio del Estado social o meramente programático, controversia que la teoría salda en favor del primero de ellos²². En el sentido señalado de consolidación del bienestar de la población, no deja de ser cierto que, pese a incorporar el Estado social un amplio intervalo de posibilidades para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, cuántas más sean las satisfacciones logradas, más fortalecido se hallará el Estado social.

21 FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR (Alfonso), “El Estado...”, ob. cit., p. 140.

22 CORREAS SOSA (Irene), “Reflexiones en torno a la idea...”, ob. cit., p. 339.



A. Los fines del Estado social modulan el papel del Estado en las relaciones económicas

El liberalismo constituye una afirmación del poder económico y político de la burguesía frente al Estado absoluto. La consolidación de ese estatus de poder exigía la neutralidad del Estado, que debía dejar fluir la vida social y económica, porque de manera natural se alcanzaban los objetivos burgueses. Por ello, en el Estado liberal la burguesía impone su libertad en el espacio político y en el ámbito económico, ante la inacción de un Estado cuya abstención es precisamente garantía de éxito para la clase dominante. El Estado solamente regula un espacio público que resulta muy limitado. En el marco de la economía, y de forma muy sintética, la Constitución económica liberal consagra los elementos económicos con carácter absoluto, libres de trabas o reglas del poder público, tal y como son concebidos por la burguesía, es decir, la Constitución económica liberal era el marco que permitía la actividad política y económica basada en la libertad de actuación. Se trataba de una economía sin intervenciones estatales, con la regulación estrictamente necesaria para permitir el libre juego de los agentes económicos particulares que buscan su máximo beneficio²³. Es el marco ideal para el desarrollo del capitalismo. En conclusión, el sistema económico liberal era “un modelo económico jurídicamente establecido pero no jurídicamente regulado, pues la esencia del modelo era precisamente su capacidad

23 Como ha puesto de manifiesto GARCÍA GUERRERO (José Luis), “la constitución liberal, denominada técnicamente racional normativa, está desde su aparición al servicio del sistema capitalista, que contiene este en su genoma y que esta es la principal razón que explica su supervivencia pese a los duros embates fácticos y teóricos que ha sufrido. En definitiva, la constitución racional normativa constituye el marco en que más cómodamente puede instalarse y desarrollarse el sistema económico capitalista”, que coincide con la búsqueda del máximo beneficio de la clase burguesa en el marco de las reglas económicas y políticas de la constitución liberal, “La desconstitucionalización de la Constitución económica española”, *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho constitucional de la integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, (coord., Luis Gordillo Pérez), Tirant lo Blanch, 2018, p. 262; del mismo autor “Integración económica y...”, ob. cit., p. 135; del mismo autor, “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución”, *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional (Liber Amicorum en Homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez)*, (coord. JORGE PRATS (Eduardo) y VALERIO JIMINIÁN (Manuel), Instituto Dominicano de Derecho constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2014, pp. 548 y 549.



de autorregulación”²⁴. El Estado mantenía unos criterios de actuación muy reducidos y sin ningún tipo de aspiración social, es decir, actuaba, pero no como método, pues su pauta de actuación era precisamente la no intervención. Como las reglas del mercado se ajustaban de manera natural para permitir el éxito buscado por la clase dominante, el Estado asumía el papel de mero observador.

El rol de espectador que había desempeñado el Estado en el momento de predominio burgués resultaba insuficiente para mantener una sociedad cuyos intereses difieren de los intereses burgueses. Los afanes liberales se satisfacían por la acción del Estado, por la inacción, diríamos más correctamente, y dentro de esas pretensiones tenían cabida las libertades políticas y también las libertades económicas. Pero el cambio social aboca a una transformación de la actitud del Estado. Es al Estado y desde el Estado al que se le exige, a través de una intervención con miras sociales y colectivas, que remedie la superioridad y exclusividad de las libertades individuales en pro de una igualdad real. La irrupción de las nuevas clases sociales y sus aspiraciones colectivas, tanto económicas, sociales y políticas, en un Estado diseñado para asegurar la libertad y la seguridad individual están abocadas a un choque mortal del que solamente pueden sobrevivir los dos –la sociedad y el Estado– por medio de una metamorfosis profunda del segundo de ellos. Los problemas de la sociedad son ahora problemas del Estado, y como tales exigen una solución desde el poder. García Pelayo²⁵ sintetiza ese momento de lucha del paso del Estado liberal al Estado social: “En realidad, se trata de un proceso de confrontación de la sociedad con el Estado, en el que se manifiesta la adaptación de antiguas formas a nuevas situaciones; se trata de un proceso simultáneo de convivencia y de transformación, pero sin destrucciones violentas. Los nuevos principios democráticos comenzaron a informar los textos constitucionales a partir de la otra postguerra (derechos de prestación del Estado, constitucionalización de medidas de “política social”, posibilidades de socialización e intervención en la vida económica, etc.), insertándose en el tradicional esquema liberal.

24 ARAGÓN REYES (Manuel), “Constitución española: economía...”, ob. cit., p. 106.

25 GARCÍA PELAYO (Manuel), **Derecho constitucional comparado**. Alianza Universal Textos, Madrid, 1984, p. 2014.



Pero su eficacia ha sido independiente de la inclusión en un texto. Y el hecho es que, desde entonces, han venido condicionando la estructura constitucional de los Estados democráticos liberales, hasta invertir la primera relación de términos”.

En correspondencia con ese cambio, las constituciones de los nuevos paradigmas de Estados amplían sus materias objeto de regulación, pues ya no solamente es el Estado, el poder público y sus órganos, motivo de ordenación, sino también el conjunto social²⁶, cuya fuerza es imposible ignorar²⁷. Estado y sociedad ya no pueden desligarse. Y dentro del entramado social, obviamente, las relaciones económicas, a las que hasta ese momento el Estado no ha prestado especial atención. Llegados a este punto de implicación social del poder público, las relaciones económicas no pueden quedar al margen de la ordenación jurídica. La consecución de la igualdad y de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos va a obligar a incorporar las relaciones económicas al Derecho constitucional, y al poder público a participar en ellas en el marco social establecido, si fuera necesario, como un agente económico más, aunque con ello pudiera limitar o condicionar la actividad económica privada. Bien es cierto que la evolución se bifurca en un doble sentido: allí donde se aniquiló el concepto de libertad por las nuevas clases emergentes, se alumbró el marxismo, y allí donde las estructuras liberales se mantuvieron, con un cambio de rumbo respetuoso con dichas estructuras, pero con ciertas modulaciones, se acabará asentando el **Estado social**²⁸, y así será reflejado

26 ARAGÓN REYES (Manuel), “Constitución española: economía...”, ob. cit., p. 107.

27 Por tanto, el desencanto de las fórmulas liberales para alcanzar a todas las capas de la sociedad que van consiguiendo progresivamente implantar la democracia en los parlamentos se une a la incorporación de otras demandas que exigen al Estado la asunción de un nuevo papel en la sociedad, en la convicción de que el fracaso del orden liberal se debía parcialmente al papel de mero observador que había desempeñado en las relaciones económicas y sociales. En realidad el papel del Estado liberal es el rol que la clase burguesa dominante ha construido para garantizar sus aspiraciones, un estado abstencionista y limitado: los derechos fundamentales, como derechos públicos subjetivos frente al estado y la separación de poderes son buena muestra de ello.

28 FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR (Alfonso), “El Estado...”, ob. cit., p. 150. En realidad, el fracaso del liberalismo no implicó, ya en el Estado social, una renuncia de este “a la tensión entre una economía capitalista dominada por las leyes del mercado, por una parte, y la intervención social del Estado en beneficio del individuo y el aumento del bienestar de la sociedad entera”, como señala RITTER (Gerhard), “Los comienzos del Estado social en...”, ob. cit., p. 159. CIDONCHA MARTÍN (Antonio) indica que la intervención generalizada en la economía se produce bien absorbiéndola por entero (Estados totalitarios), bien regulándola e incluso participando en ella como un actor económico más (Estados sociales y democráticos de Derecho. **La libertad...**, ob. cit., p. 32.



por los textos constitucionales, que incluyen dicha cláusula para calificar al Estado y también los elementos materiales que lo van a posibilitar. Todo ello tendrá su proyección particular en la parte económica de las constituciones que, impregnadas de las características del **Estado social** se convertirán en **CCEEII**, incluyendo una versión corregida de los elementos económicos de las Constituciones económicas liberales y añadiendo nuevos instrumentos para permitir la diferente implicación del Estado²⁹. Instrumentos cuyo empleo no es vinculante para el Estado, a diferencia de la finalidad, que sí lo es³⁰.

III. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA INTERVENCIONISTA Y EL ESTADOSOCIAL

A. Consideraciones generales de la CEI

La falta de método para actuar en la economía de las constituciones económicas liberales se convierte ahora en la **CEI** en un afán por proceder a la ordenación de la actividad desempeñada por los distintos agentes económicos intervinientes en el mercado, especialmente la actividad del poder público, que modifica de forma sustancial su papel, pero también la actividad de los poderes privados, que se puede ver modulada en función de intereses sociales³¹. La finalidad social del nuevo paradigma de Estado está presente tanto en la regulación de la actuación pública como en la privada³² en este tipo de constituciones, por lo que podemos

29 GARCÍA GUERRERO (José Luis), afirma que “Sin la cláusula de Estado Social y los diversos preceptos constitucionales que la desarrollan difícilmente puede entenderse otro de los modelos de constitución económica, concretamente la intervencionista, que ha dominado la mayor parte de las constituciones europeas desde la segunda guerra mundial”, “La desconstitucionalización de la Constitución...”, *ob. cit.*, p. 264.

30 DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), “La constitución económica...”, *ob. cit.*, p. 37.

31 En palabras de ARAGÓN REYES (Manuel), “en el terreno de la economía la constitución de ahora (frente a la del siglo pasado) amplía considerablemente su campo normativo estableciendo los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que en ese sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos. La regulación de la economía ha pasado a ser parte, pues de la materia constitucional”, “Constitución española: economía...”, *ob. cit.*, p. 107.

32 Como señala CIDONCHA MARTÍN (Antonio), la estrella polar que orienta el Estado Social es la igualdad real, pero en materia económica es necesario matizar esta afirmación, pues mientras en el ámbito público y en relación con la actividad prestacional está al servicio de la igualdad real, “pero



hablar de la existencia de un modelo económico-social propio de las CEI, fácilmente reconocible por estar recogido en el Derecho supremo y que guarda sintonía con el modelo de Estado social. Se trata de una Constitución que recoge las posibilidades de un Estado que se involucra en el devenir de la sociedad y participa como un interlocutor más, con el objetivo de corregir los desequilibrios del mercado y de la economía. Todo ello con el claro objetivo de mejorar la vida de los ciudadanos, borrando las desigualdades sociales.

Los elementos económicos en la CEI rara vez aparecen configurados como mandatos de actuación exigibles jurídicamente, sino como habilitaciones permisivas de ciertos tipos de intervención, o como cláusulas finalistas que establecen pautas orientativas de actuación, o como derechos, siendo los derechos fundamentales los elementos que más severamente pueden condicionar el juego de los componentes económicos de la CEI. La orientación ideológica del legislador ocasional será quien adopte las decisiones oportunas, de acuerdo con las posibilidades constitucionales existentes. Por ello, la CEI podrá oscilar, al igual que el modelo de Estado que la acompaña, entre un abanico de posibilidades permitidas desde el marco constitucional, pero dejadas a la elección y concreción del legislador, influido este último, pero no necesariamente, por las circunstancias políticas y/o económicas. La CEI será menos palpable cuanto menor sea la penetración del Estado en la economía, para perseguir de ese modo fines sociales, tanto por la inoperancia de elementos interventores que han podido caer en desuso, como por la renuncia a la intervención estatal a través de los medios previstos constitucionalmente de forma consciente y voluntaria. En cualquier caso, el abandono del espacio económico por parte del poder público, ya sea voluntario o derivado de obligaciones jurídicas, implica la ocupación del ámbito económico de los agentes privados, situación más próxima al sistema liberal, aunque a diferencia de esta, la CEI y el propio Estado social contemplan los cauces para que la participación de los agentes privados discurra por un determinado camino. En el sentido contrario,

también es un Estado manager que dirige la actividad económica privada y no siempre guiado por la búsqueda de la igualdad real, aunque sí en pro del bienestar general”, lo que en definitiva nos lleva a la actuación en beneficio de un marco de relaciones económicas que asegure el funcionamiento correcto del proceso económico, **La libertad de...**, ob. cit., p. 90.



la CEI podrá también optar por una mayor intervención para perseguir fines sociales, pues la Norma fundamental lo contempla igualmente, si así lo decidiera el órgano soberano.

La finalidad social o el interés general actúan de diferente forma para los agentes públicos y para los privados, pues, mientras que en relación con la actuación del poder público constituye la meta material y objetiva (intangibles pero determinables) que habilita la penetración del Estado en la actividad económica y social, para los sujetos privados es el motivo que justifica la restricción o limitación del ejercicio de sus derechos económicos o de su actividad económica, que pueden verse constreñidos en aras de otros intereses o de los intereses de una mayoría³³; de función social se habla en el caso de limitación de derechos subjetivos³⁴. Del “establecimiento por la Constitución de limitaciones para los particulares y de apoderamientos competenciales para los poderes públicos”, en palabras de Aragón Reyes³⁵, en relación con el cambio de modelo económico de la Constitución.

Por tanto, las CCEEII contemplan la participación comprometida del Estado en las relaciones económicas, con la finalidad de satisfacer las necesidades sociales y velar para que el interés general de la sociedad no quede aniquilado por los intereses individuales³⁶. Pero el Estado social no anula, como bien hemos dicho más arriba, los intereses particulares. El Estado social y la CEI protegen el interés general, pero tanto uno como otra han de potenciar y proteger también el interés particular; han

33 DEJUÁN ASENJO (Óscar) destaca en relación con el interés general en la Constitución española la amplitud con la que se contempla, “Se refiere a toda forma de riqueza y es obvio que dicho término ha de ser comprendido tanto en su proyección estática – como en la dinámica, iniciativa y actividad económica. Por otra parte se proyecta sobre todos los agentes económicos, con independencia de su carácter público o privado. Desde el punto de vista jurídico, la referencia al interés general cumple una doble función: legitima la limitación de los derechos y libertades del individuo por los poderes públicos y actúa como un elemento de control de dicho poder limitador”, **La Constitución económica española**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 82.

34 DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), “La constitución económica...”, ob. cit., p. 50.

35 ARAGÓN REYES (Manuel), “Constitución española: economía...”, ob. cit., p. 107.

36 Como dice ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), “la orientación constitucional de la acción de los poderes públicos hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto de la marcha de la economía, que abandone su gobierno a la *mano invisible* del mercado”, **La Constitución económica de 1978. (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)**, **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 24, núm. 71, mayo-agosto 2004, p. 127.



de armonizar ambas caras a través de su objetivo de mejorar la vida de los ciudadanos y de implantar la igualdad material a través, entre otros, de su papel redistributivo.

Ahora bien, la participación del Estado en las relaciones económicas, al amparo de su carácter social y, en general, la reglamentación de la economía desde postulados constitucionales, puede sufrir también limitaciones derivadas de la propia Constitución. Los límites a la intervención del Estado vienen determinados tanto por el modelo económico presente en el texto constitucional como por las normas materiales que el texto contemple, porque la intervención del Estado existe también en la Constitución económica socialista, pero la participación estatal en este caso no encuentra su límite en el reconocimiento y ejercicio de derechos subjetivos y libertades que, de existir, inexcusablemente aquel habría de respetar. Luego, el **Estado social** consagrado en la CEI prevé la participación del Estado en la sociedad, para intentar lograr la igualdad material y, para ello, las CCEEII recogen mecanismos de actuación del poder público que, a su vez, pueden ser limitados por el sistema económico, jurídico y político del texto. Las CCEEII coinciden en consagrar como sistema económico la **economía de mercado** con significativa presencia social³⁷, y con los elementos económicos que la hacen posible, básicamente la **libertad de empresa y la propiedad privada**. La corrección de la **economía de mercado** aspira a evitar una economía de mercado salvaje que nos retornara a los errores del liberalismo. En todo caso, la visión social que prima ahora y prevé la

37 ARAGÓN REYES (Manuel) lo explica claramente: “Que la intensidad de la intervención lícita, de los poderes públicos en la economía, no puede producir la alteración radical (o su desaparición o vaciamiento de contenido) de la economía de mercado como sistema y de la iniciativa privada, o de la libertad de empresa como derecho, de la misma manera que la incidencia, necesaria, de la función social en la delimitación del contenido esencial de los derechos de propiedad no puede hacer desaparecer la propiedad privada como instituto garantizado son, pues los rasgos que identifican el modelo genérico que la Constitución (se refiere a la española) consagra, que se corresponde por lo demás, con el modelo económico de la Unión Europea a la que España pertenece, modelo cuya configuración jurídica, efectuada por el mismo Derecho comunitario, resulta de obligatorio cumplimiento en todos los Estado que componen la Unión”, “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, 25 años de economía de mercado: III Libertad de empresa y relaciones laborales en España, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004, p. 16. De “economía dirigida de mercado o de economía de mercado corregida por la dirección estatal”, para referirse a la CE 1978, habla DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), “Constitución española: economía...”, ob. cit., p. 37.



penetración del poder público en la actividad económica parece subordinar la economía al Estado social.

La CEI aporta una lectura en clave diferente a los instrumentos económicos liberales³⁸, por tanto, no renuncia a ellos, pero sí a su concepción liberal, e introduce, además, elementos novedosos relacionados básicamente con la actuación del Estado en la economía. Así, el mercado se concibe ahora como una garantía institucional, y **la libertad de empresa y la propiedad privada** aparecen configurados como derechos limitados. El primero de ellos sometido al mercado y a sus reglas, pero condicionado ante la posibilidad del Estado de actuar como empresario, y el segundo de ellos fuertemente rebajado en su importancia, y reducido por la función social que ha de cumplir. En cualquier caso, ambos derechos se vertebran como esenciales de un orden económico que respeta la **propiedad privada** y la iniciativa económica, propias del orden liberal, pero que pueden ser corregidos por el Estado, en virtud de la finalidad social, eso sí, sin rebasar los elementos esenciales que permiten reconocerlos como tales. Por tanto, la CEI parte de un modelo económico que defiende **la propiedad privada** y la iniciativa económica, y el mercado como elemento organizador de las relaciones económicas y que admite para garantizar la igualdad real, para perseguirla como finalidad a alcanzar. En realidad, dado que los modelos puros no existen, se trata de encontrar, vía constitucional, el mecanismo que permita mantener la relación entre la actividad económica privada y la eventual actividad pública³⁹, que puede aparecer en tiempos de necesidad para reestablecer el equilibrio roto o ante la necesidad de abordar la protección de un interés general. En la Constitución socialista, esta última deja de ser ocasional para ser absoluta, y en la liberal es más excepcional que reglada. Lo importante es averiguar cuál es la previsión del peso de cada poder en las diferentes constituciones, y en función de la misma se podrán asignar

38 Como indica GARCÍA GUERRERO (José Luis), “se contemplan en esta Constitución Económica Intervencionista los elementos de la liberal, aunque fuertemente debilitados”, “Integración económica y reforma...”, ob. cit., p. 138.

39 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución española...*, ob. cit., p. 91. El autor señala que ambos modelos (se refiere al socialismo colectivista y al sistema de economía de iniciativa privada, la aclaración entre líneas es nuestra), “son casos imaginarios... En los sistemas económicos reales, el sector privado viene obligado a convivir con el sector público y lo que importa, en verdad, es averiguar qué poder prevalece en última instancia y cuál es su grado de predominio”.

los calificativos que aproximen e identifiquen cada texto constitucional con los modelos establecidos.

Como ya adelantábamos líneas atrás, la CEI admite una gran variedad de posibilidades de hacerse efectiva en cada uno de sus elementos, al contrario de la Constitución liberal y la socialista. Pero el carácter gradual de la CEI no es obstáculo para afirmar que posee un contenido característico y enfocado a una finalidad determinada, esto es, prevé el carácter social del Estado y es capaz de superponer el bienestar social por encima de los intereses individuales, en caso de no poder hacerlos compatibles. El sistema será más o menos intervencionista en la medida en que el legislador realice un mayor o menor empleo de las posibilidades interventoras del poder público en la economía, siempre que no llegue a vaciar de contenido el derecho o la institución penetrados, esto es, que no anule de modo absoluto el sistema de **economía de mercado** hasta hacerlo irreconocible. La CEI ofrece el abanico de posibilidades para intervenir más o menos intensamente en la sociedad y en la economía, y las decisiones políticas hacen el resto, pero habrán de mantener el afán transformador propio del tipo de la Constitución y respetar un núcleo intocable, a riesgo, si no se cumplen estas reglas básicas, de devenir en un modelo distinto. Ese poder de intervención de la acción pública en los procesos económicos podrá ser utilizado discrecionalmente por el legislador, con los límites ya señalados, por lo que la extensión o reducción de la presencia del Estado en la economía dependerá de factores varios a sopesar por aquel.

B. La configuración de los elementos económicos esenciales incorporados a la CEI

1. *El mercado y el sistema económico de economía de mercado*

Las relaciones económicas tienen lugar en el mercado, concebido como un espacio libre en el que se encuentran los consumidores y los productores, se realizan las transacciones comerciales y se ajustan los precios dentro del marco que reconoce la Constitución, es decir, es el lugar en el que toman cuerpo de forma individual las decisiones económicas. El mercado aparece asociado a la **economía de mercado**, sistema económico basado fundamentalmente en la **propiedad privada**,



en la libre iniciativa económica y en el mercado⁴⁰. Así pues, “el mercado es la forma de organización de la actividad económica en el sistema de **economía de mercado**”⁴¹.

El mercado ha sido concebido en su naturaleza como una garantía institucional⁴², garantía que ha de considerarse dentro del contexto económico que perfila la CEI. La garantía institucional del mercado otorga a dicha institución un contenido mínimo e inderogable que permite reconocerlo como tal y realizar la función que ha de desempeñar en un orden constitucional determinado. En la **economía de mercado** las relaciones económicas se basan en el intercambio libre de productos a cambio del precio estipulado⁴³. Ahora bien, en la CEI, guiada por un interés social, no necesariamente compartido ni garantizado por el mercado, el legislador podrá actuar para perseguir o restaurar dicha finalidad. La imagen maestra del mercado será el límite que habrán de respetar los poderes públicos en su intervención, esto es, el contenido mínimo del mercado que contempla la libertad económica y la competencia en condiciones de igualdad como sus señas de identidad⁴⁴. La CEI permite un amplio margen de libertad para intervenir en el mercado, dado el pluralismo político principio de la propia Constitución y que oscila desde una intervención más fuerte y severa, hasta una más moderada⁴⁵. En cualquier caso, la acción del legislador podrá modificar la **economía**

40 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), **La libertad...**, ob. cit., p. 67. El autor identifica la expresión economía de mercado con capitalismo de mercado.

41 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), **La libertad...**, ob. cit., p. 127. Siguiendo a DEJUÁN ASENJO (Óscar), la economía mercado se puede sintetizar con la expresión “principio de conformidad con el mercado”, **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 142.

42 La garantía institucional, que es un concepto propio de la doctrina alemana, reconoce la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen de manera escueta o resumida en la Constitución, por tanto, no regulada al detalle. Por ello, la protección que la Constitución da a la garantía institucional proscribire su destrucción, la desnaturalización de su esencia o concepto fundamental, ya que se consideran “Elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional, como ha dicho el Tribunal Constitucional español (STC 32/1981, FJ 3). Ello implica que la garantía institucional no otorga a la institución de la que se predica un contenido concreto e inamovible, sino la conservación de la institución “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar”. GARCÍA GUERRERO (José Luis), **La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales**, Tirant lo Blanch monografías, Valencia 2014, p. 226.

43 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), **La libertad...**, ob. cit., p. 139.

44 ARAGÓN REYES (Manuel), indica que la imagen maestra del mercado “está configurada al menos por tres elementos: la libre iniciativa económica privada, el intercambio y mecanismo privado de los precios, “El contenido esencial del derecho...”, ob. cit., p.16.

45 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), **La libertad...**, ob. cit., p. 139.

de mercado a través de los preceptos concretos de la CEI, pero dicha alteración habrá de respetar el contenido mínimo que se corresponde con la imagen maestra del mercado⁴⁶.

Así las cosas, el mercado, como garantía institucional, aparece ligado a la **economía de mercado** y no a la economía liberal o planificada, y además, puede admitir correcciones sociales en el marco de la CEI. Donde no existe libre iniciativa privada, ni competencia (o su presencia es muy reducida y controlada), ni previsión de intervenir en pro de la sociedad, hay otro modelo de relaciones económicas y otro modelo de Constitución. Respecto de la economía liberal, no se contemplan correcciones públicas en las relaciones económicas ordinarias, esto es, el mercado es un espacio en el que la iniciativa económica privada no aparece limitada (o lo está mínimamente), prima la libertad por encima de la igualdad, y respecto de la economía planificada, todo lo contrario, el mercado, como espacio de relaciones económicas privadas simplemente no existe, pues la planificación centralizada de la actividad económica (en mayor parte) ha dejado irreconocible la imagen maestra del mercado⁴⁷.

Las características esenciales del mercado son la libertad y la competencia⁴⁸, “lo que deber ser el mercado”, en palabras de Cidoncha⁴⁹, y en la CEI, en virtud del carácter social que acepta la capacidad interventora del Estado, pueden modularse con el fin de no llegar a desvirtuar la esencia de las relaciones económicas. De este modo, el Estado puede y debe intervenir cuando la acción de los agentes económicos en el mercado pueda amenazar con distorsionar la libertad o la competencia, pudiendo desfigurar la imagen maestra del mismo. La libertad en las relaciones comerciales y la libre competencia son características que definen el contenido esencial de las relaciones económicas en la **economía de mercado**, es decir, “un estilo de economía donde el poder se encuentra descentralizado y

46 ARAGÓN REYES (Manuel), “El contenido esencial...”, ob. cit., p. 16. CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *ibidem*, p. 139.

47 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad...*, ob. cit., p. 140.

48 ARAGÓN REYES (Manuel), en “El contenido esencial...”, ob. cit., p. 16, señala el autor como elementos mínimos de la imagen maestra del mercado o contenido mínimo “la libre iniciativa económica privada, el intercambio (privado) de los precios y la libre competencia en condiciones de igualdad, citando a CIDONCHA MARTÍN (Antonio), en su obra *La libertad...*”

49 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), tras señalar la imagen maestra del mercado como el intercambio de productos a través del mecanismo privado de los precios, defiende la libertad y la competencia como lo que debe ser la garantía institucional del mercado, *La libertad...*, ob. cit., p. 150.



desconcentrado. Por economía descentralizada ha de entenderse un orden en el que existe pluralidad de sujetos con iniciativa propia, es decir, con autonomía y libertad para tomar decisiones de relevancia económica. Por economía desconcentrada queremos significar la necesidad de que el poder económico se encuentre adecuadamente repartido entre los agentes económicos de manera que ningún de ellos disponga de poder suficiente para imponerse a los demás⁵⁰.

Pese a su esencialidad en la **economía de mercado**, el libre juego entre la oferta y la demanda no garantiza el éxito del mercado en términos de estabilidad en todos los casos, esto es, el respeto a la libertad de iniciativa privada y a la competencia en condiciones de igualdad, pues, la persecución del interés individual (el beneficio del empresario) que se busca acudiendo al mercado, puede alterar el correcto funcionamiento del mismo en un **Estado social** y provocar una distorsión en el juego económico con perjuicio para la perspectiva del interés general y la eliminación de desigualdades injustificadas. Así pues, las relaciones económicas en un **Estado social** no pueden ignorar la cuota social y actuar amenazando el equilibrio entre el beneficio y el reparto equitativo de la riqueza, pretensión de la CEI, tanto con las limitaciones de sus elementos económicos como con las habilitaciones de actuación estatal en defensa del sistema. El mercado no es perfecto y a corregir sus imperfecciones deberá dirigirse la actuación pública, aun con la inseguridad de conseguirlo, lo que en una CEI propia del **Estado social** no puede ser motivo para dejar de intentarlo, puesto que va implícito en sus propios fines. Es al Estado al que le compete crear y mantener las condiciones para sostener la **economía de mercado**. La libertad y la competencia, como reglas específicas del mercado, están protegidas a través de la **libertad de empresa**⁵¹.

Si nos atenemos a la libertad, la **económica de mercado** produce un intercambio libre de productos⁵² que está sujeto a las reglas de las

50 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...*, ob. cit., pág. 142.

51 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), en *La libertad...*, ob. cit. Añade que la libertad y la competencia están protegidas no tanto por la garantía institucional del mercado sino por la garantía de la libertad de empresa, *ibidem*.

52 Como afirma CIDONCHA MARTÍN (Antonio), “no hay mercado sino planificación pública, allí donde no hay libre intercambio de productos, sino imposición pública de las condiciones subjetivas (oferentes y demandantes) y las objetivas (precios y cantidades) del intercambio”, *La libertad...*, ob. cit., p. 139



preferencias o de las necesidades de los consumidores, aunque la libertad se ha manifestado ya en un primer plano a través de la libertad para producir bienes y servicios; es la descentralización del poder económico. La libertad no puede impedir, cuando hablamos de una CEI, la intervención del Estado en el mercado, pues de ser así nos situaríamos en la Constitución del orden liberal. La intervención del poder público en el mercado, es decir, una interferencia en las relaciones económicas será constitucional siempre que dicha actuación no llegue a desvirtuar la propia institución haciéndola irreconocible, lo que ocurriría si la participación del legislador anulara la libertad de los productores y de los consumidores para encontrarse, por someter al mercado a reglas estrictas, por ejemplo, o si se determinaran subjetivamente a los productores o a los consumidores, o si se fijaran los precios, o se establecieran las cantidades de productos a ofertar, o los mismos productos.

La competencia resulta también una cualidad intrínseca a la **economía de mercado**⁵³. La competencia significa que el juego económico pueden practicarlo todos los agentes económicos que estén en condiciones de hacerlo, en libre competencia entre ellos⁵⁴, y en igualdad. Por tanto, la libre competencia entre los sujetos es resultado de la libre iniciativa económica de cada uno de ellos, situación posible en la **economía de mercado**. Ahora bien, que la competencia sea una cualidad intrínseca al mercado no significa que no pueda sufrir alteraciones. Al contrario, la competencia puede resultar lesionada por los agentes económicos que intervienen en el mercado en calidad de empresarios (que, sin embargo, son los más interesados en defenderla), con el fin de obtener una posición ventajosa. De “protección de los poderes públicos frente a los particulares, los empresarios, que son los destinatarios principales de sus normas”, habla Cidoncha⁵⁵. Por tanto, la competencia, para garantizar la **economía de mercado**, ha de ser protegida, y, en su caso, restaurada por el poder público, en el marco

53 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...* ob. cit., p. 146.

54 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 146; CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad...*, ob. cit., p. 146.

55 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad...*, ob. cit., p. 151. El autor explica que plantear la defensa pública de la competencia como garantía institucional del mercado plantea problemas técnico-jurídicos, pues pasa de construirse tradicionalmente frente a los poderes públicos y como límite no como directriz, a todo lo contrario.



de una CEI. Esta intervención del Estado para asegurar y restablecer la libre competencia constituye un elemento propio de la CEI, siempre que dicha intervención persiga mantener al mercado en sus coordenadas esenciales y restaurar la igualdad quebrada.

En suma, la finalidad social propia de la CEI que habilita la participación del Estado se identificaría con la defensa del juego de la competencia y del propio mercado, que perseguiría con ello el interés general, sin anular absolutamente el interés individual buscado por el empresario, que ha de seguir siendo la tónica predominante. La meta de la consecución del interés general es un elemento que diferenciaría la CEI de una eventual Constitución ordoliberal, en la que la competencia eficaz, dentro de la economía social de mercado, sin la modulación y la intervención del Estado social, debería venir dada por el funcionamiento correcto del libre mercado, que no contempla un rol directo del poder público en las relaciones económicas. La actuación pública en defensa de la competencia es una medida tendente a la regulación de la actividad económica en el marco de la CEI. La competencia constituye un elemento sustancial del ejercicio de la **libertad de empresa** y su defensa un instrumento esencial de la CEI.

En definitiva, el mercado tolera un cierto grado de intervención pública en sus elementos esenciales, pero hasta el límite que permita reconocerlo como la imagen maestra en cuyo seno se produce el intercambio libre de productos entre sujetos privados. La anulación de la imagen maestra del mercado, de las relaciones económicas en libre competencia, por tanto de la **economía de mercado**, nos situaría en un contexto de no mercado por exceso de planificación estatal⁵⁶. Una intervención exhaustiva del poder público en el mercado lo eliminaría, pero una **economía de mercado** intervenida no deja por ello de ser capitalista en sus elementos fundamentales, aunque la penetración del poder público le aporte el cariz social necesario para no devenir en un capitalismo ilimitado.

Las relaciones económicas que tienen lugar en la **economía de mercado**, con las reglas de la libertad y de la competencia, no podrían concebirse dentro de esas coordenadas sin el reconocimiento de la **libertad de empresa** y de la **propiedad privada**. La libertad y la competencia en el

56 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad...*, ob. cit., p. 139-140.



mercado están protegidas a través de la **libertad de empresa**⁵⁷, y entroncan con la **propiedad privada**, que permite la tenencia y disposición sobre los medios de producción y la libre iniciativa económica⁵⁸. Ahora bien, la CEI contempla la posibilidad de introducir restricciones al ejercicio de la **libertad de empresa**, por un lado, y de modular la configuración del **derecho de propiedad** por otro⁵⁹. Y dentro de la empresa hay que prestar especial atención a los derechos de los trabajadores en el centro de trabajo, consecuencia de las luchas sociales que acompañan la llegada del Estado social.

Un apunte más sobre el mercado y la exigencia de su unidad⁶⁰. La unidad de mercado constituye una regla general necesaria para el ejercicio ordenado de la actividad económica, a incluir dentro de una CEI donde la intervención estatal en la economía, o el ejercicio constitucional de la libertad de empresa se articularían de diferente manera si se desarrollaran en un mercado fragmentado desde el punto de vista regulatorio. Las condiciones de ejercicio de la actividad económica no pueden depender de factores territoriales o de cualquier índole que pudieran determinar su quiebra. Más allá de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos, es posible contemplar diferencias derivadas de la regulación que establezcan los

57 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad...*, ob. cit., p. 150.

58 Para CIDONCHA MARTÍN (Antonio), señala que la actividad previa al mercado es la decisión de emprender una actividad económica para el mercado y esta decisión implica dos tareas: “producir bienes o servicios y lanzarlos al mercado”. Las dos tareas señaladas se conectan por medio del “libre acceso al mercado”, es decir, “la garantía de un espacio de libertad de acceso al mercado forma parte indistintamente de las garantías del mercado y de la iniciativa económica privada”, *La libertad...*, ob. cit., p. 145.

59 Como reconoce ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), estos dos derechos han sido sometidos a transformaciones en los últimos cien años que les han hecho perder su carácter sagrado e inviolable con el que nacieron en el primer liberalismo, “transformaciones que presentan como hilo conductor la progresiva penetración del interés público en el interior de estos derechos que, en su concepción liberal clásica son puramente individuales y excluyentes”, “La Constitución económica de 1978...”, ob. cit., p. 147.

60 RUBIO LLORENTE (Francisco), “La libertad de empresa en la Constitución”, *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, (coord.) Iglesias Prada, J. L., Civitas, Madrid, 1996, pp. 444 y ss.; DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás, *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 7 y ss., resume en dos rasgos esenciales el mercado único: “Un espacio donde se encuentran garantizados la libre circulación de personas y bienes y un espacio donde las condiciones de ejercicio de la actividad económica, al menos las condiciones básicas o esenciales como la matizado el Tribunal Constitucional (español), son iguales”, p. 8.



diversos ordenamientos implicados, sin que las mismas incurran en todos los casos en una quiebra de la unidad de mercado. En último caso, los Tribunales Constitucionales resolverían la tensión entre el centro y la periferia, valorando las limitaciones que la reglamentación de los ordenamientos descentralizados pudiera representar para la igualdad en el desarrollo de la actividad económica, y por tanto para la regla de la unidad de mercado.

2. *El derecho a la propiedad privada*

La naturaleza jurídica de la propiedad privada y su configuración se han visto fuertemente alteradas en el tránsito del Estafío liberal al Estafío social. Entre los tres modelos de constituciones, la propiedad privada es el elemento que más transformaciones ha experimentado⁶¹. Desde su configuración liberal, considerado casi un derecho sagrado e inviolable, protegido frente a los abusos del Estado o frente a cualquier restricción por ilegal, se ha transformado ahora, bajo el paradigma del **Estado social** en un derecho constitucional, desposeído de su naturaleza fundamental⁶²

61 REY MARTÍNEZ (Fernando), **La propiedad privada en la Constitución española**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. El autor diferencia entre la concepción liberal individualista de la propiedad y la concepción socializante o colectivizante que coincidiría con la idea de propiedad que recogen los textos constitucionales tras la Constitución de Weimar y que subordina la propiedad privada a la función social que ha decumplir, pp. 11 y ss. y 89 y ss.

62 Sin ser este el lugar para traer el debate sobre el carácter fundamental o no del derecho de propiedad, podemos señalar la división de la doctrina al respecto, que aunque referida al carácter del derecho de propiedad en el art. 33 CE, puede ser extrapolable a la construcción del derecho en las constituciones de carácter social. Considerada como un derecho rebajado en su categoría de derecho fundamental a derecho constitucional: GARCÍA GUERRERO (José Luis), "Las integraciones económicas supraestatales...", ob. cit., p. 553; PARADA VÁZQUEZ (Juan Ramón), "El artículo 33 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria", **Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría**, tomo II De los Derechos y Libertades fundamentales, pp. 1271 y ss. Para LEGUINA VILLA (Jesús), el derecho a la propiedad privada tampoco puede ser considerado como un derecho fundamental en sentido estricto, "El régimen constitucional de la propiedad privada", **Derecho Privado y Constitución**, núm. 3, mayo- agosto 1994, p. 10. Sobre la consideración del derecho de propiedad como derecho fundamental se puede ver REY MARTÍNEZ (Fernando), **La propiedad privada...**, ob. cit., p. 121 y ss. LÓPEZ QUETGLÁS (Francisco), *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*, **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, XXXIX (2006) pp. 341 y 342; GARCÍA COSTA (José Manuel), considera al derecho de propiedad como un derecho fundamental, "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", **Criterio Jurídico**, núm. 7, 2007, p. 288; también para REQUEJO PAGÉS (Juan Luis), el derecho de propiedad privada es un derecho fundamental, "La propiedad privada en la jurisprudencia



y considerablemente rebajado en cuanto a su significado. En la CEI es un derecho que se ve condicionado por la función social que ha de cumplir junto a las facultades de disfrute que le corresponden como derecho subjetivo. La regulación del **derecho de propiedad** en las CCEEII consagra al mismo nivel, tanto los elementos de uso y disfrute sobre los bienes en que ahora se proyecta el **derecho de propiedad**, como la función social perseguida por el **Estado social** y por el propio derecho. Así, la función social actúa, no como mero límite externo al derecho, sino como parte integrante del mismo. En coherencia con esta visión social que ha adquirido la propiedad, las constituciones contemplan y prevén la posibilidad de expropiar⁶³ un bien de propiedad privada en defensa de un interés general (propio de la naturaleza del Estado social que venimos señalando). El interés general se vería perjudicado o desaparecería si conserváramos el derecho como una categoría intocable, tal y como se recogía en su versión liberal más pura.

El **derecho a la propiedad privada** en las constituciones sociales aparece privado de su carácter abstracto propio del contexto liberal, y pasa a ser considerado como una pluralidad de figuras afectadas por la función social que está implícita en la finalidad del **Estado social**, y que son reconducibles todas ellas al enunciado general del derecho de propiedad, gozando, bajo esta generalidad, de una regulación diversa. Por ello, al amparo del derecho de propiedad se reconocen diversos títulos de propiedad que disfrutan de un status jurídico diferente. El debilitamiento que sufre el **derecho a la propiedad privada** no impide considerarlo, tal y como aparece diseñado en las CCEEII, como “la institución básica del sistema de **economía de mercado**, soporte y fundamento último de la llamada “Constitución económica”, en cuya virtud se asegura a los particulares la apropiación y el disfrute privado de los bienes”⁶⁴. El derecho a la propiedad

del Tribunal Constitucional”, *Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Lisboa, 2009, p. 1.

63 La expropiación forzosa constituye un sistema de garantías del derecho de propiedad (garantías legales, económicas y procedimentales) dirigido a asegurar el derecho a la propiedad de los bienes privados frente a la intervención del poder público justificada constitucionalmente para satisfacer un interés general.

64 LEGUINA VILLA (Jesús), “El régimen constitucional...”, ob. cit., p. 11. Aunque esa centralidad en el sistema económico constitucional español, trasladable a la regulación que la propiedad hacen



privada sigue dando respuesta a la pregunta acerca de quién dispone de los bienes y quién decide sobre ellos en la **economía de mercado**⁶⁵, pero admite excepciones, siempre ajustadas a la legalidad, como consecuencia de la exigencia del cumplimiento de un interés de conjunto. La consagración, al mismo nivel del derecho, de la función social, supondrá que la limitación de esta última sobre aquel no podrá constituir por sí misma una vulneración del derecho.

Así pues, bajo la fórmula de la Constitución propia del **Estado social**, como ya hemos señalado, la propiedad sobre los bienes pasa a ser considerada como una multiplicidad de figuras reconducibles todas ellas al enunciado del **derecho de propiedad**, lo que no es obstáculo para que puedan sufrir una afectación en su disfrute como resultado de la prevalencia de la función social por la que el Estado ha de velar. La consecuencia de dicha proyección de la propiedad en múltiples figuras repercute en el significado de la función social que cada tipo de bienes ha de observar, que será diferente en cada caso. Por ello no tiene sentido una regulación abstracta y general de la propiedad, sino diferentes regulaciones que el legislador ordinario puede concebir y que concretan la función social para las distintas clases de bienes. La actuación del legislador ha de intentar compatibilizar los intereses individuales y colectivos que confluyen en dicho bien⁶⁶. La propiedad es un derecho estatutario y modificable⁶⁷, altamente maleable en virtud de la función social a la que todo bien puede estar abocado y del contexto histórico, lo cual no impide reconocerle un contenido concreto centrado en los elementos de uso y disfrute sobre cada bien⁶⁸.

las constituciones intervencionistas de nuestro entorno, no es obstáculo para reconocer, como dice el propio autor que “es un derecho subjetivo que puede ser sacrificado en cualquier momento se asó lo exige la utilidad o el interés social...”. En el mismo sentido, ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), “Criterios constitucionales...”, ob. cit., p. 88. CIDONCHA MARTÍN (Antonio), **La libertad...**, ob. cit., p. 209.

65 DEJUÁN ASENJO (Óscar), **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 169.

66 DEJUÁN ASENJO (Óscar), **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 174.

67 REY MARTÍNEZ (Fernando), **La propiedad privada...**, ob. cit., p. 119, “derecho estatutario, dice el autor, que depende de la consideración que en cada momento histórico asuma el legislador” (citando una STS de 18 de junio de 1979).

68 Como señala GARCÍA COSTA (Francisco Manuel), “El derecho de propiedad ha recibido múltiples y variadas realizaciones en cada lugar y momento histórico evidenciándose, así, su condición convencional y su historicidad, características ambas que no pueden ser entendidas en el sentido de negar la existencia de un contenido esencial del derecho de propiedad en toda época y lugar”, **El derecho de propiedad...**, ob. cit., p. 282.

Por tanto, el **derecho de propiedad** en la CEI contempla al mismo nivel la función social que el derecho está llamado a cumplir y las múltiples versiones de la propiedad que pueden encontrarse en cada bien, definibles por el legislador. En consecuencia, este último tendrá en su mano la concreción del derecho de propiedad en cada uno de los diferentes bienes, para lo que, además, puede encontrar distintas previsiones en la CEI⁶⁹. El pluralismo de la CEI se manifiesta en la diversidad de opciones del legislador a la hora de ordenar el **derecho de propiedad**, que habrá de dar respuesta a las necesidades sociales del momento, con el respeto al contenido que se desprenda de su regulación constitucional⁷⁰. El legislador habrá de lograr “una síntesis suficiente de la utilidad individual y de la utilidad social”⁷¹, lo que se puede traducir en un respeto al contenido esencial del **derecho de propiedad**, que resultará infranqueable, de manera que el derecho subjetivo no quede irreconocible y permita a su titular la satisfacción de los intereses perseguidos por dicha categoría jurídica. Aunque en dicha limitación, ciertamente, las previsiones constitucionales explícitas introducen una mayor objetividad en la actividad de legislador, sujeta en todo caso a dosis de discrecionalidad. El control último corresponderá a los Tribunales Constitucionales, órganos que decidirán si las opciones legislativas reguladoras de la función social que actúan como limitadoras del **derecho de propiedad** han traspasado dicha barrera⁷².

69 Como por ejemplo en la Constitución española de 1978, donde el elenco de “Principios rectores de la política social y económica constituye “las cláusulas de concreción más intensas de la función social”, tal y como refiere BASSOLS COMA (Martín), **Constitución y sistema...**, ob. cit., p. 123. El autor cita expresamente “la utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2), conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico-cultural y artístico (art. 46), utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47), defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los consumidores (art. 57.1).” Los principios rectores pueden actuar de límites precisos al derecho de propiedad sobre diferentes categorías de bienes y títulos de propiedad, tal y como indica ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), quien, pese a ello, reconoce igualmente que los principios rectores de la política social y económica presentan tal grado de abstracción que difícilmente se puede extraer de ellos una regla directamente aplicable, “La Constitución económica de...”, ob. cit., p. 145.

70 REY MARTÍNEZ (Fernando), como señala el autor “la determinación del derecho de su contenido (se refiere al derecho de propiedad) en parte se consagra en la propia Constitución (...) y en parte se remite a la obra del legislador”, “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, **Derecho Privado y Constitución**, núm. 3, mayo-agosto, 1994, p. 196.

71 REY MARTÍNEZ (Fernando), *ibidem*, p. 195.

72 Y como acertadamente señala DEJUÁN ASENJO (Óscar), “los intereses de las generaciones venideras habrán de ser tenidos en cuenta igualmente, pues también para ellos se pensó la norma constitucional”, **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 152.



El concepto de propiedad aparece construido con formato diferente según el modelo de Constitución que lo incorpore⁷³.

3. *El derecho a la libertad de empresa*

El **derecho a la libertad de empresa** constituye un elemento fundamental de las relaciones económicas en el marco de la **economía de mercado**⁷⁴, fuertemente conectado con el derecho de propiedad privada, con el derecho de libertad y con los derechos de los trabajadores en la empresa⁷⁵. La CEI, como marco de relaciones propio del **Estado social** desde el punto de vista económico, contiene previsiones que puedan limitar el ejercicio de la **libertad de empresa**, debilitando el contenido del derecho⁷⁶. Dichas restricciones están motivadas por el cumplimiento de la función social por la que aquel ha de velar, proyectada ahora en la existencia de otros intereses como la economía general, el interés general o la productividad. En cualquier caso, tal intervención, al amparo del

73 Como reconoce GARCÍA COSTA (Francisco Manuel), el derecho de propiedad debe ser analizado, ante todo y sobre todo desde la Constitución, “El derecho de propiedad...”, ob. cit., p. 282. Así pues la Constitución liberal contemplaba la propiedad con carácter absoluto y la dotaba de una protección difícilmente alterable por el Estado, de manera que las posibilidades de uso, disfrute, consumo y disposición eran prácticamente ilimitadas; la Constitución socialista niega la existencia de la propiedad privada y consagra la propiedad colectiva como pilar fundamental de la organización política y económica, mientras que la CEI reconoce la propiedad privada, pero modulándola por la plasmación al mismo nivel de la función social que permitiría una intervención en el derecho y una reducción del mismo.

74 Ya lo afirma ARAGÓN REYES (Manuel), “en ese marco, el de la economía de mercado, se desenvuelve la libertad de empresa. Una y otra figura están, como se decía más atrás, íntimamente relacionadas...”, “El contenido esencial...”, ob. cit., p. 17. Para DEJUÁN ASENJO (Óscar), “la libertad de empresa no llena todo el contenido de un economía de mercado, ni siquiera es la parte más valiosa, (...), pero sí es un elemento esencial e ineludible de la ordenación económica constitucional”, **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 152-153.

75 No entramos en estas páginas en el debate acerca de su consideración o no como derecho fundamental que se ha planteado por ejemplo en la doctrina española. Vid. ARAGÓN REYES (Manuel), para quién sin duda es un derecho fundamental, **Libertades económicas...**, ob. cit., p. 15 y ss.: “El contenido esencial...”, ob. cit., p. 1 y ss.; CIDONCHA MARTÍN (Antonio), **La libertad...**, ob. cit., p. 175 y ss., que la cataloga de derecho fundamental subjetivo y no de garantía institucional, de derecho de libertad, lo clasifica este autor, ob. cit., p. 204 y ss.

76 El derecho a la libertad de empresa muestra el mismo debilitamiento que el derecho de propiedad, pero en los países integrados en la Unión Europea esa debilidad constitucional se compensa por su reforzamiento en el plano comunitario europeo, del que no disfruta el derecho de propiedad, tal y como señala, ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), “Criterios constitucionales...”, ob. cit., p. 89.



Estado social, no podría dejar irreconocible la **libertad de empresa** en el marco de la **economía de mercado**, al igual que el **Estado social** no puede verse impedido en sus pretensiones sociales por la libertad de empresa⁷⁷. La proclamación de la **economía de mercado**, como organización de las relaciones económicas en el tipo de economía propia del **Estado social**, esto es, potencialmente intervenida por la persecución de otros intereses, tiende a acaparar más protagonismo que el derecho a la **libertad de empresa**, por lo que el todo podrá limitar a una de sus partes, aunque esta sea fundamental⁷⁸, pero sin dañarla de modo irreparable y absoluto. A mayor abundamiento, para garantizar las relaciones económicas basadas en la libertad y en la competencia, la CEI prevé la actuación del Estado en dos escenarios, por una parte habrá de garantizar las condiciones para que la **libertad de empresa** pueda ejercitarse libremente por parte de los sujetos individuales y por otra parte, podrá intervenir empresas cuando dicha intromisión sea consecuente con la persecución del interés general, o actuar como empresario público en el mercado⁷⁹, lo que afectará al ejercicio individual del derecho. Tales actuaciones estatales podrían carecer de justificación constitucional si dejaran irreconocible el contenido mínimo del mismo, cuestión en ocasiones difícil de resolver.

El contenido del derecho a la **libertad de empresa**⁸⁰ contempla el conjunto de facultades que permitan al sujeto empresario decidir la creación de una empresa, continuar y, final y eventualmente, desistir en el desarrollo de la actividad empresarial⁸¹. Por eso, el contenido de dicho derecho debe

77 DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), “La constitución económica...”, ob. cit., p. 33.

78 Como dice BASSOLS COMA (Manuel), “la economía de mercado está destinada a tener un protagonismo más relevante que el propio contenido, la libertad de empresa”, *Constitución y sistema...*, ob. cit., p. 133.

79 PAZ-ARES RODRÍGUEZ (Cándido) y ALFARO ÁGUILIA REAL (Jesús), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Wolters Kluwer, Dir. Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Toledo, 2009, p. 987.

80 Contenido esencial que es diferente de la imagen maestra del mercado, tal y como remarca ARAGÓN REYES (Manuel), “... una cosa es el contenido esencial de la libertad de empresa y otra la imagen maestra del mercado como garantía constitucional...”, pues se introduce en el contenido de la libertad de empresa una característica, la igualdad, que al margen de su vigencia para todos los derechos, es más propia del contenido básico del mercado (libre competencia en condiciones de igualdad), *El contenido esencial del derecho constitucional...*, ob. cit., p. 17.

81 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), contempla tres momentos de la libertad de empresa: inicio, ejercicio y cese, a los que atribuye los siguientes elementos integrantes del contenido esencial: res-



situarse en los contornos de la libertad⁸², esto es, contempla la iniciativa privada empresarial⁸³, lo que también incluye el derecho a mantener y a continuar la actividad empresarial en libertad o dejar de hacerlo. La libertad del empresario para crear una empresa en abstracto lleva aparejada otra serie de libertades concretas, como la capacidad de decidir los objetivos de la actividad, y la dirección y planificación de dicha actividad atendiendo a los recursos y a las condiciones del mercado, con las limitaciones ya señaladas relativas a la ordenación del mercado y a las condiciones de la economía general. La libertad en el ejercicio de la **libertad de empresa** no puede impedir que las diferentes actividades a desarrollar puedan estar sometidas a reglamentaciones públicas, con la finalidad, dentro de la CEI, en última instancia, de mantener las condiciones de la **economía de mercado** o en su caso restablecerlas si han sido alteradas.

Sentado un contenido material básico de la **libertad de empresa**, fundamentado en la libertad y en la competencia, la CEI puede contemplar la intervención del Estado en el ejercicio del derecho, siempre que con ella no se produzca un ataque injustificado contra aquella, lo que

pecto del inicio: “el derecho a la no prohibición injustificada de iniciar actividades empresariales, la libertad de iniciar actividades empresariales, el derecho a no ser obligado a iniciar una actividad empresarial; respecto del ejercicio, derecho a sostener en libertad al actividad empresarial, autonomía de planificación y organización, libertad de contratación y derecho al beneficio y en cuanto al cese: el derecho de cesar en la actividad empresarial y el derecho a no ser obligado a continuar una actividad empresarial, **La libertad...**, ob. cit., p. 314, contenidos que aparecen matizados por ARAGÓN REYES (Manuel), en lo que respecta a la libertad de contratación y al derecho al beneficio, “El contenido esencial...”, ob. cit., p. 34. GOIG MARTÍNEZ (Juan Manuel), incluye el derecho a la propiedad de los medios de producción y libertad para la adquisición de bienes y servicios que sean necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial, entre otros, La libertad de empresa, **Comentario a la Constitución española de 1978**, Ed., Edersa (dir.) ALZAGA VILLAMIL (Óscar), Madrid, 1996, p. 739. Para DEJUÁN ASENJO (Óscar), se incluyen, además, la libertad de inversión, la libertad de organización y la libertad de contratación, **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 48 y ss.

82 No se trata de una libertad condicionada, sino que se trata, “por así decirlo, de una libertad absoluta (el mínimo completamente irreductible de esa libertad que prevalece frente a cualquier otro valor, sencillamente porque si ese mínimo no se preservara la libertad literalmente desaparecería)”, ARAGÓN REYES (Manuel), **Libertades económicas y Estado social**, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 20. DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), señala que el contenido esencial de la libertad de empresa, independientemente de sus limitaciones posteriores descansa en ser una libertad de carácter general y por tanto solamente puede ser reconocible cuando la regla general sea la libertad de empresa, “La constitución económica...”, ob. cit., p. 35.

83 ARAGÓN REYES (Manuel), “El contenido esencial...”, lo que engarza la libertad de empresa con otros derechos y libertades, como la propiedad privada, asociación, libre elección de profesión u oficio, etc., (se refiere a la Constitución española, pero la explicación se puede adaptar a otros textos fundamentales, ob. cit., p. 18.



nos conduce a la dificultad para señalar los límites de la intervención pública, en especial cuando esta se produce de modo intenso, compartiendo, con Aragón Reyes, la necesidad de matizar el reducto mínimo de libertad⁸⁴. Así pues, la **libertad de empresa** será garantizada por el poder público en cuanto su ejercicio no atente, por ejemplo, contra “la productividad, las exigencias de la economía general y la planificación”⁸⁵. Por otro lado, la intervención pública de modo pautado y habitual en la ordenación de la **libertad de empresa** puede llevar al legislador, no solo al establecimiento de requisitos y regulaciones para el inicio y el desarrollo de la actividad empresarial, sino también a la actuación tendente a incentivar determinadas actividades empresariales con el objetivo de orientar la iniciativa privada en una dirección, ya previamente diseñada, lo que en definitiva supone una modulación de la **libertad de empresa** en su fase más embrionaria.

C. La intervención del Estado en la economía en la CEI

La CEI recoge las condiciones de actuación de los agentes económicos en la economía a través de unas coordenadas determinadas. Por medio del reconocimiento de la **libertad de empresa** y de la **propiedad privada**, los sujetos privados intervienen en el mercado para realizar las transacciones económicas, que pueden resultar modificadas en atención a la finalidad social que dicha Constitución ha de cumplir y al interés general que ha de guiar la actuación del poder público cuando limite dichos derechos.

84 ARAGÓN REYES (Manuel), propone matizar el reducto mínimo de libertad, mínimo pero absoluto, es decir, concretar “aún más ese reducto mínimo de libertad que constituiría el contenido esencial de la libertad de empresa, incluyendo, por otra parte, además de los momentos de acceso y abandono, la situación del ejercicio de la actividad. En cuanto al abandono, también ese reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía de dirección de su empresa, autonomía sin la cual no sería empresa privada, sino empresa pública”. Como sigue diciendo Aragón, apuntalar la libertad como elemento absoluto de la libertad de empresa no significa que se desprece la igualdad, que forma parte de todo derecho, sino que “por su íntima conexión con el mercado, además de en la igualdad, el contenido esencial del derecho de libertad de empresa se sustenta, ineludiblemente, en la libertad”, El contenido esencial..., ob. cit., p. 33; **Libertades económicas...**, ob. cit., p. 33.

85 GARCÍA GUERRERO (José Luis), **La publicidad...**, ob. cit., p. 229. Límites que se encuentran en el art. 38 CE.



Precisamente, el interés general es la razón principal que legitima la intervención del Estado en la economía, en un Estado con un fuerte componente social. Aunque el interés general no deja de ser una decisión sometida al pluralismo político, y por tanto variable. La intervención del poder público en la economía puede presentar diferentes formas⁸⁶ y la mayoría de las actuaciones implican una limitación al ejercicio de la **libertad de empresa** y del **derecho de propiedad** por parte de los sujetos individuales.

1. *La iniciativa pública empresarial*

La característica más relevante de la CEI en esta materia es la previsión de la eventual participación del Estado en las relaciones económicas asumiendo el papel de empresario, esto es, tomando la iniciativa empresarial bajo la fórmula constitucional del reconocimiento de la iniciativa pública en la economía. El Estado es un agente económico más que interviene en el mercado y enriquece con ello el ejercicio de la libertad de empresa⁸⁷. Con la asunción del papel de empresario por parte estatal, el poder público tiene acceso a los elementos propios del contenido del derecho, lo que sitúa al empresario público a un nivel paritario con el empresario privado. La empresa pública recupera la libertad de actuación y autonomía que la Constitución liberal le había negado. La previsión de la intervención del Estado de modo genérico en las relaciones económicas que contempla la CEI rompe con el principio de subsidiariedad propio de las constituciones liberales, así como con el mandato exclusivo y excluyente de actuación contenido en las constituciones socialistas⁸⁸.

86 ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), “Criterios constitucionales de la intervención...”, ob. cit., pp.84 y 85. Además de las actuaciones concretas que permiten una intervención directa del poder público en la economía, podemos señalar que, de modo implícito, el Estado puede participar en los procesos económicos a través de los principios finalistas que una CEI contiene, que pueden ser mandatos de actuación; en segundo lugar a través de habilitaciones, que pueden incluir una participación más concreta pero no obligatoria, o bien una intervención indirecta del poder público; y por medio, en tercer lugar, de los derechos fundamentales reconocidos.

87 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 192.

88 En las constituciones liberales la autosuficiencia de los poderes individuales limitaba la participación del Estado a espacios limitados, aquellos a los que la iniciativa privada no podía llegar. Por su parte, en las constituciones socialistas la participación del Estado- empresario elimina la iniciativa privada prácticamente a la nada. Allí donde esta última permanece está fuertemente controlada por el Estado que dirige, coordina y planifica.



La actividad pública empresarial se desvincula de la regla de la subsidiariedad, por lo que en principio la empresa pública no parece tener límites materiales y desde luego va más allá de la reserva de recursos y servicios esenciales, por lo que reducirla al sector abandonado por la iniciativa privada no encuentra en la CEI razón de ser exclusiva, aunque esta última la orienta hacia un interés general, diferente del interés particular que ya queda suficientemente reconocido a través de la libertad de empresa⁸⁹. En efecto, en un sistema que prioriza la propiedad privada y al empresario individual, el Estado ha de asumir un papel corrector, que es propio de una CEI. Como afirma De Juan, “por imperativos económicos y sociales la empresa pública se verá obligada a responsabilizarse de ciertos sectores repudiados por la iniciativa privada e intervenir en áreas inmersas en crisis coyunturales o estructurales”, por lo que, “podrá combatir el poder monopolista de algunas empresas privadas (nacionales o multinacionales e impulsar el desarrollo económico equilibrado”⁹⁰. Ello nos conduce a aceptar la regla de la subsidiariedad como una posibilidad de actuación del poder público en la CEI, pero obviamente no como título habilitante exclusivo, pues, la compatibilidad con la iniciativa privada nos lleva a admitir tanto la intervención subsidiaria del poder público como la intervención que no tiene tal carácter, precisamente en régimen de concurrencia con el sector privado, ya que esta constituye la esencia de la iniciativa pública estatal en una CEI. Así pues, en una CEI los motivos de intervención del poder público en la economía van más allá de la ausencia de actuación de la iniciativa privada, superada la subsidiariedad, y pueden incorporar razones o justificaciones más amplias, como la intervención en sectores básicos de la economía, o la persecución de un interés diferente de los beneficios o intereses buscados por los sujetos individuales, o incluso la actividad pública con el fin de obtener beneficios económicos como fuente de ingresos estatal⁹¹.

89 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), señala que la exigencia de un interés general para justificar la creación de empresas públicas –que obviamente no procede para la creación de empresas privadas– no implica que la iniciativa económica privada deba ser la regla general y la iniciativa pública la excepción. Implica tan solo que una y otra se apoyan en títulos jurídicos diferentes, no homologables...”, *La libertad de...*, ob. cit., p. 244.

90 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 190.

91 Tal y como señala DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), al recordar que la intervención del poder público no se justifica solamente por motivos de subsidiariedad, sino también “por razones de carácter



Ahora bien, la CEI que refleja el tránsito del “principio de subsidiariedad al principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la privada, por lo que levanta el tope a la actuación del Estado que implica aquél”⁹² acaba imponiéndole a este último las normas de la economía de mercado, básicamente la igualdad en las condiciones de ejercicio de la actividad económica por parte del poder público. En definitiva, las reglas de la competencia en condiciones de igualdad propias de la **economía de mercado**, y por ende esta última, son las condiciones a respetar en la actividad pública empresarial y su presencia permitiría reconocer la imagen maestra del sistema, que no podrá en ningún caso ignorarse, incluso cuando uno de los agentes económicos sea el Estado. La situación de libre competencia cuando del Estado-empresario se trata es difícil de mantener, por lo que habrá que incidir en los controles sobre la actuación pública empresarial, con el fin de no hacer valer los privilegios de que pueda disfrutar por razones obvias⁹³. Una última apreciación, seña de identidad de la CEI, las infinitas posibilidades de intervención del poder público en la economía como empresario no constituyen exigencias jurídicas, por lo que la transformación del Estado en empresario público es una opción política, al igual que la decisión acerca del sector en el que intervenir, el cómo, el cuándo y el tiempo de dicha participación, disfrutando de la misma libertad que el empresario individual en relación con los elementos incluidos en la libertad de empresa. Tan solo el interés general es la finalidad que ha de sustentar a la empresa pública, título habilitante suficiente⁹⁴.

estratégico... por razones que tiene que ver con la promoción de determinadas zonas desfavorecidas, e incluso por razón de una actividad privada débil, inestable y con tendencia al monopolio”, **Corporaciones locales y actividad económica**, Diputació de Barcelona, Marcia Pons, Barcelona, 1999, pp. 68 y ss.

92 Como afirma DEJUÁN ASENJO (Óscar), disciplina bastante más rigurosa, la de “conformidad con el mercado, la más relevante de todas es el compromiso de acatar las reglas del juego competitivo configuradoras de una economía de mercado”, por lo que no puede deducirse de ello que los poderes públicos disfruten de una mayor discrecionalidad para la intervención a través de la empresa pública, **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 191.

93 DEJUÁN ASENJO (Óscar), **La Constitución económica...**, ob. cit., p. 192.

94 DEJUÁN ASENJO (Óscar), **La Constitución económica...**, ob. cit., pp. 98 y 99.



2. *La reserva al Estado de recursos y servicios esenciales*

Las CCEEII contemplan la reserva para el Estado de recursos y servicios esenciales, servicios públicos esenciales, o fuentes de energía, lo que supone la extracción de determinadas actividades o ámbitos de actuación de la iniciativa privada y de la **libertad de empresa**, para quedar atribuidas a la titularidad estatal. De modo general se puede afirmar que la reserva al Estado no tiene por qué ser totalizadora, pues en ese caso podríamos estar más próximos a los postulados socialistas. Por ello cabe prever una compatibilidad de la reserva al Estado con la gestión o con la técnica de las concesiones a particulares⁹⁵. Por otro lado, la alusión a servicios y recursos esenciales representa un límite a las posibilidades de sustracción de la iniciativa privada, pues la intervención pública habrá de circunscribirse a lo que tenga la consideración de esencial. La consideración de esencial puede referirse a la “necesidad social de dicha actividad”⁹⁶, o a una “prestación vital o necesaria para la vida de una comunidad”⁹⁷. Será el legislador ordinario el que habrá de valorar el carácter vital del servicio o recurso para proceder a su reserva, aunque, para evitar que semejante consideración se emplee de forma abusiva, será necesario objetivar y precisar de la mejor manera dicho atributo, lo que no resulta fácil, tratándose de un concepto jurídico indeterminado⁹⁸. Por tanto, el carácter esencial es determinante, pues, extramuros de dicha consideración, la reserva podría provocar una vulneración de la **libertad de empresa** en sus elementos principales y lesionar con ello la **economía de mercado** en aspectos tan fundamentales que podría devenir irreconocible. La esencialidad también puede quedar orientada por el

95 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad...*, ob. cit., p. 337; DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), “La constitución económica...”, ob. cit., p. 65.

96 DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), “La constitución económica...”, ob. cit., p. 70.

97 Por ejemplo, tal y como indicaba la STC de 17 de julio de 1981, en relación con las actividades industriales y mercantiles.

98 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 198. Por ejemplo, señala De Juan que “... la esencialidad ha de provenir de la naturaleza y/o funciones del bien en cuestión y no de las circunstancias accidentales que en una coyuntura dada puede presentar. La sanidad, la producción de armamento y la distribución de energía eléctrica...son susceptibles de reserva pública... por el contrario, la producción de tabaco, la construcción de barcos y otros miles de ejemplo no son en sí mismos recursos esenciales, ni pasarán a serlo por la mera concurrencia de circunstancias que reclamen una intervención pública de urgencia”.



interés general, cuando el poder público advierta que la explotación de un servicio en manos privadas menoscaba dicho interés, y su traspaso al sector público con el calificativo de esencial revertiría en una mejora para aquel⁹⁹. Pese a la exigencia de precisar al máximo el sentido de esencialidad de un recurso o servicio, nada impide que pueda determinarse atendiendo a razonamientos lógicos y valorando el momento histórico social concreto¹⁰⁰, lo que nos conduce a aceptar que, determinadas circunstancias coyunturales pueden atribuir a un bien o servicio el carácter de esencial, del que en otras condiciones no disfrutaría y viceversa¹⁰¹. Es decir, la esencialidad de un bien no puede proclamarse con carácter absoluto y por tanto puede ser revisada y revertida. Como regla general y garantista, la reserva de un servicio o recurso esencial habría de regularse en una norma que recoja el interés general como habilitante para la extracción de dicho bien o servicio del tráfico económico privado. La norma estaría sometida al control de los Tribunales Constitucionales, que deberán comprobar que la atribución de esencial a un bien no excede los límites de la **libertad de empresa** y de la **economía de mercado** hasta el extremo de peligrar su existencia.

3. *La planificación estatal*

El **Estado social** actúa como sujeto planificador de la actividad económica, dentro de un concepto de economía general y de interés general que le compete apreciar y diseñar a él como poder público. Tanto el legislador como el ejecutivo están en disposición legislativa de abordar la planificación y quizá con mayor y mejor eficacia el ejecutivo. Con la planificación, el Estado fija objetivos de política macroeconómica, actúa con criterio racionalizador en el mercado y en la actividad económica, persiguiendo con ello un desarrollo equilibrado de los procesos económicos.

99 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 195.

100 Tal y como señala CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad de empresa...*, ob. cit., p. 340.

101 DEJUÁN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 199. Señala el autor que "...un cambio sobrevenido en las circunstancias económicas o sociales puede conferir la cualidad de esencial a un bien que hasta entonces no lo era (por supuesto la mutación puede verificarse en sentido contrario), *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 199.



En ese concepto amplio de planificación, todo poder público ejerce las funciones de planificador en mayor o menor grado, pues desarrolla facetas de orientador, de coordinador y en caso de exigencia, puede redirigir la actividad pública de forma consciente. La planificación, por tanto, resulta una actividad consustancial al poder público que decide intervenir en los procesos económicos, del mismo modo que el empresario privado somete su actividad empresarial a un mínimo de planificación con el fin de orientar y ordenar su producción. La planificación va unida a la actividad económica, aunque los objetivos del poder público y del empresario privado difieren claramente.

La planificación de la económica aparece fuertemente identificada, en su versión más rígida, con la Constitución económica socialista, por contemplar, esta última, la intervención pública en la economía con un relevante y excluyente papel decisor y director frente a la libertad económica, al contrario que la Constitución liberal, donde la inhibición del Estado se manifiesta desde un principio en la ausencia de organización y previsión a través de la planificación. Frente a estas constituciones, la planificación en una CEI no consiste en una cualidad ocasional atribuida al poder público, sino en una acción pautaada y habitual donde la cuestión a concretar es su alcance y el modelo, no la planificación en sí, que es otra señal de identidad de este modelo de Constitución, aunque, como todas las vistas, no constituye una obligación sino una posibilidad a valorar por el poder estatal. Siguiendo a Cidoncha¹⁰², podemos hablar de planificación dirigida solamente al sector público y obligatoria para las empresas públicas, en primer lugar, planificación indicativa, en segundo lugar, si tiene como objetivo incentivar la actividad económica privada pero no resulta obligatoria, y por último, planificación vinculante también para este sector, suplantando la iniciativa privada y limitando de modo más severo **la libertad de empresa y la economía de mercado.**

La planificación más severa y los resultados de la misma van ligados, de modo parcial, al fracaso de los sistemas de economía socialista¹⁰³. En

102 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad de empresa...*, ob. cit., p. 342.

103 BASSOLS COMA (Martín), relata y analiza la evolución de la planificación en las economías socialistas y también la evolución de la planificación en los países occidentales, "La planificación de la actividad económica general", *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (Dir.) ALZAGA VILLAMIL (Óscar), tomo X, Edersa, pp. 145 y ss.



la CEI, la planificación constituye un arma del poder público para realizar una ordenación racional de la economía y se puede admitir la planificación indicativa. Mayores problemas plantearía una planificación vinculante para el sector privado, pues podría afectar de manera principal a la libertad de empresa, haciéndola irreconocible. El escenario de la CEI es el que consigue compatibilizar la planificación estatal de conjunto, global, con la libertad de empresa. Con la planificación general, el poder público sigue vinculado a la persecución del interés general, al logro del equilibrio económico, del desarrollo de los diferentes sectores que construyen el entramado de la economía, etc., pero respetando las líneas esenciales de la **economía de mercado**. Por ello, en la **economía de mercado** la modalidad de planificación indicativa es la que ha acabado imponiéndose, pues, con un modelo de planificación total y vinculante para el sector privado, el mercado podría correr el riesgo de abandonar su naturaleza y convertirse en una institución más propia de una economía planificada¹⁰⁴. Junto a este modelo de planificación indicativa general, las CCEEII han ido aceptando planificaciones públicas sectoriales, dirigidas a un sector concreto, pero manteniendo igualmente la condición de no vinculantes, pues, de otro modo, **la libertad de empresa** podría resultar tan mermada en sus elementos esenciales que provocaría un quebrantamiento de **la economía de mercado**. De hecho, la planificación en las CCEEII se ha proyectado en planificaciones sectoriales, con medidas de apoyo para impulsar un determinado sector económico, por lo que la planificación sectorial ha acaparado todo el protagonismo¹⁰⁵.

4. *La intervención de empresas*

El Estado puede intervenir empresas, medida de penetración en las relaciones económicas más extrema¹⁰⁶. Se trata de una técnica que no

104 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), **La libertad de empresa...**, ob. cit., p. 344.

105 Especialmente en el ámbito de las economías comunitarias, tal y como revela LÓPEZ GARRIDO (Diego), “la política comunitaria de ayuda a las infraestructuras en el marco de la cohesión económica y social, ha estado centrada sobre el desarrollo regional basado en planes para el mismo de ese ámbito”, *Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica*, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 15, mayo-agosto, 1993, p. 85.

106 Para DEJUÁN ASENJO (Óscar), “la intervención de empresas significa el control directo por los poderes públicos de la gestión empresarial. Ya no se trata de imponer unos condicionamientos previos



afecta a la titularidad de la empresa, sino a su gestión y a su actividad, que queda en manos públicas. Este control público en la toma de decisiones que puede ser parcial, si el Estado participa en la gestión de la empresa, o total, si llegara a sustituir a los órganos de decisión, es la medida necesaria para garantizar el interés general, que es la base jurídica que justifica esta limitación de la **libertad de empresa** en un elemento de su contenido esencial como es la libre capacidad organizativa del empresario¹⁰⁷. Por tratarse de una medida severa de la **libertad de empresa**, la intervención de empresas debería tratarse de una medida temporal, mientras fuera necesaria para asegurar el interés general y siempre que no fuera posible alcanzarlo por medio de otra intervención menos limitativa que aquella. La presencia del interés general impide la existencia de otros motivos de intervención que puedan servir de argumento para justificar la penetración del Estado. La existencia de tal interés no obliga a la intervención, que, como en todos los casos de participación del Estado en las relaciones económicas, adquiere carácter potestativo.

Por concluir, y como características comunes a cualquier tipo de intervención estatal en la economía prevista en una CEI, podemos señalar que la penetración pública en las relaciones económicas no constituye una obligación, una exigencia ineludible de actuación, sino una posibilidad cuyo nivel de utilización –cualitativa y cuantitativamente– corresponde decidir al legislador ordinario, que dispone para ello de un extenso margen de discrecionalidad¹⁰⁸. Cualquiera de las modalidades de intervención del Estado en las relaciones económicas señaladas habrá de estar justificada por un interés general o superior. El poder público, en este caso el legislador, tendrá que argumentar cada actuación económica concreta¹⁰⁹, por contener, en el fondo, una limitación de la **libertad de empresa** y del

y generales, sino que cada acto empresarial queda sometido a la vigilancia del sector público, el cual se reserva el poder de vetarlos y tomar iniciativas propias”, *La Constitución...*, ob. cit., p. 163.

107 CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad de empresa...*, ob. cit., p. 332.

108 ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), señala que las previsiones constitucionales de intervención en la economía “se presentan como meras habilitaciones instrumentales, como facultades de actuación que pueden ser utilizadas para conseguir los fines que la propia Constitución establece o ampara, pero sin que esta obligue a usarlas ni establezca tampoco ninguna correlación forzosa entre fines a conseguir e instrumentos a emplear, al menos en términos generales”, “Criterios constitucionales...”, ob. cit., p. 86.

109 Así lo afirma ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), “La Constitución económica...”, ob. cit., p. 137, citando jurisprudencia del TS.



derecho de propiedad y los órganos judiciales controlar su constitucionalidad. El control solamente podrá valorar los parámetros jurídicos de la intervención del Estado en las relaciones económicas, puesto que el interés colectivo resulta una decisión política que no podrá apreciar el órgano judicial, por lo que su análisis versará sobre la vulneración de requisitos constitucionales en la intervención pública. Deberá realizarse un juicio de ponderación entre la medida interventora y el derecho o derechos restringidos y sopesar, a través de los criterios de proporcionalidad, si el Estado se ha extralimitado en su afán interventor, lo que a la postre resultará, a nuestro juicio, difícil de argumentar. En cualquier caso, como ya hemos referido en varias ocasiones, los instrumentos que recoge la CEI son meras posibilidades que pueden ser utilizadas para alcanzar los objetivos propios del **Estado social**. El empleo de los medios para alcanzar el bien común constituye una facultad discrecional del poder político, y frente a esa decisión solamente cabe un control de proporcionalidad entre medios y fines, pero no otra cosa. En palabras de ARAGÓN REYES, la intervención del Estado en la economía, “no puede producir la alteración radical (su alteración o vaciamiento de contenido) de la **economía de mercado** como sistema y de la iniciativa privada, o de la **libertad de empresa** como derecho...”¹¹⁰. Se trata, como decíamos al principio de estas páginas, de establecer el límite constitucional a los límites y mantener reconocibles las líneas maestras del sistema.

D. La participación de los trabajadores en el ámbito empresarial

El sistema de **economía de mercado** con primacía de la **propiedad privada** y la **libertad de empresa**, enmarcado por la intervención del Estado con finalidad protectora del sistema en aras de garantizar el interés general, contempla la apertura del ámbito de la participación en las decisiones relevantes en materia económica a espacios de la sociedad civil, inéditos en la Constitución liberal y que adquieren una perspectiva diferente en una comparativa con la Constitución socialista. Como espacios propios de este sistema de relaciones podemos señalar la participación de

110 ARAGÓN REYES (Manuel), “Constitución española, economía de mercado...”, ob. cit., p. 110.



los trabajadores en la empresa, las cooperativas y la creación de consejos económicos y sociales.

La opción por incorporar distintas formas de participación de los trabajadores en los procesos productivos, de manera responsable y comprometida, guarda relación con la extensión del Estado social y el convencimiento de la necesidad de favorecer la confluencia de intereses comunes en espacios también interesados en la consecución de un beneficio general. Esta colaboración proactiva se pone de manifiesto especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, momento en el que la recomposición de las maltrechas economías nacionales exigía la colaboración de todos los elementos sociales, del Estado por un lado, transformando su papel de observador impertérrito en actor y activador comprometido, y de los agentes privados por otro, con una implicación más allá de la obtención del mero beneficio en el caso del empresario y de corresponsabilidad en la gestión y dirección de la empresa en el caso del trabajador. Como ya hemos señalado, el Estado social no solo no da la espalda a la sociedad, sino que la incorpora a los centros de poder político, social y económico, tanto como consecuencia de las luchas sociales como para asegurar la permanencia exitosa del modelo de Estado.

La creación y el mantenimiento de un clima de participación comprometida entre el empresario y los trabajadores tienen como finalidad fomentar unas relaciones estables proclives al sostenimiento pacífico y estable de la **economía de mercado**, donde el empresario, y propietario de los medios de producción, necesita la aportación del trabajador para lograr sus objetivos, haciéndole gestor de su propio proceso productivo. “La actividad económico- productiva y la organización laboral de la empresa genera intereses comunes a las partes de las relaciones laborales...”, para lo que se precisan diversas acciones, entre ellas unas “estructuras institucionales estables”¹¹¹. En la CEI, la presencia del poder público en las relaciones económicas y sociales para aspirar a la consecución del interés general no renuncia a potenciar este tipo de participación,

111 “... o mediante la implicación individual o colectiva en la organización del trabajo, en la titularidad del capital o en los resultados de la actividad empresarial”, RIVERO LAMAS (Juan), *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 84, 1997, p. 256.



con el fin de lograr unas relaciones bien avenidas en el marco de la **economía de mercado**, que sin duda favorecen el desarrollo económico y los intereses de todos. Se trata de involucrar a los ciudadanos en el funcionamiento del tejido económico y en la toma de decisiones. De “democracia industrial”, como complemento de la democracia política se habla para referirse a la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa, así como de “democracia económica”, cuando se hace partícipe al trabajador de los resultados económicos de la empresa a través de diferentes elementos como acciones, planes de ahorro, ayudas económicas familiares, etc.¹¹². La construcción de unas relaciones estables tiene como consecuencia, perseguida voluntariamente también, alejar la conflictividad social y económica. Aunque la participación de los trabajadores en la empresa se ha canalizado en mayor medida a través de la representación sindical, los comités de empresa asumen un papel informativo y de codecisión al margen de la representación sindical, siendo Alemania donde más se ha desarrollado este modelo de participación unitaria¹¹³. La representación electiva se alterna con la sindical, y resulta más proclive a la colaboración entre empresario y trabajador. Al mismo tiempo, la participación del trabajador en la empresa y la suma de intereses traslada la contraposición de estos desde el interior de la empresa hacia los competidores externos, verdaderos adversarios del trabajador¹¹⁴.

La participación de los trabajadores en la empresa entronca con los pilares fundamentales del **sistema de economía de mercado: la propiedad privada y la libertad de empresa**. Por tanto, los modos de participación de los trabajadores como una medida más del modelo de relaciones productivas, adoptan un carácter secundario respecto de los esenciales, lo que implica que habrán de ser respetuosos con aquellos. Por tanto, la participación de los trabajadores como las cooperativas no podrían en su ejercicio y desarrollo limitar el contenido esencial de **la libertad de**

112 PRADOS DE REYES (Francisco Javier) y VIDA SORIA (José), *Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo*, **Comentarios a la Constitución española de 1978** (Dir.) ALZAGA (Óscar), p. 92; en el mismo sentido, RIVERO LAMAS (Juan), *Participación y representación...*, ob. cit., pp. 256 y 273.

113 ALZAGA RUIZ (Iciar), *La reforma de la Ley Alemana de los Comités de Empresa*, **Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, núm. 43, pp. 65 a 85.

114 RIVERO LAMAS (Juan), *Participación y representación...*, ob. cit., p. 267.



empresa ni de la propiedad privada, que actuarían como límites frente a una participación sumamente extensa que pudiera desvirtuar el sistema económico y social en el que se integran¹¹⁵, por derivar en una propiedad colectivista o en una vulneración de la libertad del empresario en cualquiera de sus manifestaciones. No obstante, como corresponde a una CEI en este contexto, la norma aporta una pauta de actuación en cuanto a los agentes privados en el ámbito de las relaciones económicas y por lo que respecta a la actuación del poder público su cometido es promover este tipo de participación basada en la cooperación y colaboración, intentando el respeto a los derechos de los empresarios y de los trabajadores. En este sentido destacan, en los últimos años, la necesaria colaboración entre empresario y trabajador en un mundo digitalizado, donde los resultados económicos se han vinculado con la modificación de elementos sustanciales del trabajo y en especial como consecuencia de las tecnologías. La participación de los trabajadores en la empresa puede adoptar diferentes grados, pues podría basarse solamente en funciones de información, participar a través de la consulta de decisiones importantes, que en algunos casos implica constituir una obligación para el empresario, o en el grado más comprometido, asumir una verdadera codecisión.

Por otra parte, las cooperativas constituyen una forma empresarial destinada a fomentar la participación activa de los ciudadanos en sectores importantes para la actividad económica del país y para ellos mismos. El Estado canaliza, a través de las cooperativas, iniciativas de los ciudadanos capaces de generar riqueza, desarrollo y empleo estable. El ciudadano busca rentabilidad con su proyecto y satisfacer su anhelo empresarial. El compromiso de una CEI no solamente se proyecta en estimular la creación de cooperativas, sino en la protección de su desarrollo, con una política adecuada de medios e instrumentos¹¹⁶. Ahora bien, en la CEI, el fomento del cooperativismo no “puede confundirse con ventaja incondicionada”¹¹⁷, lo que significa que el régimen de cooperativas se

115 PRADOS DE REYES (Francisco Javier) y VIDA SORIA (José), *Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo*,

116 PRADOS DE REYES (Francisco Javier) y VIDA SORIA (José), *Principios...*, ob. cit., p. 115.

117 SANTIAGO REDONDO (Koldo), *La participación en la empresa y el fomento del cooperativismo, Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario* (Dir. CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel) Wolters Kluwer, 2008, p. 1993.



somete también a las reglas de la economía de mercado, cuya imagen maestra tampoco podrá ignorar, insertándose, por tanto, en el mercado en régimen de igualdad.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA (Enoch), *La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)*, Revista Española de Derecho Constitucional, año 24, núm. 71, mayo-agosto 2004.
- Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía*, La Constitución económica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012,
- ALZAGA RUIZ (Iciar), *La reforma de la Ley Alemana de los Comités de Empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 43.
- ARAGÓN REYES (Manuel), *Constitución española: economía de mercado y Estado social*, El principio de igualdad, Dykinson, Madrid, 2000.
- *Constitución económica y libertad de empresa*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, vol. 1, 1996.
 - *Comentarios a la Constitución española XXX aniversario* (dir. CASAS BAHAMONDE y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER), Wolters Kluvers, Toledo, 2000.
 - *El contenido esencial de la libertad de empresa*, 25 años de economía de mercado. III Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núm. 4, 2004.
 - *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995,
- BASSOLS COMA (Martín), *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988.
- *La planificación de la actividad económica general*, Comentarios a la Constitución española de 1978 (Dir.) ALZAGA VILLAMIL (Óscar), tomo X, Edersa.
- CANCIO MELIÁ (Jorge), *La Constitución económica: promesas incumplidas*, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2002, núm. 7.
- CIDONCHA MARTÍN (Antonio), *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006,
- CORREAS SOSA (Irene), *Reflexiones en torno a la idea de Estado social: aproximación al contenido, fines y valoración crítica de la vigencia del concepto*, Anuario de derecho parlamentario, núm. 17, 2006.

- DE JUAN ASENJO (Óscar), *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- DE LA QUADRA SALCEDO (Tomás), *Riqueza, iniciativa pública y reserva al sector público. Artículo 128*, ALZAGA VILLAAMIL (Óscar) (dir.), Comentarios a la Constitución española de 1978, Cortes Generales, Edersa, tomo X, Madrid, 1998.
- La Constitución económica de España*, Comentarios a la Constitución española de 1978, Cortes Generales, Edersa, tomo X, Madrid, 1998.
- Corporaciones locales y actividad económica*, Diputació de Barcelona, Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (Tomás), *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (Alfonso), *El Estado social*, Revista Española de Derecho Político, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, 2003.
- GARCÍA COSTA (Francisco Manuel), *El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978*, Criterio Jurídico, núm. 7, 2007.
- GARCÍA GUERRERO (José Luis), *Integración económica y reforma constitucional, Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, República Dominicana, junio 2005.
- *Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de constitución*, Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional (*Liber Amicorum* en Homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez), (coord. por Jorge Prats, Eduardo, y Valerio Jiminián, Manuel, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería jurídica Internacional, Santo Domingo, República Dominicana, 2014.
 - *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, monografías, Valencia, 2014.
 - *La desconstitucionalización de la Constitución económica española*, Constitución españolae integración europea. Treinta años de Derecho constitucional de la integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (coord. GORDILLO PÉREZ (Luis), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA PELAYO (Manuel), *Derecho constitucional comparado*, Alianza Universal Textos, Madrid, 1984.
- GOIG MARTÍNEZ (Juan Manuel), *La libertad de empresa*, Comentario a la Constitución española de 1978, Ed., Edersa (dir.) ALZAGA VI-



- LLAMIL, Óscar, Madrid, 1996. HELLER (Herman) *Escritos políticos*, Madrid, 1985.
- LEGUINA VILLA (Jesús), *El régimen constitucional de la propiedad privada, Derecho privado y Constitución*, núm. 3, mayo-agosto, 1994,
- LÓPEZ GARRIDO (Diego), *Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 15, mayo-agosto, 1993.
- LÓPEZ QUETGLÁS (Francisco), *El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)*, Anuario Jurídico y Económico Escurialense XXXIX, 2006.
- PARADA VÁZQUEZ (Juan Ramón), *El artículo 33 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria*, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, Cívitas, 1991.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ (Cándido) y ALFARO ÁGUILIA REAL (Jesús), *Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario*, Wolters Kluwer, (Dir. Casas Baamonde, M. Emilia y Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Toledo, 2009.
- PRADOS REY (Francisco Javier), VIDA SORIA (José), *Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo*, Comentarios a la Constitución española de 1978 (Dir.) ALZAGA (Óscar), tomo X, Edersa, pp. 87 a 118.
- REQUEJO PAGÉS (Juan Luis), *La propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, 2009.
- REY MARTÍNEZ (Fernando), *La propiedad privada en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- RIVERO LAMAS (Juan), *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 84, 1997.
- RUBIO LLORENTE (Francisco), *La libertad de empresa en la Constitución*, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, (coord.) Iglesias Prada, J. L., Cívitas, Madrid, 1996.
- RITTER (Gerhard A.), *Los comienzos y el desarrollo del Estado social en Alemania, Europa y los Estados Unidos hasta la 2ª Guerra Mundial*, Studia histórica. Historia contemporánea, núm. 8, 1990.
- SANTIAGO REDONDO (Koldo), *La participación en la empresa y el fomento del cooperativismo*, Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario (Dir. CASAS BAAMONDE (M^a Emilia), RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER (Miguel) Wolters Kluwer, 2008.



SERRANO PÉREZ (M^a Mercedes), *El Estado social*, Lecciones de Derecho constitucional y de la Unión Europea. La Constitución económica (coord. LÓPEZ GARRIDO (Diego), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.



Dr. Juan Fernando Durán Alba

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Valladolid. Abogado. Subdirector de la Revista General de Derecho Constitucional, editada por Iustel-Portal de Derecho (desde 2016). Secretario de la Facultad de Derecho de Valladolid (2004-2008). Letrado de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional (2008-2014). Vocal de la Junta Electoral de Castilla y León (2007-2008). Ha centrado sus investigaciones fundamentalmente en las siguientes materias: jurisdicción y procesos constitucionales; Derecho electoral y parlamentario; fiscalización externa de las cuentas públicas; organización institucional de las Comunidades Autónomas; derechos fundamentales y las nuevas tecnologías; Derecho del Deporte. Su actividad investigadora se ha plasmado en una treintena de publicaciones, entre libros, artículos y contribuciones en obras colectivas. También ha trabajado en varios proyectos de investigación financiados por diversas instituciones nacionales y autonómicas. Pertenece a varias asociaciones de investigadores, como la Asociación de Constitucionalistas de España, la Asociación Española de Derecho Deportivo y la Red de Investigadores en Derecho y Nuevas Tecnologías, entre otras. Por último, ha intervenido como profesor y conferenciante en Francia, Italia, Brasil, Colombia y México, y ante diversas instituciones como el Consejo Nacional Electoral de Colombia, los Tribunales de Cuentas del municipio de Río de Janeiro y de los Estados de Río Grande do Sul, de Ceará, Paraná (Brasil), las entidades supervisoras de la transparencia e información pública de los estados de Chihuahua y de Morelos (México), la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México y el propio Tribunal Constitucional de la República Dominicana, entre otras.

La Constitución económica ordoliberal

1. Introducción

Ha de precisarse que el lector no encontrará, a lo largo de este trabajo, una exégesis de los postulados de la escuela económica ordoliberal. El autor ha de declarar, *ab initio*, su manifiesta incompetencia intelectual para tal cometido, dada su formación jurídica y ello por más que el ordoliberalismo, en su comprensión cabal, tenga una manifiesta vertiente prescriptiva, en tanto ordenación del mercado; sin perjuicio de que el marco ordenador lo comprendan tanto preceptos como decisiones. El mismo concepto de *Constitución económica*, ciertamente acrisolado, aun compartiendo notas del concepto racional-normativo de la Constitución normativa, como la expresión de un pacto de autodeterminación comunitaria o como un conjunto de reglas más o menos codificadas, no se expresa necesariamente de la misma manera que constitución revestida de supremacía normativa.

Y, no obstante, se trata de una realidad de incuestionable trascendencia, para el jurista europeo, en el proceso de construcción del espacio de integración supranacional Unión Europea, habida cuenta de la influencia política de Alemania, que fue, como tendrá ocasión de exponerse, el lugar de origen de esta tendencia *neoliberal*¹. Así pues, en una primera

1 Solicitaría del lector menos familiarizado con la cuestión una mínima indulgencia “a beneficio de inventario”. En el seno de la permanente querrela ideológica que polariza –y moviliza– a las sociedades contemporáneas, el término neoliberal / neoliberalismo –al igual que tantos otros– se usa habitualmente para revestir al destinatario de la condición de quienes, en el medioevo, debía anunciar su presencia con una campanilla, so pena de espantosos contagios y padecimientos, cuando en la mayor parte de las ocasiones lo único que revela es la más profunda ignorancia del sujeto *esputante*.



parte, se tratará de ofrecer una sucinta panorámica sobre el significado del ordoliberalismo y su alcance prescriptivo, mientras que, a continuación, se destacarán algunos aspectos más ligados a las amenazas contra la libertad económica y la eventual concreción constitucional de algunas reglas ordoliberales.

2. El ordoliberalismo

2.1 *El pensamiento económico ordoliberal.*

El ordoliberalismo tiene sus orígenes históricos en Alemania, en el convulso período de entreguerras, en el seno de la conocida como Escuela de Friburgo, frente a dos posiciones económicas contrapuestas ideológicamente: la de la agonizante República de Weimar, que consiente la existencia de elementos que distorsionan el funcionamiento libre del mercado, y la del nazismo, autoritario e intervencionista en materia económica (BECK y KOTZ, 2017: p. 13).

Uno de sus autores más destacados, el economista Eucken, analiza críticamente los efectos que, sobre las relaciones económicas, ha tenido la democratización del Estado; en esencia, el funcionamiento económico del Estado se ve sometido (politizado) a la voluntad de distintos grupos de presión profundamente ideologizados (DOBRE, 2021: pp. 164-165)². En este contexto, el término “ordo” evoca la idea de *ordenación*, esto es, la reacción frente a un contexto intervencionista es la adecuada regulación de la economía para preservar la libre competencia, en esencia una concreción de la propia libertad (GORDILLO PÉREZ, 2018: p. 255)³; a la postre,

2 Quizá, con algún exceso se ha llegado a afirmar que el Estado “es tomado como rehén por los partidos y sindicatos de masa que transformaron la ley, pasando de ser un programa condicional, un mero esquema de conducta, a un programa de objetivos, a una serie de medidas dirigidas a la satisfacción más o menos inmediata de necesidades sociales. Esto es el fruto inevitable de la legislación democrática dirigida a representar los intereses de los distintos grupos sociales. Deriva de un pluralismo que es letal, tanto para la autoridad de los poderes públicos como para su capacidad de dirigir eficaz y racionalmente la economía de un país” (LATORRE, 2019: §III).

3 Esta concepción presenta algunos perfiles que pueden manifestarse como más inquietantes; aunque alejada del nazismo, la fortaleza del Estado para restaurar el orden económico liberal requiere una suerte de “autoritarismo” intelectual que haga frente a la politización económica y confiera las decisiones en este campo a una tecnocracia económica instruida (SÁNCHEZ BERROCAL, 2020: p. 2).



los mercados libres y competitivos son más idóneos para garantizar la libertad (económica) individual, aunque sea a costa de controlar el poder del mercado privado (BECK y KOTZ, 2017: p. 13).

Dado el carácter habitualmente peyorativo del término “neoliberalismo”, es interesante realizar alguna precisión. El ordoliberalismo se enmarca en las corrientes *neoliberales*, si las entendemos como teorías económicas que superan los planteamientos del liberalismo clásico (MORENO GONZÁLEZ, 2019: pp. 43 y ss.) y que no sólo se concretan en la que ahora nos interesa; por ello, es preciso alejarse del concepto neoliberal “que se ha tergiversado en la actualidad [...], en la medida que se asume como «etiqueta política» asociada a negar la intervención absoluta del Estado en la economía” (NOEJOVICH, 2011: p. 204). Por ello, aunque existan convergencias con otras escuelas, han de matizarse aquellas conexiones que pueden desnaturalizar el papel que el ordoliberalismo reserva al Estado, cuando se sostiene que “la Escuela de Chicago o el ordoliberalismo, tendrían como nexo su celo por limitar la acción del Estado en todos los ámbitos de la vida. El fin no sería otro sino el de conseguir las más altas cuotas de libertad para el mercado, visto este como el espacio idóneo en el que el ser humano es capaz de desarrollar sus inmanentes capacidades de iniciativa y creatividad, constreñidas por la intervención pública” (ARJONA SÁNCHEZ, 2019: p. 27), en este caso, “limitar la acción del Estado en todos los ámbitos de la vida”, no supone la inacción de este, sino que el Estado se erige como “un poder que produce y regula el mercado altamente competitivo” (LATORRE, 2019: §IV). Más bien, frente a las tesis que en los debates de economía internacional colocan a esta corriente económica como una variante perniciosa del neoliberalismo, se ha destacado que de lo que se trata es de proponer un Estado fuerte, que contenga el mercado, en particular los intereses particulares más influyentes dentro del marco de un orden económico competitivo y del Estado de Derecho; y aquí existiría una notable divergencia con la Escuela de Chicago, favorable a una notable “liposucción” del Estado (también en sentido normativo) y al ascenso de las fuerzas del mercado privado (BECK y KOTZ, 2017: p. 13).

Ciertamente, la experiencia traumática de la Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias de devastación, singularmente en el continente europeo, alteraron algunos presupuestos ontológicos del



ordoliberalismo, a la luz de la experiencia autoritaria padecida y de las nuevas necesidades de reconstrucción “dirigida”, invariables al margen del Estado. El contexto constitucional se transformó, para definir los Estados constitucionales como Estados sociales. En términos materiales, el Estado social, se vincula a un concepto socioeconómico, frecuentemente confundido con el concepto jurídico: el Estado de bienestar. Esta perspectiva material, o prestacional, si se prefiere, emerge en la segunda postguerra, en los sistemas económicos de *capitalismo renano*, asentados en una pirámide de población laboral con una amplia base contribuyente, en relación con el número de prestaciones a las que había de hacerse frente (FERNÁNDEZ-MIRANDA, 2003: p. 146-147). El ordoliberalismo y la economía social de mercado coincidieron en la necesidad de regular el liberalismo económico para promover la seguridad social y la aceptación social de la competencia del mercado, pero la “suerte política” fue dispar, pues solo los partidarios de la economía social de mercado trasladaron sus tesis a programas políticos coherentes que, desde la democracia cristiana, fueron respaldados electoralmente (PETERSMANN, 2021: p. 10)⁴. Sin embargo, allí donde no cristalizó expresamente la Constitución alemana de la segunda posguerra, el ordoliberalismo estaría presente, dada la influencia alemana, en el proceso de construcción europea (SÁNCHEZ BERROCAL, 2020: p. 104). Y esta suerte de “sombra ordoliberal” parece proyectarse sobre la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, cuando el este considera que el arbitraje entre el inversor y el Estado concernido en las relaciones entre los Estados miembros de la UE es incompatible con las garantías del derecho “constitucional” de la UE de protección judicial multinivel de los derechos fundamentales (PETERSMANN, 2021: p. 13)⁵.

4 Otros autores explican las limitaciones en el alcance de las tesis ordoliberales desde presupuestos metodológicos: la manifiesta orientación economicista de la escuela, en demérito de capacidades jurídicas, lastraron la conformación normativa de los postulados de esta orientación económica: “los ordoliberales nunca conseguirán concentrar en la norma constitucional esa precondicionalidad jurídica funcional al mercado y al orden de competencia. La mayoría eran economistas, habían crecido con la Constitución de Weimar y sus reiterados y sistemáticos incumplimientos, por lo que no tenían mucha esperanza en la efectividad real del derecho constitucional” (MORENO GONZÁLEZ, 2021: p. 91).

5 STJUE, asunto Achmea, ECLI:EU:C:2018:158.



2.2 La Constitución económica ordoliberal

La ordenación económica, en términos de Constitución económica, que propugna la escuela ordoliberal, no queda referida a un marco constitucional concreto, a una norma jurídica suprema en términos formales, reconocible en su *iusconcreción*. Como se ha referido, ni siquiera la Ley Fundamental de Bonn es concreción constitucional de ese modelo económico, en la medida en que el Tribunal Constitucional alemán la ha calificado como Constitución económica “neutral” (GORDILLO PÉREZ, 2018: p. 262); pero es que este límite formal converge con la propia incapacidad de la escuela ordoliberal de formalizar jurídicamente sus propuestas económicas: “[l]a preocupación esencial del ordoliberalismo, a saber, la conversión del Estado en un marco jurídico funcional a las garantías del libre mercado y sus mecanismos, nunca encontró un asidero jurídico contundente en el que poder basar sus propuestas de *lege ferenda*. Quizá por la ausencia de juristas entre sus filas, los ordoliberales no especificaron el prediseño del Estado desde su juridicidad para garantizar con la supremacía constitucional la efectividad de sus objetivos” (Moreno González, 2017: p. 144).

El término Constitución económica, aún con vocación prescriptiva, pierde –paradójicamente– densidad *constitucional*, aunque no necesariamente jurídica. Y no pierde densidad jurídica porque, en su concepto, está ínsita la nota de decisión vinculante que se dirige a la estructuración del orden económico del Estado. A la luz de esta conceptualización, la Constitución económica ordoliberal se definiría como un instrumento de defensa constitucional del mercado (DOBRE, 2021: p. 167 y ss.).

Este marco jurídico se estructura en torno a la existencia de una serie de principios (GORDILLO PÉREZ y CANEDO ARRILLAGA, 2013: pp. 167-168). De un lado, los principios constitutivos tienen una finalidad genética, la creación de un marco de libre competencia, y vienen siendo identificados como:

- 1) Existencia de un efectivo sistema de precios.
- 2) Un adecuado sistema monetario en términos de estabilidad.
- 3) Un sistema de mercados abiertos (contrario a la existencia de restricciones comerciales).
- 4) Garantía de la propiedad privada.



- 5) Reconocimiento de la libertad contractual.
- 6) Responsabilidad de los actores económicos.
- 7) Continuidad de la política económica entendida en términos de estabilidad.

De otro lado, los principios reguladores, con una naturaleza más instrumental, se dirigen a garantizar el correcto funcionamiento del sistema. En particular:

- 1) Una política de defensa de la competencia, que se expresa en una adecuada capacidad reactiva-represiva frente a las prácticas distorsionadoras del mercado.
- 2) Una política fiscal progresiva.
- 3) Elementos correctores frente a contingencias externas de distinta índole.

Puede trazarse un paralelismo con el modelo de contrato social de Locke, que requiere la concurrencia de dos acuerdos sucesivos en los seres humanos que desean crear una comunidad y someterse a un poder político: el *pactum unionis* y el *pactum subiectionis*. En el contexto económico, la Constitución política precede a la Constitución económica: la primera crea la comunidad política y la segunda el ecosistema jurídico-económico “más favorables a los requisitos de libertad” (DOBRE, 2021: p. 170)

3. La concreción jurídico constitucional del ordoliberalismo

3.1 La garantía constitucional de la libertad económica y sus amenazas.

La aceptación de los principios clásicos del liberalismo, que consideran al mercado como un espacio económico de libre competencia competitiva, ajeno a las eventuales injerencias normativas del Estado, es una concreción más de la libertad genéricamente considerada. Sin embargo, la inexistencia de intromisiones normativas no garantiza que la actividad económica de los particulares no pueda quedar mediatazada por la política financiera del Estado. Desde luego, en los albores de la construcción del Estado constitucional, el viejo principio de *No*



taxation without representation se erige como uno de los hitos basilares, que quedaría progresivamente completado con la segunda parte de la relación sobre la que se proyecta la exigencia de representación: ni ingresos ni gasto, sin consentimiento parlamentario, acercándose, así, una imagen más moderna de lo que se entiende por el presupuesto. No sorprende, sin embargo, que fueran los propios norteamericanos quienes, tras administrar a su metrópoli la misma medicina que el parlamento británico había elaborado para el monarca, fueran más allá. Ya no bastaba únicamente con verificar la existencia del previo consentimiento parlamentario, pues una particular comprensión de los postulados de Locke sobre el derecho a alzarse contra el gobierno tirano que no garantizase la libertad de sus ciudadanos, iba a encontrar acomodo en esta materia.

La todavía joven república no tardaría en comprobar, a su costa, hasta qué punto había arraigado entre los norteamericanos la tradición levantisca frente a la exacción que se considerara desmesurada. Vigentes aún los Artículos de la Confederación, estalló una revuelta armada en el Estado de Massachusetts (conocida como la Rebelión de Shays; 1786-1787): una parte de la población del Estado, agobiada por las deudas contraídas durante la guerra de independencia y por las cargas fiscales, se levantó, liderada por un veterano de la guerra de independencia, Daniel Shays. Resulta llamativa la inicial incapacidad del Gobierno para acabar con la insurrección. El Ejército continental se había disuelto después de la guerra y los Estados Unidos no dispusieron nuevamente de fuerzas armadas federales hasta 1792; cabe señalar, asimismo, que hubo cierta resistencia en la milicia del Estado a actuar contra sus propios paisanos. En este contexto, los comerciantes y financieros, con quienes los rebeldes (conocidos como *Shaysites*) mantenían deudas, costearon privadamente una fuerza militar para acabar con la rebelión⁶. Estos sucesos tuvieron lugar en plenos debates constitucionales y fueron esgrimidos por quienes eran partidarios de una unión más sólida.

6 Véase la entrada al *Constitution Daily Blog*: “On this day, Shays’ Rebellion starts in Massachusetts”, publicada el 29/08/2021 por el equipo redactor <<https://constitutioncenter.org/blog/on-this-day-shays-rebellion-starts-in-massachusetts>> (último acceso: 10/10/2022).



Unos años más tarde (entre 1791-1794), estalló en el Estado de Pensilvania la conocida como Rebelión del Whiskey, cuando los granjeros reaccionaron violentamente frente a los impuestos levantados a iniciativa de Alexander Hamilton, entonces secretario del Tesoro de los Estados Unidos, contra las bebidas alcohólicas (la destilación y venta de los excedentes del maíz, por parte de los granjeros, era un medio tradicional para completar sus ingresos). Al principio, las cosas no pasaron de administrar a los recaudadores el tratamiento clásico del alquitrán y las plumas, aunque existieron casos de graves apaleamientos. Más adelante, sin embargo, los rebeldes constituyeron una fuerza armada (*Mingo Creek Association*) contra la que hubo de enviarse un auténtico ejército que agrupó las milicias de hasta cuatro Estados. La fuerza rebelde, tan animosa como indisciplinada y mal pertrechada, fue rápidamente derrotada⁷. No fueron las únicas rebeliones, pero algunas de las más célebres, de alguna forma entroncaban con el movimiento de los *Regulators*, que ya había provocado disturbios por desavenencias fiscales durante la época colonial.

Sin perder de vista el paradigma de la libertad, la idea de que el poder tributario es “un poder de destrucción”, por los efectos ablativos que puede terminar teniendo sobre la actividad económica –o confiscatorios de la propiedad– (TAYLOR Jr.: §2), ha encontrado su lugar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en el seno de las querellas competenciales entre la federación y los Estados parte. En realidad, es un término que usó Daniel Webster, abogado del recurrente en asunto *McCulloch v. Maryland* y que el *Chief Justice* John Marshall usó en la sentencia:

“De ello, que podemos considerar un axioma, se deducen otras reglas, de cuya existencia y aplicación al caso se afirma que depende la resolución que aquí adoptemos. Son las que siguen: 1. El poder de crear implica el poder de preservar. 2. El poder de destruir, si es ejercido por otro, es incompatible con el poder de crear y preservar. 3. En caso de contradicción, la autoridad superior no debe ceder sino que debe imponerse sobre la autoridad que le está sometida. [...]”

7 Véase: GRUBBS, P., “Whiskey Rebellion Trials”, *The Encyclopedia of Greater Philadelphia* <<https://philadelphiaencyclopedia.org/archive/whiskey-rebellion-trials/>> (último acceso: 10/10/2022).

»Hemos así descartado, como había de ser, tanto el enfrentamiento entre las dos soberanías como las interferencias entre los poderes territoriales; también la pretensión de un Gobierno de destruir el derecho de otro Gobierno a construir, y la incompatibilidad entre el derecho a destruir y el derecho a construir que se reconoce a dos Gobiernos distintos. [...]

»Hay algunas cosas evidentes: que el poder tributario conlleva el poder de destruir, que el poder de destruir puede vencer y anular el poder de construir, y que repugna permitir que un Gobierno controle las medidas constitucionales de otro Gobierno –Gobierno que, en relación con ellas, se considera tiene un poder superior al poder del Gobierno que pretende controlarlo.– Todos estos enfrentamientos deben resolverse mediante el término mágico CONFIANZA [sic]. Los tributos, se dice, no implican siempre, y en todo caso, un efecto destructivo. Ejercer la potestad tributaria hasta la destrucción sería un abuso, del cual podemos presumir que daría al traste con la confianza esencial a todo Gobierno⁸.

Posiblemente, las tesis de Locke forman parte de la idiosincrasia anglosajona, y explican –en parte– que en fechas no demasiado lejanas se vieran, esta vez en el Reino Unido, las revueltas del *Poll Tax* (marzo de 1991) durante la época de la primera ministra Margaret Thatcher. No siempre, sin embargo, la resistencia tuvo un carácter eminentemente popular, como lo acredita la crisis constitucional que desencadenó la Cámara de los Lores británicas al oponerse al amplio paquete de políticas redistributivas y reformadoras del entonces gobierno liberal (RUIZ RUIZ, 2000: p. 137-138) que se asentaba, por lo menos en parte, en el establecimiento de nuevos impuestos que recaerían en las clases acomodadas (ibíd.: p. 147), algunos de cuyos grandes tenedores terratenientes encontraban asiento, como miembros natos, de la Cámara Alta.

La cuestión entonces es si, para sortear los rigores tributarios, tanto en vía parlamentaria como en su eventual impacto popular, se recurre al endeudamiento. Con algún exceso se ha sostenido que “[1] a inflación es esencialmente antidemocrática. Lo democrático es el control del presupuesto. El gobierno tiene más que una fuente de in-

8 (La cursiva es mía) véase, *McCulloch v. Maryland (1819) 4 Wheat 316*; la versión en español citada es la recogida por BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, en particular, pp. 128-130.



gresos: los impuestos. No hay tributación legal sin consentimiento del parlamento. Pero si el gobierno tiene otras fuentes de ingresos puede librarse de ese control” (VON MISES, 2002: p. 360). En este caso, la reacción a la deuda pública puede no seguir los derroteros dramáticos que se han descrito en relación con los tributos, pero sus efectos no son inocuos: por eso, acaso sorprenda que ya en el s. XIX existieron reformas constitucionales en algunos Estados norteamericanos en orden a introducir criterios y exigencias de estabilidad presupuestaria (MORENO GONZÁLEZ, 2021: p. 89).

En la determinación del contenido del *status civitatis* del individuo, ya transformado de súbdito en ciudadano, convergen libertades y deberes entre los que se encuentra el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. Como se ha apuntado, para construir la posición del ciudadano-contribuyente han de conciliarse la garantía de la libertad con la existencia de deberes jurídicos. La existencia de deberes, con acomodo en la Norma suprema, es fruto del consenso constitucional que sobrevive mediante el recurso periódico a la “representación” y, en un Estado con un sistema de controles judiciales sólidos –de constitucionalidad, en su caso–, las querellas sobre la desproporcionalidad exactora de los poderes públicos debieran afrontarse, no mediante la rebelión armada, sino mediante el juez⁹.

¿Y qué sucede con el ciudadano-deudor? La pregunta *jeffersoniana* acerca de la legitimidad de que los muertos continuaran rigiendo el destino los vivos, perpetuando la constitución creada *hic et nunc*, pretende

9 Aunque en Estados Unidos, el propio Tribunal Supremo parezca, a juicio de algunos, enfriar el entusiasmo depositado en el control judicial cuando, con ocasión de la sentencia recaída sobre la Ley que establecía el conocido como *Obamacare* (el programa de salud promovido por el presidente Obama) el *Chief Justice* John Roberts manifestaba que: “Nosotros (la Corte) no poseemos ni la experiencia ni la prerrogativa para emitir juicios sobre política. Esas decisiones se confían a los líderes electos de nuestra nación, quienes pueden ser destituidos si la gente no está de acuerdo con ellos. No es nuestro trabajo proteger a la gente de las consecuencias de sus decisiones políticas” (TAYLOR: §5).

Por su parte, en el ordenamiento jurídico español se han suscitado interrogantes acerca del rol de *garante de la estabilidad presupuestaria* que asume el Tribunal Constitucional a partir del ejercicio de control de constitucionalidad de las leyes, en particular, de las leyes presupuestarias (GORDILLO PÉREZ y CANEDO ARRILLAGA, 2013: p. 178-179). Algún autor ha apuntado la imagen evocadora de los “jueces haciendo cuentas” en su función de control sobre el cumplimiento jurídico de la estabilidad presupuestaria (Moreno González, 2019: pp. 185-201).

contestarse mediante el expediente del recurso a la reforma constitucional; pero ¿y cuándo son los vivos los que condicionan la existencia de los no nacidos, convirtiéndolos en deudores?

3.2 Concreciones ordoliberales en la Constitución normativa

Se ha puesto de manifiesto, por parte de algunos autores, la dificultad de trasladar al ámbito jurídico-normativo la concepción económico ordoliberal (Moreno González, 2017: p. 144)¹⁰. En este sentido, la adopción en el espacio de la UE de las medidas sobre la denominada *regla de oro*, relativa a la deuda pública, pueden suponer la constatación de que los principios ordoliberales en los que se sustentaban la construcción del proyecto constitucional europeo ceden ante exigencias de liberalización económica ante el fracaso de la regulación o sobreregulación (GORDILLO PÉREZ y CANEDO ARRILLAGA, 2013: p. 182). Si a esto se suman los incumplimientos –institucionalizados–, por distintas razones, de las exigencias de la estabilidad presupuestaria, no resulta extraño que algunos ordoliberales mantengan que, a la postre, los principios económicos que propugnan nunca se aplicaron por completo (BECK y KOTZ, 2017: p. 14).

Si se toma como ejemplo la Constitución española vigente, y se intenta extraer de la misma una Constitución económica juridificada, por más de que los preceptos aplicables estén dispersos a lo largo del texto constitucional (más allá del Título VII), cabría preguntarse sobre su hipotética impronta ordoliberal. Su carácter “neutral”, en términos económicos, ha sido puesto en duda, habida cuenta de las cláusulas definitorias del Estado constitucional español contenidas en el artículo 1.1 CE (por cierto, enunciadas en orden inverso al de su incorporación histórica, aunque en su comprensión actual se trate de enunciados *composibles*) entre las que se encuentra la cláusula social, y el reconocimiento constitucional de las

10 En particular, según el autor: “[l]a preocupación esencial del ordoliberalismo, a saber, la conversión del Estado en un marco jurídico funcional a las garantías del libre mercado y sus mecanismos, nunca encontró un asidero jurídico contundente en el que poder basar sus propuestas de *lege ferenda*. Quizá por la ausencia de juristas entre sus filas, los ordoliberales no especificaron el prediseño del Estado desde su juridicidad para garantizar con la supremacía constitucional la efectividad de sus objetivos”.



libertades económicas de propiedad y de empresa (artículos 33 y 38, CE, respectivamente) (RODRÍGUEZ BEREIJO, 2018, p. 823). Así pues, no se encontrarían reglas jurídicas que garanticen la libre formación de precios en un espacio de libre participación sin la concurrencia indeseable de elementos distorsionadores (oligopolios o monopolios, entre otros), ni declaraciones, a modo de desiderátum constitucional, en favor de un “mercado democrático” (protegido frente a una concurrencia cartelizada) y de un régimen de competencia perfecta.

Parecería que las apelaciones al orden presupuestario podrían derivarse de las exigencias constitucionales de que la programación y ejecución del gasto público responda a criterios de lo que tradicionalmente se conocen en términos económicos como criterios de E3¹¹; la praxis presupuestaria del vigente período constitucional lo desmiente en no escasa medida, con lo que la reforma en 2011 del artículo 135 CE, en materia de estabilidad presupuestaria, a pesar de las opiniones encontradas en este particular, podría entenderse como un precepto de barniz ordoliberal¹².

Dado el carácter descentralizado de nuestro Estado, mientras que en materia presupuestaria y financiera se apunta un giro recentralizador, por obra de los compromisos derivados de los pactos de estabilidad¹³, en materia

11 Pues, aunque el artículo 31.2 CE, en rigor, solo alude a la eficiencia y a la economía, no parece complicado subsumir en los mismos el criterio de la eficacia (como curiosidad, señalaré que el Tribunal Constitucional ha extendido tales exigencias al ejercicio del control externo sobre las cuentas públicas: SSTC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 11, 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 28, y 18/1991, de 31 de enero, FJ 5).

12 Para una propuesta de reforma económica de la CE en clave ordoliberal, en particular refuerzo del mercado único, la garantía de la libre competencia y servicios eficientes de calidad (GORDILLO PÉREZ, 2018: en particular, pp. 204-209).

13 “La normativa europea de estabilidad y coordinación de la política económica, en la medida en que apodera al Gobierno de la Nación y órganos centrales del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, Consejo de Política Fiscal y Financiera, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal...) para arbitrar los mecanismos de control (vigilancia, supervisión y disciplina) a fin de garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, ha determinado un *efecto centralizador* que ha afectado sensiblemente a la organización territorial, fuertemente descentralizada, de nuestro Estado autonómico. En cierto modo, se ha producido una reestructuración, en un sentido recentralizador, del orden constitucional de distribución de competencias en materia presupuestaria y financiera entre el Estado y las Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Entidades Locales) por encima y más allá de lo que habría permitido el Título VIII de la Constitución (art. 149.1.13.ª y art. 149.1.14.ª CE) y los Estatutos de Autonomía. La lectura de la reciente STC 215/2014 sobre la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de 2012, de



de unidad de mercado se viene a reprochar al Tribunal Constitucional que, con sus resoluciones dé lugar a “la consolidación de un auténtico mercado único nacional” (GORDILLO PÉREZ, 2018: p. 236). El sistema de distribución de competencias es lo suficiente complejo como para reducirlo a parámetros concretos de Constitución económica, pero en determinadas resoluciones del Tribunal Constitucional se contienen algunas claves sobre el papel que al Estado reserva la norma fundamental. Así, la indisoluble unidad de la Nación española a que se refiere el artículo 2 CE se erige como un principio que “se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales” (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1); precisamente, en lo que atañe a la ordenación general de la economía, el alcance de la competencia excede de la mera fijación de los objetivos generales, para abarcar “la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos” (STC 186/1988, de 16 de octubre, FJ 2). En lo que se refiere a la deuda pública, las competencias de las Comunidades Autónomas “en materia de emisión de deuda pública deben ser enmarcadas en los principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada **Constitución económica** [...] y especialmente por lo que se refiere al ámbito más concreto de la actividad financiera pública, en el que debe encuadrarse el caso contemplado en el presente proceso, deben ajustarse al principio de coordinación de las haciendas de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal, formulado por el art. 156.1 CE” (STC 11/1984, de 2 de febrero, FJ 5).

4. Referencias bibliográficas

- BECK (T.) y KOTZ (H.-H.), “Introduction”, en *Ordoliberalism. A German oddity?* (Ed. T. Beck y H.-H. Kotz), CEPR Press, Londres, 2017, pp. 11-24.
- DOBRE (D.), “Constitución económica: una propuesta al debate conceptual”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 157-198.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR (Alfonso), “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69 (*ejemplar dedicado a: XXV Aniversario de la Constitución*), 2003, pp. 139-180.

desarrollo del art. 135 CE, es bien elocuente a este respecto” (RODRÍGUEZ BEREIJO, 2018: p. 830).



- 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*, núm. 1 / vol. 5, 2013, pp. 163-183.
- GORDILLO PÉREZ (L. I.), “Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. De un Derecho económico nacional a uno europeo”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 23, 2018, a, pp. 249-283.
- GORDILLO PÉREZ (L. I.), “Reformar la Constitución en clave (ordo)liberal. El mercado único y la libre competencia como garantía de los servicios públicos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 136, 2018, b, pp. 193-214.
- LATORRE (M.), “Europa como voluntad y como representación. Ascenso y declive del constitucionalismo supranacional” (trad. G. Teruel Lozano), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 23, 2019, versión electrónica disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/11_LA_TORRE.htm (última consulta: 12/10/2022).
- MORENO GONZÁLEZ (G.), “El cierre de la Constitución española: de la apertura de posibilidades al monismo de obligaciones”, *Ivs Fvgit*, núm. 20, 2017, pp. 117-156.
- MORENO GONZÁLEZ (G.), *Estabilidad presupuestaria y Constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- MORENO GONZÁLEZ (G.), “La problemática constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en el marco de la Unión Europea: su afectación democrática”, *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, núm. 1, 2021, pp. 83-105.
- NEOJOVICH (H.), “Ordoliberalismo: ¿alternativa al «neoliberalismo»?”, *Economía*, núm. 67 / vol. XXXIV, 2011, pp. 203-211.
- PETERSMANN (E.-U.), *German and European ordo-liberalism and constitutionalism in the post-war development of international economic law*, *EUI Working Papers*, European University Institute, San Domenico di Fiesole (Florenia), 2021.
- RODRÍGUEZ BEREIJO (A.), “Economía y hacienda”, en *Comentarios a la Constitución española* (Dir. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M.^a E. Casas Baamonde), BOE y Fundación Wolters Kluwer, Madrid, Tomo II, 2018, pp. 823- 831.
- RUIZ (J. J.), “La Cámara de los Lores y su oposición al *Welfare State* (1906-1911): notas para un estudio sobre los bicameralismos descompensados”, *Revista de Estudios Políticos* (N. E.), núm. 109, 2000, pp. 133-172.



- SÁNCHEZ BERROCAL (A.), “Alemania, año cero: orígenes ordoliberales de la Unión Europea y nuevo constitucionalismo disciplinario”, *Recerca. Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 25 (2), 2020, pp. 95-115.
- TAYLOR Jr. (E.), “The Power to Tax is the Power to Destroy”, *National Center for Constitutional Studies, Articles*, s. f. <<https://nccs.net/blogs/articles/the-power-to-tax-is-the-power-to-destroy>>
- VON MISES (L.), *Gobierno omnipotente (En nombre del Estado)* (trad. P. Elgoibar), Unión Editorial, Madrid, 2002.



Licda. Paola Santana

Es abogada, experta en compras públicas y emprendedora tecnológica radicada en Silicon Valley. Fundadora y Directora Ejecutiva de *Glass*, un ecosistema de software que utiliza Inteligencia Artificial para transformar a los gobiernos en entidades de alto rendimiento. Su primer producto es una plataforma de comercio electrónico para agilizar y optimizar los procesos de compras públicas. Anteriormente cofundó *Matternet*, empresa tecnológica pionera en el uso de redes de drones para transporte y logística. Bajo su liderazgo, Matternet trabajó con la Casa Blanca, el Congreso Americano, la FAA y la NASA, para promulgar la primera ley federal de drones de los Estados Unidos en 2016, y se convirtió en la primera plataforma de drones del mundo autorizada para realizar operaciones permanentes sobre personas y áreas urbanas en 2017. Previamente codirigió el establecimiento del primer Tribunal Constitucional de la República Dominicana, y ha colaborado con el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la OCDE y la Junta Central Electoral en proyectos de infraestructura técnica, legislativa y gubernamental, integrando tecnologías exponenciales. También se desempeñó como directora del Comité de Autorización de Drones de la Organización de Aviación Civil Internacional de las Naciones Unidas, y como miembro del primer Comité Federal Asesor de Drones de la FAA. Paola es una becaria Fullbright, egresada de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en Santo Domingo; de las universidades de Georgetown y George Washington en Washington D.C., y de Singularity University, con sede en el NASA Research Park de California. Ha sido rankeada por CNET en el Top 20 Latinos en Tecnología, en el Top Professionals Under 35 de LinkedIn, y reconocida por *Forbes* como una de las 50 mujeres más poderosas de la República Dominicana, y dentro de las Next 1000 redefiniendo el sueño americano.

Un embrión de constitución económica: ¿el pensamiento de Silicon Valley?

Durante los últimos 11 años, el Tribunal Constitucional se ha consolidado como el garante y defensor supremo de la Constitución y los derechos fundamentales en la República Dominicana. El liderazgo institucional asumido desde su fundación permite ahora iniciar una visionaria transformación que sienta las bases de la Justicia Constitucional del futuro.

Por esta razón, quiero compartirles un poco del pensamiento de Silicon Valley y su apuesta al futuro. No quiero hablarles de algo que, al terminar esta presentación, les resulte superficial, con una serie de nociones que leemos en los periódicos y en los medios sobre tecnología, y que ustedes no puedan aplicar a las iniciativas que están ejecutando hoy en materia de administración de Justicia Constitucional.

Silicon Valley es una región en California, considerada el epicentro de tecnología, innovación, inversión y emprendimiento del mundo. A diferencia de otras invenciones geográficas y socioeconómicas, lo interesante de este núcleo es que se consolidó como un experimento moderno a partir de la década de 1950, y que muchas de las personas que coadyuvaron a su desarrollo y crecimiento, creando las primeras compañías tecnológicas que están cambiando cómo vivimos, cómo tenemos acceso a educación, a servicios sanitarios, y a mejores servicios públicos y privados, aún están vivas y forman parte activa del ecosistema. Caminan por las calles de Palo Alto y San Francisco, y trabajan en sueños y proyectos con otros colegas, tal y como hacen ustedes y como hago yo.

Algunas de las historias de liderazgo, visión y desarrollo de Silicon Valley reflejan avances similares a los que estamos logrando en nuestro



país, no sólo en materia constitucional, sino también en otras entidades del sector público.

Comencemos hablando del concepto original de “Moonshot”, o “disparo a la Luna”. Seguramente muchos de ustedes han escuchado este término antes. El mismo surge de un discurso pronunciado por el presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, en 1962, donde frente a una audiencia en Rice University expresó algo fuera de lo común, y cito:

“Pero, preguntan algunos, ¿por qué la Luna? ¿Por qué elegimos esta meta? Y de la misma forma podrían preguntar, ¿por qué escalamos la montaña más alta?”

O, hace 35 años, ¿por qué cruzamos el Atlántico en avioneta? [...] Hemos decidido ir a la Luna en esta década, y también afrontar los otros desafíos, no porque sean fáciles, sino porque son difíciles, porque esta meta servirá para organizar y medir lo mejor de nuestras energías y habilidades, porque es un desafío que estamos dispuestos a aceptar, uno que no estamos dispuestos a posponer, y uno que intentaremos ganar”.

Hoy sabemos que John F. Kennedy fue exitoso en su visión, ya que 7 años más tarde, la misión Apollo 11 (¡y no la Apollo 1, ni la 2 ni la 3, sino la 11!) logró llevar al primer ser humano a la Luna. Sin embargo, en 1962, Kennedy no parecía un visionario. En esa época, nunca habíamos desarrollado el software que pudiera potenciar un vehículo espacial, ni el hardware o los instrumentos tecnológicos necesarios para sacar a un ser humano y volverlo a entrar en la atmósfera de manera segura. No sabíamos cuánto presupuesto era requerido, ni cuál sería la dimensión final del proyecto. En adición, la agencia espacial de los Estados Unidos (NASA), y la agencia de investigación avanzada (DARPA), apenas llevaban cuatro años operando (1958), y nunca habían intentado algo tan ambicioso y de tal magnitud.

A pesar de estas incertidumbres, tanto la NASA como DARPA aceptaron desafíos sin precedentes ni hojas de ruta, creando lo que hoy consideramos como el ADN de la innovación en Silicon Valley. Y creo que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana comparte similitudes con estas agencias pioneras, cuyos *Moonshots* son originarios del sector público americano.

¿Qué son, pues, los “Moonshots”, y qué implican para el sector público? Son ideas grandes, difíciles, muy innovadoras y de ejecución incierta,



con mapas de ruta y posibilidades de éxito también inciertas. Se preguntarán si con todas las dificultades que implican los Moonshots, y además, siendo ustedes sector público y estando de cara a la gente, teniendo muy poco margen de error y experimentación, qué ganan aplicando un pensamiento expansivo tan arriesgado. Y esto es precisamente lo que quiero puntualizar en esta intervención, producto de mi investigación sobre el origen disruptivo de Silicon Valley.

Silicon Valley fue una invención intencional del gobierno americano, el cual decidió direccionar recursos para ejecutar su visión constitucional de crear un Estado altamente dinámico y próspero para todos sus habitantes, invirtiendo trillones de dólares para materializar esa realidad. No sólo invirtió esos fondos públicos en el establecimiento de ese ecosistema, sino que luego adquirió la gran mayoría de los insumos creados a partir de la investigación y desarrollo realizadas con dichos fondos.

Parte del ADN de las mayores firmas de inversión de capital de riesgo del mundo, que son las que hoy invierten en las famosas *startups* tecnológicas y que impulsan los mayores avances industriales de la era moderna, viene de la decisión del gobierno americano de invertir de manera indiscriminada en muchos proyectos en etapas muy tempranas y en paralelo. Esto, tras la imposibilidad de saber con certeza cuál de las iniciativas daría resultado, entendiendo que la mayoría de los proyectos podían fracasar, pero confiando en que uno podría tener éxito y generaría suficiente valor para compensar por los demás fallos.

Esta mentalidad disruptiva no salió de los inversionistas privados que hoy son los mayores fondos de capital de Silicon Valley, sino del sector público americano.

En 1962, cuando John F. Kennedy lanzó la industria aeroespacial en Estados Unidos, la NASA se enfrentaba al desafío de desarrollar tecnologías para las cuales no tenía experiencia previa y no disponía de tiempo ni *expertise* para determinar cuáles funcionarían con seguridad. Por esto, invirtió indiscriminadamente en varias compañías de la industria de semiconductores, impulsando el desarrollo acelerado de las computadoras y los teléfonos celulares que utilizamos hoy en día. No solamente invirtió en crear esa propiedad intelectual, sino que también adquirió el 70 % de los microchips fabricados por la industria, y subvencionó el 30 % sobrante para que fuera utilizado por el sector privado, dando paso al nacimiento de Intel, que es una de las primeras grandes tecnológicas de Silicon Valley.



Además de invertir en innovación y desarrollo, el gobierno también hizo hincapié en la educación. Hoy en día, sabemos que Stanford es una de las escuelas de negocios más destacadas del mundo. Sin embargo, Stanford no alcanzó esa reputación hasta que el gobierno estadounidense invirtió en los programas de ingeniería de la universidad para capacitar a personal del Departamento de Defensa. Como resultado, el decano de ingeniería se percató de la constante fuga de talento a la costa este tras graduarse, y planteó a sus estudiantes quedarse en Silicon Valley e iniciar proyectos tecnológicos experimentales.

Por último, el gobierno también proveyó los terrenos sobre los cuales se establecieron algunos de los primeros centros de investigación y desarrollo de Silicon Valley, de los cuales emergieron algunas de las primeras startups de la época.

Conociendo esta historia, mi pregunta, que está estrechamente vinculada con el mandato del Estado de crear ecosistemas de cambio masivo positivo para sus sociedades y garantizar que sus ciudadanos tengan acceso a servicios y bienes públicos de calidad, es: ¿por qué estamos rezagados a la hora de seguir experimentando como Estado? ¿Y qué podemos hacer para cumplir con nuestra responsabilidad constitucional? Se nos ha olvidado que somos pioneros, que creamos toda la tecnología requerida para la exploración espacial de los 50, la infraestructura para el internet, el sistema satelital que permite la operación del GPS, y más de mil innovaciones que desde 1958 usamos en nuestro día a día.

No creemos que este rezago se deba únicamente al olvido, sino también al hecho de que le hemos dado espacio al sector privado para que se apropie de innovaciones que, siendo originadas en el sector público, no queremos asumir o responsabilizarnos como Estado, por temor a fracasar públicamente.

Una ilustración de esto puede observarse en la reutilización de cohetes espaciales por la empresa privada de tecnología aeroespacial, SpaceX. Parte del éxito de SpaceX radica en su capacidad para realizar muchas más misiones que la NASA, lanzando cohetes casi cada mes, e incluso dos veces por mes. La investigación inicial sobre cómo lanzar, regresar y aterrizar un cohete (reduciendo dramáticamente el costo de fabricación y prueba de cada misión espacial) le tomó a la NASA más de 20 años. No obstante, la agencia espacial no se sintió con la capacidad ni con el respaldo de la opinión pública para poder realizar este tipo de



experimentación de manera abierta, investigación que sí ha aprovechado y monetizado SpaceX.

Los experimentos que estamos llevando a cabo en la intersección de tecnología y políticas públicas, para que más personas tengan acceso a bienes y servicios fundamentales y universales no se limitan a los grandes ejemplos que acabo de describir. También tenemos referencias más recientes, como el caso de Matternet, un sistema de transporte de carga totalmente automatizado mediante drones. Estos drones son operados desde estaciones terrestres robotizadas, que protegen a las personas al evitar la interacción directa con el dron. La innovadora infraestructura, que tiene un costo considerablemente menor al de la construcción de infraestructura tradicional, se ha utilizado en África junto a UNICEF para transportar medicamentos y suministros para combatir el VIH/SIDA; en Papúa Nueva Guinea, en colaboración con Médicos Sin Fronteras, ganadores del Premio Nobel de la Paz; en Alemania, Suiza y Estados Unidos, para mover insumos de salud; y también aquí, en la República Dominicana, para conectar el sistema público de salud en zonas de difícil acceso.

Otro experimento reciente es el proyecto de GLASS, que busca conectar a los mayores compradores del mundo, que son los gobiernos y las entidades del sector público, con los generadores del sustento de la economía de nuestros países, que son las micro, pequeñas y medianas empresas. Conectar el 30 % de nuestros presupuestos nacionales con la base de nuestras economías es un deber económico natural, ya que estas empresas son las principales generadoras de empleo, y las que más contribuyen a la diversidad y sostenibilidad de nuestras comunidades.

Para mí, la creación y constitución de cosas nuevas no es tan diferente, ya sean realizadas desde el sector público o privado, desde industrias tradicionales o sectores emergentes. Es lo que he experimentado trabajando directamente en el establecimiento de este primer Tribunal Constitucional en el 2012; en la promulgación de la primera Ley Federal de Drones en Estados Unidos, en 2016, en colaboración con la Casa Blanca, la NASA, la FAA y el Congreso americano; en el establecimiento de la primera red de drones para transporte del mundo, en Suiza, en el 2017; en la articulación de la primera asociación público-privada para el despliegue de los sistemas de transporte Hyperloop, en el 2018, y en el desarrollo de la primera infraestructura digital para compras públicas menores, permitiendo a los gobiernos invertir nuestros fondos públicos de manera ágil, directa-



mente donde nos interesa crear impacto, y acorde a la ley, facilitando la introducción a los mercados gubernamentales de más de 400 millones de pequeños negocios a nivel global.

Todo esto implica crear, desde diferentes perspectivas y con las herramientas a nuestro alcance, teniendo en cuenta a qué aspiramos. Para lograr el tipo de disrupción que creamos desde Silicon Valley, necesitamos a muchas personas involucradas en las mesas de construcción del futuro y de toma de decisiones.

Cuando hablamos de crear soluciones para todos, de potenciar plataformas globales que funcionen para “el resto de nosotros”, o el 99 %, esto implica contar con una gran diversidad de voces y perspectivas. Tenemos que traer a todas esas personas a las mesas de convergencia, y no esperar que los abogados hablen como ingenieros, o los diseñadores de experiencia piensen como economistas. Necesitamos esa pluralidad para fomentar el pensamiento disruptivo, diferente y culturalmente enriquecedor, que nos permita construir sobre las ideas de los demás y explorar alternativas que no necesariamente tienen sentido en su versión inicial (porque como decimos en Silicon Valley, la primera versión de una idea raramente es la mejor versión de la misma).

Por eso, cuando las personas proponen nuevos modelos o sistemas, que es lo que estamos tratando de promover para el sector público, desde Silicon Valley, potenciamos el “sí, y”, nos preguntamos cómo podemos ayudar, cómo se puede hacer, a quién buscar y quién falta traer a la mesa para que algo pase. Creo que esto también forma parte del ADN de lo que ha construido este Tribunal Constitucional, esa cultura de imaginar lo que no existe y de empoderar a sus colaboradores a formarse, a hacer preguntas, repensar procesos e ir a buscar mejores respuestas para beneficio de todos los dominicanos.

Lo interesante es que con este pensamiento exponencial y disruptivo aplicado al sector público, podemos posicionar a las economías emergentes al frente del cambio que nuestras sociedades necesitan hoy. Silicon Valley está saturado, creando tecnología solo para el 1 % de la población. Todos tenemos un teléfono súper-inteligente en nuestros bolsillos, y no necesitamos la versión 15, 16 o 17 del mismo.

Lo que sí necesitamos resolver, de manera definitiva y con soluciones categóricas, son los problemas que el 99 % de nosotros enfrentamos en cuanto al acceso a servicios de salud oportunos, buena educación, sistemas



sanitarios, seguridad alimentaria y otros. Como les digo a mis estudiantes en Stanford, que vienen de países emergentes, ellos ya tienen un doctorado en resolver problemas, porque crecieron observando y abordando esas problemáticas en su cotidianidad. Ese *know-how* no se lo va a dar Stanford. Stanford les dará la capacidad de aprender a crear modelos de negocios sostenibles, donde podamos generar riqueza para todos y llevarla a donde siempre debió estar, o donde hace tiempo debió llegar.

Un último aspecto interesante de Silicon Valley, que quiero destacar hoy, es que allí se ejecuta en gran medida una meritocracia basada en lo tangible. No importa de dónde vengas o quién eres, sino qué has construido, cómo has aplicado lo que has aprendido, y a quién le has cambiado la vida con tu trabajo. La oportunidad que veo al hacernos este tipo de preguntas es la de crear trayectorias hacia futuros más deseables, inclusivos y prósperos.

Creo que se necesita mucha más experimentación e invención en el sector público para dejar de elegir entre enfocarnos en Silicon Valley o en el resto del mundo; entre la tecnología o el gobierno; entre el futuro o el pasado; entre el progreso o el *statu quo*. Nuestra misión, desde Silicon Valley, es construir para cerrar estas brechas. Los empresarios que estamos allá buscamos redefinir la naturaleza de lo público, de lo que atañe a todos, y sabemos que podemos lograrlo a través del impulso de las tecnologías exponenciales, potenciando la realidad virtual aumentada, el *Blockchain* o cadenas de bloque de datos, los entornos regulatorios controlados y las herramientas digitales para mejorar la calidad de vida y el acceso a oportunidades por parte de todos.

Finalizo agradeciendo al Tribunal Constitucional por permitirme “conectar los puntos”, como decía el fundador y pionero detrás de *Apple*, Steve Jobs. Los puntos no se conectan hacia adelante, sino hacia atrás, y creo que aquí, con todo este conocimiento, recursos y talento humano, podemos mirar todo lo que se ha materializado en los últimos 11 años, y ahora enfocarnos en generar una hoja de ruta fértil, que nos permita experimentar más a menudo, invertir más decididamente y asumir más riesgos que beneficien a toda nuestra gente.

Así, el Tribunal Constitucional y la Justicia Constitucional seguirán a la vanguardia de siempre, hacer ejecutar la voluntad colectiva y suprema del soberano, y de hacer Constitución.

Con esto concluyo. Muchas gracias.



Dr. Eduardo Jorge Prats

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Magna cum laude, Santiago, 1987. Maestría en Relaciones Internacionales con concentración en Derechos Humanos, New School for Social Research (en la actualidad, New School University), New York, 1991. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia / PUCMM (2017-actual). Consultor Jurídico del Banco Central (2000-2003). Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho de la Regulación Económica y Derecho Financiero de la PUCMM, a nivel de pregrado y posgrado. Entre sus publicaciones más notables se encuentran: el manual “Derecho Constitucional: volúmenes I y II” y “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales”. Es director general de la firma Jorge Prats, Abogados & Consultores. Es presidente del Centro de Estudios de Derecho Público y de la Regulación Económico-Financiera (CEDEPREF) y del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional.

DR. EDUARDO JORGE PRATS

El modelo de Constitución económica de la República Dominicana

Por múltiples razones, la reforma constitucional de 2010 supuso para la República Dominicana una decisión fundamental. De un lado, porque implicó la transformación del tren institucional, fruto de la creación de órganos inéditos en la historia política del país. De otro lado, porque trajo consigo la constitucionalización de los instrumentos de defensa y garantía del orden público y los derechos individuales, entre ellos los distintos procesos y procedimientos constitucionales. Hay, empero, otra razón esencial, absolutamente clave para calibrar en su justa medida la trascendencia de aquel momento constitucional: el relanzamiento de la Constitución frente a las decisiones fundamentales que —se pensó desde las revoluciones burguesas del siglo XVIII— pertenecen al reino de la sociedad. Aun manteniéndose la separación entre Estado y sociedad (herencia directa de aquellos procesos revolucionarios), la Constitución es hoy un instrumento de dirección social.

La anterior no es, naturalmente, una afirmación menor. La Constitución dominicana de 2010 rompe con cierta tendencia política a mantener la sociedad “fuera” de la constitucionalización de los procesos políticos. Por eso se habló en su momento de una “resistencia radical de la sociedad a su constitucionalización”¹: porque, aun tratándose de conceptos fronterizos (*Estado y sociedad*), se creía procedente mantener una celosa distinción entre *sociedad civil* y *sociedad política*, por pensarse que aquella respondía a estímulos propios y dinámicas que le son

1 PÉREZ ROYO (Javier) *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 186.



inherentes y que nunca podrían ser captadas de forma efectiva por las decisiones fundamentales adoptadas con respecto a los procesos políticos. Así, la *sociedad civil*, que no “necesitaba” constitucionalización, operaba un tanto al margen de la constitucionalización de las dinámicas de poder y gobierno, efectivamente permeadas estas últimas por el contenido del texto constitucional.

La reforma quebró todo esto porque, aun manteniendo como punto de partida la separación entre *Estado* y *sociedad*, consigna expresamente decisiones sociales fundamentales, incidiendo así (casi con similar intensidad, pero con idéntica pretensión dirigente) sobre la vida en sociedad, y no solo sobre los fenómenos estrictamente políticos. Ello es ostensible no solo en la proclamación en el Preámbulo de unos valores supremos y unos principios fundamentales que se consideran factores esenciales de la cohesión social, sino también en el articulado mismo de la Constitución, el cual contiene la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 7); el establecimiento de la función esencial del Estado alrededor de la protección efectiva de los derechos fundamentales, la dignidad humana y el perfeccionamiento igualitario, equitativo y progresivo de la persona (artículo 8); la consagración del deber del Estado de promover la igualdad real y efectiva de las personas (artículo 39.3); la constitucionalización de un amplio y detallado catálogo de derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, conjuntamente con las políticas que deben ser desplegadas desde el Estado y los grupos sociales para hacerlos realidad efectiva; y la dedicación de todo un Título (el XI) al régimen económico, el cual debe estar orientado “hacia la búsqueda del desarrollo humano” (artículo 217).

Es justamente sobre esto último, es decir, sobre la Constitución económica en el paradigma dominicano que se me ha convocado a este magno evento, por cuya realización felicito a los organizadores, agradeciendo profundamente, de paso, la cordial invitación que se me externó en su momento. Así pues, sobre la temática que me concierne propongo una exploración que pasa por considerar (I) el concepto de Constitución económica; (II) la concreción de la Constitución económica en el caso de la República Dominicana; (III) el rol constitucional del Estado dominicano en la economía; (IV) el régimen monetario y financiero; (V) el régimen presupuestario; (VI) el régimen de la deuda pública, la planificación y la tributación; (VII) las posibilidades de la



Constitución económica en el ámbito supranacional e internacional; y (VIII) la Constitución económica desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional².

Cierro esta breve introducción con una consideración sobre el artículo 7 constitucional y su conexión con la transformación del concepto *Constitución* entre nosotros. Según me parece, el tránsito hacia ese nuevo concepto —decididamente orientado hacia una concepción plenamente normativa, que condensa en aquel texto fundamental un amplio catálogo de derechos individuales y programas sociales, y que ata su garantía a una batería de mecanismos jurisdiccionales a cuyo cargo queda una justicia constitucional “social”—, no solo es fruto de una tendencia regional (que evidencia que América Latina avanza paulatinamente desde constituciones sociales simbólicas a *constituciones sociales realmente efectivas*), sino que además pone de manifiesto una alteración sustancial en la relación entre la política y el Derecho, siendo que este ya no está subordinado a la política, como si fuera de ella un mero instrumento, sino que es la política la que se convierte en instrumento de actuación del Derecho, subordinada a dos clases de vínculos, enraizados directamente en los principios constitucionales: vínculos *negativos*, generados por las libertades “clásicas” en tanto espacios de no-intervención estatal; y los *positivos*, prohijados por los derechos sociales que deben ser atendidos y tutelados activamente por el Estado³.

Lo anterior sirve de justa antesala a los puntos que aquí se abordan. Y es que la Constitución no es indiferente a la pobreza, la injusticia y la desigualdad. De hecho, es por ello por lo que está cargada de programas de acción a cargo del Estado. Así, nuestro panorama es uno en el que las relaciones entre sociedad y Estado, una vez integradas al *modelo de Constitución dirigente del Estado Social y Democrático de Derecho*, quedan caracterizadas por un hecho fundamental: que, si bien la sociedad no queda totalmente constitucionalizada —como en los regímenes comunistas—, la Constitución sí establece los principios y las garantías que permitan asegurar, no solo las libertades de las personas frente a las intrusiones del

2 De estos temas me ocupo detalladamente en mi libro *Derecho constitucional*, 2ª ed., Santo Domingo, Iusnovum, 2012), pp. 649-715.

3 Sobre esto, cfr. FERRAJOLI (Luigi), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011). Vid. también: FERRAJOLI (Luigi), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2013.



Estado, sino también los derechos a prestaciones del Estado que posibiliten a los individuos obtener un status mínimo de satisfacción de sus necesidades personales y básicas.

I. Concepto de Constitución económica

A. Desarrollo histórico

No es un dato casual que las Constituciones liberales del siglo XIX tenían por objeto fundamental la regulación del Estado, y no de la sociedad. Estos textos trataban, sobre todo, de organizar el poder político a través de la configuración de las instituciones estatales que lo desempeñaban y la atribución a ellas de determinadas competencias. Por eso se les denominó, en su momento, “Constituciones políticas”: sus pretensiones no iban más allá de regular el sistema político, relegando al plano extrajurídico (o extraconstitucional) el sistema social y todos sus pormenores.

El pensamiento constitucional dio un giro copernicano en este sentido a partir de la segunda década del siglo XX. Si bien las constituciones anteriores se ocupaban de lo social o de lo económico (al consagrar la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada, proclamaban un sistema económico concreto), no regulaban propiamente un régimen económico concreto. Lo característico de los sistemas económicos así postulados era, precisamente, su capacidad de “*autorregulación*” a través de la “mano invisible” de la que habló Adam Smith.

Fue con la Constitución de Weimar, de 1919, que apareció por vez primera el concepto *Constitución económica* para la teoría constitucional. Se dio de manera precisa en el proceso de discusión, aprobación y aplicación de aquella constitución, proceso que a su vez plasmó la reacción frente a la Revolución rusa de 1917, que sustituyó la propiedad privada por la propiedad colectiva y la economía de libre mercado por la economía dirigida por un aparato de planificación. En aquel momento se trató de definir un *núcleo económico indisponible*⁴, dentro de la Constitución política, que salvaguardase la política económica en caso de un eventual triunfo electoral de las fuerzas

4 Cfr. JORGE PRATS, *Derecho constitucional*, 2ª ed., cit., p. 650.

comunistas. Aquella pretensión de indisponibilidad de lo económico frente a lo político y lo electoral plasmó una lucha superior: la de la defensa del modelo de sociedad derivado del nuevo Estado constitucional frente a sus posibles desnaturalizaciones ante el avance de las fuerzas reaccionarias identificadas con lo que por entonces se entendía por socialismo⁵.

En este contexto, es un lugar común en la doctrina especializada identificar cinco “modelos” de Constitución económica. Estos son:

- ***La Constitución económica liberal.*** En este modelo, la Constitución no regula un sistema económico, sino que lo proclama a partir de la protección de la propiedad privada y la libertad de empresa, piedras angulares del sistema económico capitalista. El cúmulo de estos rasgos, aunado a la realidad política occidental, dio paso a una Constitución económica marcada por cierto “intervencionismo administrativo”: un sistema económico concretado *materialmente* por intervenciones estatales puntuales, “sin referencias a un constitucionalismo de principios informadores en el orden económico y social”⁶.
- ***La Constitución económica marxista-leninista.*** La Constitución soviética refleja el balance de la lucha entre el capitalismo y la estatalización propuesta por el socialismo, declara los logros alcanzados y las progresivas transformaciones registradas por la sociedad socialista en construcción y enuncia las metas futuras. Se trata de una Constitución meramente simbólica, cuya última reforma declaró que, “cumplidas las tareas de la dictadura del proletariado, el Estado soviético se ha convertido en Estado de todo el pueblo y cobra mayor significación aun el papel dirigente del Partido Comunista”. Esa Constitución, que sirvió de modelo a todas las Constituciones de países socialistas –incluyendo al último vestigio de dicho sistema, Cuba—, desaparecería en 1991 y, con ella, toda la parafernalia de conceptos extraídos de la doctrina del materialismo histórico.

5 Vid. PÉREZ ROYO, p. 197.

6 BASSOLS COMA (Martín), *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 26.



- ***La Constitución económica de Querétaro y Weimar.*** Las constituciones de México (1917) y de Weimar (1918) consagran los derechos económicos y sociales, instituyendo garantías sociales a favor de los obreros, tales como condiciones mínimas de trabajo, derecho de sindicación y a la seguridad social. Su gran aporte fue enterrar el mito de que era imposible conciliar jurídicamente el capital y el trabajo, los derechos del burgués y los derechos del trabajador. Constituyen, así, el primer paso hacia la configuración del constitucionalismo económico flexible propio del *Estado social*.
- ***La Constitución económica fascista.*** El modelo fascista de Constitución económica parte de una rígida estructuración del sistema económico, de la concepción de la economía como una “unidad de producción nacional”, del control político y sindical del proceso productivo, de la elaboración de una teoría justificativa del nuevo orden económico —la economía corporativa—, y de una nueva concepción de la empresa y del trabajo.
- ***La Constitución económica del Estado Social y Democrático de Derecho.*** La Gran Depresión de 1929 y la subsiguiente crisis económica, afectaron drásticamente a las principales democracias de entonces (Inglaterra, Estados Unidos y Francia). De manera paradójica, aquella afectación no condujo a reformas constitucionales formales. El *New Deal*, en todo caso, implicó en los Estados Unidos una verdadera revolución constitucional, en la medida en que la Suprema Corte de Justicia se vio obligada a admitir la constitucionalidad de la intervención del Estado en la economía. Surge así el *Welfare State*, o Estado de Bienestar, que jurídicamente se configura como un “Estado social y democrático de Derecho”, y económicamente, como un Estado de economía mixta⁷.

7 Cfr. BASSOLS COMA, *cit.*, p. 41.

B. Aterrizaje conceptual

Hoy, conciliado 1789 y 1917 en el *constitucionalismo social* y en la construcción del Estado Social y Democrático de Derecho, y desaparecida la amenaza comunista, el término “Constitución económica” adopta un perfil meramente descriptivo. En la actualidad, se puede afirmar que la Constitución económica no es más que el conjunto de normas constitucionales “destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”, definición rastreable, vale decir, hasta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional de España⁸; o bien —como ha juzgado la Corte Constitucional colombiana—aquellas disposiciones sustantivas que perfilan “el orden económico”⁹, que “definen los principios fundamentales sobre los cuales descansa la actividad económica del Estado y de los particulares”¹⁰, y que “ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva”¹¹.

Importa precisar que esta concreción conceptual no es del todo pacífica. En efecto, se ha sostenido que, en realidad, aquellas concepciones, si bien captan de buena forma los componentes dogmáticos y orgánicos del concepto —vinculándolos así con las libertades económicas, los derechos individuales, las competencias que cristalizan la intervención estatal en la economía y la hacienda pública—, incurren en una falla lógica en la medida en que “se fundamentan en una definición tautológica de Constitución económica, explicando la noción explorada de Constitución con la noción misma”¹². Y así, se postula un camino distinto:

Por el contrario, mediante la definición de lo que es “economía” resulta posible reconstruir la noción de Constitución económica como el conjunto de bienes constitucionales asociados con la ordenación (principios, mercado, intervención) de los procesos productivos de bienes y servicios públicos

8 España, Tribunal Constitucional, sentencia STC 1/1982 del 28 de enero, FJ 1.

9 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-713 del 25 de noviembre de 1998.

10 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-288 del 18 de abril de 2012.

11 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-592 del 25 de julio de 2012.

12 CORREA HENAO (Magdalena), “El orden económico constitucional”, en Magdalena Correa, Néstor Osuna y Gonzalo Ramírez, *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), pp. 631-724, en p. 634.



y privados que debe adelantar toda sociedad organizada (libertades económicas, derechos, deberes, garantías, instituciones, competencias, controles) para atender las necesidades individuales y sociales de diversa índole (libertades públicas, derechos individuales, derechos sociales, culturales y ambientales), en un marco de escasez de recursos disponibles (derechos ambientales, deberes, intervención pública). Es decir, que con la Constitución económica se definen las normas superiores que delimitan la economía privada y pública, a fin de que en la forma en que se produce, se satisfacen necesidades e intereses y se distribuye la riqueza escasa, siendo compatibles con los restantes principios del Estado constitucional¹³.

Lo fundamental, en todo caso, es que el paradigma dominicano perfigura una Constitución económica específica. No reproduce “un esquema de neutralidad o abstencionismo económico”¹⁴; muy por el contrario, se inclina con suma decisión hacia un sistema económico y productivo concreto. Y aquel modelo es, sin más, el que se desprende de los presupuestos básicos y los elementos nucleares de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, expresamente establecida por el artículo 7 constitucional.

II. Especificidades del paradigma dominicano

A. La Constitución económica en la reforma de 2010

Como es claro, con la reforma de 2010, la Constitución económica dominicana se enmarca dentro del modelo típico del *Estado social*. Sus pronunciamientos expresos en la materia son relativamente novedosos en nuestra historia constitucional, tomando en cuenta que pronunciamientos similares comienzan a proliferar en los textos constitucionales sancionados durante la Era de Trujillo (1930-1961)¹⁵. El constituyente amplió

13 CORREA HENAO, p. 634.

14 HERNÁNDEZ PARDO (Raúl), “Régimen económico”, en Pedro González-Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla, *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, tomo II (Madrid: La Ley, 2012), pp. 1129-1142, en p. 1131.

15 Régimen que, como es sabido, consolida una legislación social y laboral al influjo del constitucionalismo social latinoamericano de la década de los 40. Vale decir que aquellas normas constitucionales atinentes a lo económico son similares al tipo de declaraciones generales o de *principios de conformación del orden socioeconómico* propias de las constituciones europeas posteriores a la Segunda



el ámbito tradicional de su contenido, sin limitarse a la consagración de normas atinentes al proceso político e integrando proyectos de reforma del orden socioeconómico, reglas y principios llamados a orientar la acción estatal, y funciones y deberes que han de ser cumplidos por los dominicanos. Nuestra Constitución —como diría Karl Loewenstein¹⁶— tiende a ser “ideológico-pragmática”, y no “utilitaria” o ideológicamente neutral. Además de *política*, es también Constitución *económica y social*.

La gran ventaja del *nuevo constitucionalismo económico* que nuestro texto plasma es que, al concebirse los preceptos constitucionales como cláusulas abiertas y expansivas que, en última instancia son desarrolladas o actualizadas por el legislador o por la Administración, la Constitución económica adquiere una gran elasticidad, lo que permite a los gobernantes una mayor flexibilidad en la gestión económica, desarrollando políticas al amparo de los recursos presupuestarios disponibles para conseguir los objetivos sociales previstos en la Constitución. Eso no significa que la Constitución deje de ser una norma *dirigente*, que imponga deberes de acción legislativa y administrativa —como ocurre, por ejemplo, con la obligación del Estado de promover “las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género” (artículo 39.4)—, ni que no se puedan deducir consecuencias en el plano jurisdiccional de la omisión por parte del Estado de las tareas constitucionales que se le imponen —en virtud de, entre otras, la cláusula del Estado social (artículo 7)—.

B. El sistema constitucionalizado: la economía social de mercado

Según lo dicho anteriormente, la Constitución económica dominicana no es “neutral”. A diferencia (por ejemplo) del modelo alemán instaurado a partir de la Ley fundamental de Bonn, la Constitución de 2010 contiene cláusulas expresas que establecen el marco jurídico esencial de la ordenación de la economía. Junto a los clásicos derechos individuales, consagra un catálogo de derechos sociales, económicos y culturales. Al proteger la

Guerra Mundial y de las constituciones latinoamericanas de las últimas dos décadas del siglo XX, representativas del modelo del Estado Social, en donde el Estado asume un papel protagónico en la consecución de una serie de objetivos y fines socioeconómicos y de realización de derechos sociales.

16 Cfr. LOEWENSTEIN (Karl), *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.



libertad de empresa y el derecho de propiedad, la Constitución postula un determinado sistema económico, la *economía de mercado*, paradigma que, en conjunción con la cláusula del Estado social y el reconocimiento de los derechos sociales, configura un sistema socioeconómico intermedio entre la *economía de libre mercado* —el Estado como simple garante del funcionamiento libre de los mercados— y la *economía interventora* —el Estado como el más activo y principal empresario—.

Tomando en cuenta lo establecido en los artículos 50.1, 217, 218, 219 y 222 de la Constitución, es dable afirmar que el sistema económico constitucional vigente en la República Dominicana tiene rasgos propios de una economía de mercado en donde, si el Estado interviene, lo hace solo para fomentar la libre iniciativa y la libre competencia. Pero al habilitar al Estado a ejercer la actividad empresarial “con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional” (artículo 219), el sistema económico se orienta hacia un sistema interventor, en donde el Estado ejerce un importante rol empresarial. Este rol empresarial se ejerce “bajo el principio de subsidiaridad” (artículo 219), inherente a la *economía social de mercado*, conforme al cual el Estado actúa como empresario solo cuando resultan insuficientes o insatisfactorios los mecanismos espontáneos y autorregulatorios del mercado.

Ahora bien, ¿en qué consiste la *economía social de mercado*? En términos básicos, lo que postula este particular modelo es la libre competencia, en tanto mecanismo más efectivo para asegurar el bienestar de todos, admitiendo a la vez la intervención del Estado en determinadas materias económicas y sociales¹⁷. En el sistema de economía social de mercado, la intervención del Estado en la economía es admitida en la medida en que propicie el funcionamiento sin obstáculos del mercado, respete el mecanismo de formación de precios, asegure la estabilidad económica y evite que la dirección del proceso económico se traslade al Estado. De ahí, por ejemplo, que el artículo 50.2 establezca que “el Estado podrá dictar medidas para regular la economía y promover planes nacionales de competitividad e impulsar el desarrollo integral del país”. Y es que, en puridad, el Estado solo debe intervenir con miras a un adecuado funcionamiento

17 Cfr. GARCÍA PELAYO (Manuel), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, p. 354.



de la economía, esto es, para la promoción de la competitividad y para impulsar el desarrollo nacional.

Lo anterior no quiere decir que el Estado no pueda actuar “en favor de la protección de otros intereses constitucionalmente legítimos y coherentes con la economía de mercado y el Estado social de derecho, como los del medio ambiente o, en general, de los derechos colectivos”¹⁸. A fin de cuentas, la economía social de mercado no es más que “una economía de mercado con limitaciones, esto es, acomodada a las exigencias del Estado social”¹⁹. Así, no procede concebir la Constitución económica dominicana como un modelo “ordoliberal” o “neoliberal”, en el que únicamente son admisibles las políticas que protegen la competencia y que son conformes con el mercado. Más bien, al contrario: la Constitución admite intervenciones estatales, tales como la seguridad social (artículo 60) y la planificación (artículos 241 y 242), impensables para los neoliberales alemanes. Por ello, para entender el sistema económico constitucional se requiere leer sistemáticamente la Constitución, partiendo de la premisa de que ni la economía de mercado puede conceptuarse al margen de la cláusula del Estado social, ni este último puede configurarse ignorando las libertades económicas protegidas por el sistema constitucionalizado.

En conexión con lo anterior, el significado del Estado social de Derecho no puede trazarse previa negación de la libertad económica, la libre competencia o el derecho a la propiedad, o bien de espaldas a la necesaria protección de los derechos de los trabajadores, la seguridad social y la salud, el medio ambiente, la dignidad humana y el bienestar colectivo. Tampoco es que el Estado esté habilitado para actuar empresarialmente, en violación del principio de subsidiaridad, o en detrimento de la libre competencia. La lectura sistemática de la Constitución conduce a la *interpretación social de las libertades económicas* y a la *correlativa interpretación de los derechos sociales en clave de economía de mercado*. ¿Qué significa esto? Desde los artículos 51, 63.12 y 222 (por ejemplo), se construye la respuesta: el sistema económico constitucionalizado hace posible la “conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en

18 CORREA HENAO (Magdalena), *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 137.

19 ARAGÓN (Manuel), *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Gill, 1995, p. 9.



la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (...), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía (...)”, pues, a fin de cuentas, la economía social de mercado postula que “las reglas de la oferta y de la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la nación”²⁰; o, lo que es lo mismo, al servicio del “desarrollo humano”, a cuya búsqueda debe orientarse siempre el sistema económico, como manda la Constitución en el artículo 217.

C. La “flexibilidad” de la Constitución económica en el modelo dominicano

Si bien el constituyente no fue —ni pretendió ser— neutral al desarrollar la Constitución económica, también es claro que no se ha constitucionalizado un modelo económico “fijo”. Según se ha juzgado en otra parte, “mal podría un texto —que pregona como fundamental el principio de la democracia— constitucionalizar un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias”²¹. Por ello, siempre y cuando se descarten los dos sistemas económicos constitucionalmente prohibidos (la *economía de libre mercado* y la *economía socialista*), el legislador dispone de un amplísimo margen para configurar diversos modelos económicos alternativos. Por ello, es dable afirmar que la Constitución, además de neutral, es flexible.

Las normas constitucionales tienden a ser “dúctiles”²², y el régimen económico no es la excepción. Dentro del sistema de economía social de mercado, la Constitución ampara la más diversa gama de modelos, teóricos y prácticos, ensayados o no, inspirados tanto en los postulados del capitalismo contemporáneo como en los del socialismo democrático. Esta comunicación entre Derecho y economía es lo que explica el carácter abierto de las regulaciones económicas, la posibilidad de desarrollos diversos, de

20 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004.

21 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-074 del 25 de febrero de 1993.

22 Cfr. ZAGREBELSKY (Gustavo), *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.



manera que a una misma Constitución económica puedan corresponder materializaciones distintas.

Es entonces, en el sentido de flexibilidad constitucional, propiciadora de la posibilidad de diversos modelos económicos, todos constitucionalmente legítimos, y no en el de ausencia de un sistema económico consagrado y garantizado por la Constitución, que debe ser entendida la “neutralidad” de la Constitución económica. Conforme a esta óptica, las normas que informan la Constitución económica “actúan como garantes de una *economía social de mercado*, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una ‘base neutral’ que deja abiertas distintas posibilidades al legislador, del cual solo se pretende que observe los límites constitucionales”²³.

Así pues, que la Constitución admita la posibilidad de varios modelos económicos no significa que esta sea “un texto neutro, que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, además de operar conforme a los valores y principios que la Carta consagra y procurar la plena realización de los derechos fundamentales”²⁴. La Constitución económica es flexible porque, dentro del sistema económico constitucionalizado, tolera el despliegue de diversos modelos económicos. Sin embargo, hay modelos económicos que, bien porque vulneran los pilares de la economía social de mercado, o bien porque atentan contra los cimientos del Estado social y los derechos fundamentales, están claramente prohibidos.

D. Los pilares de la Constitución económica

La *economía de mercado* configura el marco económico *stricto sensu* de la Constitución económica, mientras que la cláusula del Estado social prefigura el marco sociopolítico del sistema constitucionalizado²⁵. Ambos

23 Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia CSJ/CP del 15 de diciembre de 1998.

24 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993.

25 Cfr. DE JUAN (César), *La Constitución económica española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.



marcos (económico, de un lado; sociopolítico, del otro) carecerían de efectividad real sin los mecanismos de garantía y tutela que provee el propio ordenamiento jurídico. Así que, bien vista, la Constitución económica en la República Dominicana se afinsa en tres pilares esenciales: **(i)** el *pilar libertario*, que da cuerpo a la economía de mercado; **(ii)** el *pilar igualitario*, que cristaliza la cláusula del Estado social; y **(iii)** el *pilar garantista*, que informa el Estado de Derecho.

- ***La economía de mercado: el pilar libertario de la Constitución económica.*** La economía de mercado es el primer principio estructural de la Constitución económica, sobre el cual descansan la totalidad de las cláusulas constitucionales de ordenación de la economía al interior del Estado. Ésta se colige claramente desde el reconocimiento del derecho a la propiedad y al trabajo como derecho de libertad y como deber, hasta la declaración de la iniciativa privada como libre y el establecimiento de la libre competencia como derecho y como principio rector del sistema económico.

La consagración constitucional de la economía social de mercado conlleva a conceptualizar el mercado como “una *garantía institucional* que ha de ser respetada por el legislador y el resto de los poderes públicos”²⁶. Su reconocimiento por el constituyente acarrea, además, la disponibilidad de una serie de derechos “propios” de la economía de mercado. El modelo implica, dicho de otra manera, un catálogo concreto de libertades: la libre empresa o libre iniciativa privada, “como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa”; “la libertad de organización de los factores de producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre”, o sea, un ámbito legítimo “para la satisfacción del interés material propio”; y, finalmente, el establecimiento de instrumentos de intervención del Estado “que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas”²⁷.

26 ARAGÓN, p. 9.

27 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997.



Así pues, la economía de mercado, fundada en el principio de la libertad económica derivada de la libertad de empresa, mantiene en todo momento el componente libertario que la caracteriza y que se soporta, no solo en el instituto del mercado, sino también en el *principio general de libertad*, en virtud del cual todo lo que no está legalmente prohibido, está permitido, y la ley solo puede prohibir lo que no es justo o útil (artículo 40.15 constitucional), y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 43), de los cuales la libertad económica no es más que concreción específica. En todo caso, esta libertad económica es, como todo derecho fundamental, limitada, “tanto por las exigencias sociales del Estado social como por las exigencias generales de la economía nacional”²⁸.

Debe quedar claro que la emergencia, consolidación y expansión de la economía de mercado están ligadas a la creación y mantenimiento de un mercado común que facilite el comercio entre países, regiones y ciudades. Por ello, y aunque no está expresamente formulada en la Constitución dominicana, la *unidad de mercado*, en tanto elemento fundamental de la economía de mercado, se deriva con facilidad de la interpretación conjunta de los artículos 7, 46, 50, 200 y 229 de la Constitución dominicana. En efecto, para el constituyente es claro que (a) debe existir un solo mercado en el territorio nacional, (b) el comercio nacional debe estar sujeto a una reglamentación jurídica homogénea y vinculado a un único instrumento monetario, (c) el tráfico interior debe estar libre de gravámenes, y (d) los tributos sobre la exportación y los demás impuestos deben ser uniformes en todo el territorio nacional. Y es que, como es sabido, la historia económica dominicana, desde la época colonial hasta la era republicana, y al igual que la de la gran mayoría de los Estados nacionales, es fundamentalmente la historia de la progresiva *integración económica nacional*.

- ***El Estado Social: el pilar igualitario de la Constitución económica.*** La fórmula política definitoria del paradigma dominicano



es la del *Estado Social y Democrático de Derecho*. El constituyente abandona, así, el modelo abstencionista de corte liberal, y asume como propio el objetivo de asegurar unas mínimos de condiciones de vida para todas las personas, así como procurar la disposición de medios que cubran las necesidades sociales, en especial de todos aquellos en situación desfavorable.

Ese *Estado social* surge de la asunción de los siguientes postulados: (i) que es función del Estado satisfacer las necesidades básicas de la sociedad y eliminar los obstáculos que impiden la igualdad efectiva entre todos; (ii) que las personas tienen derecho a un mínimo vital, deducido de su dignidad y sus necesidades personales y familiares, y de cuya efectividad ha de velar el Estado; (iii) que los poderes públicos han de cuidar a las personas y grupos que transitoria o permanentemente están en situación de inferioridad vital por causas ajenas a su voluntad (por ancianidad, desempleo o minusvalidez); y (iv) que compete al Estado procurar la mejor utilización de los bienes y servicios que los individuos no pueden gestionar por sí mismos²⁹.

El Estado queda así configurado como *agente protector* e integra a sus tradicionales funciones la política social, en su sentido más amplio. Para ello se sancionan normas de muy diversa índole, con una pretensión tanto legitimadora como orientadora y racionalizadora. Estas normas aparecen vinculadas (directa o indirectamente) con el valor y principio constitucional de *igualdad*, entendida no sólo en sentido formal, sino también en sentido material, como *igualdad real y efectiva*. Es, pues, en ese conjunto de normas donde radica el núcleo de los contenidos del Estado Social. En el límite, dicha fórmula política postula la necesidad de construir —a partir de las herramientas constitucionales disponibles— una verdadera y efectiva *garantía* de los derechos sociales³⁰.

29 Cfr. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit.

30 Los derechos sociales reproducen los principios que pretenden orientar la acción social del Estado. Vale decir que estos principios se caracterizan por ciertos rasgos: (i) disfrutan de una naturaleza marcadamente socioeconómica, reflejo de la configuración del Estado dominicano como *Estado Social de Derecho*; (ii) a diferencia de los derechos individuales, exigen de los poderes públicos una actividad de prestación, una actuación positiva y promocional; (iii) en ellos predomina su faceta

Importa señalar, en ese tenor, que los principios rectores que orientan la acción social del Estado pueden ser (i) normas directrices que establecen objetivos o fines generales de la acción estatal; o (ii) normas directrices relativas a la protección de determinados bienes de interés general. En todo caso, la Constitución también consagra una serie de derechos individuales de indiscutible contenido social. De hecho, hoy se admite crecientemente que, al igual que los derechos individuales constitucionalmente reconocidos, los derechos sociales pueden ser *exigidos judicialmente* al Estado. Dichos derechos sociales, tan fundamentales como los derechos civiles y políticos, condicionan y moldean sin lugar a dudas la economía social de mercado tanto en su vertiente objetiva como en el lado subjetivo de las libertades económicas que le sirven de sustento.

En síntesis, la trascendencia del Estado Social es más visible en el plano de la Constitución económica que en el resto de los demás ámbitos constitucionales. Ello así porque la igualdad material que el Estado Social reclama —en contraste con la igualdad formal del Estado de Derecho, que se satisface con una mera decisión política— exige *decisiones económicas fundamentales* que implican, no solo gastos públicos dirigidos a promover la igualdad, sino también la afectación de actividades económicas públicas o privadas. Y así, “a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la *igualdad material* es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el

institucional y objetiva; (iv) no gozan de un carácter homogéneo, de modo que, mientras algunos preceptos se refieren a auténticos derechos, otros en cambio se incardinan en simples principios, aunque todos disfrutan de una naturaleza normativa; (v) una norma legal cualquiera puede ser considerada inconstitucional por omisión si no atiende el mandato a los poderes públicos, en especial al legislador, contenido en dichos principios; (vi) con independencia de su exigibilidad por vía política o de presión social participativa, en la práctica su realización no tiene necesariamente que ser en forma inmediata, exhaustiva, generalizada y a través de prestaciones *in natura*, sino que su cumplimiento puede asegurarse a través de regulaciones periódicas y escalonadas en el seno de los instrumentos de ordenación de la economía; y (vii) dependiendo de su nivel de concreción y especificidad, pueden ser invocados directamente ante los tribunales, están protegidos por la acción de amparo y tienen un contenido esencial que vincula al legislador y a la Administración, no obstante que algunos de ellos sólo devienen derechos a través de una legislación concreta de desarrollo.



fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

- ***El Estado de Derecho: el pilar garantista de la Constitución económica.*** Este último pilar se estructura sobre tres componentes fundamentales: (a) el *principio de juridicidad*, (b) el *principio de razonabilidad*, y (c) el *control de constitucionalidad de las políticas públicas*. Sobre lo primero, importa explicar ante todo que la Constitución contiene una serie de disposiciones que aseguran el *principio de juridicidad*, lo cual significa que todos los actos gubernamentales y administrativos están subordinados a las leyes y que, tanto los actos como las leyes, están subordinados y acordes con la norma fundamental: la Constitución. El respeto a este conjunto de normas que aseguran el *principio de juridicidad* es lo que establece el orden mínimo necesario para que la actividad económica y empresarial se desarrolle dentro de un ambiente de *certidumbre institucional*, que no haga temer a los agentes económicos la confiscación o expropiación forzosa de sus propiedades o el desconocimiento de derechos válidamente adquiridos al amparo de una legislación anterior, o el aniquilamiento de empresas mediante decisiones del Estado que no hayan sido tramitadas de acuerdo a las prescripciones constitucionales. Dicho llanamente: la intervención discrecional del Estado en la economía, el cambio inesperado de las reglas de juego económico, producen una *incertidumbre institucional* que deviene contraria al *principio de juridicidad*.

En ese sentido, se sabe que cualquier decisión orientada al futuro, en especial para la inversión en capital —humano o material— o en el progreso tecnológico, implica riesgos e incertidumbre. Es precisamente la capacidad empresarial para asumir estos riesgos lo que explica la preeminencia del sistema de mercado sobre el sistema de planificación centralizada. La gran diferencia entre estos riesgos normales a cargo del empresario y los *riesgos institucionales* (o sea, aquellos provocados por la inflación de normas jurídicas, el mal funcionamiento de las regulaciones, la inexistencia de un sistema judicial independiente que dirima las disputas entre el sector privado y el Estado, y la ilimitada

discrecionalidad del Estado para cambiar las reglas de juego en cualquier momento y por cualquier razón, es que estos actúan como un “peso muerto” en la economía, que reduce la inversión o, en el mejor de los casos, restringe la eventual ampliación de los efectos de la misma.

Con respecto al *principio de razonabilidad*, este principio “exige para la intervención legislativa en las libertades económicas la existencia de un motivo constitucionalmente legítimo, la idoneidad de los instrumentos de intervención elegidos, su absoluta necesidad en el sentido de la elección del medio menos gravoso, así como un equilibrio entre la trascendencia de la intervención y la utilidad obtenida, y por consiguiente, una cierta proporcionalidad en la relación de medios afines”³¹. En virtud de ello, el legislador debe dar razones capaces de justificar sus decisiones. Como se ha afirmado en otro lado, “[l]as razones del legislador han de ser, pues, coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse, es decir, susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a esos fines de los medios y las técnicas puestas en juego, su potencial aptitud, por lo tanto, para servir a los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivos. (...) Deben ser, en fin, razones conformes con las reglas de la lógica formal”³².

En cuanto al *control de constitucionalidad de las políticas públicas*, baste explicar si el Estado no quiere dejar de ser constitucional (en esencia: Estado de Derecho), los jueces no pueden rehuir su obligación de juzgar la constitucionalidad de unas políticas que constituyen en la actualidad la actividad medular del Estado. Y es que una ley dictada en el marco de una política puede ser inconstitucional, sin que aquella lo sea. Inversamente, una política, en razón de los objetivos que persigue, puede ser juzgada incompatible con las políticas constitucionales, sin que ninguna de las normas y actos que la componen sea inconstitucional.

31 PAPIER (Juan J.), “Ley Fundamental y orden económico”, en Ernesto Benda *et al*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 597.

32 FERNÁNDEZ (Tomás Ramón), *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998, p. 160.



E. Los principios rectores del orden económico

La sección I del capítulo I del título XI de la Constitución establece los principios rectores del sistema económico constitucionalizado. Se trata, en esencia, de los estándares rectores de la economía social de mercado, que se distinguen de los verdaderos regímenes económicos constitucionalizados, que a su vez no son más que la ordenación de los diferentes instrumentos a través de los cuales el Estado obtiene, gestiona y fiscaliza los recursos materiales mediante los cuales realiza los fines estatales en el ámbito de la vida económica y social. Estos principios son, como es sabido, los siguientes:

- **Desarrollo humano.** El sistema económico no puede orientarse exclusivamente hacia el desarrollo económico y la generación de riqueza. Debe, además, propender hacia el pleno progreso de la persona, a la obtención de los medios “que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social”, que es, a fin de cuentas, la función esencial del Estado (artículo 8). El centro del desarrollo al cual se orienta el sistema económico es, pues, el *ser humano*. De ahí que el sistema económico se fundamente en la redistribución de la riqueza, la justicia social y la equidad, sin olvidar que en una sociedad donde “todas las personas nacen libres” (artículo 39), es preciso asegurar la libre iniciativa de los individuos, la igualdad de oportunidades y la libre competencia.
- **Crecimiento económico.** El sistema económico se funda en el “crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante la utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico” (artículo 218). Dicho principio rector, entonces, pretende la satisfacción de las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para hacer lo propio.
- **Redistribución de la riqueza.** La creación de riqueza es norte del sistema, pues sin ella no puede hablarse de redistribución de

la riqueza, como lo hace el artículo 217 constitucional. Ella se efectúa en base a tres factores: trabajo, capital y tecnología. La importancia del trabajo (como factor en la creación de riqueza) explica el por qué aparece el trabajo como uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho, y el por qué es reconocido por la Constitución como “un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y la asistencia del Estado” (artículo 62).

- **Justicia social.** La justicia social marca la configuración del Estado dominicano como un Estado Social. Así pues, la justicia social reina allí donde el Estado promueve “las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva” y adopta “medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión” (artículo 39.3).
- **Equidad.** Un sistema económico equitativo es aquel que favorece la justicia social, la no discriminación y la igualdad de oportunidades. La equidad económica significa la adopción de medidas positivas conducentes “a prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión” (artículo 39.3 constitucional). Así, la equidad se vincula con la igualdad material, que a su vez refiere a la necesidad de un trato que tome en cuenta la situación concreta de las personas, sin la cual no es posible lograr la justicia social y dar a cada uno lo suyo, sin tomar en cuenta “otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes” (artículo 39.1).
- **Cohesión social y territorial.** Por “cohesión territorial” cabe entender la garantía del desarrollo armónico de los territorios y permitir a sus habitantes explotar la mayor parte de sus características propias. La “cohesión social”, de otro lado, busca que el desarrollo económico estreche la distancia entre los más favorecidos y los menos favorecidos, y que el mismo se despliegue de un modo armónico en todo el territorio nacional. El principio constitucional de la cohesión social y territorial implica una nueva visión de la economía y del espacio, que conduce a una



igualación de renta por persona y a una distribución equilibrada y sostenible de las actividades económicas en el territorio.

- ***Sostenibilidad ambiental.*** La sostenibilidad ambiental como fundamento del sistema económico constitucionalizado conduce a que el desarrollo humano que sirve de orientación al sistema sea, ante todo y sobre todo, un desarrollo sostenible, es decir, un desarrollo que armoniza el desarrollo económico y la protección ambiental, lo cual obliga a que la evaluación de impacto ambiental sea un eje transversal condicionante del proceso de toma de decisiones, tanto públicas como privadas. Así pues, queda constitucionalmente deslegitimado todo modelo que propugne por el crecimiento económico con base en la explotación irracional de los recursos naturales, aun cuando dicha explotación intente ser legitimada mediante el traslado de los patrones de consumo irresponsable a las masas empobrecidas, por la vía del acceso generalizado al bienestar material.
- ***Libre competencia.*** La libre competencia “constituye el elemento sustancial del sistema económico establecido. Porque la economía de mercado, para ser libre, debe ser, a la vez, concurrente, ya que solo con la competencia se asegura que el ejercicio de la iniciativa económica redundará en los resultados más eficientes y adecuados a los objetivos constitucionales”³³. Ello explica el por qué no solo se consagra la libre competencia como principio rector del orden económico (artículo 217 constitucional), sino también por qué la Constitución dispone que el Estado favorece y vela por la competencia libre y legal (artículo 50.1).
- ***Igualdad de oportunidades.*** La igualdad que interesa al Estado Social no es la igualdad formal, sino la igualdad sustancial o material, o sea, como igualdad ante situaciones materiales distintas. La igualdad de oportunidades que quiere y manda el artículo 217 es y solo puede ser una igualdad real de oportunidades, lo

33 CORREA HENAO, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, cit., p. 157.

cual “exige la equiparación de todas las personas en un mínimo exigido por la dignidad humana, para que todos puedan acceder al goce de los derechos humanos”³⁴.

- **Responsabilidad social.** No existe derecho tras el cual no se encuentre una función social. La propia Constitución es consciente de ello, pues señala que “los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un *orden de responsabilidad jurídica y moral* que obliga la conducta del hombre y la mujer en la sociedad” (artículo 75). La libertad de empresa no es la excepción: en paralelo a su dimensión subjetiva, corre su dimensión objetiva e institucional, “en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas (...) estatales (...) que ordenan la economía de mercado, y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente y organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos”³⁵.
- **Participación.** La participación como principio rector del sistema económico constitucionalizado refiere a “una participación que no es tanto una manifestación del ejercicio de la soberanía popular cuanto uno de los cauces de los que, en un Estado social, deben disponer los ciudadanos –bien individualmente, o bien a través de asociaciones u otro tipo de entidades especialmente aptas para la defensa de los denominados intereses ‘difusos’— para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afectan (...). No supone, en todo caso, una participación política en sentido estricto (...), sino más bien para oír, en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc. (...), incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa”³⁶.

34 DALLA VIA (Alberto), *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2006, p. 381.

35 España, Tribunal Constitucional, sentencia STC 208/1999 del 11 de noviembre.

36 TOLIVAR ALAS (Leopoldo), “Principio de participación”, en Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 971.



- **Solidaridad.** La solidaridad comporta un valor de tal trascendencia constitucional que el artículo 75.10 de la Constitución consagra como deber fundamental de las personas “actuar conforme al principio de *solidaridad social*, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Este principio se manifiesta en las obligaciones de los padres frente a sus hijos (artículos 55.10); en la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de hacer primar el interés superior del niño (artículo 56); en los derechos colectivos y del medio ambiente (artículos 66 y 67), denominados también “derechos de la solidaridad”, pues la responsabilidad del Estado y de las personas se extiende no solo a los conciudadanos sino también a las generaciones futuras; en el reconocimiento de la prioridad de las “asociaciones solidarias” en acceder a la propiedad accionaria de las empresas estatales (artículo 219, párrafo); y en la promoción de las iniciativas económicas populares (artículo 222).

III. El rol constitucional del Estado en la economía

En el plano económico, el rol del Estado es a la vez *subsidiario* (en cuanto a su actuación empresarial) y *activo* (en lo que concierne a su papel como regulador de la economía).

A. El rol empresarial del Estado

El Estado puede, “bajo el principio de subsidiaridad” y “por cuenta propia o en asociación con el sector privado y solidario”, ejercer la actividad empresarial “con el fin de asegurar el acceso de la población a bienes y servicios básicos y promover la economía nacional” (artículo 219). Este principio significa que “el poder público, sin dejar de velar en todo momento por la efectividad del bien común, habrá de aspirar a reducir su acción pública a lo que solo él puede hacer realmente y, por lo tanto, a la máxima plenitud de la sociedad civil mediante una adecuada articulación libre de las activas responsabilidades de los ciudadanos (...). Subsidiari-



dad exige abstención del poder público donde baste la iniciativa privada (...) [es decir,] su presencia y su acción necesaria allí donde la libertad no resulte bastante”³⁷.

El rol empresarial del Estado es, pues, subsidiario: le está vedado actuar como empresario en ámbitos donde los particulares puedan actuar eficazmente por sí solos, con su propia y libre iniciativa, y debe ceñirse exclusivamente a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o necesite ser complementada. Incluso en los ámbitos en los que el Estado se ve obligado a satisfacer necesidades de interés colectivo, mediante la declaratoria por ley de servicios públicos, este podrá prestar dichos servicios a través de particulares que actúen como concesionarios, autorizados, socios del Estado, adquirientes de la propiedad empresarial estatal o bajo cualquier modalidad contractual. Puede afirmarse, entonces, que, conforme la Constitución económica, la *libertad de empresa* es la regla, y la intervención empresarial del Estado, la excepción. El Estado no puede, desde la óptica constitucional, desplazar la iniciativa privada, ni ocupar el espacio de libertad reservado para los particulares.

Para encuadrar adecuadamente la actividad empresarial del Estado, la Constitución ofrece una serie de pautas y estándares. El primero de ellos es el principio de igualdad de tratamiento, contemplado en el artículo 221 constitucional, a cuyo tenor “la actividad empresarial, pública o privada, recibe el mismo trato legal”. El fundamento de la cláusula constitucional de igualdad de tratamiento es evitar los abusos estatales en la competencia empresarial con los sujetos privados. La igualdad de tratamiento implica la sumisión de las empresas públicas a las normas generales sobre competencia desleal o sobre prácticas restrictivas, así como la obligatoriedad de separar el poder regulador del Estado de las empresas estatales que suministran servicios públicos. Además, la igualdad de tratamiento de las empresas públicas y privadas proscribía las ayudas del Estado a sus empresas, incluyendo el financiamiento estatal a las empresas públicas en condiciones de desigualdad respecto a las empresas privadas.

37 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (José Luis), “El principio de subsidiaridad”, en SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, p. 1280.



La Constitución también se refiere al fenómeno de la *privatización*. Al respecto, dispone que “cuando el Estado enajene su participación en una empresa, podrá tomar medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria” (artículo 219, párrafo). Esta disposición constitucional ha de interpretarse como una opción que el constituyente ofrece a los poderes públicos, lo cual, sumado al carácter eminentemente flexible del sistema económico constitucionalmente consagrado, permite afirmar que el hecho de que la Constitución no consagre en detalle la política de privatización no resulta *per se* un motivo suficiente para considerarla inconstitucional. La privatización es, en consecuencia, una más de las distintas *políticas económicas* que pueden ser instrumentadas por los poderes públicos, dentro del marco jurídico fundamental provisto por la Constitución económica. Que la privatización sea constitucionalmente permisible no significa, sin embargo, que la Constitución admita la privatización en todas las materias. La Constitución, al conferir al presidente de la República, la dirección de la administración civil y militar, y las demás atribuciones consagradas en el artículo 128 constitucional, otorga a la Administración Pública una serie de competencias propias tasadas que no pueden ser usurpadas por la legislación, con lo que se configura una “reserva constitucional de Administración Pública”, en la cual quedan englobadas la función ejecutiva o administrativa y la función de dirección política o de gobierno.

Con respecto a los *monopolios*, la Constitución dispone que “no se permitirán (...) salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley” (artículo 50.1). Esta prohibición es relevante, a los fines de la privatización. Y es que “si se privatizara una empresa pública que actúa en régimen de monopolio, automáticamente no podría prestar la actividad”³⁸. Aunque la Constitución no señala expresamente *límites a la creación de monopolios estatales*, salvo el requisito de que los mismos sean establecidos por ley, hay que partir de que el principio constitucional general derivado de la libertad de empresa es la libre

38 TRONCOSO REIGADA (Antonio), *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 106.



entrada a todas las actividades económicas, por lo que el establecimiento de monopolios solo podrá ser hecho cuando concurren las condiciones exigidas por el principio de razonabilidad.

B. El Estado regulador

Que el Estado sea subsidiario cuando se trata de su actuación empresarial no significa que no desempeñe un papel activo en lo económico y lo social. Al proclamar la existencia del Estado Social, la Constitución prefigura su rol activo con vistas a asegurar a la persona la obtención de los medios que permitan su perfeccionamiento de modo igualitario, equitativo y progresivo. Juega, entonces, un papel fundamental en la prevención y combate de la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión, así como en la garantía de los derechos sociales, base indispensable para el orden de libertad individual y justicia que quiere y manda el constituyente. Ese rol activo se manifiesta también en la dimensión del *Estado regulador* económico, es decir, del Estado que puede “dictar medidas para regular la economía” (artículo 50.2).

Uno de los fines fundamentales de la regulación estatal en una economía social de mercado es ser un *instrumento al servicio del mercado*, no su sustituto. La regulación, en el esquema de la Constitución económica, resulta ser “un fruto necesario y natural del establecimiento de un modo competitivo, pues el mercado, por sí mismo, no siempre puede cumplir con los objetivos sociales y económicos socialmente pactados”³⁹. Evidentemente, la regulación económica debe sujetarse a la cláusula del Estado social y al conjunto de mandatos constitucionales en la esfera económica que no se limitan a la promoción de la competencia, como es el caso de las acciones estatales que refiere el artículo 218 constitucional. Importa precisar que la regulación no solo es legislación y reglamentación. El constituyente ha hecho suyo un concepto más amplio y refinado de regulación, no restringido a las normas, que se ajusta de mejor manera a los fines del Estado.

39 KRESALJA (Baldo) y OCHOA (César), *Derecho constitucional económico*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 370.



Claramente, asumir la regulación como fenómeno jurídico-político e institucional implica, también, reconocer el espacio de los organismos reguladores. Al respecto, conviene recordar que en su artículo 147.3, la Constitución establece que la regulación económica puede llevarse a cabo por “organismos creados para tales fines”. Estos órganos, para satisfacer la necesidad que justifica su existencia, han de ser independientes y gozar de una autonomía reforzada. Al tener a su cargo la regulación de sectores en los que concurren actividades de utilidad pública (mercados financieros, telecomunicaciones, energía, etc.), o que afectan derechos fundamentales básicos (por ejemplo, el derecho a la intimidad, sujeto a afectación por la existencia de bancos informatizados de datos personales). La opción por la regulación a través de estos entes se explica en la necesidad de fuerte especialización que requieren sectores económicos altamente dependientes de la innovación tecnológica, el imperativo de concentrar las potestades regulatorias del Estado en un solo órgano que reglamente, administre y juzgue las controversias entre los agentes económicos regulados y, lo que no es menos importante, el deber de asegurar la neutralidad de la regulación en sectores económicos en donde la politización o partidización propia de las coyunturales mayorías legislativas o gubernamentales podría afectar sensiblemente la estabilidad o la eficiencia de los sistemas regulados.

La necesidad de una regulación económica desvinculada de una Administración Pública centralizada, conforme al modelo francés napoleónico imperante en Europa y América Latina, en donde las decisiones administrativas están demasiado ligadas a las decisiones políticas del gobierno, debe ser enfatizada para entenderla en su justa medida y escapar de la usual satanización de todo intento de configuración de autonomías a la que nos tienen acostumbrados muchos de nuestros políticos. Por ello, se encomiendan estas decisiones a organismos reguladores, de carácter técnico y no político, compuestos por personas independientes y expertas, de estatuto protegido y a salvo de remociones sin justa causa, por lo menos durante un período fijo más o menos largo y que preferiblemente no debe coincidir con los ciclos electorales y con renovación periódica y gradual de sus integrantes, de modo que participen todas las mayorías políticas en su conformación. Estos organismos aseguran así ser verdaderos órganos imparciales que puedan, sin ser capturados por las empresas ni controlados por el Estado, arbitrar debidamente los conflictos entre los diferentes intereses en juego, los cuales ponen de frente no solo empresas privadas



frente a otras empresas privadas, sino también a empresas estatales frente a las primeras.

Es menester explicar, por otra parte, que la regulación no es un fenómeno exclusivo de la acción estatal. Cabe reconocer, pues, el espacio y el estatus constitucional de la *autorregulación*, manifestación esencial del principio constitucional de participación de los ciudadanos en la vida económica. Conforme el artículo 147.3 constitucional, la autorregulación solo queda prohibida constitucionalmente en el ámbito de los servicios públicos, y es perfectamente válida en el resto de las actividades económicas. Y es que, como bien señala la propia Constitución (artículo 40.15), lo que no está prohibido está permitido. De todos modos, aun en el ámbito de los servicios públicos, es constitucionalmente admisible determinados niveles de autorregulación, siempre y cuando se trate de una “autorregulación regulada”, es decir, que exista una regulación pública de la autorregulación⁴⁰ que permita al Estado establecer los fines, el contenido y los medios de dicha autorregulación. Entre estos instrumentos de autorregulación regulada encontramos los códigos de conducta empresarial, la implantación de esquemas de estandarización y verificación, la adopción de acuerdos con la industria para la protección del medio ambiente. La regulación pública de la autorregulación puede adoptar diversas modalidades: el Estado puede asignar a un organismo privado la facultad de regulación de normas fijadas por el propio Estado, el Estado puede aprobar la regulación impuesta por un organismo privado o, finalmente, el Estado fomenta la autorregulación, exige unos contenidos mínimos y sanciona el incumplimiento de este deber de autorregulación a cargo de los privados.

Finalmente, no es ocioso recordar que el artículo 147 constitucional establece que “los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo”. Estos servicios, que pueden ser suministrados directamente por el Estado o por particulares en quien haya delegado el Estado, “mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual”. Lo crucial, en todo caso, es que los servicios públicos, no importa la modalidad de suministro y gestión, “deben responder a los principios de universal-

40 DARNACULLETA I GARDELLA (M. Mercè), *Derecho público y autorregulación: la autorregulación regulada*, Madrid, Marcial Pons, 2005.



dad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria”. Estos principios son:

- **Universalidad:** el servicio público debe ser un servicio de calidad, accesible a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible;
- **Accesibilidad:** implica que los usuarios tienen derecho a acceder a los servicios públicos en condiciones de igualdad y no discriminación;
- **Eficiencia:** el servicio público debe cubrir la necesidad que justifica su existencia, garantizando su acceso equitativo a toda la población, oportunamente y con costos razonables de prestación;
- **Transparencia:** implica el derecho fundamental de los usuarios “a obtener información adecuada y veraz, entre la cual se encuentran la correcta medición del uso y la adecuada facturación por el servicio, detallando los conceptos, las fechas de vencimiento y los recargos por mora que puedan corresponder”⁴¹;
- **Responsabilidad:** supone para el Estado la obligación de regular el servicio público, es decir, reglamentarlo, supervisarlos, fiscalizarlos, sancionar los ilícitos cometidos por los prestadores del servicio y los usuarios y resolver las controversias entre los agentes participantes en el sector regulado;
- **Continuidad:** significa que el servicio público debe prestarse mientras la necesidad que satisface esté presente, o sea, que el servicio debe ser regular, permanente e ininterrumpido⁴²;

41 DROMI (Roberto), *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2015), p. 648.

42 Esta continuidad es absoluta en el caso de la electricidad, la telefonía, la provisión de agua potable, cuyo servicio debe estar disponible 24 horas para los usuarios. La continuidad es relativa cuando el servicio no debe prestarse ininterrumpidamente, sino solo en determinados momentos, como es el caso de la instrucción primaria y el servicio de bomberos.



- **Calidad:** la Administración debe asegurar la mejora continua del servicio público en relación a la seguridad, volumen y características de las prestaciones, regularidad del servicio, puntualidad o tiempos de espera, exactitud, cobertura, transparencia de la facturación e información al usuario;
- **Razonabilidad:** los poderes públicos pueden modificar las condiciones de prestación de los servicios solo en la medida en que sea conveniente para satisfacer el interés general y siempre que la modificación sea razonable;
- **Equidad tarifaria:** la equidad tarifaria está estrechamente vinculada a la accesibilidad al servicio público: para que el servicio sea accesible, debe ser asequible y, para que sea asequible, la tarifa debe ser equitativa.

IV. Los regímenes económico-constitucionales: el régimen monetario y financiero

¿Cuáles son los instrumentos que la Constitución pone a disposición del Estado para poder llevar a término su intervención en la actividad económica? Para el cumplimiento de sus fines, se precisa que el Estado disponga de los recursos materiales que le permitan atender los gastos que indefectiblemente implica su acción, so pena de que la máquina quede paralizada. No basta entonces con que el Estado trace las normas fundamentales de protección a la propiedad privada, que defina los derechos de los agentes económicos para su actuación en sociedad y que establezca los principios jurídicos protectores de la seguridad de dichos agentes económicos. Se necesita, además que, sobre la base de esos presupuestos, provea los mecanismos que permitan asegurar su solvencia y la estabilidad económica de la nación, mediante un régimen monetario y financiero y de las finanzas públicas ajustados a la realidad social del momento, pero lo suficientemente flexibles para evolucionar simultáneamente con el porvenir.

En ese sentido, la Constitución establece que “la regulación del sistema monetario y financiero de la Nación corresponde a la Junta Monetaria como órgano superior del Banco Central” (artículo 223). A la cabeza de



la regulación del sistema monetario y financiero se encuentra la Junta Monetaria, “órgano superior del Banco Central” (artículo 223). El Banco Central, de su lado, es “una entidad de derecho público con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía funcional, presupuestaria y administrativa” (artículo 225). Este último, por cierto, debe gozar de una imprescindible autonomía funcional que le sustraiga de la influencia de las fuerzas, si no políticas por lo menos partidistas. A su cargo queda, por cierto, velar por la estabilidad de precios (artículo 228). Al ser el objeto constitucional del Banco Central y de las políticas que este despliega, como tal condiciona la eficacia de la cláusula del Estado Social y de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos.

Conforme la Constitución, el Banco Central “es el único emisor de los billetes y monedas de circulación nacional” (artículo 228) bajo “la garantía ilimitada del Estado en las proporciones y condiciones que señale la ley”, los cuales serán los únicos que “tendrán circulación legal y fuerza liberatoria” (artículo 230), quedando prohibida “la emisión de papel moneda u otro signo monetario no autorizado” (artículo 231). De su lado, el artículo 232 constitucional configura a las leyes monetarias y financieras como leyes super orgánicas, en la medida en que para su aprobación o modificación requieren, en aquellos casos en que la iniciativa no proviene del Poder Ejecutivo, a propuesta o con el voto favorable de la Junta Monetaria, del apoyo de las dos terceras partes de la matrícula de las cámaras legislativas, disminuyendo esta mayoría a la misma requerida para las leyes orgánicas cuando la iniciativa legislativa proviene del Ejecutivo, a propuesta o con el voto favorable de las autoridades monetarias.

V. El régimen presupuestario

Conforme el artículo 233 constitucional, compete al Poder Ejecutivo la elaboración del proyecto de Ley de Presupuesto General del Estado. El artículo 128.2.g obliga al Ejecutivo a someter el proyecto “a más tardar el primero de octubre de cada año”. El Congreso puede modificar dicho proyecto con el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes en las cámaras legislativas (artículo 234), aunque paradójicamente, se requiere la mayoría absoluta de la matrícula del Congreso para modificarlo, si el Poder Ejecutivo sometió el presupuesto con posterioridad al plazo constitucional



antes indicado (artículo 235). Cuando la Ley de Presupuesto General del Estado es votada, “no podrán trasladarse recursos presupuestarios de una institución a otra sino en virtud de una ley que, cuando no sea iniciada por el Poder Ejecutivo, deberá tener el voto de las dos terceras partes de los presentes en cada cámara legislativa” (artículo 234, párrafo). La validez de toda erogación de fondos está supeditada a autorización legal (artículo 236). Si el Congreso no aprueba el presupuesto antes del 31 de diciembre, “regirá la Ley de Presupuesto General del Estado del año anterior, con los ajustes previstos en la Ley Orgánica de Presupuesto, hasta tanto se produzca su aprobación” (artículo 239).

El régimen presupuestario se nutre, según la Constitución, de ciertos *principios informadores*: (i) *principio de legalidad*, derivado del artículo 236; (ii) *principio de anualidad*, que se desprende del artículo 239 constitucional; (iii) *principio de competencia*, que se deduce de los artículos 234 y 235 de la norma suprema; (iv) *principio de anticipación*, derivado del artículo 234 párrafo; y (v) *principio de equilibrio presupuestario*, deducido del artículo 233 constitucional.

Conviene explicar, de otro lado, que el artículo 238 constitucional establece que “corresponde al Estado realizar una asignación equitativa del gasto público en el territorio. Su planificación, programación, ejecución y evaluación responderán a los principios de subsidiaridad y transparencia, así como a los criterios de eficiencia, prioridad y economía”. Este texto constitucionaliza el gasto público, cubriendo así un déficit conceptual y normativo típico del derecho constitucional de las finanzas públicas dominicano, en específico del derecho constitucional presupuestario. En virtud de aquella imprevisión, sólo se consideraba el asunto de los ingresos como materia permeada por las normas constitucionales, quedando lo relativo al gasto público —una vez cumplido el principio de legalidad formal— a merced del libre arbitrio de la voluntad política de turno, sin importar cuán inequitativa fuese su distribución. El artículo 238, en lectura combinada con los artículos 7, 8 y 39.3, suministra un concepto específicamente jurídico-constitucional del gasto público, en el sentido de que es la “actividad erogatoria a los efectos de hacer efectivos los derechos e intereses constitucionales”⁴³.

43 CORTI (Horacio), *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, p. 220.



La asignación del gasto público debe respetar el principio de justicia material, que exige una distribución equitativa de los recursos con el fin de ampliar el ámbito y efectividad de los derechos fundamentales de todas las personas y en todo el territorio. Más allá, el gasto no sólo debe responder a los principios de subsidiaridad, transparencia, eficiencia y economía, sino que también debe estructurarse alrededor del criterio de prioridad. En consecuencia, el gasto social debe ser prioritario y aumentar, salvo situaciones extraordinarias, progresivamente con cada presupuesto. Más aún, no cualquier gasto puede ser considerado social. Para que el gasto público sea asignado de modo equitativo y prioritario, vale decir, para que las personas puedan “perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva”, como quiere y manda el artículo 8 de la Constitución, el presupuesto no debe generar discriminación.

VI. Deuda pública, planificación y tributación

Ya que el Estado dominicano requiere —como cualquier otro— de recursos materiales que le permitan cumplir con sus obligaciones de servir y atender a la sociedad y a sus miembros en particular, y así cumplir con la función social que le asigna la Constitución, es preciso hacer referencia a los medios, ordinarios (ingresos fiscales captados a través de gravámenes y aranceles de aduanas) y extraordinarios (como el empréstito), a disposición del Estado para financiar sus acciones. Al respecto, la Constitución dispone que es atribución del Congreso “legislar cuanto concierne a la deuda pública y aprobar o desaprobar los créditos y préstamos firmados por el Poder Ejecutivo, de conformidad con esta Constitución y las leyes” (artículo 93.1.g).

Respecto al régimen de planificación, conviene indicar que el mismo comporta un instrumento de racionalización de la actuación económica del Estado, con la finalidad de alcanzar determinadas metas y satisfacer una línea de acción preestablecida. La planificación “constituye el medio de orientación y coordinación, con el propósito que los agentes económicos tomen sus decisiones con conocimiento de causa y se encuentren enterados de la evolución previsible de las principales variables económicas y del comportamiento de otros agentes”; la planificación busca, así, “coordinar las fuerzas dispersas de las privadas, de los prestadores de los



servicios públicos esenciales y de la iniciativa pública nacional, regional y local, y dirigir todo el potencial económico del país al logro del desarrollo y la superación del estado de pobreza”⁴⁴.

La Constitución afirma este paradigma de planificación democrática y concertada, al disponer que “el Poder Ejecutivo, previa consulta al Consejo Económico y Social y a los partidos políticos, elaborará y someterá al Congreso Nacional una estrategia de desarrollo, que definirá la visión de la Nación para el largo plazo” y que “el proceso de planificación e inversión pública se regirá por la ley correspondiente” (artículo 241). Para fomentar la visión a largo plazo propia de la óptica planificadora, la Constitución establece, además, que se elaborará un Plan Nacional Plurianual del Sector Público y que será sometido al Congreso Nacional en la segunda legislatura del año en que se inicia el período de gobierno, previa consulta al Consejo de Ministros. Dicho Plan, que deberá ser actualizado periódicamente, con sometimiento de la actualización al Congreso, parte de que “los resultados e impactos de su ejecución se realizarán en un marco de sostenibilidad fiscal” (artículo 242 constitucional).

Respecto al régimen de tributación, es preciso señalar que la obtención de fondos destinados al financiamiento del gasto público puede lograrse mediante el uso de diversos mecanismos cuya aplicación origina distintas modalidades de recursos. Una de estas —el financiamiento del gasto público por reparto— consiste en atribuir dicho financiamiento a los ciudadanos, asignándoles obligatoriamente una parte del volumen global de dicho financiamiento. De ese modo, los ciudadanos contribuyen a la cobertura de los gastos públicos y, en tanto lo hacen obligatoriamente, se ven sujetos al deber de contribuir.

No es ocioso explicar que la existencia de tributos cristaliza la característica más significativa de la estructura sociopolítica y económica contemporánea. Su exigencia y aceptación confirma la existencia de un agregado de necesidades de interés colectivo, fenómeno característico de toda sociedad marcada por la suma de intereses individuales. El tributo constituye, entonces, el elemento incontestable de la presencia del Estado, con el cual está tan relacionado. La fiscalidad es, dicho de otro modo, uno de los elementos esenciales de la economía de mercado, a tal extremo que

44 KRESALJA, p. 391.



la existencia de un sistema tributario justo y suficiente constituye la base de la legitimación ética y de la eficiencia permanente de una economía libre.

La tributación se sustenta en el deber de contribuir y en las potestades de la Administración Tributaria. El artículo 75.6 de la Constitución establece que es un deber fundamental de las personas “tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas”. Para el efectivo cumplimiento del deber de contribuir, es imprescindible que la Administración Tributaria tenga la potestad de inspección. Esta actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no queda libre a la disponibilidad del legislador, sino que es una exigencia derivada del principio constitucional de la justicia tributaria.

La Constitución (artículo 243) limita tanto la normativa de establecimiento del tributo como la actuación misma del Estado recaudador en un doble orden: formal, en tanto se exige que los tributos sean establecidos por normas con rango de ley que cumplan con ciertos requisitos constitucionalmente establecidos (principio de legalidad tributaria); y material, en tanto que los elementos estructurales y de cuantificación de las relaciones tributarias han de acomodarse a criterios directivos de justicia tributaria que la propia Constitución señala. Se trata de los principios constitucionales claves en materia de tributaria que no se pueden estudiar de modo aislado, sino en conexión con el resto de los valores y principios constitucionales.

Estos principios son: **(i) principio de legalidad tributaria**, conforme al cual no puede haber tributo sin ley del Congreso Nacional que lo establezca (subprincipio de reserva de ley tributaria), ley cuya aplicación no puede ser retroactiva ni oponerse a situaciones jurídicas surgidas conforme a una legislación anterior (subprincipio de seguridad jurídica); **(ii) principio de justicia tributaria**, a cuyo tenor el sistema tributario, en tanto obra de Derecho, se fundamenta en la idea de justicia en la distribución de las cargas públicas, estándar que a su vez se articula alrededor de los subprincipios de finalidad (el fin de todo tributo es el interés general), generalidad (no puede el legislador establecer tributos territorialmente diferentes), razonabilidad (la ley tributaria debe ser razonable tanto en su contenido como en cuanto a su aplicación); **(iii) principio de igualdad**, que parte del artículo 75.6 constitucional (cada persona ha de tributar “en proporción a su capacidad contributiva”) y que postula que todos los contribuyentes comprendidos dentro de una misma categoría deben recibir igual trato; y **(iv) principio**



de equidad, que conjuga la *no confiscatoriedad* (“las normas tributarias son inequitativas si despojan o exaccionan el patrimonio o asfixian la capacidad productora de los contribuyentes”⁴⁵) y que, consecuentemente, significa que el constituyente prohíbe el enriquecimiento del Estado a costa del empobrecimiento de los individuos.

El control de las finanzas públicas es vital en un Estado Democrático y de Derecho que requiere controlar la legalidad del gasto público y prevenir y combatir la mala administración y la corrupción. También es crucial para un Estado Social que busca asegurar, como quiere y manda el artículo 238, que el gasto público se asigne equitativamente. Este control y fiscalización puede ser un *control público*, cuando es ejercido a través de los órganos estatales habilitados para ello (Congreso Nacional, Cámara de Cuentas, Contraloría General de la República), o de *carácter social*, cuando se ejerce por la sociedad “a través de los mecanismos establecidos en las leyes” (artículo 246). El control, de igual forma, puede ser *interno* o *externo*. La rectoría del control interno está a cargo de la Contraloría General de la República (artículo 247), en tanto que el control externo queda en manos de la Cámara de Cuentas (artículo 248).

VII. La Constitución económica supranacional e internacional

Un estudio pormenorizado de la Constitución económica nacional no puede ignorar la emergencia de una Constitución económica internacional y de una Constitución económica supranacional. Así, en el plano internacional, la Organización Mundial del Comercio (OMC) representa el esfuerzo más acabado de codificación de las reglas de un sistema mundial de inversión, producción y comercio. Cualquier Estado que incumpla estas normas sufre sanciones económicas que se ejecutan automáticamente, a menos que sean bloqueadas por un consenso de los miembros de la OMC.

Ejemplo de Constitución económica supranacional, que sirve de modelo paradigmático a emular en los demás esfuerzos de integración regional, es la Constitución económica de la Unión Europea. La parte medular de esta

45 CORTI, p. 148.



Constitución está compuesta por el reconocimiento de las libertades económicas, particularmente la libertad de acceso a los mercados, la prohibición del tratamiento discriminatorio y la libertad contra restricciones irracionales. Ello así, vale decir, en el entendido de que, si bien “los principios de libre circulación de las mercancías y libre competencia, junto con la libertad de comercio como derecho fundamental, son principios generales de derecho comunitario, cuya observancia asegura el Tribunal”, no se debe olvidar que “el principio de libre comercio no debe considerarse en términos absolutos, sino que está sujeto a ciertos límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que estos derechos en cuestión no resulten perjudicados sustancialmente”⁴⁶.

Esta Constitución económica europea, cual si fuese una *matrioshka* rusa, está compuesta por varias capas de derechos: los económicos, los sociales, los ecológicos y los de los ciudadanos de la Unión. Es de esperar, entonces, que, con la aprobación de una Constitución de la Unión Europea, se profundice la constitucionalización de la esfera económica del espacio público europeo. Sin embargo, y con permiso del paradigma europeo, lo que caracteriza a las relaciones económicas en el plano mundial es, justamente, la “ausencia de una esfera pública global”⁴⁷. La ausencia de este espacio común tiene implicancias muy concretas. Se traduce, sin más, en

*(...) la falta de límites al ejercicio de los poderes financieros y empresariales privados tal como se manifiestan en el mercado global, unida a su creciente expansión, acumulación, carácter invasivo y capacidad de condicionamiento de la vida civil y política. De aquí se sigue, a escala planetaria, una regresión absolutista de tales poderes y la ulterior erosión de las esferas públicas nacionales y, con ellas, del conjunto de las garantías de los derechos fundamentales, comprendidos los mismos derechos civiles e incluso las propias garantías de la competencia. En suma, la lex mercatoria se afirma como la Grundnorm del orden internacional, con la consiguiente inversión de la relación entre Estado y mercado, pues ya no es la política la que gobierna y controla la economía, sino esta la que gobierna aquella*⁴⁸.

46 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso número 240/83, *Procureur de la Republique vs. ADHBU* (1985), ECR 531 a 548, número 9-12.

47 FERRAJOLI, *Principia iuris...*, cit., p. 517.

48 *Idem*.

VIII. La Constitución económica desde la jurisprudencia constitucional

Es improcedente finalizar estas palabras sin algunas referencias a lo que hasta la fecha ha manifestado la jurisprudencia constitucional con respecto a la Constitución económica y sus contenidos esenciales. La primera decisión que rescatar es, entonces, la sentencia TC/0027/12, dictada por el Tribunal Constitucional en fecha 5 de julio de 2012. En ella, dicho colegiado señaló lo siguiente:

9.3. De la lectura del artículo 217 antes indicado, se advierte que el régimen económico dominicano es el de una economía social y de mercado, y como lo señala García Pelayo “[e]n este sistema económico el Estado tan solo se limita a establecer un orden jurídico objetivo para la acción económica, caracterizado por un régimen de planificación estatal destinado a corregir las libres decisiones de las empresas y postular la libre competencia como el mecanismo más efectivo para asegurar el bienestar de todos y admite la intervención del Estado en determinadas materias económicas y sociales”.

9.4. Según los autores de tendencias socializantes, la intervención pública está, al menos, en igualdad de condiciones con la iniciativa privada. La iniciativa pública se considera como “uno de los elementos que califican el sistema de mercado en el Estado social, donde se atribuye al sector público la función de suplir las insuficiencias del mercado, asegurar las misiones de servicio público, favorecer la igualdad de los ciudadanos e, incluso, ser la punta de lanza de una política económica democrática y jugar un papel de aguijón social”.

9.5. Partiendo de lo anterior y haciendo la subsunción con lo dispuesto en el artículo 219 de la actual Constitución, es evidente que el Estado tiene la potestad de fomentar la iniciativa privada y tal impulso puede hacerse por los departamentos u organismos que el propio Estado considere pertinentes para el desarrollo económico de los individuos (...)⁴⁹.

Otra referencia obligada es la sentencia TC/0049/13. En ella, el Tribunal explora una idea que ya avanzó en la decisión TC/0027/12, arriba citada. En esta última, el colegiado reconoció la potestad del Ministerio de Industria y Comercio de “intervenir” en una batería de actividades de in-

⁴⁹ Tribunal Constitucional, sentencia TC/0027/12 del 5 de julio de 2012.



terés económico, pudiendo incluso “trazar la política industrial, comercial, minera y de competencia en el mercado; definir y aplicar las estrategias de fomento y desarrollo de tales sectores, de acuerdo con la política económica y planes generales del gobierno central”; puede, además, promover “la libre, efectiva y leal competencia, velando por la preservación de los intereses de los diferentes agentes económicos que intervienen en el mercado, por lo cual dicho órgano tiene calidad para regular las actividades comerciales, tanto del Estado como de los particulares”⁵⁰.

Partiendo de estas ideas, en su sentencia TC/0049/13, del 9 de abril de 2013, el Tribunal Constitucional explicó:

9.2.2. El derecho a la libertad de empresa, consagrado en el artículo 50 de la Constitución de la República, puede ser conceptualizado como la prerrogativa que corresponde a toda persona de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos. Esta es la concepción más aceptada en el derecho constitucional comparado, tal y como se puede evidenciar de la jurisprudencia que en ese sentido ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana: “La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, (ii) la libre iniciativa privada” (ver sentencia C-263/11, de fecha 6 de abril del 2011; Corte Constitucional de Colombia).

9.2.4. La regulación, por parte de las agencias del Estado, de un determinado sector de la economía nacional no implica, en modo alguno, violación al derecho fundamental a la libertad de empresa. Este ha sido el criterio fijado por este Tribunal en el precedente establecido mediante la sentencia TC/0027/12, de fecha cinco (5) de julio del dos mil doce (2012), al señalarse: “Respecto del alegato de violación a la libertad de empresa y a la prohibición de monopolios, es el criterio de este tribunal que no se evidencia tal violación, por cuanto a nadie se le ha impedido realizar

50 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0027/12 del 5 de julio de 2012.

la actividad económica de que se trata, sino que el Estado, a través de la resolución de marras, entre otras cosas lo que ha hecho es condicionar la venta directa de combustibles a particulares no detallistas, esto es, regular las actividades comerciales entre los detallistas de combustible y los distribuidores. Tal accionar tiene su sustento jurídico en las disposiciones del artículo 221 de la Constitución y en el artículo (...) de la Ley (...) y su reglamento de aplicación (...), pues las facultades reglamentarias de la administración pública autorizan al Estado a intervenir, incluso dictando normas que garanticen la libre competencia y los niveles de precios, sin que ello implique violación a la libertad de empresa” (...)⁵¹.

También en 2013, el Tribunal Constitucional dictó su sentencia TC/0203/13, en la cual juzgó lo que a continuación se transcribe:

(...) el artículo 57 de la Constitución de la República Dominicana reconoce como un derecho fundamental la protección de las personas de la tercera edad y, en tal virtud, el Estado se obliga a garantizar los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia, compromiso que se afianza con la previsión del artículo 217 del texto supremo, que consagra el principio de que el régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano y se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad.

ii. Para hablar de desarrollo humano, justicia social, equidad, igualdad de oportunidades y solidaridad, no basta con que el texto supremo consagre su interés de alcanzar esa zona de bienestar y dignidad, ni que establezca las pautas a seguir para lograrlo. Es necesario, más aún, que los mecanismos creados por el constituyente y el legislador sean realmente efectivos, logren realizar los principios sobre los cuales se fundan, tales como los de eficacia, de razonabilidad y de celeridad, todos los cuales quedan vulnerados y, con ellos, la integridad de algunos derechos fundamentales, cuando (...) la administración no ha sido lo suficientemente proactiva y sensible para atender los reclamos de un trabajador que, por las condiciones propias de su existencia particular, conforman y definen práctica su vida.

51 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0049/13 del 9 de abril de 2013.



jj. *En un Estado Social y Democrático de Derecho, es función esencial la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva dentro de un marco tanto de libertad individual como de justicia social que sean compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas, lo cual es posible cuando se cuenta con una administración pública cuya actuación se encuentre sujeta a los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad, coordinación.*

kk. *Así, la eficacia en la actuación de la administración es uno de los soportes que garantizan la realización de las personas que conforman un Estado y la protección efectiva de sus derechos fundamentales, por lo que es innegable que la tardanza innecesaria e indebida en la atención a las solicitudes de los particulares pueden constituirse en violaciones a derechos fundamentales, máxime cuando estos derechos se encuentran íntimamente vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas para la subsistencia digna de una persona envejeciente que, sin las atenciones mínimas, se expone a penurias y enfermedades, por lo que su atención debe ser una prioridad para el Estado.*

ll. *Esta prioridad responde de manera directa al compromiso de los Estados que conforman el sistema interamericano de derechos humanos, de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, tal y como lo prescribe el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto significa que “los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos”, lo que a su vez “exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales”, y, por tanto, exige además “el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos”. Aquí se encuentra la base del principio de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen una dimensión tanto individual como colectiva, por lo que su desarrollo progresivo se debe medir teniendo presentes los imperativos de la equidad social”⁵².*

Tiempo después, en su sentencia TC/0001/14, el referido Tribunal explicó lo siguiente:

(...) la regulación por parte del Estado en distintas áreas de la economía no supone la violación al derecho de libertad de empresa (...). La potestad interventora del Estado en la regulación de la economía proviene del propio artículo 50.2 de la Constitución. Sin embargo, de la propia ley sustantiva se sustraen los límites con que cuenta este poder configurativo del legislador en materia de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

*9.2.6. De esta manera, la intervención reguladora debe hacerse contemplando los límites constitucionales consistentes en una i) regulación mediante ley; ii) no puede afectar el contenido esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida disposición, es decir, obedecer a criterios de razonabilidad (...)*⁵³.

Con su sentencia TC/0001/15, el Tribunal Constitucional fija el razonamiento básico detrás de la arquitectura institucional que da cuerpo al régimen económico y financiero. En dicha decisión, los jueces constitucionales incidieron en el estatus institucional del Banco Central, enarbolando para ello un razonamiento cuyo examen es fundamental para comprender la nueva distribución del poder en un Estado constitucional. Refiéranse, pues, sus términos precisos:

(...) Es incuestionable (...) que la Constitución de 2010 ha erigido al Banco Central en un verdadero órgano constitucional autónomo, perfeccionando así el estatus que ostentaba desde 1947, y revistiéndolo de la mayor relevancia en el ordenamiento dominicano.

9.2.3. El fundamento de la autonomía del Banco Central es la neutralidad que debe caracterizar a un órgano que debe ser independiente defensor de la moneda. Y es que las políticas monetarias y financieras deben estar radicadas en un órgano que esté libre de presiones políticas y electorales. Existe, pues, una estrecha relación entre la misión que le fue asignada con carácter prevalente, esto es, velar por la estabilidad de precios, y la amplia

53 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0001/14 del 14 de enero de 2014.



autonomía de la que ha sido investido. Así, la Constitución ha querido dotar al Banco Central de una estructura institucional que le permita remover los obstáculos que eventualmente podrían llegar a entorpecer el cumplimiento de su función primordial, que ha de ser confiada a un cuerpo especializado, puesto por encima de todo tipo de exigencias coyunturales, a fin de brindarle condiciones óptimas para cumplir a cabalidad con tan alta misión, fundamental en el mediano y largo plazo para la salud del sistema económico y para el bienestar de la nación⁵⁴.

Ahondando en el sistema económico constitucionalizado, en su sentencia TC/0062/15 el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

(...) el actual Estado dominicano se encuentra sustentado sobre la base de un modelo económico, social y de mercado, obteniendo con ello una participación activa en el ámbito económico nacional, lo que le permite funcionar como una fuente principal en la búsqueda de un equilibrio de los intereses de los ciudadanos para el logro efectivo de los objetivos trazados. Por tanto, la intervención del Estado es un elemento que se mantiene en igualdad de condiciones con las iniciativas privadas, a los fines de obtener la facultad de suplir las deficiencias que surjan en la economía, asegurando con ello la misión de proteger los servicios básicos que la población necesita, a través de una política económica de mercado⁵⁵.

Por otra parte, en su decisión marcada con el número TC/0535/15, el Tribunal Constitucional explicó que

(...) el derecho a la libertad de empresa, como derecho fundamental, se configura como un derecho que solo puede ejercitarse en el mercado, que consiste en la libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo de acuerdo con la ley. El valor jurídico protegido por la libertad de empresa es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, libertad que solo podría estar limitada, de acuerdo con el citado artículo 50 de la Constitución, por las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes.

11.22. En este sentido, (...) debe precisarse que cualquier actividad económica, y más que eso, el ejercicio de cualquier actividad profesional

54 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0001/15 del 28 de enero de 2015.

55 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0062/15 del 30 de marzo de 2015.

está sometido al cumplimiento de una serie de requisitos precisados por el Estado a través de sus distintos instrumentos normativos, de conformidad con el interés general. Así, por ejemplo, de igual forma que la construcción de un edificio requiere el particular interesado disponga de las autorizaciones que establezcan las normas urbanísticas y de la construcción en cada caso, asimismo el ejercicio de la profesión de la contaduría, la medicina, la abogacía, etcétera, está sometido al cumplimiento de una serie de requisitos que pretenden garantizar que el profesional de que se trate dispone de las competencias técnicas que necesita para el buen ejercicio de su profesión⁵⁶.

La sentencia TC/0411/18, dictada por el Tribunal Constitucional el 9 de noviembre de 2018, constituye un punto de referencia en cuanto a la dotación de contenido normativo a un mecanismo específico de traducción de la participación estatal en los rubros económicos de la vida nacional: la empresa pública. Al respecto, la jurisdicción constitucional sostuvo lo siguiente:

(...) la empresa pública se concibe, en general, como una entidad unitaria, organizada como una persona jurídica de derecho privado, con patrimonio propio —mixto o estatal—, legalmente creada para efectuar actividades comerciales, industriales o financieras, la cual se encuentra sometida a las mismas regulaciones que las empresas privadas. Cabe destacar, sin embargo, la posibilidad de creación de empresas públicas para la prestación de servicios públicos, la explotación de sectores estratégicos y el aprovechamiento de recursos naturales o bienes públicos.

11.9. En definitiva, en vista de que las empresas públicas constituyen una especie de incursión del capital estatal en un rubro determinado de la economía de libre mercado, deben recibir el mismo tratamiento que sus competidoras naturales, o sea, las empresas de capital exclusivamente privado; principio que incluso figura previsto como mandato constitucional en el artículo 221 de nuestro texto fundamental (...)⁵⁷.

Con respecto al régimen de la deuda pública, en su sentencia TC/0088/19, dictada en fecha 21 de mayo de 2019, el Tribunal Constitucional explicó lo siguiente:

56 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0535/15 del 1 de diciembre de 2015.

57 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0411/18 del 9 de noviembre de 2018.



(...) en la Constitución existe un reparto de competencias entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en lo que concierne a la deuda pública. El Poder Ejecutivo juega un rol primordial en esta materia, en tanto que, conforme el artículo 233 de la Constitución, el “endeudamiento público” forma parte de los engranajes institucionales del Proyecto de Presupuesto General del Estado que este debe elaborar cada año. El consentimiento del Poder Legislativo es necesario para contraer cualquier modalidad de deuda pública por mandato general del artículo 93 numeral 1, literales i) y j), así como por requerirse especialmente en el artículo 128 numeral 2, literal d), para la aprobación de los contratos públicos “cuando afecten las rentas nacionales o cuando estipulen exenciones de impuestos en general” que excedan los doscientos salarios mínimos del sector público.

(...)

12.4.5. El régimen constitucional de la deuda pública impone que la emisión y colocación de “títulos de deuda pública” o “bonos soberanos”, al igual que cualquier otra modalidad de deuda, debe contar con el consentimiento del Poder Legislativo. Es lo que se infiere razonablemente del mandato constitucional establecido en el artículo 93 numeral 1, literales j), a cuyo tenor corresponde al Congreso Nacional “legislar cuanto concierne a la deuda pública”. Así que la emisión y colocación de títulos de deuda pública deberá ser autorizada previamente por ley, en relación con el financiamiento requerido en el Presupuesto General del Estado —conforme el artículo 233 de la Constitución—, “realizado en un marco de sostenibilidad fiscal, asegurando que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del Estado”⁵⁸.

Finalmente, en su sentencia TC/0137/20, el Tribunal Constitucional exploró la problemática relativa a la excepcionalidad de los monopolios y su específica regulación constitucional. Sobre este tema, explicó lo siguiente:

12.7. La Carta Sustantiva, en el referido artículo 50.1, pone a cargo del Estado favorecer y velar por la competencia libre y leal, debiendo adoptarse las medidas necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, establecido por ley excepciones para los casos de seguridad nacional (...).

(...) 12.13. (...) [L]a Constitución de 2010 retoma la creación excepcional de monopolios en provecho del Estado sujetando su creación y organización a la ley. Esta categoriza como derecho fundamental la libre empresa y favorece y vela por la competencia libre y leal, debiendo establecerse por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional. (...) 12.16. Así las cosas, ha quedado establecido que el constituyente de 2010 en el numeral 1 del artículo 51 establece que excepcionalmente los monopolios se permiten bajo dos condiciones: la primera es que estos deben ser en provecho del Estado, y la segunda es que su regulación será mediante una ley (...).

(...) 12.18. El constituyente del 2010 ha diseñado una política económica de libre mercado, caracterizada por la libertad de empresa como se configura en los artículos 50 y 217 de nuestra Ley Fundamental. (...) 12.19. En efecto, el concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo, dinámica de imposible realización cuando se concede a una sola empresa el mercado de un producto o servicio (...). 12.20. Estos parámetros indudablemente orientaron al constituyente dominicano al determinarse la prohibición expresa del monopolio, el cual solo es permitido mediante ley en provecho del Estado o de la seguridad nacional. Para concederse un monopolio, sin importar la naturaleza de lo que implique el servicio contratado debe hacerse por ley, tal y como dispone la Constitución de la República (...). La prohibición del monopolio con base en el sistema económico de la Constitución se sustenta en la preservación de una economía de libre mercado, caracterizada por la libre competencia y la igualdad de oportunidades (...)⁵⁹.

Como se advierte, la jurisprudencia constitucional vigente a la fecha ha explorado varios de los principales puntos que conciernen a la Constitución económica y al sistema económico delineado por el constituyente. Solo resta esperar que esta labor de configuración interpretativa se amplíe y colme aquellos espacios que aún permanecen pendientes de exploración.

59 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0137/20 del 13 de mayo de 2020.



IX. Reflexiones finales

No hay dudas de que la Constitución dominicana de 2010 postula una economía social de mercado. La Constitución dominicana no es, como se ha dicho, “neutral”: hay un sistema económico constitucionalizado que se ancla, por cierto, en varios pilares: el pilar libertario (las libertades económicas), el pilar igualitario (el Estado Social) y el pilar garantista (el Estado de Derecho). Escapa, así, al modelo del Estado intervencionista, de mediados del siglo pasado, optando en cambio por liberalizar un conjunto de espacios donde se permite la competencia y donde el Estado puede participar, únicamente ante la ineficiencia del sector privado. De ahí la constitucionalización del principio de subsidiaridad: lo que es subsidiario no es la actividad regulatoria, en sí misma principal e irrenunciable, tanto en servicios públicos como en sectores económicos regulados donde el legislador cree organismos reguladores de autonomía reforzada, sino la actividad empresarial. La intervención estatal es, entonces, de *nuevo signo*: no como agente empresarial (aunque también, y en igualdad de tratamiento), sino como agente regulador activo, comprometido con un sinnúmero de principios y valores formalmente constitucionalizados desde 2010.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deja claro que no hay oposición, sino conciliación, entre la economía de mercado y el Estado social. Las libertades económicas fundamentales son pensadas en clave social (ejemplo paradigmático: la propiedad privada y su función social). Sigue habiendo Estado de Derecho, Estado democrático, Estado social, Estado regulador y garante, Estado ecológico, Estado cultural, Estado que lucha por la igualdad de género, no por ideología o agenda, sino por el propio mandato constitucional. La Constitución parte de la premisa de que el individuo está socialmente pensado, ubicado, establecido, “marcado”. El Estado, entonces, importa mucho.

El modelo de Constitución económica plantea claramente la colaboración entre lo público y lo privado. El mercado es una institución que necesita una autoridad de aplicación de sus normas y principios. La autorregulación no basta y, de hecho, *normalmente* exige regulación pública. El modelo de colaboración público-privada es el que signa la Constitución, más allá de ideologías socialdemócratas o neoliberales. Hay un programa específico, una serie de principios de transformación; hay



incluso consecuencias jurídicas ante cualquier incumplimiento. Por eso, el Tribunal Constitucional ha dado el paso que muchos no se atrevieron antes: no solo reconociendo la inconstitucionalidad por omisión, sino también postulando que donde hay una norma programática social, hay un derecho fundamental subyacente.

Finalmente, una Constitución económica democrática deja de serlo si no incorpora a las mujeres, niñas y adolescentes. Por eso, la Constitución económica también es, en más de un sentido, la Constitución de la igualdad y, por ende, *de la mujer*.

CONFERENCIA:
LAS RELACIONES DE LAS
INTEGRACIONES ECONÓMICAS
CON SUS ESTADOS PARTE:
INTERGUBERNAMENTALISMO Y
SUPRANACIONALISMO

Miguel Ángel Sevilla Duro,
Profesor universitario en formación (FPU)
y doctorando en Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha
Facultad de Derecho de Albacete



Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor universitario en formación FPU en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de Albacete (Universidad de Castilla-La Mancha). Doctorando en Derecho (especialidad en Derecho Constitucional). Tesis: “Las relaciones de ordinación en las integraciones económicas supraestatales” por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Graduado en Derecho en la UCLM con Premio Extraordinario, máster en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales con mejor expediente de la promoción, y máster en Abogacía en la URJC. Estudia las integraciones económicas y su relación con la globalización y la distribución territorial del poder.

I. Introducción

Son diversos los estudios que demuestran que ya desde antes de la pandemia por COVID-19 la globalización mostraba “signos de fatiga”, pues el vertiginoso crecimiento de intercambios mundiales producido durante la última década del pasado siglo y la primera década y media del presente comenzó a ralentizarse hasta alcanzar su valor máximo en el año 2015¹. En 2016 el valor agregado de la presencia mundial descendió por primera vez desde que se tienen registros, y desde entonces, con ligeros aumentos y descensos, la globalización parece haber alcanzado su cota máxima². Por esta razón, durante los últimos años se ha instalado en la doctrina un nuevo debate conceptual sobre si el momento presente es de “desglobalización” o “reglobalización”³. En paralelo, el número de acuerdos comerciales suscritos anualmente ha ido decreciendo desde que alcanzara su pico en el año 2010, cuando entraron en vigor 38 acuerdos. En 2016 entraron en vigor 15 acuerdos comerciales, 13 en el año 2017, 8 en el año 2018, y en 2019 y 2020, 14 acuerdos por año. En 2021, si se excluyen los firmados por el Reino Unido a causa del *Brexit*, fueron solamente 7⁴. ¿Supone este

1 REAL INSITITUTO ELCANO (2022): *Informe Elcano de presencia global*, p. 11. Disponible *online* en: <https://www.realinstitutoelcano.org/informes/informe-elcano-de-presencia-global-2022/>.

2 *Ibidem*. Mismas conclusiones se extraen del KOF Globalisation Index, elaborado por el KOF Swiss Economic Institute (disponible *online* en <https://kof.ethz.ch/en/forecasts-and-indicators/indicators/kof-globalisation-index.html>). Este índice mide las dimensiones económica, social y política de la globalización desde el año 1970, y muestra un claro estancamiento desde ya un lustro. A similares resultados apuntan los aportes recogidos en el informe *Globalisation and deglobalisation* del Banco Internacional de Pagos (BIS), publicado en 2018.

3 Véanse, a modo de ejemplo, las reflexiones del premio Nobel en Economía Joseph Stiglitz. STIGLITZ, Joseph (2022): “Getting Deglobalization Right”, *Project Syndicate*. Disponible *online* en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/deglobalization-and-its-discontents-by-joseph-e-stiglitz-2022-05?barrier=accesspaylog>

4 Datos extraídos de la *Regional Trade Agreements Database* de la Organización Mundial del Comercio. Disponible *online* en: <https://rtais.wto.org/UI/charts.aspx#>. El año 2021 constituye una particular



contexto un cambio de paradigma que, por extensión, invite a replantear la viabilidad y necesidad de las integraciones económicas en el futuro?

En aras de la precisión, conviene puntualizar en primera instancia que el mundo no parece estrictamente globalizado, sino regionalizado, sin perjuicio de las matizaciones que más adelante se harán a la noción de región. Parece compatible que la globalización haya alcanzado, por el momento, sus puntos de máxima expansión a la par que las integraciones económicas se vislumbran como la única construcción jurídica viable para afrontar los retos actuales. Ello por dos razones: primero, porque las cotas o máximos de la globalización vienen determinadas en buena medida por el número y la forma de los acuerdos de integración (y acuerdos entre integraciones) suscritos, y nada hace descartar que nuevos y renovados acuerdos puedan entrar en vigor. Segundo, y en directa conexión con lo anterior, porque los retos de la sociedad internacional contemporánea trascienden lo económico, y resultan difícilmente afrontables desde la estructura del Estado-nación: cambio climático, transformación tecnológica, flujos migratorios, seguridad internacional, nuevas formas de economía e intercambios monetarios, etc.

Sin necesidad de hacer análisis futuros, ya se puede afirmar que los acuerdos comerciales regionales –y, en particular, las integraciones económicas– representan de forma directa la mayor parte del comercio mundial; y, como se expondrá a lo largo de este trabajo, parece haber evidencia empírica que muestra que estos acuerdos generan un progreso económico en los Estados integrados, produciendo efectos indirectos negativos *ad extra*⁵. Estas dos razones –el efecto directo positivo de mejorar la economía cuando se está integrado y los perjuicios indirectos en caso de no estarlo– llevan a que en todas las zonas geográficas del mundo se hayan constituido integraciones económicas a través de muy diversas fórmulas. Aparejadas a estos motivos, es frecuente encontrar dos razones por las que aspirar a conformar

excepción en la serie. Entraron en vigor 65 acuerdos, de los cuales el Reino Unido formaba parte en 58. Ello se debe a la rápida negociación y firma de acuerdos comerciales de este Estado a raíz de su salida de la Unión Europea. Más allá de los acuerdos suscritos por el Reino Unido, como se indica en el cuerpo del texto, solo entraron en vigor otros siete acuerdos, en línea con la tendencia de años anteriores.

5 El que quizá sea el trabajo más relevante sobre la materia es el de BALDWIN, Richard E., y VENABLES, Anthony (1995): “Regional Economic Integration”, en GROSSMAN, Gene M. y ROGOFF, Kenneth, (eds.) *Handbook of International Economics*, vol. III, North Holland, Ámsterdam, de forma sintética, p. 1638.

una integración: por un lado, por anhelo de crecimiento y constatación de funcionalidad en otras experiencias ya vigentes; por otro, a modo de respuesta ante la puesta en funcionamiento de otra u otras integraciones económicas en una zona geográficamente próxima que puede comprometer los intereses de un Estado o grupo de Estados en cuestión.

Parece pertinente, por tanto, prestar atención al fenómeno de las integraciones desde la ciencia constitucional; y ello, lejos de pasar por estudios aislados o focalizados en determinados procesos de integración, requiere de un análisis comprensivo y holístico de la realidad jurídica y económica vigente. Resulta oportuno, por tanto, abordar el fenómeno de las integraciones desde un prisma amplio; a modo de teoría general.

Afirmar lo anterior, esto es, hablar de una teoría de las integraciones económicas, es tanto como aludir al marco teórico general de desenvolvimiento en el que las integraciones persiguen sus objetivos y, en su caso, incluso crean su propio derecho. No parece en vano pretender elaborar categorías generales. La teoría general es de interés más allá de si las conclusiones que de ella se extraen tienen como destinatarios potenciales a la doctrina o a los prácticos del derecho. La teoría general permite formular puntos de partida y puntos de comprobación y evaluación de la realidad actual, así como predicciones futuras; y los intentos de construir una teoría aplicada sin ella no solo omiten fundamentos y principios que pueden y deben orientar la configuración, naturaleza y acción de las integraciones, sino que se basan en un marco de análisis que queda sin examinar, precisamente, porque se considera implícito⁶. Como acertadamente señaló Groom, la teoría, en el plano de las integraciones, es un ejercicio de cartografía intelectual que nos dice dónde estamos ahora, de dónde venimos y a dónde podríamos ir⁷; y permite vincular el “orden de las ideas” (como entidades conceptuales) con el “orden de los acontecimientos” (como sucesos reales), en lugar de optar por la creación *ad hoc* de respuestas jurídicas carentes de sustento teórico ante circunstancias políticas sobrevenidas⁸.

6 KEOHANE, Robert O. y HOFFMANN, Stanley (1990): “Conclusions: Community Politics and Institutional Change”, en WALLACE, William (ed.), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, Londres, p. 284.

7 GROOM, A. John R. (1990): “The Setting in World Society”, en GROOM, A. John R. y TAYLOR, Paul Graham (eds.), *Frameworks for International Co-operation*, Pinter, Londres, p. 3.

8 Con profundidad, *vid.* UNGER, Roberto Mangabeira (1975): *Knowledge and Politics*, Free Press, Nueva York, pp. 12-16.



Sobre estas bases y con la pretensión de aportar luz sobre el fenómeno de las integraciones, esta ponencia se plantea en torno a tres grandes preguntas de investigación. Estas tres preguntas constituyen, a su vez, los diferentes epígrafes del presente trabajo. En primer lugar, qué son las integraciones económicas. Para ello, en el epígrafe II se realiza una aproximación conceptual y taxonómica desde una perspectiva global. En segunda instancia, cómo se relacionan las integraciones económicas con sus Estados parte. El epígrafe III trata de dar respuesta a este interrogante por medio de la aplicación de la teoría de las relaciones de ordenación al fenómeno integrador. En tercer y último lugar, si las relaciones entre las integraciones económicas y sus Estados condicionan –y en su caso, de qué modo– el éxito de las integraciones. En el epígrafe IV se define qué se entiende por éxito y buen funcionamiento de las integraciones a efectos de este trabajo, y se lleva a cabo un análisis empírico en el que se trata de demostrar que las distintas articulaciones de las integraciones derivan en unos u otros resultados. El epígrafe V recoge unas valoraciones conclusivas que invitan a la reflexión sobre los asuntos previamente planteados.

II. Aproximación conceptual y taxonómica a las integraciones económicas

A. ¿De qué se habla cuando se habla de integraciones?

“Dentro de la jerarquía de las palabras oscuras y sin belleza con que las discusiones económicas enturbian nuestra lengua, el vocablo ‘integración’ ocupa un lugar muy destacado”⁹. Con esta cita de François Perroux arranca la que quizá sea la obra pionera, más célebre y más citada sobre integraciones económicas: *The Theory of Economic Integration*, de Bela Balassa.

El sustantivo “integración” proviene del vocablo del bajo latín *integratio*, derivado a su vez del verbo *integrare*, traducible como “renovar”, “restaurar” o “completar”. La Real Academia Española lo define como la

9 Traducción propia de PERROUX, François (1954): *L'Europe sans rivages*, Presses Universitaires de France, París, p. 419: “Dans la hiérarchie des mots obscurs et sans beauté dont les discussions économiques encombrant notre langue, le terme d'intégration occupe un bon rang”.

“acción y efecto de integrar o integrarse”. El verbo “integrar”, en tanto verbo transitivo, requiere de un complemento directo para la construcción de su significado. En su primera acepción, alude a lo dicho de diversas personas o cosas: “Constituir un todo”; y en su tercera, a “hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo”. Como señalaron De Jong y Durão Barroso, hasta finales del siglo XIX el uso de este término era poco frecuente y se refería al lenguaje de las matemáticas; es decir, a la noción de integral que designa la suma total opuesta al elemento. No fue hasta hace algo más de un siglo cuando la palabra integración pasó a tener un significado económico; y más recientemente, el término ha aparecido en el vocabulario político y social¹⁰.

Sin embargo, pese a ser un concepto de uso muy extendido, podría alcanzarse un consenso, en un marco próximo al relativismo, acerca de que existen tantas definiciones de integración económica como integraciones económicas hay en el mundo. Las particularidades de cada modelo de integración y las específicas condiciones en que estos se desarrollan derivan en que, pese a compartir un núcleo común, cada integración tenga unos elementos o atributos diferenciales que dificultan las clasificaciones de tipo doctrinal. No es sencillo definir qué se entiende por integración económica ni cuándo una construcción interestatal (no) lo es.

Este problema –que no es otra cosa distinta al hecho de tratar de acotar conceptualmente una realidad fáctica– no es exclusivo del fenómeno de las integraciones; ni siquiera del mundo del Derecho. Se atribuye a Eubúlides de Mileto, filósofo megárico del siglo IV, la formulación de distintas paradojas argumentales con las que tratar de demostrar la imposibilidad de señalar el tránsito de una cosa a otra, o de distinguir lo poco de lo mucho. Una de las más célebres es la paradoja de sorites (o paradoja del montón):

10.000 granos de trigo forman un montón. Si se quita uno, 9.999 siguen siendo un montón. Lo mismo si se quita otro más, y así sucesivamente. Igual de visual es su paradoja del hombre calvo: Si se arranca un pelo a un hombre, no se queda calvo. Tampoco si se le arrancan dos, tres o cuatro. ¿En qué punto deja de existir un montón? ¿En qué punto

10 DE JONG, Stef (1994): “Intégration économique”, en DE ROUGEMONT, Denis (dir.), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruylant, Bruselas, p. 96. DURÃO BARROSO, José Manuel (1994): “Intégration politique”, en DE ROUGEMONT, Denis (dir.), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruylant, Bruselas, p. 98.



un hombre debe ser considerado calvo?¹¹. De igual forma: ¿Cuándo una Constitución pasa de ser flexible a rígida? ¿Cuándo un Estado políticamente descentralizado es federal? Y en lo que aquí concierne: ¿A partir de qué punto una organización interestatal ha de ser considerada una integración? ¿En qué momento un acuerdo comercial se torna integración económica?

Para resolver estas dos últimas cuestiones y con ello tratar de alcanzar una definición de integración (económica) es posible seguir dos vías.

La primera pasa por elaborar una precisa definición que incluya las distintas características o condiciones, cumulativas, que una integración debe tener. Estas definiciones, que son las más frecuentes en la práctica, corren el riesgo de crear una “foto fija” de la realidad que excluya a procesos de integración que, sin haber perfeccionado o completado alguno de los elementos que la definición exige, se desarrollen a todos los efectos como una integración económica. Es innegable la dificultad de elaborar una definición que incluya realidades tan dispares como las ya esbozadas con anterioridad (desde la Unión Europea hasta el MERCOSUR pasando por el ECOWAS) y, además, sin incluir ninguna otra experiencia interestatal indeseada.

La segunda vía pasa por esbozar una descripción lo suficientemente genérica que ofrezca una idea clara de qué es una integración y asegure que no se excluya ningún proyecto interestatal que pueda considerarse como tal. *Mutatis mutandis*, este el caso de la definición que da Daniel Elazar a la pregunta de qué es el federalismo: *self-rule plus shared rule* (autogobierno más gobierno compartido). Es difícil estar en desacuerdo con una afirmación con esta –razón por la que es, sin duda, la definición más extendida sobre esta fórmula de distribución territorial del poder–. Sin embargo, en ella se pueden incluir experiencias jurídicas que, aunque cualitativamente se aproximen a los elementos que se aportan en la escueta definición, difieran sustancialmente en el modo en que están presentes.

Así, mientras que la primera vía da una definición precisa que, por su exactitud, puede excluir proyectos que imperfectamente puedan ser considerados como de integración, la segunda vía aporta lo opuesto: una definición abierta que, por su inespecífica acotación de pie a considerar

11 Estas paradojas se extraen de FRAILE, Guillermo (1997): *Historia de la Filosofía*, vol. 1, BAC, Madrid, 7ª edición, p. 269; particularmente, nota al pie número 13.



experiencias que nada tienen que ver con una integración entre Estados. ¿Cómo abordar, entonces, la definición de integración (económica)?

La manera más efectiva parece ser, en lugar de una enunciación a modo de oración, una definición que siga la idea de *toolbox* (o caja de herramientas); esto es, alcanzar la noción de integración determinando y exponiendo sus elementos identificativos esenciales. En el ámbito del Derecho Público, y particularmente del Constitucional, este recurso se utiliza con gran asiduidad. Por ejemplo, es muy discutida la definición de Estado; sin embargo, existe un consenso generalizado acerca de que, ya se entienda de un modo u otro, un Estado ha de tener tres elementos: territorio, población y soberanía.

Para establecer los elementos esenciales de una integración hay que partir de la posición en la que se encuentran las integraciones en la organización jurídica de la sociedad internacional. Hace 35 años Cassese afirmó que los Estados eran “la espina dorsal de la sociedad internacional”¹². Sin negar esa afirmación, lo cierto es que desde entonces a esta parte el contexto jurídico ha sufrido grandes alteraciones; y es evidente que no nos encontramos ante un paradigma que pueda limitarse al Estado-nación. Ya a mediados del pasado siglo la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas puntualizó que “el crecimiento de las actividades colectivas de los Estados ha hecho surgir ejemplos de acciones ejercidas en el plano internacional por determinadas entidades que no son Estados” (opinión consultiva de 11 de abril de 1949 relativa a la reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas).

Las integraciones superan la órbita estatal. Son, por lo tanto, un tipo de organización internacional, pues se conforman por más de un Estado. Si dividimos las organizaciones internacionales por sus fines (generales o específicos), llegaremos a la conclusión de que las integraciones son, en principio, de fin específico (usualmente, económico); y si las clasificamos por su ámbito geográfico (universal o regional), las integraciones son regionales¹³. Esto es así porque, a diferencia de la ONU, de ámbito global,

12 CASSESE, Antonio (1986): *Le Droit International dans un Mond divisé*, Berger-Levrault, París, p. 73.

13 El criterio regional debe ser flexibilizado en buena medida, hasta el punto de que podría incluso no considerarse como necesario. Es bien sabido que los acuerdos pueden ser bilaterales o plurilaterales, pero conviene no asociar indisolublemente la plurilateralidad con el ámbito regional. Con unos u



se restringen a un número limitado de Estados. Por último, si dividimos las organizaciones internacionales por su método de cooperación (de coordinación –orientan y armonizan el comportamiento de los Estados parte de forma no vinculante–, de control –velan por la observancia de un tratado–, operacionales –actúan directamente en el terreno internacional–, y de integración –persiguen la convergencia de los Estados por medio de competencias autónomas y vinculantes–)¹⁴, es evidente cuál de las categorías es relevante a efectos de este estudio: la última de ellas.

A la luz de lo anterior, puede afirmarse que la noción de organización internacional es una categoría más amplia que la de integración, que se engloba como un tipo de las anteriores. En concreto, las integraciones son una organización internacional de tipo específico y ámbito geográfico regional. Y si se quiere precisar aún más, se puede decir que las integraciones económicas son un tipo de integración –y, en consecuencia, un subtipo de organización internacional– que, además de tener los atributos anteriores, tienen un fin específico determinado: la profundización en materia económica.

otros términos, y con mayor o menor precisión, la definición de región –y, en consecuencia, la de su adjetivación (regional)– siempre cuenta con un componente geográfico, hecho que unánimemente se acepta y asume en tanto resulta inherente al uso que se hace del término. La mayoría de acuerdos plurilaterales son regionales, pero no siempre sucede de este modo. Por ejemplo: el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (CPTPP) engloba a Estados tan dispares en su ubicación geográfica como Japón, México, Nueva Zelanda, Perú o Vietnam, entre otros. Podría pensarse que el CPTPP es un “cisle blanco” a modo de excepción que rompe una regla general. Nada más lejos de la realidad. Son muchas las integraciones en las que ocurre algo parecido. Si región es sinónimo de uno de los resultados de la división hecha en el geoesquema de las Naciones Unidas (<https://unstats.un.org/unsd/methodology/m49/>), como usualmente se asume, hasta la propia Unión Europea estaría compuesta por Estados de cuatro regiones. Lo mismo sucedería con el SPARTECA, el CAFTA-DR, el NAFTA o, a mayores, con la Unión Africana, entre otras muchísimas integraciones. Si se adoptase una definición de región más amplia, equiparándola a un continente, de nuevo, son también diversas las excepciones. Por ejemplo, el GAFTA/PAFTA, que aglutina Estados de Asia y África. Además, no deben perderse de vista los acuerdos entre integraciones o entre una integración y uno o varios Estados. De esta forma, es indudable que acuerdos como el CETA (entre Canadá y la Unión Europea), la ZLC entre el EFTA y la SACU, o la ZLC entre el GCC y el MERCOSUR exceden de la noción de regional. Solo una interpretación forzada de la misma, o construcciones *ad hoc* para cada proceso de integración (por ejemplo, los Estados que limitan geográficamente con un mar, los que rodean una determinada formación geológica, etc.) permiten considerar este criterio, de forma literal, como imprescindible.

14 Con profundidad, *vid.* PASTOR RIDRUEJO, José Antonio (2021): *Curso de Derecho Internacional Público y de Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, pp. 716-719. Limitando los tipos de organizaciones a solo dos (de cooperación o coordinación y de integración o unificación), *vid.* DÍEZ DE VELASCO, Manuel (2006): *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 14ª edición, pp. 51-53.

Por cuán amplios resultan los conceptos, lo hasta aquí señalado puede simplificarse de forma telegráfica como sigue:

Organización internacional > Integración > Integración económica.

Esta reflexión implica que la *toolbox* que se utilice para definir a las integraciones económicas ha de incluir los elementos propios de la definición de organización internacional, los específicos de la definición de integración y los particulares del subtipo económico.

Tradicionalmente ha existido un interesante debate doctrinal sobre cuáles son los elementos propios de las organizaciones internacionales. En general, se considera que una organización internacional es tal si: a) es creada por varios Estados; b) es creada de forma libre y voluntaria sobre la base de un tratado; c) tiene una estructura propia más o menos formalizada (usualmente, uno o más órganos o instituciones); y d) tiene y puede expresar una voluntad propia que puede ser distinta de la de sus Estados parte¹⁵. En la práctica, estos criterios resultan más o menos flexibles y pueden dar lugar a una gran oscilación entre la formalización y la deformación. En todo caso, por lo ya expuesto, todos estos elementos son propios e imperativamente necesarios, aunque no exclusivos, de cualquier tipo de integración (económicas).

A los anteriores se deben añadir los dos elementos que particularizan una organización internacional como integración, que se extraen de la combinación de las posibilidades ya expuestas *supra*: e) que sea regional y f) que ejerza competencias sobre una determinada materia. En el caso de las integraciones de tipo económico se añade, además, un elemento extra que permite diferenciarlas de las integraciones en sentido amplio: g) que su objetivo principal sea la profundización en materia económica, entendiendo por profundización la cooperación entre Estados con el objeto de aumentar los flujos comerciales intra y extrarregionales y, en su caso, avanzar hacia la consecución de una unidad económica y monetaria común.

15 Con leves matices, este es el criterio asumido en la mayor parte de los manuales de Derecho Internacional Público. Aquí se recogen en la formulación de COGAN, Jacob Katz, HURD, Ian y JOHNSTONE, Ian (eds.) (2016): *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford University Press, Oxford. Con profundidad, *vid.* el capítulo de Jan Klabbers “Formal Inter-Governmental Organizations”, especialmente, pp. 143-147. En España también se asumen iguales criterios. *Vid.* DÍEZ DE VELASCO, Manuel (2006): *Las organizaciones internacionales*, ob. cit., pp. 43-47.



Estos siete criterios permiten adoptar una definición por elementos, siguiendo la metodología propia de las *toolboxes*. Una integración económica sería, por tanto, aquella construcción jurídica en la que se den todos y cada uno de esos siete criterios. Las organizaciones internacionales en vigor que cumplen con estos criterios y, por tanto, se entienden como integraciones económicas a efectos de este estudio, son las siguientes¹⁶: African Continental Free Trade Agreement (AfCFTA) – Unión Africana (UAfr), ASEAN Free Trade Area (AFTA) – ASEAN, Agadir Agreement (AGADIR), Alianza del Pacífico (AP), Acuerdo de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR), Comunidad Andina de Naciones (CAN), Comunidad del Caribe (CARICOM), Central European Free Trade Agreement (CEFTA), Central African Economic and Monetary Community (CEMAC), Commonwealth of Independent States (CIS), Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), East African Community (EAC), Eurasian Economic Union (EAEU), Economic Community of West African States (ECOWAS), European Free Trade Association – Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), Greater Arab Free Trade Area (GAFTA) – Pan-Arab Free Trade Area (PAFTA), Cooperation Council for the Arab States of the Gulf (GCC), Georgia, Ukraine, Azerbaijan and Moldova Organization for Democracy and Economic Development (GUAM), Mercado Común Centroamericano (MCCA/CACM) – Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), North American Free Trade Agreement (NAFTA), Pacific Island Countries Trade Agreement (PICTA), Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP), Southern African Customs Union (SACU), Southern African Development Community (SADC), South Asian Free Trade Area (SAFTA), South Pacific Regional Trade and Economic Co-operation Agreement (SPARTECA), Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement

16 Esta clasificación se extrae de una investigación previa basada en los criterios detallados en este epígrafe y en un exhaustivo análisis de todos los acuerdos comerciales en vigor en el mundo. *Vid.* SEVILLA DURO, Miguel Ángel y GARCÍA GUERRERO, José Luis (2019): “Compendio completo de acuerdos comerciales por Estado, integración y organización en la era de la Globalización”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (dirs.), *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 615.

(TPSEP), Unión Europea (UE) y West African Economic and Monetary Union (WAEMU/UEMOA).

B. Etapas y modelos de los procesos de integración económica

Los acuerdos de integración pueden calificarse atendiendo a criterios muy diversos: entre otros, su número de Estados parte (bilaterales o plurilaterales), su estructura y modelo de ejercicio del poder (intergubernamentales o supraestatales), su grado de madurez y consolidación (emergentes o maduros), su nivel de simetría (simétricos o asimétricos), sus condiciones de acceso para terceros Estados (regionalismo abierto o cerrado), o sus etapas de profundización (zona de libre comercio –ZLC–, unión aduanera –UA–, mercado común –MC– y unidad económica y monetaria supraestatal –UEMS¹⁷).

En otras ponencias de este mismo Congreso Internacional se han analizado con profusión las diferentes etapas de las integraciones económicas, por lo que no es objeto de este trabajo un estudio en profundidad de las mismas. Sí conviene advertir, sin embargo, que las etapas, como cualesquiera otros criterios expuestos en el párrafo anterior, son categorías; y las categorías, salvo puntuales excepciones, son siempre ideales¹⁸. De este

17 La unificación de las dos últimas etapas de la teorización de Bela Balassa (unión económica e integración económica total) bajo el nombre de “UEMS” se hace considerando que el camino hacia ambas está interconectado, de tal forma que no puede existir una unidad económica sin cierta convergencia fiscal, porejemplo. En profundidad, BALASSA, Bela (1962): *The Theory of Economic Integration*, George Allen & Unwin Ltd, Londres, y, en relación con la postura doctrinal que establece la categoría de UEMS, GARCÍAGUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (dirs.) (2019): *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, caps. 2 a 6.

18 Es pertinente establecer una diferenciación entre dos tipos de categorías: aquellas que se establecen de forma teórica y aquellas que se establecen de forma empírica-inductiva. Ambas pueden constituir tipos ideales en tanto estos no recojan la pluralidad y variedad existente, pero se diferencian en que las primeras se elaboran a partir de lo que teóricamente se prevé o concibe y las segundas se articulan considerando una realidad preexistente. Ejemplo de las primeras son las etapas. Cuando Bela Balassa las enumera y desarrolla en 1962 lo hace considerando lo que estima teóricamente viable y deseable desde el plano de la ciencia económica. Como es evidente, en 1962 no existían las UEMS que él esboza, ni tan siquiera los MC. Ejemplo de la segunda son los modelos de ejercicio del poder. Siguiendo un razonamiento inductivo (con los problemas inherentes al uso de la inducción en ciencia), se ha venido estimado por los investigadores en la materia que todas las integraciones en vigor siguen uno de los modelos existentes: el intergubernamental o el supraestatal. Estos dos tipos o categorías son ideales pero, a diferencia de los anteriores, no se construyen *ex ante* atendiendo a la teoría económica, constitucional o internacional, sino *ex post* y en atención a la realidad existente. Algo similar sucede cuando se clasifican



modo, difícilmente una integración tendrá todos (y, a su vez, solo) los elementos de la UA o el MC; e, igualmente, no siempre será estrictamente supraestatal o intergubernamental en materia económica, o en cualesquiera otras. Hay estadios intermedios que no por hallarse entre una y otra etapa o entre ambos modelos de ejercicio del poder carecen de interés, al punto de tener particularidades autónomas. En consecuencia, se estima que un estudio en materia de integraciones que anhele la precisión debe considerar los puntos medios entre las categorías teóricas ideales.

Sería más preciso, por tanto, afirmar que la Alianza del Pacífico es una zona de libre comercio semisupraestatal, o que el CEMAC es una unión aduanera intergubernamental pura, o que la EAC es una unión aduanera mixta en camino a un mercado común. ¿Cómo se alcanzan estas conclusiones? Cada una de estas tres clasificaciones incorpora elementos que sobresalen de lo teóricamente acotado e implica llevar a cabo un análisis doble de la integración en cuestión: primero, sobre su etapa o grado de profundización; y segundo, sobre su modelo de ejercicio del poder en materia económica. En otras palabras: cada integración económica debe analizarse y estudiarse a la luz del conjunto de las dos categorías mencionadas.

Para ello, en primer lugar y como ya es sabido, se han de definir y depurar las distintas etapas en que puede hallarse un proceso de integración. En la medida en que la realidad jurídica supera los constructos teóricos de las ciencias económicas, un análisis comparado adecuado no puede constreñirse a la clásica construcción de Balassa. Como se anticipaba, las categorías son ideales, y ello implica que difícilmente se pueden identificar con exactitud con cada una de las integraciones. Por ejemplo, una integración puede haber completado la UA y haber alcanzado ya varios de los elementos del MC. ¿En qué etapa clasificarla? A la contra, es posible para una integración no concluir de forma completa una determinada etapa; por ejemplo, una ZLC o una UA pueden resultar incompletas en el sentido de que determinados tipos de bienes quedan excluidos de la libre circulación, sin que ello implique que no exista libre circulación de mercancías respecto de lo demás; o porque puede existir una tarifa externa conjunta pero no legislación aduanera común (lo que tradicio-

las constituciones entre rígidas y flexibles, o cuando se habla de sistemas electorales proporcionales o mayoritarios: se crean categorías o tipos para dar encaje teórico a una realidad.

nalmente se ha denominado unión tarifaria, una etapa intermedia entre la ZLC y la UA). En la práctica, es bastante común que una integración esté a medio camino entre dos tipos; y a ello se añade que las etapas no son estrictamente consecutivas, por lo que es posible avanzar hacia una etapa posterior sin haber completado la anterior. Este el caso de muchas UA constituidas *ex novo* sin haber pasado antes por una ZLC (CEMAC, COMESA, EAEU, etc.). Asimismo, todo lo indicado hay que valorarlo –generalizando las consideraciones de Molle sobre la UE¹⁹– considerando que las tres primeras etapas (ZLC, UA y MC) parecen referirse a la integración de los mercados en un entorno clásico de *laissez-faire*, y las etapas superiores (unidad económica e integración económica total, en términos de Balassa –simbiotizadas aquí como UEMS–) se refieren a la integración de las políticas. Sin embargo, en la práctica es poco probable que las tres primeras etapas se establezcan sin algún tipo de integración política (por ejemplo, sin un marco común mínimo en seguridad en las ZLC, sin política comercial común en las UA o en ausencia de políticas sociales y monetarias en los MC). De todo lo enunciado se desprende que si se aspira a una mayor completitud teórica, a las cuatro etapas clásicas de la contemporaneización de Balassa se deben añadir tres más: ZLC en camino a UA (o UA imperfecta; lo que con frecuencia se corresponde con una unión tarifaria), UA en camino a MC (o MC imperfecto) y MC en camino a UEMS (o UEMS imperfecta).

Enunciadas estas siete etapas conviene recuperar, aunque muy brevemente, el desgane de los elementos definitorios de cada una de las cuatro ideales; subrayando que las etapas intermedias (o imperfectas) no son más que la incompletitud de parte de alguno de los elementos de las etapas ideales:

- 1) En la ZLC:
 - a) Supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias de los bienes (y, en su caso, servicios).
- 2) En la UA:
 - a) Supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias de los bienes (y, en su caso, servicios).

19 MOLLE, Willem (2006): *The Economics of European Integration: Theory, Practice, Policy*, Ashgate, Aldershot, 5ª edición, p. 4.



- b) Equiparación de aranceles en el comercio extrarregional.
 - c) En algunas integraciones, posibilidad de acordar con terceros Estados u otras integraciones.
- 3) En el MC:
- a) Supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias de los bienes (y, en su caso, servicios).
 - b) Equiparación de aranceles en el comercio extrarregional.
 - c) Posibilidad de acordar con terceros Estados u otras integraciones.
 - d) Libre circulación de capitales, servicios y trabajadores (o la generalidad de los ciudadanos de los Estados parte).
 - e) Reducción del margen de fluctuación de los tipos de cambio y de las políticas macroeconómicas nacionales.
- 4) En la UEMS:
- a) Supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias de los bienes (y, en su caso, servicios).
 - b) Equiparación de aranceles en el comercio extrarregional.
 - c) Posibilidad de acordar con terceros Estados.
 - d) Libre circulación de capitales, servicios y trabajadores (o la generalidad de los ciudadanos de los Estados parte).
 - e) Reducción del margen de fluctuación de los tipos de cambio y de las políticas macroeconómicas nacionales.
 - f) Armonización de las políticas económicas nacionales.
 - g) Progresivamente, unificación de las políticas monetarias (moneda única, banco central común), fiscales (armonización impositiva, soberanía fiscal), anticíclicas y sociales.

En segundo lugar, definidas y depuradas las siete etapas, se debe asignar o ubicar a cada una de las 31 integraciones económicas en vigor en el mundo en la etapa que le corresponda. Para ello se atiende a tres criterios: primero, el derecho primario u originario de la integración; segundo, la notificación que los Estados parte de las citadas integraciones hacen a la Organización Mundial del Comercio (OMC); y tercero, el análisis factual del desarrollo y la profundización de cada una de ellas.

Integración	Etapa	Fecha de entrada en vigor
African Continental Free Trade Agreement (AfCFTA) – Unión Africana (UAfr)	ZLC	01/01/2021 – 09/07/2002
ASEAN Free Trade Area (AFTA) – ASEAN	ZLC	01/01/1993
Agadir Agreement (AGADIR)	ZLC	27/03/2007
Alianza del Pacífico (AP)	ZLC	01/05/2016
Acuerdo de Libre Comercio de Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR)	ZLC	01/01/2009
Comunidad Andina de Naciones (CAN)	UA-MC	16/10/1969
Comunidad del Caribe (CARICOM)	UA-MC	01/08/1973
Central European Free Trade Agreement (CEFTA)	ZLC	01/05/2007
Central African Economic and Monetary Community (CEMAC)	UA	24/06/1999
Commonwealth of Independent States (CIS)	ZLC	30/12/1994
Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)	UA	08/12/1994
Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)	ZLC	30/12/2018
East African Community (EAC)	UA-MC	07/07/2000
Eurasian Economic Union (EAEU)	UA-MC	01/01/2010
Economic Community of West African States (ECOWAS)	UA	24/07/1993
European Free Trade Association – Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA)	ZLC	03/05/1960
Greater Arab Free Trade Area (GAFTA) – Pan-Arab Free Trade Area (PAFTA)	ZLC	01/01/1998
Cooperation Council for the Arab States of the Gulf (GCC)	UA	01/01/2003
Georgia, Ukraine, Azerbaijan and Moldova Organization for Democracy and Economic	ZLC	10/12/2003
Development (GUAM)		
Mercado Común Centroamericano (MCCA/CACM) – Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)	UA	23/09/1963 – 01/01/1993
Mercado Común del Sur (MERCOSUR)	UA	26/03/1991
North American Free Trade Agreement (NAFTA)	ZLC	01/01/1994



Pacific Island Countries Trade Agreement (PICTA)	ZLC	13/04/2003
Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)	ZLC	01/01/2022 (parcialmente en vigor)
Southern African Customs Union (SACU)	UA	15/07/2004
Southern African Development Community (SADC)	ZLC	01/09/2000
South Asian Free Trade Area (SAFTA)	ZLC	01/01/2006
South Pacific Regional Trade and Economic Co-operation Agreement (SPARTECA)	ZLC	01/01/1981
Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement (TPSEP)	ZLC	12/07/2006
Unión Europea (UE)	MC-UEMS	01/01/1958
West African Economic and Monetary Union (WAEMU/UEMOA)	UA	01/01/2000

Elaboración propia.

En tercer lugar, y a la luz de lo anterior, se debe estudiar cada integración en relación con su modelo de ejercicio del poder en materia económica. Como se ha anticipado, son dos las fórmulas clásicas establecidas al respecto: intergubernamentalismo- supraestatalidad. De nuevo, ambos son tipos teóricos e ideales que, pese a plasmar con claridad dos ejes, resultan insuficientes en tanto no acogen algunos estadios intermedios o difusos entre ambos polos.

Como es sabido, para el análisis del modelo de ejercicio del poder (intergubernamental o supraestatal) en las integraciones económicas se analizan cuatro criterios²⁰, considerando que, a efectos de este estudio, se aplican específicamente respecto de los elementos de la etapa en la que se ubique cada integración, enunciados previamente:

- 1) El criterio relativo a la titularidad del poder: ¿quién adopta las decisiones?
- 2) El criterio relativo al modo de ejercicio del poder: ¿cómo se adoptan las decisiones?

20 Entre los muchos trabajos que proponen abordar esta cuestión por medio de dicho análisis cabe destacar, por su impacto, *The Oxford Handbook of Comparative Regionalism* (eds.: BÖRZEL, Tanja A. y RISSE, Thomas). Con claridad meridiana, en el capítulo de LENZ, Tobias y MARKS, Gary (2016): "Regional Institutional Design: Pooling and Delegation", p. 514.

- 3) El criterio relativo al control del poder: ¿quién controla la adopción de decisiones?
- 4) El criterio relativo a la vinculatoriedad del poder: ¿qué efecto tienen las decisiones adoptadas en el seno de la integración?

La respuesta a las preguntas primera y tercera puede hallarse en los Estados parte o en los órganos o instituciones de la integración económica. En aquellas integraciones en las que son los Estados los que adoptan las decisiones y controlan su correcta implementación, la titularidad y el control del poder se ejerce de modo intergubernamental. En las integraciones en las que la adopción y el control de las decisiones depende de la propia integración, se está ante una fórmula de ejercicio del poder supraestatal.

En relación con el criterio relativo al modo de ejercicio del poder, si las decisiones a adoptar entre los Estados parte se toman por unanimidad o consenso, se está ante una fórmula intergubernamental; si, por el contrario, las decisiones se adoptan por mayoría –absoluta o simple–, el sistema es supraestatal.

Finalmente, en relación con la vinculatoriedad del poder, se trata de analizar qué efecto tienen las decisiones adoptadas en el seno de la integración (derecho derivado) en el ámbito interno de los Estados. De nuevo, si son los Estados parte los que deciden sobre la aplicación y el efecto de lo adoptado en el seno de una integración, se está ante un sistema intergubernamental donde se depende de la voluntariedad de las partes. Si, por el contrario, las decisiones son directamente vinculantes y los órganos o instituciones de la integración económica pueden instar –e incluso forzar– su ejecución, se está ante un modelo supraestatal.

La configuración de estos cuatro criterios da lugar a los dos tipos referidos: intergubernamentalismo y supraestatalidad, si bien estos pueden ser imperfectos en la medida en que los criterios pueden combinarse. Así, con precisión, podríamos hablar de cinco modelos de ejercicio del poder en una integración: supraestatal puro (los cuatro criterios enunciados son supraestatales), semisupraestatal (tres criterios son supraestatales y uno es intergubernamental), mixto (dos criterios son supraestatales y uno es intergubernamental), semintergubernamental (tres criterios son intergubernamentales y uno es supraestatal) e intergubernamental puro (los cuatro criterios son intergubernamentales).

Para la ubicación de las integraciones estudiadas en uno u otro de los cinco modelos de ejercicio del poder se han utilizado fundamentalmente



cuatro criterios: primero, el derecho primario u originario de la integración; segundo, la información ofrecida por la base de datos CROP (Comparative Regional Organizations Project), de la Universidad de Göttingen²¹, que clasifica a las integraciones en un eje cuyos extremos son el intergubernamentalismo y la supraestatalidad; tercero, el análisis factual de la estructura y modo de ejercicio del poder de cada una de ellas; y cuarto, las clasificaciones derivadas de la aplicación de los criterios de *pooling* y *delegation*²², siguiendo la máxima de que un nivel alto de ambos es señal de supraestatalidad, mientras que un nivel bajo da muestra de intergubernamentalismo.

De este modo, por ejemplo, para saber dónde se ubica una determinada ZLC en el eje intergubernamental-supraestatal se han de aplicar los cuatro criterios de ejercicio del poder a su elemento definitorio (supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias de los bienes, y, en su caso, servicios). Así, al analizar el NAFTA se comprueba que las decisiones son adoptadas por los Estados parte, se toman por unanimidad, son controladas por los propios Estados y no son directamente vinculantes. Se dan, por tanto, los cuatro criterios intergubernamentales, por lo que la integración es de tipo intergubernamental puro. En el COMESA, al tratarse de una UA, los cuatro criterios se deben analizar, además de con respecto a la supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias de los bienes, en relación con la equiparación de aranceles en el comercio extrarregional. Del estudio de los cuatro criterios en los dos elementos propios de la etapa en que se halla se concluye que se está ante un modelo semisupraestatal.

21 Puede accederse a la base de datos *online* en https://comparativeregionalorganizations.org/graph-4#/v_organisations/2019/global.

22 Como es sabido, el binomio *pooling-delegation* es muy trabajado en la ciencia económica y las relaciones internacionales. *Pooling* alude al hecho de compartir la capacidad de toma de decisiones entre los Estados parte a través de un proceso de mayoría o mayoría cualificada (sin vetos). *Delegation* se refiere a la concesión condicional de autoridad de los Estados parte a un órgano de la integración facultado para actuar en nombre de estos. A mayor grado de *pooling* y *delegation*, mayor supraestatalidad, y viceversa. Son muchos los trabajos en los que, cuantificando ambos parámetros, se clasifican las integraciones en distintos modelos. Se han analizado particularmente el ya mencionado *supra* en la nota 20 y la clasificación de HOOGHE, Liesbet, LENZ, Tobias y MARKS, Gary (2019): “Measuring International Authority”, en *Ibidem* (eds.), *A Theory of International Organization*, vol. IV, Oxford University Press, Oxford, pp. 40- 42.

De la combinación de las cuatro etapas clásicas de Balassa (con sus tres estadios intermedios) con los cinco modelos de ejercicio del poder resulta una panoplia de integraciones mucho más completa y precisa que permite analizar con mayor exactitud los muy distintos tipos. Son 35 las combinaciones posibles: siete etapas de desarrollo diferentes que, teóricamente, pueden alcanzarse siguiendo cinco modelos distintos de ejercicio del poder. Sin embargo, en la práctica no existen integraciones de todos los tipos, pues las etapas de mayor profundidad no se alcanzan más que con modelos supraestatales. Esta formulación permite hacer un estudio por categorías que, lejos de asentarse en una única noción de integración económica, posibilita agrupar y analizar de forma global y comprensiva los distintos modelos de integración económica existentes. De este modo, pese a que todo tipo creado en ciencia es, en cierta medida, ideal, la aproximación a la realidad que se desprende de la combinación de las etapas y modelos puede resultar válida en la medida en que se nutra de evidencia empírica.

Combinando los distintos elementos expuestos en este epígrafe, el esquema completo del momento actual de las integraciones económicas en vigor, por etapa y modelo de ejercicio del poder, quedaría como se muestra a continuación:

UEMS				
MC-UEMS				UE
MC				
UA-MC			CAR- ICOM EAC EAEU	CAN
UA	CEMAC MERCOSUR		GCC SACU SICA WAEMU	COMESA ECOWAS



ZLC-UA					
ZLC	AFTA (ASE-AN) AGADIR CEFTA CIS EFTA GAFTA/PAFTA GUAM NAFTA PICTA SAFTA SPARTECA TPSEP	CAFTA-DR	AfCFTA	AP SADC	
	Intergubernamental puro	Semintergubernamental	Mixto	Semisupraestatal	Supraestatal puro

Elaboración propia.

III. Las relaciones de ordinación en las integraciones económicas

A. Concepto y tipos de relaciones de ordinación

La ordinación –o relación de ordinación– es un concepto creado doctrinalmente para agrupar y categorizar las distintas formas en que se relacionan las entidades parte de una unidad superior; específicamente, el poder central y los Estados federados de una federación. Proveniente del latín *ordinatio*, el Diccionario de la Real Academia Española define el sustantivo –en desuso– como “orden o disposición”. En el Derecho Constitucional, la doctrina ha ido depurando el concepto de ordinación hasta construir tres tipos o nociones: coordinación, supra y subordinación e inordinación. Por tanto, ordinación es una categoría conformada por tres subcategorías que se corresponden con los tres tipos mencionados; y cada subcategoría se divide en diferentes elementos que son concreciones de la misma.

En mayor o menor medida, las relaciones de ordinación han existido en toda fórmula de descentralización política a lo largo de la historia, si bien no siempre se han denominado como tales. Hay que diferenciar, por tanto, las vertientes formal (o explícita) y material (o implícita) de los tres tipos de relaciones de ordinación. La vertiente formal va ligada



al significativo mientras que la vertiente material se liga al significado. La vertiente formal implica que una relación de ordinación no es más que un concepto que enuncia la forma en la que una entidad y otra se relacionan (por ejemplo, coordinándose o ubicándose una por encima de la otra en un plano de jerarquía), y la vertiente material implica la concreta realización de lo que la vertiente formal enuncia, esto es, de sus elementos (por ejemplo, llevando a cabo la coordinación por medio de la distribución de competencias; o la supra y subordinación a través de la coerción federal). El significado siempre existe (está implícito) en cualquier fórmula de descentralización política, aunque en ocasiones formalmente (de forma explícita) no se denomine así. Lo dicho hasta aquí conlleva que la ausencia de la vertiente formal no impida la existencia de la vertiente material; en otras palabras, aunque explícitamente no se hable de la noción ordinación, esta puede existir. Así, puede haber distribución de competencias sin que se categorice o conceptualice como relación de coordinación, o puede existir la coerción federal sin que se haga referencia alguna a los significantes supra y subordinación. Tan es así que, por ejemplo, lo que desde García Pelayo se denomina “inordinación” en Iberoamérica se venía llamando “participación de los Estados federados” tiempo atrás; y la expansión del término “supra y subordinación” responde a un perfeccionamiento en el uso del lenguaje jurídico, pues el contenido material de esta vertiente de la ordinación se encuadraba históricamente en la idea simple de “subordinación”, sin atender al órgano o ente supraordinado. En definitiva, siempre han existido, materialmente, las relaciones de ordinación, pero no siempre se han llamado así.

Consecuentemente, podría decirse que la aparición y el desarrollo de la noción de ordinación es fruto de la necesidad de abordar una realidad material innata a un determinado ejercicio del poder: el descentralizado. La ordinación es una categoría que se crea a modo de instrumento para comprender una serie de hechos jurídico-políticos que se desprenden del análisis histórico y presente de la arquitectura institucional de imperios, Estados y territorios –especialmente de aquellos formados por una multitud de entes periféricos–, así como del modo en que sus órganos han ejercido el poder soberano.

Con estos tres tipos de relaciones la doctrina ha pretendido abarcar la totalidad de las relaciones existentes en cualesquiera territorios compuestos



que hayan existido; con ellas se han analizado múltiples experiencias semejantes para extraer denominadores comunes que permitan teorizar y extrapolar, *mutatis mutandis*, las enseñanzas y mecanismos de unos territorios a otros. Así pues, la ordinación es una suerte de panóptico desde el que comprender la descentralización; y la supra y subordinación, coordinación e inordinación son diferentes tipos creados con un fin no solo retrospectivo, sino también prospectivo.

La idea de jerarquía se trasladaría desde el plano religioso²³ al plano jurídico y, en particular, al de la distribución territorial del poder en el Primer y el Segundo Congreso Continental de los Estados Unidos, así como en los autores ligados a la independencia del Estado, tal y como muestran *The Federalist Papers*. Europa recibiría este pensamiento primero desde la filosofía, con Kant y su idea de la Sociedad de naciones y después en el marco de la pandectística alemana. Behr parece ser el pionero en hablar de la subordinación al estudiar el Primer *Reich* y, con sus premisas, Bluntschli aludiría por primera vez de forma expresa a la noción de “supra y subordinación”. Tras él, Rönne mencionaría el término de “relación jurídica” para referirse a la descentralización política; y Hänel asentaría el concepto con un desarrollo profuso del tipo. Brie contribuiría a la popularización de los términos y, en este contexto, Jellinek haría la aportación más relevante en la materia.

En *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882), Jellinek enumeraría y detallaría los elementos del tipo: a) condicionamiento positivo y negativo de la organización, autonomía y derecho de los Estados parte por parte de la Constitución federal; b) primacía del derecho federal en aquellas materias que afecten al conjunto de la federación; c) existencia de un tribunal federal competente para resolver de forma vinculante controversias entre poder central y Estados federados; y d) posibilidad de que el poder central lleve a cabo ejecución federal contra Estados parte. La inspección federal quedó expresamente desestimada por parte de Jellinek al ser considerada, a su juicio, como un elemento propio de los Estados unitarios. Brie

23 La noción de jerarquía fue creada por Pseudo Dionisio Areopagita, teólogo bizantino en los siglos V y VI. Este autor dio forma a la jerarquía celeste y a la jerarquía eclesiástica, y sus reflexiones sobre la supra y subordinación se asentarían en el pensamiento occidental. Siglos después, Charles Loyseau contemporaneizó, laicizó y depuró sus tesis, distinguiendo entre clases populares y la función social de cada una de ellas en el Antiguo Régimen.



seguiría su estela y depuraría aún más las categorías, reiterando cada una de ellas apoyándose en el estudio histórico comparado, pero, a diferenciar del anterior, expondría sólidos argumentos para incluir la supervisión federal como el quinto elemento del tipo. Esta formulación permanecería prácticamente intacta hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando Schmidt introduciría un sexto elemento en que el tipo puede concretarse: la posesión de la *Kompetenz-kompetenz*.

En paralelo a la evolución del tipo supra y subordinación, aunque con menor énfasis y atención en la doctrina, los autores alemanes de la segunda mitad del siglo XIX valoraron la importancia de la coordinación entre el poder central y sus diferentes entes territoriales periféricos, así como de estos entre sí.

Rönne pondría el acento en la distribución competencial al analizar el federalismo estadounidense; y aunque aún no mencionaría expresamente el término “relación de coordinación”, sí aludiría tanto a la idea de “relación jurídica” como al hecho de que la distribución de competencias implica necesariamente una coordinación. Hänel citaría la coordinación como un elemento indispensable ligado a la supra y subordinación; y tras él, Jellinek entendería que ambos tipos son un elemento fundacional, estructural –no circunstancial o puntual– del federalismo. Más tarde, Brie centrará sus estudios en aludir a la estrecha reciprocidad entre entes territoriales y federación. Kelsen, por su parte, entendería que la coordinación existe cuando falta la relación de subordinación, y haría hincapié tanto en elemento competencial como en la existencia de una segunda cámara donde canalizar tal coordinación, lo que ya habría sido anticipado por otros autores alemanes (Mohl, Laband o el propio Jellinek) y llevaría a la doctrina a construir el tercer tipo: la inordinación.

Por último, en cuanto a la idea de inordinación, conviene advertir en primer lugar que la misma no se denominó como tal hasta García-Pelayo, pero su concreto contenido sí existió, se captó por la doctrina y se reestructuró en atención a una mejor contribución de los entes territoriales en el proceso de formación de la voluntad federal. Las primeras aportaciones a su respecto fueron relativas a los beneficios del bicameralismo en perspectiva comparada, especialmente atendiendo al Imperio Alemán y, posteriormente, Suiza, los Estados Unidos de América y la Alemania contemporánea. Entre estos autores cabe



destacar a Waitz, Mohl y Laband. Este último ya entendería que la participación de los Estados parte en la federación constituye el elemento determinante del federalismo.

Jellinek y Brie harían aportaciones de menor relieve en este tipo en atención a la gran contribución que vendría desde la doctrina francesa. Louis Le Fur, en *État fédéral et confédération d'États* (1896) articularía un completísimo estudio sobre la materia. Para Le Fur, el tipo inordinación tiene dos elementos o concreciones: la participación de los Estados federados en la formación de la voluntad de la federación –y, en particular, en la elaboración de normas de rango legal– a través de una cámara territorial; y la participación de los Estados federados en el proceso de reforma constitucional, ya sea de forma directa o indirecta. Hace apenas unas décadas surgiría otro nuevo elemento en los Estados Unidos: las llamadas relaciones intergubernamentales.

Hasta la *Teoría General del Estado* de Heller la alusión a los tres tipos de relación era fragmentaria, parcial y en todo caso inconexa. Jellinek y Brie fueron los primeros en enumerar los tres tipos, pero en ningún caso entendiéndolos como un todo; como el marco en el que se desarrolla la totalidad de las acciones entre poder central y Estados federados. Heller, con una perspectiva holística, sí entendería que la naturaleza del Estado compuesto exige tanto participación como supra y subordinación y coordinación; y lo que es más: afirmó que la primera se produce en el marco de las otras dos. Por tanto, a partir de sus trabajos se asume que los tres tipos de relación de ordinación no son independientes, sino que deben coexistir. García-Pelayo, a hombros de los gigantes intelectuales que le precedieron, entiende en su *Derecho Constitucional Comparado* que no es suficiente con que los tres tipos coexistan, como afirmarían Heller, sino que se deben interrelacionar, pues todos ellos se condicionan y complementan recíprocamente. De otro modo, la simple coordinación atacaría el principio de unidad; la simple supra y subordinación atacaría la autonomía y llevaría hacia una forma unitaria; y la simple inordinación no podría dar lugar a una entidad política. Su tesis se asentó y permanece indiscutida: solo compatibilizando e interrelacionando los tres tipos es posible avanzar de forma eficaz hacia un Estado territorialmente descentralizado.

B. Su extrapolación a las integraciones económicas²⁴

Como se ha anticipado, en investigaciones anteriores se arribó a la conclusión de que existen 31 integraciones económicas vigentes en el mundo²⁵. De todas ellas, la que más ha profundizado es la Unión Europea (UE), que ha completado la etapa de MC y avanza hacia la UEMS. Por esta razón, muchos intentos de teorizar las integraciones económicas adolecen de eurocentrismo y suponen que todas las integraciones económicas deben funcionar de la misma manera. Sin embargo, y aunque es cierto que algunos proyectos de integración son indudablemente de inspiración europea, la UE no puede establecerse como un modelo único y referencial al que imitar, pues la decisión de avanzar o no en el proceso de profundización, y en qué medida hacerlo, depende de los condicionantes jurídicos, políticos, sociales y económicos de los Estados parte.

El grado de desarrollo de cada integración económica, y el modelo (intergubernamental o supraestatal) que siga, condicionan, o al menos influyen, en la forma en que se producen estas relaciones de ordenación; a la vez que estas, de forma recíproca, determinan el modelo en sí de la integración. Los diferentes elementos de coordinación, supra y subordinación, e inordinación pueden encontrarse en todas las etapas y modelos. Sin embargo, existirán o no, y, si lo hacen, lo harán de una forma u otra, dependiendo de las particularidades, necesidades y aspiraciones de cada integración económica. Así, en una integración de tipo intergubernamental que se encuentra en una etapa de baja profundización, como el nuevo Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (USMCA; o, popularmente, NAFTA 2.0), es probable que prevalezcan las fórmulas de coordinación e inordinación, ya que el papel de los Estados predomina sobre el de la integración económica, que puede no contar con instituciones u órganos propios.

Las concreciones de las relaciones de ordenación serán, en todo caso, menores que en etapas posteriores. En cambio, en una integración económica en fase de MC, y que siga un modelo mayoritariamente supraestatal, las relaciones de ordenación de las integraciones se asemejarán en mayor

24 Una versión más profusa y detallada de epígrafe en SEVILLA DURO, Miguel Ángel (2022): "Relations of ordination in economic integrations and their effect on the system of sources of law. A categorisation to deal with *polycrisis*", *Rivista Gruppo di Pisa*, quaderno núm. 5.

25 *Vid. supra* nota 16.



medida a las de un Estado federal. Por supuesto, ni un modelo (o etapa) ni los otros son necesariamente mejores que el resto, porque las necesidades, intereses y contextos específicos de los procesos de integración determinarán y contribuirán a avanzar en una u otra dirección.

1. Relaciones de coordinación

Las relaciones de coordinación se refieren a las formas de colaboración entre una integración económica y sus Estados parte. El proceso de integración existe y se basa en un principio corporativo territorial entre la propia integración y sus Estados parte a través de la actuación coordinada de sus órganos. En otras palabras: difícilmente se pueden alcanzar los objetivos que una integración económica persigue si las materias que comparte con sus Estados parte no se ejercen de forma coordinada, leal e interdependiente.

El elemento principal de estas relaciones de coordinación es el reparto de competencias. Partiendo de la diferenciación entre la titularidad y el ejercicio de las competencias, el análisis del reparto implica examinar no sólo quién es titular de qué competencias, sino también cómo se ejercen y en qué medida. En el ámbito supraestatal, la Unión Europea, por ejemplo, sólo es competente en las materias expresamente atribuidas por los Tratados. Según los artículos 3, 4 y 6 del TFUE, puede ejercer tres tipos de competencias: exclusivas, compartidas y de apoyo; y, como cláusula de cierre, la Declaración nº 18 anexa al Tratado de Lisboa atribuye a los Estados miembros las competencias no atribuidas expresamente a la UE. Sin embargo, esto está modulado por la doctrina de las competencias implícitas, como ha establecido la jurisprudencia del TJUE, en particular: *Fédechar* (1956) y *AETR* (1971). Este modelo es seguido por buena parte de las integraciones económicas en vigor, aunque se ve matizado en aquellas que tienen un modelo intergubernamental y se encuentran en una fase incipiente de desarrollo (por ejemplo, las ZLC), ya que en estos casos no suelen existir órganos de la propia integración; o, si existen, el proceso de toma de decisiones es llevado a cabo principalmente por los Estados. En cualquier caso, en una integración económica el reparto de competencias está modulado por el papel que juega el principio de subsidiariedad, que establece que el ejercicio de las competencias públicas debe corresponder preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. Debido



a ello, la atribución de competencias a una autoridad distinta de la más cercana al ciudadano debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea y las necesidades de eficacia o economía.

Naturalmente, este elemento tiene una importante influencia en el sistema de producción normativa en la medida en que el ejercicio de muchas competencias se transfiere fuera del Estado, que ya no será el (único) responsable de regularlas. Desde la otra perspectiva, las competencias ejercidas por la integración económica tendrán, a priori, el beneficio de armonizar los sistemas jurídicos de los Estados parte, lo que aparentemente conducirá a una menor desigualdad entre ellos²⁶.

Sin embargo, no siempre es fácil equilibrar las diferentes posiciones de los Estados parte. Dada la dificultad de esta tarea, el intergubernamentalismo, como modelo, dificulta la generación de controversias entre Estados e integración (si bien no entre los distintos Estados entre sí), pues corresponde a las partes constituyentes (que se ponen de acuerdo por unanimidad o consenso, y no por mayoría) decidir qué competencias asignar y cómo establecer dicho proceso. La contrapartida es la dificultad de avanzar en el proceso de profundización. Un buen ejemplo, directamente relacionado con la gestión de la crisis de COVID-19, es la ASEAN, que está conformada por una estructura organizativa alejada de la complejidad y la formalidad e independiente de las instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Su funcionamiento constituye una forma de actuación muy particular en el marco de la globalización que condiciona significativamente la creación de mecanismos comunes: la *ASEAN Way*, en la que se prioriza el consenso político sobre las técnicas de integración jurídica²⁷. Debido

26 Sin embargo, parece difícil eliminar todas las asimetrías entre los Estados parte de una integración económica. Para ello, además de la armonización de competencias y de las relaciones de ordenación, es necesario establecer mecanismos de solidaridad interterritorial entre los distintos Estados parte, y entre los Estados parte y la propia integración. Consideraciones al respecto sobre diversos Estados del mundo, la Unión Europea, la Unión Africana, la ASEAN, la Alianza del Pacífico, el USMCA, la Comunidad Andina y el MERCOSUR en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (dirs.) (2022): *La solidaridad. Estudio constitucional comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, particularmente, caps. 14-18.

27 La *ASEAN Way* se caracteriza por cuatro principios que se expresan, junto con otros, en el artículo 2 de la Carta de la ASEAN: la búsqueda del consenso político, la prescindencia de las formalidades jurídicas, la elusión de las interferencias de la integración económica sobre los Estados parte, y la consulta previa a los Estados sobre cualquier acción que deba realizar. Vid. ACHARYA, Amitav (2014): *Constructing a Security Community in Southeast Asia: ASEAN and the Problem of Regional Order*, Routledge, Nueva York, p. 21.



a esta forma de proceder, como ejemplo, el plan de recuperación de la ASEAN contra la pandemia del COVID-19 se basó en propuestas políticas más que legislativas, situando a los Estados en el centro y no a la propia organización. Esto se refleja en la existencia de iniciativas voluntaristas, con poca o ninguna fuerza vinculante, y cuya única salvaguarda para su aplicación es la voluntad de los Estados parte. En la práctica, el papel de la ASEAN en este campo ha sido casi inexistente, y claramente disfuncional.

El segundo elemento de la relación de coordinación es la existencia de una cámara o institución territorial que da voz a los Estados parte. Este elemento debe interpretarse de forma flexible, pues tradicionalmente tiene lugar en reuniones de Primeros Ministros o Jefes de Estado, o en reuniones de los Ministros competentes por razón de materia de cada uno de los Estados que forman parte de una integración económica. Ello sin perjuicio de que, en ocasiones, también exista una especie de “cámara federal”, a modo de Parlamento, que representa directamente a los ciudadanos de los Estados parte, con matices en su configuración en cada integración: Parlamento Europeo (UE), Parlamento Panafricano (Unión Africana), Parlasur (MERCOSUR), Parlamento Andino (CAN, aunque con diferencias en la forma en que cada Estado elige a sus representantes), etc.²⁸.

El tercer elemento de la coordinación, que sólo tiene implicaciones para las etapas de MC y, sobre todo, la UEMS, es la existencia de un banco central independiente a nivel supraestatal. Obviamente, este elemento no puede surgir en las primeras etapas del proceso de integración porque las competencias en materia económica y monetaria aún no han sido trasladadas a la integración.

Desde el punto de vista del Estado-Nación, los bancos centrales han sido instituciones privadas (el Banco de Inglaterra hasta 1946 o el Banco de España hasta 1962, como ejemplos) que posteriormente fueron nacionalizadas, aunque ello no ha impedido que existan diferentes modos de supervisión entre los gobiernos nacionales y los bancos centrales, y en ningún caso pueden considerarse instituciones constitucionales. Han sido (y son) producto de la voluntad del legislador, nacional o supraestatal, que ha redefinido en muchas

28 Un amplio estudio comparado a este respecto puede encontrarse en MOLINA DEL POZO, Carlos y PIZZOLO, Calogero (dirs.) (2011): *El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del MERCOSUR. Ensayos para un estudio comparado*, EUDEBA, Buenos Aires.

ocasiones su papel²⁹. La existencia de un banco central independiente de la integración es un elemento esencial por dos razones: en primer lugar, garantiza la supraordinación de la integración económica sobre sus Estados parte, ya que permite que sus decisiones se apliquen aunque los Estados parte no estén de acuerdo (por ejemplo, hoy en día, respecto a las estrategias de control de la inflación); y en segundo lugar, es fundamental porque garantiza la libre e igualitaria competencia económica de todos los ciudadanos y empresas, que es uno de los pilares de cualquier MC. Estas dos razones afectan y, de forma indudable, condicionan el sistema multinivel de fuentes de derecho.

ZLC	
Supraestatal (p. ej.: AP, CAN, COMESA, ECOWAS, SADC)	Intergubernamental (p. ej.: AFTA, GAFTA, MERCOSUR, NAFTA)
<ul style="list-style-type: none"> • Asunción de competencias + instauración del principio de subsidiariedad. • Instituciones u órganos propios de la integración. • Acuerdo financiero entre la integración y sus Estados parte. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asunción de competencias + instauración del principio de subsidiariedad. • Instituciones u órganos propios de la integración. • Acuerdo financiero entre la integración y sus Estados parte.
UA	
Supraestatal (p. ej.: CAN, COMESA, ECOWAS, CEE)	Intergubernamental (p. ej.: CEMAC, MERCOSUR)
<ul style="list-style-type: none"> • Asunción de competencias + instauración del principio de subsidiariedad. • Instituciones u órganos propios de la integración. • Acuerdo financiero entre la integración y sus Estados parte. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asunción de competencias + instauración del principio de subsidiariedad. • Instituciones u órganos propios de la integración (parcialmente). • Acuerdo financiero entre la integración y sus Estados parte.

29 BASTARRECHE BENGUA, Tomás (2019): “«The Old Lady of Threadneedle» (Banco de Inglaterra)”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (dirs.), *Constitucionalizando la Globalización*, vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 1092 y ss.



MC	
Supraestatal (p. ej.: CAN, CE)	Intergubernamental (p. ej.: ¿CARICOM, EAC, EAEU?)
<ul style="list-style-type: none"> • Asunción de competencias + instauración del principio de subsidiariedad. • Instituciones u órganos propios de la integración. • Acuerdo financiero (parcial) entre la integración y sus Estados parte. 	<ul style="list-style-type: none"> • Asunción de competencias + instauración del principio de subsidiariedad. • Instituciones u órganos propios de la integración (parcialmente). • Acuerdo financiero entre la integración y sus Estados parte.
UEMS	
Supraestatal (p. ej.: ¿UE?)	
<ul style="list-style-type: none"> • Asunción de competencias + instauración del principio de subsidiariedad. • Instituciones u órganos propios de la integración. • Acuerdo financiero entre la integración y sus Estados parte. 	

Elaboración propia. En negrita, los elementos del tipo de relación que aparecen en, al menos, el 75 por ciento de las integraciones de cada modelo³⁰.

2. Relaciones de supra y subordinación

Este tipo de relación ilustra la supremacía de la integración económica o de sus Estados parte sobre la otra unidad territorial. La supraordinación y la subordinación son dos caras de la misma moneda, de modo que cuando la supremacía se encuentra en la integración, los Estados estarán subordinados a ella; y viceversa. En cualquier estructura multinivel (ya sea un Estado, una integración económica o, en un sentido más amplio, una

30 El conjunto de las integraciones analizadas en cada etapa incluye también a aquellas integraciones que, encontrándose en este momento en una etapa posterior del proceso de profundización, en algún momento se hallaron en una etapa previa. De esta forma, por ejemplo, en el estudio de las ZLC de cada modelo se incluyen también el CARICOM entre 1967 y 1973, la Comunidad Económica Europea entre 1957 y 1968, el ECOWAS entre 1975 y 2015, o el MERCOSUR entre 1991 y 1995, entre otros.



organización internacional) es necesario que una entidad esté por encima de la otra en el marco de la gestión de una determinada competencia, tanto por razones de eficacia como de coordinación y eficiencia, así como de elusión de controversias.

En contra de lo que pudiera parecer, en las integraciones económicas los órganos de la integración no siempre están siempre por encima (y los Estados parte por debajo), como ocurre en los sistemas federales con el poder central y los Estados federados, sino que la relación de supremacía hace que ambas unidades estén en un relativo plano de igualdad, si bien en el funcionamiento ordinario de la integración económica son más los elementos de supraordinación de esta respecto de sus Estados que al contrario.

En las integraciones de tipo supraestatal (como la UE o la Comunidad Andina), la supraordinación suele estar del lado de la integración, mientras que en las intergubernamentales (como la ASEAN o el MERCOSUR) son los Estados los que están supraordinados respecto a la integración, aunque de forma limitada, porque hay algunos elementos que siempre supraordinan a la integración sobre los Estados: el condicionamiento de las constituciones nacionales por las disposiciones de los tratados de integración, la primacía y el efecto directo del derecho de la integración, etc. Sin embargo, esta relación cuasi jerárquica no opera de manera uniforme en todos los ámbitos y políticas, y un buen ejemplo es la política exterior y las relaciones internacionales, donde ninguna integración económica (incluida la UE) opera de manera puramente supraestatal.

Hay ocho elementos que configuran las relaciones de supra y subordinación. No obstante, cada uno de ellos aparecerá de forma más o menos intensa dependiendo de la fase de la integración económica y del modelo, intergubernamental o supraestatal, que siga.

En primer lugar, como es obvio, está el condicionamiento de las constituciones nacionales por el derecho de la integración. Este condicionamiento puede adoptar dos formas: positiva y negativa. El condicionamiento positivo se refiere al modo y a los términos concretos en que una constitución nacional se ve afectada por las disposiciones del Derecho de la integración; en particular, por el llamado Derecho primario u originario (“constitución material” de la integración). Este condicionamiento positivo se refiere a las determinaciones y prescripciones que dicho derecho de la integración realiza sobre la forma de gobierno de sus Estados parte,



los órganos constitucionales mínimos de cada Estado, los principios que deben regir sus ordenamientos jurídicos, o las órdenes a los poderes públicos en relación con cuestiones de especial importancia para la integración económica. En definitiva, las integraciones económicas condicionan las normas constitucionales de sus Estados parte y les imponen unos requisitos mínimos de pertenencia que deben cumplir si quieren formar parte de ellas. Un ejemplo típico es la exigencia de democracia plena que impone la UE a sus Estados miembros y a los que desean adherirse. El condicionamiento negativo, por su parte, se refiere esencialmente a la no contradicción del derecho nacional (y, en particular, de la constitución nacional) con el derecho de la integración económica. Un ejemplo típico es la prohibición de establecer limitaciones o restricciones constitucionales al libre comercio. La prohibición de no contradicción suele extenderse también a cualquier tratado internacional suscrito por los Estados parte en las materias objeto de la integración (por ejemplo, art. 35 del Protocolo de Tegucigalpa del SICA).

En segundo lugar, un elemento clave de la supraordinación de la integración económica sobre sus Estados parte es la primacía del derecho de la integración. Esta cuestión es bien conocida por todos los juristas, especialmente en la Unión Europea. Parece acertado, por tanto, remitirse simplemente a los casos emblemáticos del TJUE: *Costa v. ENEL*, *Solange I*, o *Simmenthal SpA*, entre muchos otros. De forma sintética, la primacía del derecho de la integración implica que este se encontrará en una situación de superioridad jerárquica en caso de confrontación con el derecho nacional en aquellas materias que sean competencia de la integración. La reciente Sentencia TC/0526/21, de 22 de diciembre de 2021, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana (que supone un *overruling* respecto de la Sentencia TC/0495/15), relativa a una acción directa de inconstitucionalidad contra una sección de un anexo del CAFTA-DR, muestra a la perfección esta doctrina. Como recuerda el Tribunal, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados (aplicable de pleno a la creación de integraciones económicas *ex art. 5* de la Convención) establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (ap. 8.15 de la Sentencia).

El tercer elemento, directamente relacionado con el anterior, es la existencia de un órgano de resolución de conflictos cuyas decisiones sean



vinculantes, bajo el cual pueden existir otros tribunales subordinados (incluso dentro del poder judicial de cada Estado) que también controlan y aplican el derecho vigente. Ahí radica una de las grandes peculiaridades de algunos modelos de integración intergubernamental, que en lugar de crear tribunales jurisdiccionales han creado órganos de arbitraje. Es el caso del MERCOSUR o de muchas ZLC, como el USMCA. Otras integraciones delegan la resolución de controversias al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC; y otras tantas permiten que la parte reclamante sea quien elija el foro en el que se resolverá la controversia (art. 20.3 del Tratado del CAFTA-DR). En este sentido, como señaló Kruger³¹, sin estos mecanismos de solución de controversias se corre el riesgo de que las integraciones pierdan el respeto de sus Estados parte o de los individuos porque no pueden hacer cumplir sus políticas; que el proceso de armonización de las leyes se vea viciado porque las normas armonizadoras se interpretan y aplican de manera diferente en varios.

Estados parte; o, simplemente, que las normas se vuelvan ineficaces por la falta de recursos efectivos en caso de incumplimiento.

Al mismo tiempo, debe considerarse la ejecución de las decisiones y el control del principio de subsidiariedad, ya que no puede haber opción para que la instancia subordinada niegue la aplicación del derecho que emana de la otra instancia supraordinada. Por tanto, debe establecerse un poder de inspección y coerción en caso de hipotético incumplimiento. La intensidad y el alcance de este poder variará, una vez más, según se trate de integraciones intergubernamentales o supraestatales. La inspección y vigilancia por parte de la integración económica constituye el cuarto elemento de supra y subordinación, y dota a los órganos de integración de la facultad de controlar y hacer cumplir la correcta aplicación y ejecución de la norma de la integración.

El quinto elemento es, precisamente, la coacción, que permite conseguir lo anterior. La coacción no se da por la vía de la compulsión o la intervención, sino, con frecuencia, por vía diplomática y, en su caso, sancionando al Estado incumplidor, llegando incluso a valorar su expulsión de la integración. Junto a ello, el sexto elemento es el monopolio del uso legal de la fuerza,

31 KURGER, Thalia (2008): *Regional Organisations and dispute settlement: court and arbitration institution at the same time?*, Working Paper, Cape Town.



que, a pesar de ser uno de los rasgos característicos del poder central de los Estados federales, no es tan crucial en las integraciones económicas, ya que ni en su etapa de mayor desarrollo (UEMS) ni en su forma supraestatal poseen dicha competencia. Por tanto, este elemento permite confirmar que la supraordinación de las integraciones económicas sobre sus Estados parte no es total, ya que, en cuanto al monopolio del uso legal de la fuerza, los Estados siguen siendo autónomos e independientes (independientemente de otras alianzas u organizaciones internacionales en las que puedan participar, y que puedan condicionar esta autonomía). Sin embargo, esta competencia también podría transferirse a la integración si los Estados parte así lo decidieran, aunque no parecen existir tendencias claras a este respecto³².

El séptimo elemento es la atribución de la *Kompetenz-Kompetenz*, es decir, la competencia de las competencias: la posibilidad de decidir quién ejerce una determinada competencia y cómo la lleva a cabo, así como la posibilidad de cambiar esta atribución. En las integraciones intergubernamentales, esta *Kompetenz-Kompetenz* corresponde sin duda a los Estados, ya que es uno de los principios básicos del intergubernamentalismo.

En las integraciones supraestatales, sobre todo en las que se encuentran en un nivel avanzado de integración (a partir del MC), es posible ver la atribución de esta metacompetencia a los órganos de integración, aunque, al estar establecida en el derecho primario de la integración, la transferencia o cesión suele depender de la unanimidad de los Estados parte.

El octavo y último elemento es el derecho de retirada. Este derecho permite a los Estados parte abandonar una integración económica como emanación de su soberanía. En consecuencia, sitúa a los Estados en una posición de preeminencia y supremacía. Siempre pueden abandonar la integración, en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia. A diferencia de un Estado federal, una integración económica no puede prohibir su separación. Este elemento parece ser el más estricto y relevante en la supra y subordinación. Un ejemplo claro y reciente es el *Brexit* en la UE. Una variante de este elemento, que no impide su existencia en sentido pleno, es la posibilidad de establecer ámbitos políticos (o incluso organismos), normalmente los de mayor sensibilidad, en los que sólo participen aquellos

32 VAN DER LIJN, Jaïr (2017): "The Future of the Monopoly on the Legitimate Use of Force: Four alternative global futures", *Think Piece 20 Friedrich-Ebert-Stiftung*, Berlín.

Estados que voluntariamente lo deseen, pudiendo además concluir su participación cuando lo consideren oportuno. Ejemplos de ello son la Eurozona (y la UE), la Zona de Libre Comercio Continental Africana (y la Unión Africana) o, aunque con algunos matices en su composición, el Banco Centroamericano de Integración Económica (y el SICA).

ZLC	
Supraestatal (p. ej.: AP, CAN, COMESA, ECOWAS, SADC)	Intergubernamental (p. ej.: AFTA, GAFTA, MERCOSUR, NAFTA)
<ul style="list-style-type: none"> • Primacía del derecho de la integración • Condicionamiento del derecho originario • Órgano de resolución de controversias • Coerción atribuida a la integración • Supervisión (parcial) de la integración • <i>Kompetenz-Kompetenz</i> → integración • Derecho de retirada 	<ul style="list-style-type: none"> • Primacía del derecho de la integración • Condicionamiento del derecho originario • Órgano de resolución de controversias • Coerción atribuida a la integración • Supervisión de la integración • <i>Kompetenz-Kompetenz</i> → integración • Derecho de retirada
UA	
Supraestatal (p. ej.: CAN, COMESA, ECOWAS, CEE)	Intergubernamental (p. ej.: CEMAC, MERCOSUR)
<ul style="list-style-type: none"> • Primacía del derecho de la integración • Condicionamiento del derecho originario • Órgano de resolución de controversias • Coerción atribuida a la integración • Supervisión de la integración • <i>Kompetenz-Kompetenz</i> → integración • Derecho de retirada 	<ul style="list-style-type: none"> • Primacía del derecho de la integración • Condicionamiento del derecho originario • Órgano de resolución de controversias • Coerción atribuida a la integración • Supervisión de la integración • <i>Kompetenz-Kompetenz</i> → integración • Derecho de retirada
MC	
Supraestatal (p. ej.: CAN, CE)	Intergubernamental (p. ej.: CARICOM, EAC, EAEU?)
<ul style="list-style-type: none"> • Primacía del derecho de la integración • Condicionamiento del derecho originario • Órgano de resolución de controversias • Coerción atribuida a la integración (parcial) • Supervisión de la integración • <i>Kompetenz-Kompetenz</i> → integración • Derecho de retirada 	<ul style="list-style-type: none"> • Primacía del derecho de la integración • Condicionamiento del derecho originario • Órgano de resolución de controversias • Coerción atribuida a la integración • Supervisión (parcial) de la integración • <i>Kompetenz-Kompetenz</i> → integración • Derecho de retirada



UEMS	
Supraestatal (p. ej.: ¿UE?)	
<ul style="list-style-type: none"> • Primacía del derecho de la integración • Condicionamiento del derecho originario • Órgano de resolución de controversias • Coerción atribuida a la integración (parcial) • Supervisión de la integración • <i>Kompetenz-Kompetenz</i> → integración • Derecho de retirada 	

Elaboración propia. En negrita, los elementos del tipo de relación que aparecen en, al menos, el 75 por ciento de las integraciones de cada modelo³³.

3. Relaciones de inordinación

Tanto las relaciones de coordinación como las de supra y subordinación entre los dos niveles de gobierno (integración económica y Estados parte) deben complementarse con las llamadas relaciones de inordinación, que se refieren a una síntesis dialéctica entre poderes que permite a los Estados parte, aunque estén subordinados a la integración, participar en la formación de su voluntad y en la reforma de sus tratados. Una integración económica puede estar supraordinada a sus Estados parte, pero su legitimidad sólo se mantendrá si éstos pueden contribuir a su funcionamiento y desarrollo.

La inordinación se produce de cuatro maneras, o a través de cuatro elementos:

El primer elemento consiste en la participación de los Estados parte en el proceso normativo de la integración, lo que en los Estados federales se produce en una cámara de carácter territorial. Es importante recordar al lector que en las integraciones intergubernamentales no suele existir una cámara con función territorial, como el Senado en los sistemas federales, y tampoco se da esta en todos los modelos supraestatales. Sin embargo, a

33 Vid. *supra* nota 30.

medida que una integración avanza hacia estadios mayores (en particular, la MC y la UEMS) o en el caso de que se empiecen a establecer mecanismos o fórmulas supraestatales, es posible crear cámaras como el Parlamento Europeo, el Parlamento Panafricano, o el Parlasur, como se indicaba anteriormente. Sin perjuicio de lo ya dispuesto, el proceso de elaboración de normas de la integración (derecho derivado) también puede realizarse en órganos sin carácter supraestatal, y sin la presencia de representantes elegidos directamente por los ciudadanos de los distintos Estados parte. Es el caso de los consejos o comités compuestos por los Primeros Ministros y Jefes de Estado de los distintos Estados parte, que, trabajando sobre la base de textos redactados a nivel técnico por el personal de integración (o incluso por su propio personal) llegan a conclusiones que posteriormente se transforman en derecho sustantivo directamente aplicable y vinculante para todos los Estados. Lo mismo ocurre con los consejos o comités de ministros, en los que los distintos ministros materialmente competentes en cada uno de los temas a tratar llegan a acuerdos que se plasman en normas de la integración con carácter vinculante³⁴. En definitiva, la participación de los Estados parte en el proceso legislativo no se limita al momento de la creación de la integración económica, sino que continúa de forma permanente en todas aquellas actividades que requieren las competencias asignadas a la integración una vez que ésta ya está en vigor. En este sentido, es de especial interés destacar la importancia de una adecuada articulación de estas relaciones de inordinación en el caso de Estados descentralizados o federales, como Alemania, España o Italia en la UE; México en el USMCA; Argentina o Brasil en el MERCOSUR; o Etiopía en la Unión Africana. En estos casos, las entidades subnacionales deben intervenir tanto en la aplicación del derecho de la integración (fase descendente) como en su proceso de creación (fase ascendente), ya sea por vía interna o directa (a través del Estado miembro) o por vía externa o indirecta (a través de los órganos de la propia integración)³⁵.

34 Probablemente, el mejor ejemplo de lo indicado (relacionado con la UE) se encuentra en NOVAK, Stéphanie (2013): “The Silence of Ministers: Consensus and Blame Avoidance in the Council of the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, núm. 6, pp. 1091 y ss.

35 De esta participación de las entidades subnacionales en las integraciones se pueden extraer dos reglas que, aunque están inspiradas en la UE, pueden aplicarse *mutatis mutandis* a cualquier otra integración que desee dotar de participación a las entidades subnacionales: Primera: Cuanto mejor sea la articulación de las vías internas (o indirectas) de participación, menor será el uso de las vías externas (o



El segundo elemento es la participación de los Estados parte en el proceso de modificación del derecho primario de la integración (como se indicaba, su “constitución material”), ya sea a través de la iniciativa de la cámara territorial o mediante la ratificación de las reformas propuestas. Este elemento es sustancialmente similar al anterior, con el matiz de que aquí no se trata de elaborar o modificar el derecho secundario o derivado, sino el primario u originario. Como es lógico, es habitual establecer fórmulas intergubernamentales para reformar el derecho primario de las integraciones económicas: en concreto, la adopción por unanimidad o consenso. Sin embargo, ello no impide afirmar que los Estados parte intervienen eficazmente tanto proponiendo iniciativas de reforma en los tratados, y en el momento de su ratificación, como, indirectamente, a través de representantes, lo que suele suceder en el caso de las integraciones que cuentan con instituciones creadas a modo de segunda cámara.

El tercer elemento de inordinación es la participación e influencia de los Estados parte en el nombramiento de determinados cargos en la integración económica. El ejemplo típico es el de los presidentes de los órganos o instituciones de las integraciones, así como sus representantes en las organizaciones internacionales (como, por ejemplo, la Unión Europea en el G-20), u otras organizaciones internacionales sectoriales en las que una integración económica represente a todos sus Estados parte. El sistema de votación para la elección de estos representantes (mayoría, mayoría cualificada o unanimidad) varía en función del modelo de integración, pero no cabe duda de que todos los Estados parte participan tanto en la designación de los candidatos a la elección como en el propio proceso electoral.

El cuarto y último elemento de coordinación son las relaciones intergubernamentales. Se trata de un mecanismo, no necesariamente formal, de elaboración de leyes y resolución de conflictos, así como un elemento de diálogo entre las distintas entidades de la arquitectura multinivel en la

directas); y cuanto menor sea el uso de vías externas, menor será la complejidad y confusión que se añade al sistema jurídico- institucional de la integración. Ello sin perjuicio de que muchas integraciones establecen mecanismos externos que pueden ser útiles, como el Comité de las Regiones en la UE. Segunda: Cuanto más precisa sea la configuración de los medios de participación, más efectiva será; y cuanto más efectiva sea la participación, mejor y menos problemática será la aplicación y el control del derecho de la integración a nivel subnacional.



que se integra un Estado. Se popularizó en los años 70 en Estados Unidos y es típico de los sistemas federales. Las relaciones intergubernamentales consisten, en definitiva, en las distintas formas de interconexión y contacto permanente de los ejecutivos de las diferentes entidades dentro de una unidad superior, es decir, las actividades entre el gobierno central y los gobiernos subnacionales (eje vertical) y entre estos últimos sin el gobierno central (eje horizontal)³⁶. Estas relaciones son especialmente útiles en la medida en que la flexibilidad del proceso, su carácter ocasionalmente bilateral y su consenso inherente permiten a las entidades alcanzar soluciones que no suelen adoptarse a través de otros medios u órganos institucionalizados formalmente, como las segundas cámaras. En el caso de las integraciones económicas, el órgano que acoge las reuniones entre los Primeros Ministros y Jefes de Estado de los distintos gobiernos y los máximos representantes de la integración económica (en caso de que existan) podría considerarse el punto neurálgico de las relaciones intergubernamentales. Su funcionamiento eficaz condiciona todas las actividades de integración y, además, facilita la gestión de las crisis, como se demostró en la pandemia del COVID-19.

ZLC	
Supraestatal (p. ej.: AP, CAN, COMESA, ECOWAS, SADC)	Intergubernamental (p. ej.: AFTA, GAFTA, MERCOSUR, NAFTA)
<ul style="list-style-type: none"> • Participación en el proceso normativo <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Participación en la reforma del derecho primario <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Relaciones intergubernamentales • Participación en ciertos nombramientos 	<ul style="list-style-type: none"> • Participación en el proceso normativo <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Participación en la reforma del derecho primario <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Relaciones intergubernamentales • Participación en ciertos nombramientos

36 LOWATCHARIN, Grichawat, *et al.* (2019): "Intergovernmental Relations in A World of Governance: A Consideration of International Experiences, Challenges, and New Directions", *Asia-Pacific Social Science Review*, vol. 19, núm. 4.



UA	
Supraestatal (p. ej.: CAN, COMESA, ECOWAS, CEE)	Intergubernamental (p. ej.: CEMAC, MERCOSUR)
<ul style="list-style-type: none"> • Participación en el proceso normativo <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Participación en la reforma del derecho primario <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Relaciones intergubernamentales • Participación en ciertos nombramientos 	<ul style="list-style-type: none"> • Participación en el proceso normativo <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Participación en la reforma del derecho primario <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Relaciones intergubernamentales • Participación en ciertos nombramientos
MC	
Supraestatal (p. ej.: CAN, CE)	Intergubernamental (p. ej.: ¿CARICOM, EAC, EAEU?)
<ul style="list-style-type: none"> • Participación en el proceso normativo <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Participación en la reforma del derecho primario <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Relaciones intergubernamentales • Participación en ciertos nombramientos 	<ul style="list-style-type: none"> • Participación en el proceso normativo <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Participación en la reforma del derecho primario <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Relaciones intergubernamentales • Participación en ciertos nombramientos
UEMS	
Supraestatal (p. ej.: ¿UE?)	
<ul style="list-style-type: none"> • Participación en el proceso normativo <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Participación en la reforma del derecho primario <ul style="list-style-type: none"> - Por unanimidad/Consenso - Por mayoría • Relaciones intergubernamentales • Participación en ciertos nombramientos 	

Elaboración propia. En negrita, los elementos del tipo de relación que aparecen en, al menos, el 75 por ciento de las integraciones de cada modelo³⁷.

37 Vid. *supra* nota 30.

IV. Afección y condicionamiento de las relaciones de ordinación al éxito de las integraciones económicas

Como se advertía en la introducción, la ciencia económica ha demostrado, por un lado, que los acuerdos comerciales regionales –y, en particular, las integraciones económicas– representan de forma directa la mayor parte del comercio mundial; y, por otro lado, que estos acuerdos generan un progreso económico en los Estados integrados, produciendo efectos indirectos negativos *ad extra* que, siendo menores, parecen perjudicar a Estados terceros y, de forma más general, al resto del mundo³⁸. En este sentido, los acuerdos comerciales regionales representan directamente una gran parte del comercio mundial, y parece probable que esta porción siga en aumento. Las integraciones económicas parecen ser, por ende, el presente y el futuro del comercio internacional. Con todo, lo anterior no es pretexto para insinuar que el aumento de los flujos comerciales y del PIB medio de un Estado depende exclusivamente de los acuerdos comerciales regionales que suscriba o de la integración de la que sea parte; de igual forma que el aumento del flujo comercial del conjunto de los Estados de una integración no trae causa directa, de forma imprescindible, de la arquitectura jurídica de la integración y de los acuerdos comerciales que pueda haber suscrito.

Parece existir consenso acerca de que el principal criterio para determinar el éxito de una integración económica es el aumento de sus flujos comerciales³⁹. En concreto, se presume que el éxito de una ZLC se plasma

38 *Vid. supra* nota 5.

39 Sobre esta posición, que resulta mayoritariamente asumida por la doctrina, es particularmente reveladora la defensa de KANG, Yoo-Duk (2016): “Development of Regionalism: New Criteria and Typology”, *Journal of Economic Integration*, núm. 31, vol. 2, pp. 234-274, especialmente, pp. 244-246, y los autores por él citados. Existen otros muchos elementos que, indudablemente, contribuyen tanto al deseo de integrarse como al progreso de una integración, y por ello pueden utilizarse como parámetros de control de un buen o mal funcionamiento: entre otros, el deseo por aumentar la inversión extranjera directa (IED), el acceso a (o la tenencia de) materias primas, la cantidad de Estados parte y su nivel de desarrollo económico, la existencia de integraciones próximas geográficamente, intereses geoestratégicos diversos y otros factores culturales, históricos, políticos, económicos y de seguridad. Sin embargo, no pueden perderse de vista dos cuestiones: la primera, la difícil objetivación y, en consecuencia, cuantificación, del influjo de estos factores en los procesos de integración; la segunda, la máxima de que correlación no implica necesariamente causación, de lo que se desprende la complejidad de demostrar, especialmente desde la ciencia constitucional, si un factor (como, por ejemplo, el deseo de una mayor IED) es motor de una integración o es consecuencia de esta.



en el aumento de los flujos comerciales intrarregionales, o IT (esto es, el comercio entre los Estados parte de la integración)⁴⁰; y el éxito de una UA se traduce en el aumento de los flujos comerciales extrarregionales, o ET (esto es, el comercio entre los Estados parte de la integración y Estados terceros)⁴¹. Se estima que un adecuado avance hacia las etapas de MC y UEMS contribuye, presumiblemente, al aumento de ambos, tanto por efectos directos (mayor homogeneidad en el Derecho vigente en la integración, más facilidad para la circulación de capitales y personas, existencia de una moneda única, etc.) como por efectos indirectos (progreso económico derivado del cumplimiento de las etapas anteriores, mayor competitividad al interrelacionarse globalmente, políticas anticíclicas comunes ante coyunturas económicas de decrecimiento, etc.).

Para ilustrar el funcionamiento efectivo de cada una de las integraciones económicas en vigor es pertinente analizar las evoluciones de sus flujos comerciales⁴²; particularmente, la tasa de crecimiento porcentual de los flujos comerciales⁴³. Esta plasmación, más allá de construcciones teóricas

40 Este valor indica la suma de los flujos de exportación e importación entre Estados pertenecientes a una determinada integración. A mayor IT, más comercian los Estados de una integración entre sí. El valor se expone en millones de dólares estadounidenses (USD) a precios corrientes.

La fórmula para la obtención de los datos es la siguiente:

$$TI_i = \sum_{j \in \text{region}} \sum_{j \in \text{region}} T_{ij,t}, \text{ donde } T_{ij,t} \text{ representa el flujo comercial entre el Estado } i \text{ y el Estado } j \text{ en el momento } t.$$

41 Este valor indica la suma de los flujos de exportación e importación de Estados pertenecientes a una determinada integración con el resto del mundo. A mayor ET, más comercian los Estados de una integración con terceros Estados que no son parte de la misma. El valor se expone en millones de dólares estadounidenses (USD) a precios corrientes.

La fórmula para la obtención de los datos es la siguiente:

$$TI_i = \sum_{j \in \text{region}} \sum_{j \in \text{region}} T_{ij,t}, \text{ donde } T_{ij,t} \text{ representa el flujo comercial entre el Estado } i \text{ y el Estado } j \text{ en el momento } t.$$

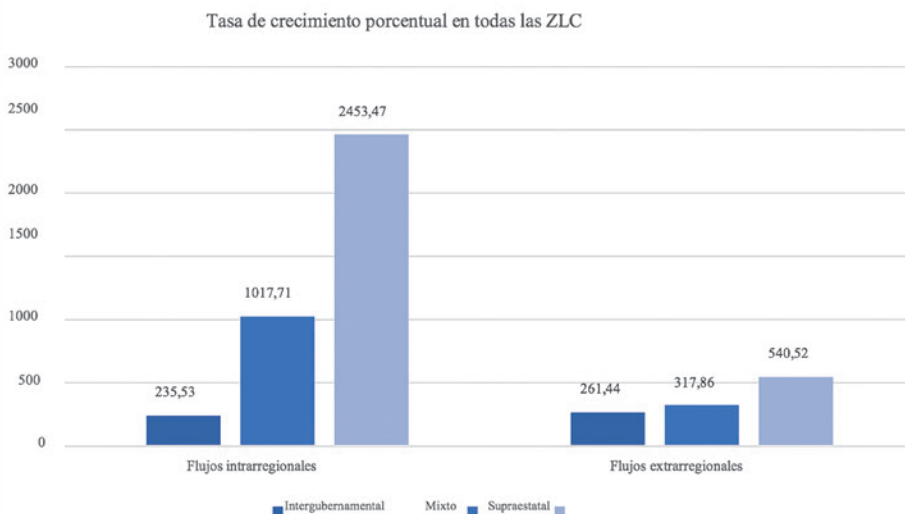
42 Para el estudio de los flujos comerciales, todos los datos utilizados a lo largo del presente capítulo se han extraído del *Regional Integration Knowledge System (RIKS)* del Institute on Comparative Regional Integration Studies de la United Nations University (UNU-CRIS), www.riks.cris.unu.edu. La fuente original compiladora de los datos es la base *Comtrade* de las Naciones Unidas (<https://comtrade.un.org/data/>). En ampliación de las dos notas al pie que preceden a la presente, la información técnica sobre el funcionamiento de la base de datos RIKS está disponible en DE LOMBAERDE, Philippe, RAYP, Glenn y STANDAERT, Samuel (2020): *The Regional Integration Knowledge System 2.0*. En lo que aquí concierne, *vid.*, pp. 11-14.

43 La elección de la tasa de crecimiento porcentual frente al volumen de los flujos responde a que el volumen de flujos comerciales intrarregionales y extrarregionales entre integraciones es notablemente dispar, ya sea por el número de Estados que conforman cada integración y/o por el peso económico de estos. Por tanto, carece de utilidad a estos efectos calcular el término medio de los volúmenes de todos ellos.

de mayor o menor interés, constituye un elemento objetivo sobre el buen o mal funcionamiento de las integraciones, a la vez que permite extraer algunas conclusiones a partir de la correlación de los valores según sus diferentes etapas y sus diferentes modelos de ejercicio del poder; siempre bajo la máxima de que correlación no implica causación⁴⁴.

En relación con la etapa, son cuatro los momentos a estudiar, pues, como se ha detallado en el epígrafe II *in fine*, son estas las únicas etapas en las que hay integraciones en vigor: ZLC, UA, UA-MC y MC-UEMS, pues no existen integraciones que sean en sí un MC o una UEMS, sino MC o UEMS imperfectos o integraciones en camino a ellos desde la etapa anterior.

En relación con los modelos de ejercicio del poder, a efectos de evitar categorías con una muestra excesivamente pequeña y que no resulte representativa del modelo, sino de una única integración, se unifican bajo la nomenclatura “supraestatal” tanto las integraciones supraestatales puras como las semisupraestatales, y bajo la nomenclatura “intergubernamental” tanto las integraciones intergubernamentales puras como las semintergubernamentales.



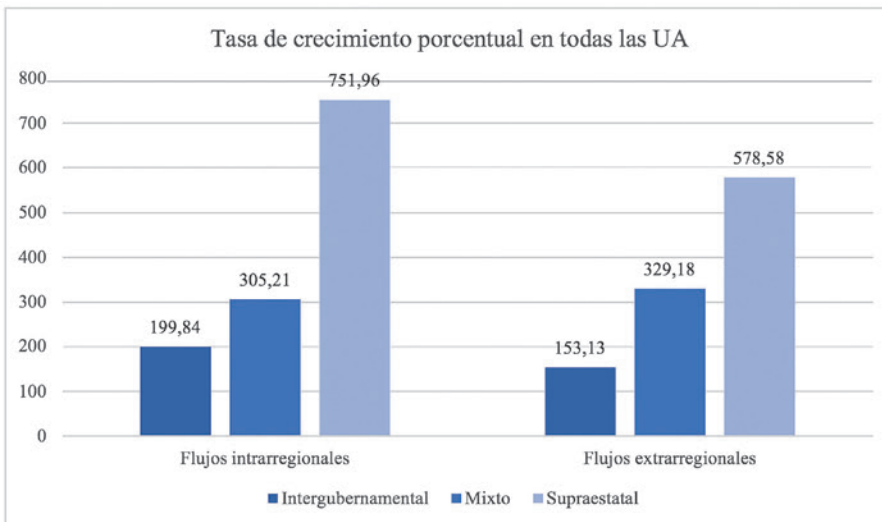
Elaboración propia.

44 Se hace en este punto una remisión a las diapositivas que contienen las gráficas de la evolución de los flujos comerciales intrarregionales y extrarregionales por integración proyectadas durante la ponencia.



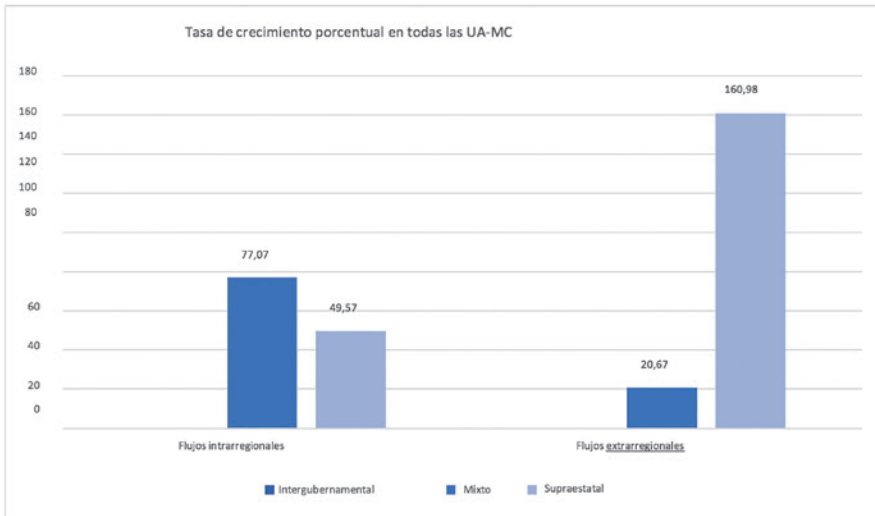
La desagregación de las tasas de crecimiento porcentual de las integraciones que forman parte de cada uno de los modelos y las etapas temporales analizadas en aquellas integraciones que han avanzado en el proceso de profundización pueden consultarse en el Anexo I, a lo que se añade la evolución individual por integración mostrada en las diapositivas que sirven de apoyo a la ponencia oral.

Por su escaso marco temporal, del gráfico anterior se excluye el CPTPP (en vigor desde el 30 de diciembre de 2018) y la RCEP (en vigor parcialmente desde el 1 de enero de 2022). El cómputo de las ZLC representadas recoge también la etapa de ZLC de las integraciones que posteriormente han avanzado hacia etapas posteriores, a saber: CARICOM (1967-1973), Comunidad Andina (1969-1995), Comunidad Económica Europea (1957-1968), EAC (2000-2005), ECOWAS (1975-2015), GCC (1981-2015), MERCOSUR (1991-1995), SICA (1991-2016) y WAEMU (1994-2000). Es preciso advertir que el ámbito temporal analizado de la EFTA abarca desde 1962 hasta 1996, dado el punto de inflexión provocado por la salida de Austria, Finlandia y Suecia, que implica una gran afcción a su IT y ET y desvirtúa la utilidad de los datos posteriores. Por razones similares, el periodo analizado del SAFTA abarca desde 2009 hasta 2020, en lugar de desde 2006. Ello se debe a que el ingreso de la India en la integración se produce en 2009, por lo que el gran aumento de ambos valores entre 2006 y entonces no se debe a la dinámica económica de la integración. Por ende, parece preferible comenzar su estudio tras el ingreso de citado Estado.



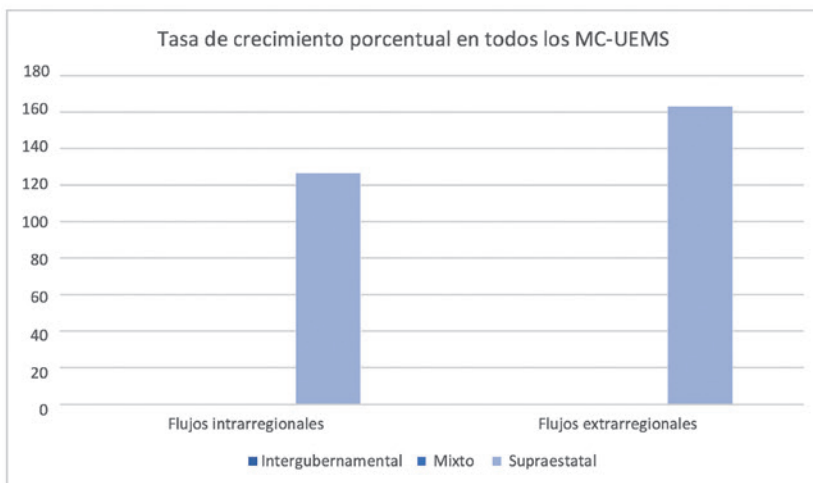
Elaboración propia.

El cómputo de las UA aquí representadas recoge también la etapa de UA de la única integración que ha logrado avanzar exitosamente hacia la etapa de MC: la UE; en propiedad, la Comunidad Económica Europea (1968-1993). Asimismo, se incluyen los periodos de UA estricta, sin rasgos de MC, de la CAN (1995-2003), el CARICOM (1975- 2001) y la EAC (2006-2010).



Elaboración propia.

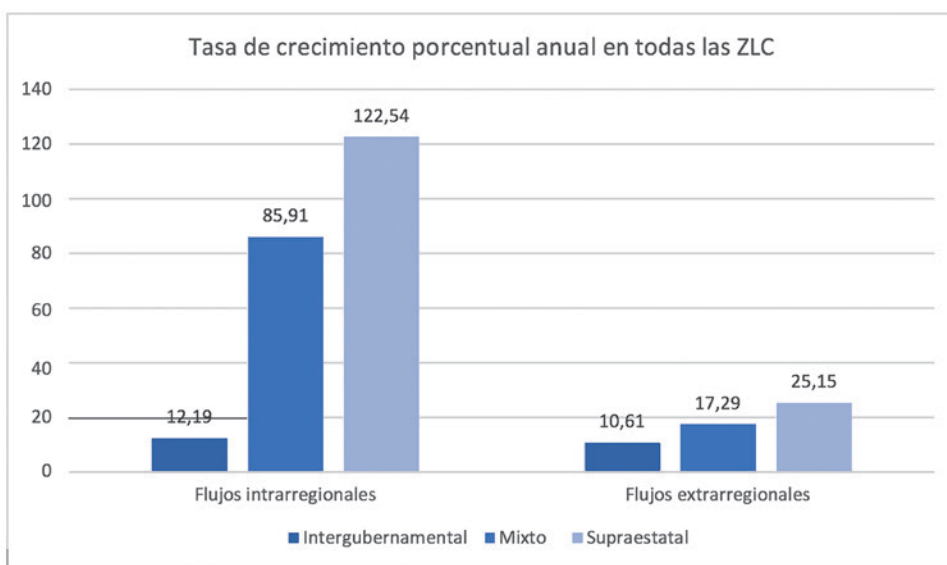
El cómputo de las UA-MC aquí representadas recoge también la etapa de MC de la única integración que ha logrado superarla exitosamente: la UE; en propiedad, Comunidad Europea (1993-1999).



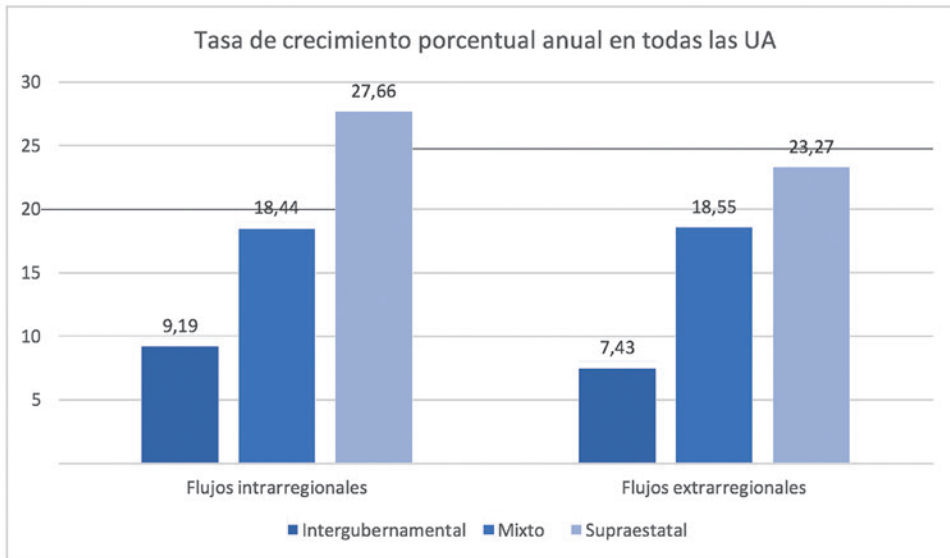
Elaboración propia.



De las gráficas expuestas parece vislumbrarse una correlación que indica que a mayor supraestatalidad, mayor aumento en el crecimiento porcentual tanto de IT como de ET. Sin embargo, podría argumentarse que el cálculo de la evolución de la tasa de crecimiento porcentual en las integraciones es inadecuado porque algunas integraciones son mucho más duraderas en el tiempo que otras y ello, como es lógico, condiciona sus posibilidades de crecimiento económico. A efectos de superar esta crítica y diferenciar entre lo exitoso de la evolución en términos absolutos y relativos, la tasa de crecimiento puede dividirse entre el número de años de cada etapa de las integraciones, obteniéndose así la tasa de crecimiento porcentual anual, que limita el impacto del factor temporal.

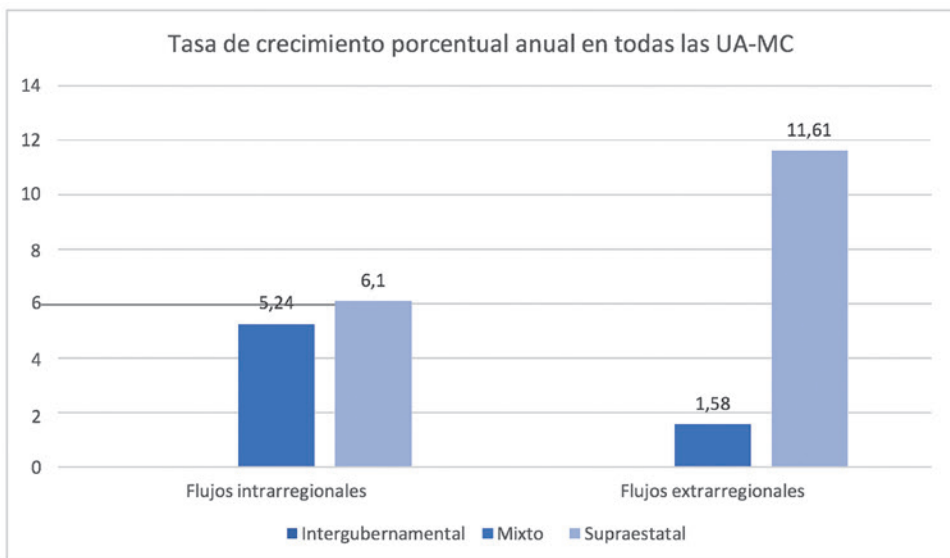


Como en el cálculo de la tasa de crecimiento porcentual de las ZLC, del gráfico anterior se excluye el CPTPP (en vigor desde el 30 de diciembre de 2018) y la RCEP (en vigor parcialmente desde el 1 de enero de 2022) y se incluyen las etapas de ZLC de las integraciones, ya señaladas, que posteriormente han avanzado hacia etapas posteriores.



Elaboración propia.

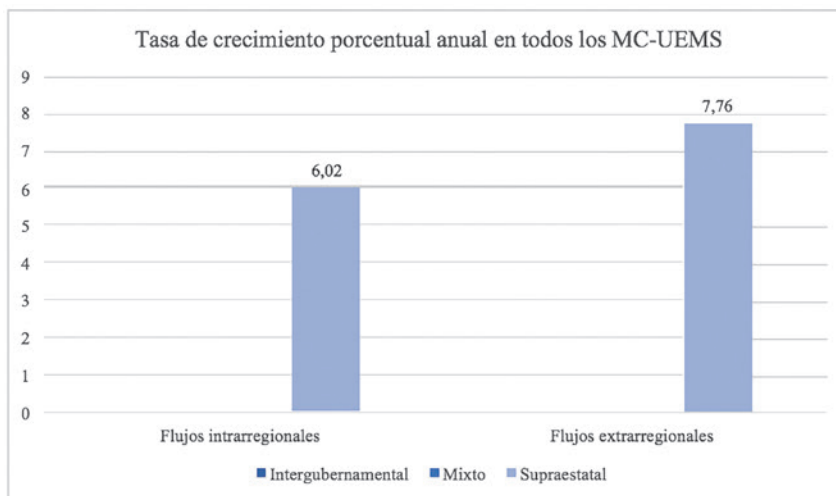
Mismas indicaciones deben hacerse sobre el gráfico anterior en cuanto a que también recoge la etapa de UA de las integraciones, indicadas *supra*, que han logrado avanzar hacia la etapa de MC total o sustancialmente.



Elaboración propia.



Y como previamente, el cómputo de las UA-MC aquí representadas recoge también la etapa de MC de la única integración que ha logrado superarla exitosamente: la UE; en propiedad, Comunidad Europea (1993-1999).



Elaboración propia.

La tendencia de las tasas de crecimiento porcentual y crecimiento porcentual anual es prácticamente análoga. Así, pese a que en términos teóricos los modelos intergubernamental y supraestatal parecen dirigir hacia un mismo resultado, de lo expuesto hasta este punto se puede concluir tres afirmaciones:

- 1) En cómputo global, el modelo intergubernamental se da en, aproximadamente, la mitad de todas las integraciones en vigor en el mundo (excluyendo, por razones de vigencia temporal, el CPTPP y la RCEP): 15 de 29. Hay ocho integraciones que siguen un modelo mixto y seis que siguen un modelo de tipo supraestatal.
- 2) Solo los modelos mixtos y supraestatales han logrado superar la etapa de UA y avanzar de forma sustancial al MC, y solo el modelo supraestatal de la UE ha superado la etapa de MC, dirigiéndose a la UEMS.
- 3) Por lo anterior, si bien es frecuente por su menor afección constitucional que los procesos de integración se inicien siguiendo

un modelo intergubernamental, a mayor pretensión de profundización, mayor es la imprescindibilidad de una estructura supraestatal.

En paralelo, y analizando críticamente lo anterior, se evidencian cinco relaciones de correlación:

- 1) En cualesquiera etapas del proceso de integración, los flujos comerciales intrarregionales y los extrarregionales evolucionan siguiendo una tendencia muy similar.
- 2) A mayor profundización en la integración, mayor aumento en los flujos comerciales intrarregionales (IT), para cuyo crecimiento constante se dan las condiciones óptimas con la íntegra consecución de una ZLC.
- 3) A mayor profundización en la integración, mayor aumento en los flujos comerciales extrarregionales (ET), para cuyo crecimiento constante se dan las condiciones óptimas desde la íntegra consecución de una UA.
- 4) A mayor avance hacia las etapas de MC y UEMS, mayor viabilidad para el crecimiento del IT y el ET, si bien porcentualmente se desacelera la tasa de crecimiento respecto de las etapas de ZLC y UA.
- 5) A mayor grado de supraestatalidad, mayor aumento en el IT y el ET. De este modo, los modelos intergubernamentales se perciben menos exitosos (en términos de evolución de IT y ET) que los mixtos, y estos, a su vez, resultan menos exitosos que los supraestatales.

Lo hasta aquí reseñado puede completarse con un estudio comparado de los flujos comerciales extrarregionales bilaterales.

La dicotomía intergubernamentalismo-supraestatalidad y la policotomía ZLC-UA- MC-UEMS también plasman sus efectos en las relaciones económicas entre las distintas integraciones. Como es sabido, el avance de la globalización conlleva a que los acuerdos comerciales ya no sean solo entre Estados, ni siquiera entre un Estado y una integración, como el CETA (UE-Canadá), la RCEP, o el hasta la fecha malogrado TTIP



(UE-Estados Unidos de América). Son también posibles los acuerdos comerciales entre integraciones.

Como afirma García Guerrero, es prácticamente imposible realizar una teorización general de la globalización y, particularmente, de las integraciones económicas —y más difícil es aun si se pretende lograr desde una perspectiva constitucional—, sin atender al método fenomenológico⁴⁵, y esta situación se agudiza aún más en un contexto incipiente como son los acuerdos comerciales entre integraciones. Como se acaba de poner de manifiesto, no es sencillo extraer conclusiones o ideas generales a partir de unas pocas experiencias concretas, pero ello no es óbice para realizar un análisis en profundidad del modo en que fluye el comercio entre integraciones, considerando si existen o no acuerdos entre estas.

A las puertas de la celebración del V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, son seis los acuerdos comerciales entre integraciones notificados a la OMC. Ordenados por fecha de entrada en vigor: la ZLC entre la EFTA y la SACU (en vigor desde el 1 de mayo de 2008); la ZLC entre la UE y el CARIFORUM (CARICOM) (en vigor desde el 29 de diciembre de 2008); la ZLC entre la UE y Centroamérica (SICA) (desde el 1 de agosto de 2013); la ZLC entre la EFTA y el GCC (en vigor desde el 1 de julio de 2014); el APC entre el MERCOSUR y la SACU (en vigor desde el 1 de abril de 2016); y la ZLC entre la UE y la SADC (en vigor desde el 10 de octubre de 2016).

Además, en este momento está firmado y pendiente de ratificación el APC entre la UE y la EAC, y se encuentran en negociación y notificados a la OMC la ZLC entre la EFTA y el MERCOSUR; el APC entre la UE, el ECOWAS, la WAEMU y otros 16 Estados africanos; la ZLC entre la UE y la ASEAN; y la ZLC entre la UE y la CAN.

Con todo, más allá de los citados acuerdos, el comercio con otras integraciones tiene cada vez un mayor peso en el flujo comercial extrarregional de cada una de las integraciones económicas en vigor, especialmente de aquellas que ya han avanzado sustancialmente en el proceso de profundización.

45 GARCÍA GUERRERO, José Luis (2019): “Constitucionalizando la globalización”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, vol. I, p. 113.



Como se evidencia en el Anexo II, todas las integraciones económicas analizadas comercian entre sí, teniendo una preeminencia obvia como socios comerciales la Unión Europea y el NAFTA; y, en menor medida, el MERCOSUR, el CIS y la ASEAN. Pese a la pandemia de COVID-19, durante el año 2020, último con datos al respecto disponibles, se prosiguió en la misma línea de comercio que venía teniendo lugar desde los últimos lustros. Las cifras reflejan cómo, pese a la mundialización del proceso globalizador, el factor geográfico tiene un importante peso, pues todas las integraciones económicas –especialmente aquellas compuestas por un número de Estados inferior a 10 y con un peso económico bajo– se inclinan a comerciar en mayor medida con socios de su misma región geográfica, sin negar el comercio con los dos grandes bloques: UE y NAFTA.

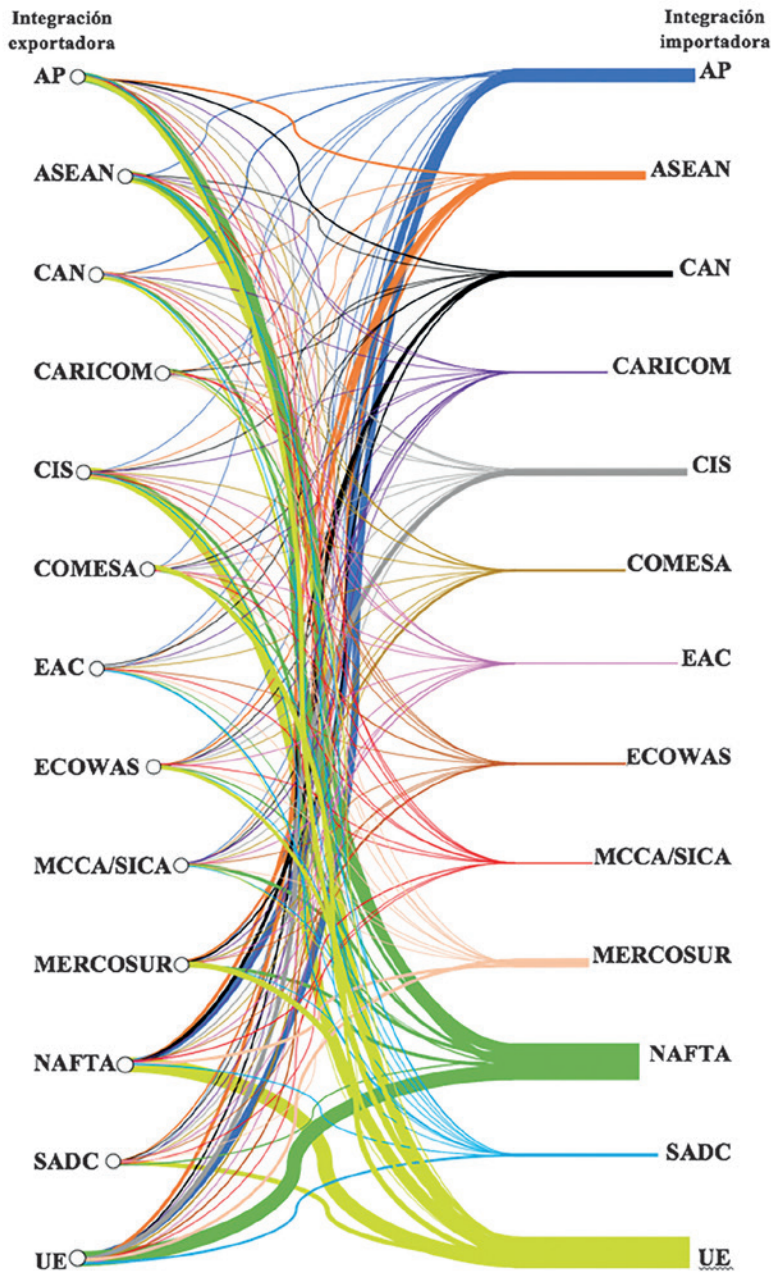
La multicausalidad de los procesos de importación y exportación dificulta cualquier análisis sobre cómo la arquitectura jurídica –y, en su caso, institucional– de una integración económica condiciona sus flujos comerciales. Sin embargo, como se muestra gráficamente a continuación, sí es constatable una diferencia sustancial en el saldo de la balanza comercial (exportaciones menos importaciones) entre integraciones. Así, mientras que en el año 2020 la UE fue la integración más exportadora del mundo respecto de las demás integraciones analizadas (897,62 miles de millones de dólares), la mayor importadora, prácticamente duplicando a la segunda, la UE, es el NAFTA (1.235,29 miles de millones de dólares). Sea como fuere, no se constata una correlación entre los modelos supraestatal, mixto e intergubernamental y un saldo positivo o negativo en la balanza comercial, así como tampoco un mayor porcentaje de comercio entre integraciones que sigan uno u otro modelo.



	Total de exportaciones en 2020 a las otras 12 integraciones (en miles de millones de dólares)	Total de importaciones en 2020 de las otras 12 integraciones (en miles de millones de dólares)	Saldo de la balanza comercial entre integraciones en 2020 (en miles de millones de dólares)
AP	462,17	356,463	105,70
ASEAN	473,98	228,24	245,74
CAN	61,14	71,107	- 9,96
CARICOM	13,58	25,862	- 12,28
CIS	184,39	147,99	36,40
COMESA	43,29	75,92	- 32,64
EAC	2,95	7,1024	- 4,15
ECOWAS	35,50	51,856	-16,36
MCCA/SICA	31,16	41,1353	-9,98
MERCOSUR	166,65	146,601	20,05
NAFTA	751,55	1235,29	- 483,74
SADC	55,12	50,65	4,46
UE	897,62	740,87	156,75

Elaboración propia a partir de datos de BACI, HS6 Rev. 1992, extraídos de la base de datos del Observatory of Economic Complexity (OEC).

Representación gráfica del flujo comercial entre integraciones económicas (media de los años 2019 y 2020)



Elaboración propia a partir de datos de BACI, HS6 Rev. 1992, extraídos de la base de datos del Observatory of Economic Complexity (OEC).



De estas cuestiones, en relación con los datos dispuestos en el Anexo II, pueden extraerse, al menos, las siguientes conclusiones:

- 1) Todas las integraciones económicas estudiadas tienen como principal socio comercial o bien a la UE o bien al NAFTA, por lo que en el análisis de las alianzas comerciales los factores geográficos, políticos o culturales se supeditan al peso económico de los Estados de una integración.
- 2) Al analizar el conjunto de flujos comerciales entre integraciones en perspectiva comparada se constata un aumento en el flujo entre aquellas integraciones que han suscrito un acuerdo de tipo ZLC.
- 3) Sin perjuicio del influjo del peso económico de cada Estado, aquellas integraciones en etapa UA o UA-MC tienen menores disparidades en el volumen de importación y exportación con el conjunto de integraciones.
- 4) Al ser múltiples los elementos que influyen en la elección de los socios comerciales para los procesos de importación y exportación (bien en cuestión, sociedades empresariales en la cadena productiva o de ventas, barreras arancelarias y no arancelarias, etc.), se requiere de un mayor estudio para acreditar correlación o causalidad alguna con relación a cómo influyen las fórmulas intergubernamentales, mixtas o supraestatales al flujo comercial bidireccional entre integraciones.

V. Reflexiones conclusivas

La ciencia básica es una premisa esencial para la ciencia aplicada, por lo que es ineludible una sólida teoría general de las integraciones económicas para elaborar concreciones aplicables a cualesquiera casos específicos. La vertiginosa aceleración de los tiempos y el avance de la globalización en su vertiente económica han llevado a la creación de organizaciones internacionales *sui generis* cuya naturaleza y características distan mucho de tener una óptima previsión constitucional, variando desde meros acuerdos internacionales hasta complejas integraciones económicas con órganos o instituciones que asumen el ejercicio de competencias jurídico-políticas.



Esta ponencia intenta mostrar que el análisis de las relaciones entre las integraciones económicas y sus Estados parte se puede realizar desde la teoría federal, extrapolando los tres tipos de relaciones de ordenación clásicamente establecidos (coordinación, supra y subordinación, e inordinación), que se componen de diferentes elementos que permiten la interconexión entre los sistemas jurídicos nacionales y la integración (en su caso, con su propio ordenamiento jurídico). Estas relaciones de ordenación entre integraciones y Estados se asemejan más a las de los Estados federales cuanto más se avanza en el proceso de integración y cuanto más supraestatal, y no intergubernamental, es la estructura y el modo de ejercicio del poder en el seno de la integración; siempre sin perder de vista que no es ni imprescindible ni siempre deseable avanzar en el proceso de integración, pues ello depende de condicionantes no solo jurídicos de cada Estado y conjunto de Estados parte. Con todo, sí se vislumbra la importancia de configurar unas relaciones de ordenación lo más análogas posibles entre todos los Estados parte de una integración económica y la propia integración. La práctica habitual de poner en marcha procesos de integración con grandes asimetrías jurídicas entre los Estados conduce a disfuncionalidades tanto en la creación como en la aplicación del derecho, debido principalmente a la reticencia a alterar el sistema de fuentes y a asumir y aplicar las decisiones adoptadas en el seno de la integración.

En este sentido, al igual que la ciencia aplicada no es posible sin la ciencia básica, la concreción de los elementos de los tres tipos de relación de ordenación es inviable si no se examina esta categoría desde un nivel más abstracto y con pretensión de universalidad. Las relaciones jurídicas que surgen en las integraciones sin un análisis estricto de sus consecuencias son difícilmente óptimas para las dos partes interconectadas: integración y Estados. Así, si queremos aspirar a una mejor distribución territorial del poder, ya sea en el ámbito estatal o, en este caso, en el de una integración económica, es imprescindible abordar críticamente las relaciones de ordenación y repensarlas como una categoría constitucional, y no como una consecuencia incontrolable de la interconexión de los sistemas jurídicos.

La adecuada articulación de las relaciones de ordenación no solo es necesaria para la consecución de los objetivos de la integración económica. La evidencia empírica reflejada en este trabajo muestra, además, que cuanto más se asemejan las relaciones de ordenación de las integraciones a las de los Estados federales –lo que lleva aparejado adoptar un modelo



supraestatal y, usualmente, encontrarse en una etapa avanzada del proceso de profundización—, más exitosas son las integraciones en términos de evolución de sus flujos comerciales intrarregionales y extrarregionales.

Avanzando desde lo más general a lo muy específico, tanto este trabajo como la ponencia impartida tratan de evidenciar la realidad de las integraciones económicas, así como su conexión con el nivel estatal y el impacto de esta en la economía. Cabe concluir con una última reflexión: si se comparte el planteamiento de que el conjunto de Estados que conforman la sociedad internacional camina hacia un contexto económico multipolar, en el que las integraciones cada vez asumirán el ejercicio de más competencias y cobrarán un mayor protagonismo en las relaciones internacionales, quizá la mejor —y última— garantía constitucional sea reforzar, controlar y perfeccionar la forma en que se relacionan nuestros Estados con esas integraciones. La óptima articulación de las relaciones de ordinación parece la vía para ello.

Fuentes documentales Bibliografía

- ACHARYA (Amitav), *Constructing a Security Community in Southeast Asia: ASEAN and the Problem of Regional Order*, Routledge, Nueva York, 2014.
- BALASSA Bela *The Theory of Economic Integration*, George Allen & Unwin Ltd., Londres, 1962.
- BALDWIN (Richard E.) y VENABLES (Anthony), “Regional Economic Integration”, en GROSSMAN, Gene M. y ROGOFF, Kenneth, (eds.) *Handbook of International Economics*, vol. III, North Holland, Amsterdam, 1995, pp. 1597-1644.
- BANCO INTERNACIONAL DE PAGOS *Globalization and deglobalization*. Bis Papers núm. 100, 2018.
- BASTARRECHE BENGUA (Tomás (2019): “«The Old Lady of Thread-needle» (Banco de Inglaterra)”, en GARCÍA GUERRERO, (José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, (María Luz (dirs.), *Constitucionalizando la Globalización*, vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 983-1029.
- CASSESE, (Antonio) *Le Droit International dans un Mond divisé*, Berger- Levrault, París, 1986.
- COGAN, (Jacob Katz), HURD, (Ian) y JOHNSTONE (Ian) (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

- DE JONG Stef (1994): “Intégration économique”, en DE ROUGEMONT, Denis (dir.), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruylant, Bruselas, pp. 96-98.
- DE LOMBAERDE Philippe, RAYP Glenn y STANDAERT Samuel (2020): *The Regional Integration Knowledge System 2.0*. Disponible online en: <https://riks.cris.unu.edu/support>.
- DÍEZ DE VELASCO Manuel (2006): *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 14ª edición.
- DURÃO BARROSO José Manuel (1994): “Intégration politique”, en DE ROUGEMONT Denis (dir.), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruylant, Bruselas, pp. 98-100.
- FRAILE (Guillermo) *Historia de la Filosofía*, vol. 1, BAC, Madrid, 7ª edición, 1997.
- GARCÍA GUERRERO (José Luis) “Constitucionalizando la globalización”, en GARCÍA GUERRERO (José Luis) y MARTÍNEZ ALARCÓN (María Luz) (dirs.),
- *Constitucionalizando la globalización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, vol. I, 2019, pp. 71-136.
 - GARCÍA GUERRERO José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (dirs.) (2019):
 - *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia.
 - *La solidaridad. Estudio constitucional comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- GROOM A. (John R.), “The Setting in World Society”, en GROOM A. (John R.) y TAYLOR (Paul Graham) (eds.), *Frameworks for International Cooperation*, Pinter, Londres, 1990, pp. 3-11.
- HOOGE (Liesbet), LENZ (Tobias) y MARKS (Gary) “Measuring International Authority”, en *Ibidem* (eds.), *A Theory of International Organization*, vol. IV, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 26-43.
- KANG (Yoo-Duk) “Development of Regionalism: New Criteria and Typology”, *Journal of Economic Integration*, núm. 31, vol. 2, 2016, pp. 234-274.
- KEOHANE (Robert O.) y HOFFMANN (Stanley), “Conclusions: Community Politics and Institutional Change”, en WALLACE (William) (ed.), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, Londres, 1990, pp. 276-300.
- KLABBERS (Jan), “Formal Inter-Governmental Organizations”, en COGAN (Jacob Katz), HURD (Ian) y JOHNSTONE (Ian) (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 133-151.



- KURGER (Thalia), *Regional Organizations and dispute settlement: court and arbitration institution at the same time?*, Working Paper, Cape Town, 2008.
- LENZ (Tobias) y MARKS (Gary) “Regional Institutional Design: Pooling and Delegation”, en BÖRZEL (Tanja A.) y RISSE (Thomas) (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Regionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 513-537.
- LOWATCHARIN (Grichawat) *et al*, “Intergovernmental Relations in a World of Governance: A Consideration of International Experiences, Challenges, and New Directions”, *Asia-Pacific Social Science Review*, vol. 19, 2019, núm. 4.
- MOLINA DEL POZO (Carlos) y PIZZOLO (Calogero) (dirs.), *El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del MERCOSUR. Ensayos para un estudio comparado*, EUDEBA, Buenos Aires, 2011.
- MOLLE (Willem), *The Economics of European Integration: Theory, Practice, Policy*, Ashgate, Aldershot, 5ª edición, 2006.
- NOVAK (Stephanie), “The Silence of Ministers: Consensus and Blame Avoidance in the Council of the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, núm. 6, 2013, pp. 1091-1107.
- PASTOR RIDRUEJO (José Antonio), *Curso de Derecho Internacional Público y de Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2021.
- PERROUX (François), *L'Europe sans rivages*, Presses Universitaires de France, París, 1954.
- REAL INSTITUTO ELCANO, *Informe Elcano de presencia global*. Disponible online en: <https://www.realinstitutoelcano.org/informes/informe-elcano-de-presencia-global-2022/>.
- SEVILLA DURO (Miguel Ángel), *Relations of ordination in economic integrations and their effect on the system of sources of law. A categorisation to deal with polycrisis*, Rivista Gruppo di Pisa, quaderno núm. 5, en prensa, 2022.
- SEVILLA DURO (Miguel Ángel) y GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Compendio completo de acuerdos comerciales por Estado, integración y organización en la era de la globalización”, en GARCÍA GUERRERO (José Luis) y MARTÍNEZ ALARCÓN (María Luz) (dirs.), *Constitucionalizando la Globalización*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 605-669.
- STIGLITZ (Joseph), *Getting Deglobalization Right*, Project Syndicate, 2022 Disponible online en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/deglobalization-and-its-discontents-by-joseph-e-stiglitz-2022-05?barrier=accesspaylog>.
- UNGER (Roberto Mangabeira), *Knowledge and Politics*, Free Press, Nueva York, 1975.

VAN DER LIJN (Jaïr), *The Future of the Monopoly on the Legitimate Use of Force: Four alternative global futures*, Think Piece 20 Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin, 2017.

Bases de datos:

BACI (2022). Base pour l'Analyse du Commerce International, versión HS6, rev. 1992. Centre d'études prospectives et d'informations internationales (CEPII). Disponible *online* en: http://www.cepii.fr/CEPII/fr/bdd_modele/bdd_modele_item.asp?id=37.

COMTRADE (2022). United Nations Commodity Trade Statistics Database. Naciones Unidas. Disponible *online* en: <https://comtrade.un.org/data/>.

CROP (2022). Comparative Regional Organizations Project. Universidad de Göttingen. Disponible *online* en: <https://comparativeregionalorganizations.org>.

KOF Globalisation Index (2022). KOF Swiss Economic Institute. Disponible *online* en <https://kof.ethz.ch/en/forecasts-and-indicators/indicators/kof-globalisation-index.html>.

OECD (2022). Observatory of Economic Complexity. Datawheel. Disponible *online* en: <https://oec.world/en>.

Regional Trade Agreements Database (2022). Organización Mundial del Comercio. Disponible *online* en: <https://rtais.wto.org/UI/charts.aspx#>.

RIKS (2022). Regional Integration Knowledge System. United Nations University Institute on Comparative Regional Integration Studies (UNU-CRIS). Disponible *online* en: www.riks.cris.unu.edu.



Anexo I. Desagregación de las tasas de crecimiento porcentual y porcentual anual por etapas e integración económica

A. Tasa de crecimiento porcentual de las ZLC

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales		Modelos mixtos		Modelos semisupraestatales y supraestatales	
AGADIR		CARICOM (1967-1973)		AP	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
103,91	70,72	1668,74	93,22	-0,002	-36,99
ASEAN (AFTA)		EAC (2000-2005)		CAN (1969-1995)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
572,31	488,56	112,95	106,71	5407,77	1145,43
CAFTA-DR		GCC (1981-2015)		ECOWAS (1975-2015)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
372,21	261,63	1436,2	219,98	2077,63	660,14
CEFTA		EAC		SADC	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
-16,3	31,13	112,95	106,71	6567,08	1123,78
CIS		SICA (1991-2016)		UAfr	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
-36,51	-25,2	1334,54	1122,77	515,72	270,1
EFTA		WAEMU (1994-2000)		UE (CEE, 1957-1968)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
555,41	1050,01	536,13	46,61	152,64	80,67
GAFTA					
IT	ET				
223,81	91,53				
GUAM					
IT	ET				
45,13	41,59				
MERCOSUR (1991-1995)					
IT	ET				
178,96	74,19				
NAFTA					

IT	ET
250,49	254,69
PICTA	
IT	ET
331,7	309,38
SAFTA (desde 2009)	
IT	ET
149,69	59,45
SPARTECA	
IT	ET
430,15	914,46
TPSEP	
IT	ET
136,51	38,04

B. Tasa de crecimiento porcentual de las UA

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales		Modelos mixtos		Modelos semisupraestatales y supraestatales	
MERCOSUR (desde 1996)		CARICOM (1974-2001)		CAN (1995-2003)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
127,57	170,48	502,4	825,09	10,38	16,01
CEMAC		EAC (2006-2010)		COMESA	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
470,96	279,17	113,36	127,13	986,49	934,6
		EAEU		ECOWAS (desde 2016)	
		IT	ET	IT	ET
		885,66	463,53	-27,11	26,13
		GCC (desde 2016)		UE (CEE, 1968-1993)	
		IT	ET	IT	ET
		12,23	4,38	2038,09	1337,57
		SACU (desde 1992)			
		IT	ET		
		366,67	441,35		
		SICA (desde 2017)			
		IT	ET		



0,98	9,75
WAEMU (desde 2001)	
IT	ET
255,18	433,03
SACU (desde 1992)	
IT	ET
366,67	441,35
SICA (desde 2017)	
IT	ET
0,98	9,75
WAEMU (desde 2001)	
IT	ET
255,18	433,03

C. Tasa de crecimiento porcentual de las UA-MC

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales	Modelos mixtos		Modelos semisupraestatales y supraestatales	
		CARICOM (desde 2002)		CAN (desde 2003)
	IT	ET	IT	ET
	129,3	21,56	24,39	141,75
	EAC (desde 2010)		UE (CE, 1993-1999)	
	IT	ET	IT	ET
	79,46	43,01	74,75	38,45
	EAEU (desde 2010)			
	IT	ET		
	22,45	-2,57		

D. Tasa de crecimiento porcentual de los MC-UEMS

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales	Modelos mixtos	Modelos semisupraestatales y supraestatales	
		ET	IT
		162,97	126,49

E. Tasa de crecimiento porcentual anual de las ZLC

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales		Modelos mixtos		Modelos semisupraestatales y supraestatales	
AGADIR		CARICOM (1967-1973)		AP	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
7,42	5,05	238,39	12,32	-0,0	-4,11
ASEAN (AFTA)		EAC (2000-2005)		CAN (1969-1995)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
20,44	17,45	18,83	17,79	200,29	42,42
CAFTA-DR		GCC (1981-2015)		ECOWAS (1975-2015)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
24,81	17,44	46,33	7,1	50,67	15,1
CEFTA		EAC		SADC	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
-1,09	2,07	18,83	17,79	364,84	62,43
CIS		SICA (1991-2016)		UAfr	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
-4,56	2,07	49,43	41,58	25,79	13,6
EFTA		WAEMU (1994-2000)		UE (CEE, 1957-1968)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
16,83	31,82	76,59	6,66	21,81	11,52
GAFTA					
IT	ET				
13,99	5,72				
GUAM					
IT	ET				
3,01	2,77				
MERCOSUR (1991-1995)					
IT	ET				
29,83	12,37				
NAFTA					
IT	ET				
9,28	9,43				
PICTA					
IT	ET				
18,43	17,19				



SAFTA (desde 2009)	
IT	ET
12,47	4,95
SPARTECA	
IT	ET
10,75	22,86
TPSEP	
IT	ET
9,1	2,54

F. Tasa de crecimiento porcentual anual de las UA

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales		Modelos mixtos		Modelos semisupraestatales y supraestatales	
MERCOSUR (desde 1996)		CARICOM (1974-2001)		CAN (1995-2003)	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
4,91	6,56	17,32	28,45	1,15	1,78
CEMAC		EAC (2006-2010)		COMESA	
IT	ET	IT	ET	IT	ET
22,43	13,29	22,67	25,43	36,54	34,61
		EAEU		ECOWAS (desde 2016)	
		IT	ET	IT	ET
		55,35	28,97	-5,42	5,23
		GCC (desde 2016)		UE (CEE, 1968-1993)	
		IT	ET	IT	ET
		2,04	0,73	78,39	51,45
		SACU (desde 1992)			
		IT	ET		
		19,3	23,23		
		WAEMU (desde 2001)			
		IT	ET		
		12,15	20,62		

G. Tasa de crecimiento porcentual anual de las UA-MC

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales	Modelos mixtos		Modelos semisupraestatales y supraestatales	
		CARICOM (desde 2002)		CAN (desde 2003)
	IT	ET	IT	ET
	6,47	1,08	1,52	8,86
	EAC (desde 2010)		UE (CE, 1993-1999)	
	IT	ET	IT	ET
	7,22	3,91	10,68	5,49
	EAEU (desde 2010)			
	IT	ET		
	1,04	-0,23		

H. Tasa de crecimiento porcentual anual de los MC-UEMS

Modelos semintergubernamentales e intergubernamentales	Modelos mixtos	Modelos semisupraestatales y supraestatales	
		IT	ET
		6,02	7,76



Anexo II. Desagregación del volumen de las importaciones y exportaciones entre integraciones económicas durante los años 2019 y 2020

	Integración a la que más exportó en 2019 (en miles de millones de dólares)	Integración de la que más importó en 2019 (en miles de millones de dólares)
AP	NAFTA (416)	NAFTA (286)
ASEAN	NAFTA (228)	UE (98,9)
CAN	NAFTA (30,7)	NAFTA (35,2)
CARICOM	NAFTA (6,8)	NAFTA (16,1)
CIS	UE (208)	UE (122)
COMESA	UE (46,5)	UE (50,7)
EAC	UE (1,55)	UE (3,51)
ECOWAS	UE (33,5)	UE (30,1)
MCCA/SICA	NAFTA (21,7)	NAFTA (24,4)
MERCOSUR	NAFTA (57,7)	NAFTA (69,3)
NAFTA	UE (297)	UE (503)
SADC	UE (34,4)	UE (37,5)
UE	NAFTA (503)	NAFTA (297)

Elaboración propia a partir de datos de BACI, HS6 Rev. 1992, extraídos de la base de datos del Observatory of Economic Complexity (OEC).



Importaciones y exportaciones entre integraciones económicas en 2019 (en miles de millones de dólares)													
Importa Exporta	AP	ASEAN	CAN	CARICOM	CIS	COMESA	EAC	ECOWAS	MCCA/ SICA	MERCOSUR	NAFTA	SADC	UE
AP		6,49	15,7	2,1	2,42	0,46	0,76	0,57	7,4	18,3	416	1,04	42,9
ASEAN	31,6		3,95	1,65	10,4	9,66	2,03	6,5	1,36	13,6	228	11	148
CAN	10,6	1,84		1,6	1,33	0,97	2,94	0,23	1,76	10,7	30,7	0,19	15
CARICOM	0,89	0,23	0,54		0,13	0,15	0,007	0,074	0,08	0,7	6,8	0,16	5,89
CIS	2,25	12,1	1,18	0,44		7,63	0,36	2,5	0,39	4,44	24,9	1,25	208
COMESA	0,2	4,88	0,88	0,12	1,2		N/A	N/A	0,23	1,03	8,96	N/A	46,5
EAC	0,17	0,59	0,002	0,0003	0,26	N/A		N/A	0,0005	0,012	0,85	N/A	1,55
ECOWAS	0,46	6,48	0,25	0,18	0,425	N/A	N/A		0,023	1,47	8,01	N/A	33,5
MCCA/SICA	1,95	0,29	0,39	0,58	0,16	0,77	0,01	0,12		0,3	21,7	0,053	5,05
MERCOSUR	27	20,7	15,7	1,11	4,78	4,57	0,29	2,59	2,06		57,7	2,96	48,7
NAFTA	286	92,1	35,2	16,1	15,3	11,5	0,93	7,4	29	69,3		10,9	297
SADC	0,68	7,93	0,2	0,29	0,98	N/A	N/A	N/A	0,024	2,11	11,1		34,4
UE	65,9	98,9	15,7	7,43	122	50,7	3,51	30,1	4,5	56,9	503	37,5	

Elaboración propia a partir de datos de BACI, HS6 Rev. 1992, extraídos de la base de datos del Observatory of Economic Complexity (OEC).



	Integración a la que más exportó en 2020 (en miles de millones de dólares)	Integración de la que más importó en 2020 (en miles demillones de dólares)
AP	NAFTA (347)	NAFTA (238)
ASEAN	NAFTA (251)	UE (84,7)
CAN	NAFTA (25,9)	NAFTA (29,2)
CARICOM	NAFTA (5,99)	NAFTA (12,9)
CIS	UE (142)	UE (113)
COMESA	UE (29,6)	UE (44)
EAC	UE (1,49)	UE (3,49)
ECOWAS	UE (23,2)	UE (31,4)
MCCA/SICA	NAFTA (21)	NAFTA (25,3)
MERCOSUR	NAFTA (47,4)	NAFTA (56,2)
NAFTA	UE (268)	UE (468)
SADC	UE (28,7)	UE (28,3)
UE	NAFTA (468)	NAFTA (268)

Elaboración propia a partir de datos de BACI, HS6 Rev. 1992, extraídos de la base de datos del Observatory of Economic Complexity (OEC).

Importaciones y exportaciones entre integraciones económicas en el año 2020 (en miles de millones de dólares)													
Importa Exporta	AP	ASEAN	CAN	CARICOM	CIS	COMESA	EAC	ECOWAS	MCCA/ SICA	MER- COSUR	NAFTA	SADC	UE
AP		5,66	12,4	1,32	6,75	0,41	0,067	0,54	6,75	15,1	374	0,97	38,2
ASEAN	29,4		3,44	0,6	9,48	8,87	1,94	6	1,46	12,2	251	8,59	141
CAN	8,38	1,41		0,92	1,27	0,14	0,014	0,19	1,21	8,07	25,9	0,24	13,4
CARICOM	0,52	0,41	0,28		0,11	0,41	0,0004	0,041	0,07	0,47	5,99	0,43	4,85
CIS	1,77	8,88	0,87	0,24		7,28	0,49	2,46	0,31	3,24	15,6	1,25	142
COMESA	0,17	4,69	0,052	0,35	1,09		N/A	N/A	0,023	0,71	6,6	N/A	29,6
EAC	0,023	0,51	0,004	0,002	0,21	N/A		N/A	0,0002	0,001	0,71	N/A	1,49
ECOWAS	0,28	5,85	0,23	0,1	0,49	N/A	N/A		0,0081	0,75	4,59	N/A	23,2
MCCA/ SICA	2,35	0,34	0,44	0,49	0,14	0,18	0,001	0,065		0,28	21	0,04	5,83
MERCOS- UR	21,8	23,1	12,4	1,2	4,31	4,53	0,24	2,7	1,77		47,4	2,6	44,6
NAFTA	238	84	29,2	12,9	10,3	10,1	0,86	8,46	25,3	56,2		8,23	268
SADC	0,47	8,69	0,091	0,42	0,84	N/A	N/A	N/A	0,024	1,38	14,5		28,7
UE	53,3	84,7	11,7	7,32	113	44	3,49	31,4	4,21	48,2	468	28,3	

Elaboración propia a partir de datos de BACI, HS6 Rev. 1992, extraídos de la base de datos del Observatory of Economic Complexity (OEC).

CONFERENCIA:
VERTIENTE INTERNA Y EXTERNA,
ASÍ COMO BILATERAL Y
MULTILATERAL DEL GOBIERNO DE
LA GLOBALIZACIÓN

Dr. Francisco Javier Matia Portilla,
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid



Dr. Francisco Javier Matia Portilla

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid y responsable del área en el campus de Segovia.

Su labor investigadora se ha centrado, fundamentalmente, en el examen del régimen de los DDFE en el Derecho constitucional español, en la UE y en el CE, en el proceso europeo de integración y sus implicaciones en los ordenamientos nacionales y en Derecho electoral y parlamentario. Es autor de dos monografías, director de diversos volúmenes colectivos y ha publicado numerosos trabajos en revistas especializadas y obras colectivas. En el plano editorial, ha dirigido la *Revista General de Derecho Constitucional* y ha colaborado con la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

Es evaluador para la ANEP, la ANECA, el Ministerio de Economía y Competitividad y la Fundación MadridmásD. Le han sido reconocidos hasta el momento cuatro sexenios de investigación.

En su faceta docente ha impartido clases en licenciatura, grado y postgrado en diversas universidades nacionales e internacionales. Ha sido también docente en el Programa Interuniversitario de Castilla y León y en la Escuela de Práctica Jurídica de Valladolid. Le han sido reconocidos cinco tramos docentes y dos calificaciones de excelente en el Programa *Docentia*, de la Universidad de Valladolid.

Desde abril de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2007 ocupó la posición de letrado de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional del Reino de España.

1.- Una visión instrumental de la globalización

La globalización es un fenómeno que, pese a lo que pueda parecer, hunde sus raíces en la historia de la humanidad¹. A lo largo de esta, muchos movimientos, creencias y políticas han pretendido, de forma consciente o no, uniformizar algunos aspectos de nuestra vida en diversas partes del mundo. Y este fenómeno empapa todas las áreas del conocimiento, por lo que puede hablarse de globalización en muchos frentes, como el económico, el cultural (incluyendo tanto estándares en las manifestaciones artísticas como uniformando las preferencias en relación con diversas materias -ocio, belleza, etc.²⁻), la organización empresarial³ o los estándares científicos supranacionales en muchos frentes (tecnología, medicina, enfermería, etc.).

-
- 1 Así, por ejemplo, esa globalización se potencia con la creación de la moneda, como subrayó en el año 1680, Germiniano Montanari, en el capítulo II de su obra *Trattato mercantile delle monete* (DESTEFANIS, Milán, 1804, p. 40) o por la expansión del cristianismo en una buena parte del orbe. En todo caso, algunos autores, como Bernd Hausberger (en *Historia mínima de la globalización temprana*, El Colegio de México, Ciudad de México, 2018), sostienen que la globalización, tal y como hoy la entendemos, arranca en el Siglo XVI, con el proceso de evangelización y las primeras migraciones. Otros se retrotraen aún más, como acreditan los estudios de Valerie Hansen (*El año 1000: cómo los primeros exploradores iniciaron la globalización*, Paidós, Barcelona, 2021) y YUN CASALILLA (Bartolomé) [*Los imperios ibéricos y la globalización de Europa: (siglos XV a XVII)*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2019]. Y es que acaso la globalización haya sido un fenómeno vinculado con la historia de la humanidad y vinculado con su propia capacidad de explorar nuevas tierras y culturas. Puede consultarse, con carácter general, STEGER (Manfred B.), *Globalización. Una breve introducción*, Bosch, Barcelona, 2019.
 - 2 Ver, como mera muestra, los trabajos de SEDEÑO VALDELLÓS (Ana María) & RUIZ MUÑOZ (María Jesús), Bartolomé *Cine y globalización: hacia un concepto de cine transnacional*, en MATEOS MARTÍN (Concha), ARDEVOL ABREU (Alberto Isaac) & TOLEDANO BUENDÍA (Samuel), *La comunicación pública, secuestrada por el mercado*, Sociedad Latina de Comunicación Social, La Laguna, 2011; y CASTELLANOS LLANOS (Gabriela), *Los discursos de la globalización, la industria de la belleza y el concepto de mujer y género*, Hojas de Warmi 16 (2011).
 - 3 Ver, por ejemplo, HORMIGOS RUIZ (Jaime), *Empresa y globalización: hacia una redefinición del concepto de trabajo*, en UÑA JUÁREZ (Octavio), HORMIGOS RUIZ (Jaime) & MARTÍN CABELLO (Antonio) (coord.): *Las dimensiones sociales de la globalización*, Thomson, Cizur Menor, 2007; y GONZÁLEZ ROMERO (Arturo), *Globalización y política industrial: el nuevo concepto de competitividad*, Economía Industrial 320 (1998).



Si un fenómeno reciente ilustra esta globalización es la pandemia provocada por la Covid-19. La rápida expansión de la infección se explica en que hoy vivimos en sociedades abiertas, siendo relativamente fácil que una persona pueda residir, de forma temporal o permanente, en otras tierras diferentes de las que le vieron nacer. También es interesante reseñar que las medidas adoptadas por diversas autoridades (estatales o internacionales) han sido muy similares en su alcance (confinamientos, cierres perimetrales, toques de queda, etc.), aunque hayan presentado diversos ropajes jurídicos (declaraciones de estados de alarma, legislación ordinaria, legislación gubernamental de urgencia, etc.). De hecho, algunas de estas medidas precisan de cierto concurso internacional, porque afectan a más de un país (cruce de fronteras, normas sobre aviación civil, etc.), o porque se trata de medidas que son más eficaces si se adoptan en el plano internacional (como ocurre, por ejemplo, con la aprobación de vacunas por parte de las autoridades sanitarias europeas).

Si es evidente la importancia que presenta la globalización, resulta más difícil tratar de ofrecer una noción doctrinal⁴ que sea aceptable para todos. La Real Academia de la Lengua Española ofrece cuatro significaciones del término *globalización*⁵. Más allá de la que trae causa de globalizar, que es “integrar cosas diversas”, dos guardan primario interés en el marco de este trabajo. Son las que definen la globalización como la “extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional” y como la “difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres”. Es muy interesante contraponer estas dos acepciones de la globalización, porque mientras que la primera responde a la proyección de instituciones realizada desde los Estados, la segunda parece más bien ser exógena a estos y proviene del exterior. Lo cierto es que ambos fenómenos se producen a la vez, y esto

4 Ver, entre otros muchos, FAZIO VENGOA (Hugo), “La globalización: ¿un concepto elusivo?”. *Historia Crítica* 23 (2003); BODEMER (Klaus), “La globalización. Un concepto y sus problemas”. *Nueva sociedad* 156 (1998); GONZÁLEZ URESTI (Luz Araceli), “Reflexiones en torno al concepto de Globalización”. *Revista de Humanidades* 9 (2000); SAN BURGOS (Raúl), “Algunas reflexiones sobre el concepto de Globalización”. *A Distancia* 2 (2002); AGUIRRE ROJAS (Carlos Antonio), “Para una crítica del concepto de ‘Globalización’”. *Theomai* 2000/2; NAVARRO LÓPEZ (Vicente), “Crítica del concepto y del discurso de la globalización”. En GUERRA (Alfonso) & TEZANOS (José Félix) (coord.): *Alternativas para el siglo XXI: I Encuentro Salamanca*, Fundación Sistema, Madrid, 2003.

5 <https://dle.rae.es/globalizaci%C3%B3n>.

es muy perceptible tanto en lo que atañe, con carácter general, al Derecho internacional como, más en particular, a la globalización⁶.

Debemos concluir esta breve introducción incorporando dos ideas suplementarias. La primera es poner de manifiesto que la globalización hoy existente tiene una dimensión fundamentalmente económica. Tal relevancia tiene esta materia que la cuarta acepción del término *globalización* incluida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se centra en ella, al concebirla como “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”. Y es que los principales ejemplos vinculados con la globalización se concretan en acuerdos de libre comercio, o en organizaciones de integración económica, de vocación global (FMI, BM, etc.) o regional (Unión Europea, Mercosur, Unión Africana, etc.). De ahí que examinar el gobierno de la globalización sea, en buena medida, examinar el gobierno de la globalización económica⁷.

La segunda idea es que la globalización es un fenómeno que suele ser juzgado de forma extrema. Mientras que algunos autores subrayan su contribución al liberalismo, al Estado de Derecho y al desarrollo y protección efectivos de los derechos humanos, otros denuncian la imposición de un sistema capitalista radical y del *american way of life* en el plano cultural, incompatible con la protección de las minorías y grupos desfavorecidos.

6 Esto explica, por ejemplo, la creación de estructuras paranacionales en el plano internacional, como son los tribunales (como ocurre con los de la Unión Europea, la Corte Penal Internacional o los vinculados con la protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo). Se nos pide, precisamente, que reflexionemos en estas páginas sobre cómo opera el gobierno en la globalización, lo que remite, claro, a una institución clásicamente vinculada con el principio de separación de poderes vinculado, en su origen, con las instituciones estatales.

Pero también hay una globalización militante, impulsada por concretos Estados y por organizaciones internacionales (de forma destacada, el Banco Mundial), que trata de contribuir al desarrollo de países en vías de desarrollo, condicionando las ayudas económicas a la creación o el reforzamiento de estructuras democráticas vinculadas con el Estado de Derecho. Ver, como simple botón de muestra, CUENCA GARCÍA (Eduardo), *La financiación oficial al desarrollo: el grupo del Banco Mundial*, Revista de Economía Mundial 2000/3, pp. 67 ss.

7 Aunque la bibliografía existente en esta materia resulta inabarcable, son de especial interés los libros colectivos impulsados en esta materia, en calidad de directores, por José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón. Son *Constitucionalizando la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, y *El gobierno de la globalización. Estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.



No tiene sentido entrar ahora en este debate⁸, que nos alejaría, por lo general, del objeto del presente trabajo, centrado en el gobierno de la globalización. Sí que deberemos ocuparnos, por el contrario, de las relaciones entre el gobierno de la globalización y el Estado nacional y sus elementos constitucionales, porque se le atribuye a este la soberanía como uno de los elementos que lo integran (junto con el pueblo y el territorio). Y aludiremos entonces, de nuevo, a alguna de estas críticas.

2.- El gobierno de la globalización económica y sus distintas vertientes

A diferencia de lo que ocurre en el interior de los Estados, en los que el ejercicio del poder reposa en una estructura institucional que obedece a un diseño previo (presuntamente) ordenado y coherente, la globalización económica se evidencia en una serie de estructuras autónomas que surgen impulsadas por el Derecho internacional. Este dato es relevante porque aporta sendos datos, también relevantes, para los fines del presente estudio.

De un lado, que el gobierno de la globalización será controlado, por lo general, por los gobiernos estatales que impulsen esas organizaciones internacionales. En efecto, resulta imposible, por definición, que una organización internacional sea democrática en su seno.

Me permitirán que justifique esta afirmación aludiendo a la Unión Europea, que es un ejemplo de globalización económica (aunque no solamente económica) regional, porque he tenido la oportunidad de reflexionar en varias ocasiones sobre el denunciado déficit democrático

8 Nos remitimos, en este punto, a las notas detalladas en relación con cada autor que nos ofrecen Mauricio Lascorain Fernández, Luis Fernando Villafuerte Valdés y Oscar Yahev Carrera Mora en “Globalización económica y cohesión social en América Latina”, publicado En *Intersticios Sociales* 22 (2021), disponible en <https://www.redalyc.org/journal/4217/421769000012/html>. Señalan estos investigadores que “autores como Eichengreen, Bhagwati, Potůček, Healy, Arunachalam y Mizukami, así como Sala-i-Martin consideran que la globalización tiene efectos positivos para el crecimiento y la convergencia entre los países y sus regiones, reduce la pobreza y sirve como incentivo para el diseño de principios democráticos, tales como el imperio de la ley o el respeto a los derechos humanos. Por su parte, críticos como Amin, Stiglitz, Milanovic y Boariniet, Causa, Fleurbaey, Grimalda y Woolard sugieren que la globalización económica debilita la soberanía de los países, además de generar grandes desigualdades entre ellos, creando ganadores y perdedores, sin la respectiva ayuda supranacional o ejecución de políticas públicas nacionales que minimicen los daños a los perdedores” (nota a pie de página 8 ss.).

que se le achaca⁹. Aunque tempranamente (1977) se critica el déficit democrático de la Unión Europea, por responder su funcionamiento exclusivamente a los intereses nacionales defendidos por los gobiernos estatales, y esa queja se mantiene hasta la actualidad, carece, a nuestro modesto entender, de una base sólida. En efecto, lo tradicional en las organizaciones internacionales clásicas es que las decisiones se adopten por el acuerdo unánime de los representantes de los Estados miembros que la conforman. Y en el plano nacional, es habitual que los gobiernos negocien y firmen los tratados internacionales y que los parlamentos se limiten a autorizar su ratificación. Esto ocurre tanto en España¹⁰ como en la República Dominicana¹¹.

Si se recuerdan estos principios, puede concluirse, en primer lugar, que no existe déficit democrático en la Unión Europea, y que los avances producidos (la adopción de decisiones por mayoría y no por unanimidad, o la implicación del Parlamento Europeo en el proceso decisorio ordinario) son acaso los máximos posibles, y por esencia, siempre limitados, porque en los asuntos más trascendentales seguirá siendo imprescindible el concurso de los Estados miembros. Dicho resumidamente, los Estados seguirán siendo los señores de los Tratados. *Nihil novum sub sole*.

De otro lado, el gobierno de la globalización no obedece a una sistemática única y ordenada, sino que se conforma con base en instituciones y organizaciones que surgen de forma autónoma y que, una vez creadas, tratan de encontrar su lugar en el gobierno internacional. Esto explica que haya diversos modelos de integración económica, de desigual naturaleza y

9 Resumo a continuación la tesis que he defendido en diversos trabajos, valiéndome del más reciente: *Del déficit democrático de la Unión Europea a la defensa de la pervivencia de los Estados constitucionales en su seno*, en PÉREZ SÁNCHEZ (Guillermo) (dir.); MIRANDA ESCOLAR (Belén) y VIDAL FERNÁNDEZ (Begoña) (coord.), *La Unión Europea al cumplirse los setenta años de la Declaración Schuman (1950-2020)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2020, pp. 287 ss.

10 En nuestro sistema constitucional, la actuación del Parlamento puede ser muy intensa (autorización mediante Ley orgánica cuando en el Tratado “se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, art. 93 CE), normal (autorización mediante voto mayoritario simple en los supuestos previstos en el art. 94.1 CE, que pueden resumirse en los supuestos en los que el tratado afecta a leyes) e inexistente, cuando no se dan ninguna de estas circunstancias (art. 94.2 CE, limitándose el Gobierno a informar a las Cámaras de su conclusión).

11 Al presidente de la República le compete “celebrar y firmar tratados o convenciones internacionales y someterlos a la aprobación del Congreso Nacional, sin la cual no tendrán validez ni obligarán a la República” (art. 128.1.d CRD) y al Congreso Nacional le corresponde “aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo” (art. 93.1.l CRD).



alcance. Y que haya también diversas vertientes (interna y externa; bilateral y multilateral) en el gobierno de la globalización.

Examinemos una y otra cuestión con más detalle.

José Luis García Guerrero nos recuerda que existen distintas formas de integración económica, y que unas son más modestas en sus aspiraciones que otras¹². La más sencilla será la que pretende instaurar una zona de libre comercio cuyas pretensiones se limitan a conseguir una eliminación progresiva de aranceles y la desaparición de los contingentes de exportación. Más ambiciosa resulta la unión aduanera, que ya sitúa en manos de los órganos ejecutivos de la integración la política comercial. Esto incluye, lógicamente, la negociación, directa o a través de una persona jurídica instrumental, de nuevos acuerdos comerciales. El mercado común supone una integración más profunda, ya que limita severamente la política macroeconómica estatal, exige la coordinación de la política fiscal y confía la política comercial a los órganos de la integración. Normalmente, la estructura de estas instituciones es más compleja que en el modelo anterior. Finalmente, puede optarse por una unión económica y monetaria supraestatal, que implica la instauración de una moneda común, y la transferencia de la política comercial y monetaria a la integración, con la consiguiente repercusión en la política fiscal, viéndose restringida la capacidad de decisión de los Estados en lo que atañe a sus ingresos y gastos. Como resulta claro, cuanto más profunda sea la estructura generada, más serán las competencias y más trascendentes las que se transfieran a la organización creada, por lo que el margen estatal de decisión se estrechará correlativamente.

Por otra parte, la globalización adquiere diversas vertientes.

Así, se puede distinguir, en primer lugar, entre gobierno interno y externo de la globalización, tomando como punto de referencia al Estado. El gobierno interno es aquel en el que el protagonista es el Estado, y el externo se produce cuando las decisiones son adoptadas por organizaciones

12 GARCÍA GUERRERO (José Luis), "A propósito de la necesidad de una ciencia básica de la globalización, de su concepto, del estado de la cuestión y de su gobierno", en GARCÍA GUERRERO (José Luis) y MARTÍNEZ ALARCÓN (María Luz) (dirs.), *El gobierno...*, cit., pp. 46-48 y, con más detalle, en "Constitucionalizando la globalización", en García Guerrero, José Luis & Martínez Alarcón, María Luz (dirs.): *Constitucionalizando...*, cit., Vol. 1, pp. 94-106. El autor aclara, en la última página citada de la primera obra referenciada, que no deben confundirse estos modelos de integración económica con los acuerdos preferenciales de comercio.

internacionales de integración económica¹³. Aunque esta distinción es clara en el plano teórico, se difumina cuando se examina el gobierno de la globalización económica en funcionamiento. Es verdad, por ejemplo, que la Unión Europea adopta decisiones, y en ocasiones de forma autónoma, en relación con los Estados, pero incluso en estos casos resulta evidente que la sombra de algunos de estos es alargada. Por esta razón se comparte la afirmación de que “la frontera o la línea divisoria entre la política interna y la política externa se ha vuelto más porosa, es decir, que lo interno es también lo externo, y lo que es externo también es interno”¹⁴, aunque esta aseveración se realice en un contexto alejado del que aquí nos ocupa. Más tarde volveremos a esta cuestión, cuando hagamos referencia a los tratados mixtos adoptados en el marco de la Unión Europea.

También cabe diferenciar la globalización bilateral y multilateral. Mientras que la primera se organiza basándose en acuerdos internacionales que afectan a dos Estados o a un Estado con una integración económica, la segunda hace referencia a la globalización económica¹⁵ (representada por el G7, G20, etc.) o a la implicación en uno de ellos. Una vez más, la utilización teórica y práctica de estas categorías *no* resulta siempre uniforme. Aunque nos interesa centrarnos en esta última¹⁶, es de justicia reseñar que hay autores que consideran incompatibles los términos globalización

13 *Ibidem*, pp. 53 ss.

14 ROSENAU (James), *Distant proximities. Dynamics beyond Globalization*, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2003, p. 410. Se cita, a través de María Esther Morales Fajardo (“Globalización: posturas actores y dimensiones”, en VV.AA.: *XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología*, Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara, 2007). Y es que, desde una perspectiva más general, “el ‘adentro’ y el ‘afuera’ de los países están profundamente entrelazados” [SCHOLTE (Jan Aart), *Defining globalization*, Clm. Economía 10 (2007), p. 29]. Este último autor cuestiona que la globalización siga girando en torno al Estado Nación, dado que “las ideas de globalización evitan las dicotomías nacional/extranjero e interno/externo y, por lo tanto, fomentan una clara e importante reorientación metodológica” (*ibidem*, p. 17).

15 Punto de partida del estudio de Susann Engelmann, en *Multilateral and bilateral trade negotiations*, University of the Sunshine Coast Queensland, 2006. En el mismo sentido, DHYANI (Neha), “Difference Between Bilateral and Multilateral Trade”, disponible en <https://byjusexamprep.com/current-affairs/difference-between-bilateral-and-multilateral-trade>. Ver, también, IRWIN (Douglas A), “Multilateral and bilateral trade policies in the world trading system. An historical perspective”, en MELO (Jaime de) & PANAGARIYA (Arvind), *New dimensions in regional integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 90 y ss.

16 En el plano teórico, se alude al carácter multilateral de la cooperación cuando ésta es promovida por organismos internacionales multigubernamentales, incluyendo los regionales (<https://www.unir.net/ciencias-sociales/revista/cooperacion-bilateral-y-multilateral/>) o se afirma que la globalización bilateral es regional.



y multilateralismo, entendido este como un “ámbito público internacional en el que se consoliden las relaciones interestatales, y en donde este se pueda convertir en el lugar de expresión y reunión de la pluralidad de los Estados. Esta esfera pública internacional es la que al fin y al cabo se denomina como multilateral, y en ella se repliega al contexto privado e interno de los Estados, que por su propia exclusión no es objeto del escrutinio público”¹⁷. Sin embargo, resulta evidente que la globalización existe, aunque esta pueda presentar distintos ámbitos territoriales. La creación de la Unión Africana, de Mercosur o de la Unión Europea son una clara muestra de globalización económica, aunque de ámbito regional. Otras organizaciones internacionales, como son la (actual) OCDE, la OCM o el FMI son también ejemplos de globalización multilateral, aunque posean una vocación inicialmente universal.

Examinadas las vertientes interna/externa y bilateral/multilateral es posible, a juicio de José Luis García Guerrero, combinar las mismas, siendo entonces posible distinguir entre las siguientes vertientes: interna bilateral, interna multilateral, externa bilateral y externa multilateral. Examinemos con más detalle cada una de ellas.

En la vertiente interna se examina, en todo caso, como ya se ha dicho, la actuación del Estado. Esta puede desplegarse a través de acuerdos internacionales suscritos con otros Estados, y puede servir para crear o adherirse a integraciones económicas regionales. Estaríamos en presencia de la vertiente estatal bilateral. También se incluye en esta categoría la actividad del gobierno nacional que trata de fijar posición ante decisiones que competen a estas integraciones, como ocurre, por ejemplo, cuando los Estados se posicionan y opinan sobre las decisiones que debe adoptar la Unión Europea.

La vertiente interna (nacional) es multilateral cuando se proyecta en la decisión estatal de crear con otros o adherirse a globalizaciones económicas mundiales, o cuando se trata de influir en las decisiones adoptadas por esta. Aludimos aquí a integraciones como la OMC o el G-20.

El gobierno de la integración es externo cuando la decisión se adopta fuera del Estado. Cuando esta es adoptada por una globalización econó-

17 FORERO RODRÍGUEZ (Mario A.), *Globalización versus multilateralismo: entre el multipolarismo y el pluralismo mundial*, Revista Análisis Internacional 7 (2013), p. 131.



mica, estamos en la vertiente multilateral. Pero también cabe hablar de una vertiente externa bilateral para examinar cuál es la situación constitucionalmente adecuada que ocupa en ella el Poder Ejecutivo y, en caso de existir, los poderes Legislativo y Judicial. Mientras que estos poderes no existen en un acuerdo de libre comercio, sí que se prevén, y son muy relevantes, en un mercado común o en un modelo más ambicioso de integración económica.

Resulta claro que toda esta nueva globalización supone un reto de hondo para la estructura constitucional de los Estados. En las siguientes páginas trataremos de exponer algunos de estos retos y evaluar críticamente su consistencia y alcance. Pero puede resultar adecuado preguntarnos, previamente, si la globalización se presenta como una opción o como una necesidad.

3.- ¿La globalización es imprescindible, conveniente o negativa?

Ya se ha adelantado en líneas anteriores que la globalización presenta defensores y detractores en todas sus vertientes. Como todo proceso armonizador (resulta indudable que lo es) puede afirmarse que simplifica (ahoga, para algunos) la diversidad en todos los frentes. No puede negarse, por ejemplo, las similitudes que existen hoy en las principales avenidas de las grandes ciudades del mundo (copadas por grandes tiendas de las mismas marcas, cines que proyectan las mismas películas, e idénticos restaurantes y franquicias de comida rápida). No resulta extraño que muchas voces hayan denunciado que la globalización elimina las singularidades nacionales y culturales e impone un mundo regido por las grandes corporaciones.

Todos estos fenómenos son también consecuencia de la globalización digital. Resulta indudable la incidencia de la revolución tecnológica en la globalización, especialmente visible en aspectos tales como el acceso a la información y en la proliferación de las redes sociales. Son estas las que hoy sirven para la “información” de una buena parte de la población, una información de muy baja calidad y fundamentada más en juicios apriorísticos y muy rápidos que en reflexiones complejas y sosegadas.

Hay, sin duda, otros factores relevantes que explican la globalización. De un lado, la existencia de empresas con dimensiones internacionales y



con facturaciones astronómicas¹⁸, así como las rupturas de los mercados nacionales. Ya no resulta complicado realizar compras en cualquier mercado, americano, europeo o asiático, al menos. Y eso hace que la propia existencia de las trabas estatales (aranceles, impuestos a la importación) sean cada vez menos eficientes en la práctica.

Y luego, claro, entra la política. ¿Creemos en la existencia de una economía global y abierta, en la que se prime la competencia? Antes de dar una respuesta apresurada a esta interrogante, debería recordarse la indiscutible relevancia del liberalismo (para el desarrollo no solamente social y económico; también para el surgimiento y evolución del Estado constitucional) pero también los peligros que puede encerrar. Estos han sido glosados desde hace mucho tiempo, y aquí nos limitaremos a citarlos: el mercado es incompatible con la existencia de prácticas colusorias de la competencia (de ahí la vigilancia que debe mantenerse sobre los monopolios, la posibilidad de prácticas de abuso de posición dominante y la necesidad de controlar las ayudas estatales a las empresas que puedan falsear la competencia). O también que en la búsqueda de la máxima liberalización se pudieran retomar prácticas incompatibles con los derechos fundamentales (jornadas abusivas para los trabajadores, o condiciones de trabajo incompatibles con su intimidad o libertad ideológica o religiosa, por poner algunos ejemplos obvios). Y es que en estos matices se recoge otra clásica crítica a la globalización, y es la de que a través de esta vía se impone el discurso liberal anglosajón, que privilegia la libertad individual de los actores económicos a costa de los beneficios del Estado social que hoy se consideran irrenunciables en la Europa continental.

Resulta evidente que la globalización tensiona el modelo estatal que conocemos. Podemos seguir afirmando en las aulas que los Estados son soberanos y que se ha optado, en los países europeos, por alumbrar un modelo de Estado caracterizado por ser social y democrático de Derecho¹⁹,

18 Por ejemplo, en la noticia de Pablo Pardo titulada “Apple ya vale tres billones de dólares: dos veces el PIB de España y Portugal juntos”, se informa que solamente seis países tienen un Producto Interior Bruto nominal mayor que el de esa empresa (EEUU, China, Japón, Alemania, Gran Bretaña, y Francia), (*El Mundo*, 3 de enero de 2022, disponible en <https://www.elmundo.es/economia/2022/01/03/61d34ddcfdddfc8b45d2.html>). Y claro, resulta lógico pensar que esa fortaleza puede tener cierto peso a la hora de negociar con Estados que tengan un limitado potencial económico.

19 Aunque somos conscientes de que la formulación de Estado social y democrático de Derecho es más poderosa que la simple suma de sus elementos (Estado social, Estado democrático y Estado de

pero estas ideas se ven cuestionadas en la práctica si nuestras autoridades se sienten obligadas a aplicar en nuestro país decisiones adoptadas por globalizaciones (como el G20 o G7) que no han sido debatidas por nuestros representantes parlamentarios y que pueden limitar nuestro modelo de Estado social (dificultando el papel redistribuidor de nuestras autoridades públicas) o de Derecho (sometiendo los conflictos jurídicos a instancias ajenas a la estructura del poder judicial). A esta cuestión dedicaremos el último epígrafe del presente estudio.

4.- Globalización y Estado Constitucional

4.1.- La globalización y la soberanía estatal

Se suele afirmar que la soberanía²⁰, como específico tipo de poder que se predica de los Estados, se caracteriza por diversas notas, de las que nos interesa subrayar dos. Se dice, en primer lugar, que es un poder independiente y originario. Nos centraremos ahora en la primera de ellas. Se suele afirmar que el poder estatal es soberano porque actúa con libertad frente a las decisiones adoptadas por otros Estados.

Si con esta formulación se quiere aludir a la libertad plena del Estado para adoptar sus decisiones al margen de lo que ocurre en otros Estados, lo cierto es que tal libertad nunca ha existido. Y es que la libertad de los Estados nunca es absoluta, porque se ejerce en el contexto de una realidad política (interna y externa) que necesariamente debe tomarse en consideración. Y este no es un fenómeno novedoso, sino que acompaña al Estado desde su conformación. El propio Jean Bodin ya hace notar que “en cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas”²¹. Se podrá discutir lo relativo a las leyes divinas, pero resulta incuestionable que el poder del Estado,

Derecho), como tan bien explica GARRORENA MORALES (Ángel), en *El Estado español como estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, nos parece útil separar el análisis que se realizará en este triple plano.

20 La primera formulación moderna de este concepto se debe a Jean Bodin, en 1576 (*Los seis Libros de la República*, 3ª ed. Tecnos, Madrid, 1997, Esp., p. 47 ss.).

21 *Ibidem*, p. 53.



como toda obra humana, está marcado, inevitablemente, por las leyes de la naturaleza. Y también, cómo no, que su actuación está condicionada, en el plano internacional, por la distinta posición que ocupan los restantes Estados. La propia historia genera vínculos con algunos Estados que no se mantienen con otros Estados y que condicionan su actuación futura.

Es verdad que lo que nos interesa en este estudio es plantearnos si cabe oponer la independencia de los Estados frente a las globalizaciones, y no exclusivamente frente a los restantes Estados. Y la respuesta debe ser similar. No es que las globalizaciones puedan imponerse al Estado, si no media un compromiso previo del Estado a participar en ella y vincularse a sus decisiones, pero sí pueden comprometer su margen real de actuación. Esta afirmación puede acreditarse fácilmente con algunos ejemplos concretos.

Como es bien sabido, la primera candidatura presentada por nuestro país para formar parte de la Comunidad Económica Europea, promovida en los años sesenta del siglo pasado, fue rechazada por provenir de un Estado no democrático²². Y las Comunidades Europeas influyeron decisivamente en la decisión (libre) del Reino de España, de optar por un modelo democrático de Estado²³ y por la protección de los derechos y libertades. Aunque resulta indudable que esta también era la voluntad del rey de España y del presidente del Gobierno, lo cierto es que las autoridades europeas (especialmente el Parlamento Europeo) condicionaron la eventual adhesión del Reino de España a que abrazara la democracia.

Es oportuno hacer notar que estas influencias externas al Estado son lógicas por la necesidad de este de posicionarse en el plano internacional, por lo que debe establecer estrategias para interactuar con

22 SENANTE BERENDES (Heidy Cristina), *España ante la integración europea (1962-1967): el largo proceso para la apertura de negociaciones*, tesis doctoral, Alicante, 2002. Disponible en http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/80205041767686830532279/008588_7.pdf, esp. pp. 205 ss.

23 En efecto, “la condición democrática que se exigía para formar parte de las Comunidades Europeas y que había impedido la adhesión de España en la década de los 60 sirvió como estímulo para la transición entre 1976 y 1985 y, a partir de esa fecha, como anclaje definitivo de la democracia” (MOLINA (Ignacio), “25 años después del Tratado de Adhesión: España ya no es un problema, pero Europa sí sigue siendo la solución”, *Ari* 95 (2010), Real Instituto Elcano. Disponible en <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/25-anos-despues-del-tratado-de-adhesion-espana-ya-no-es-un-problema-pero-europa-si-sigue-siendo-la-solucion-ari/>. Ver, en el mismo sentido, NÚÑEZ PEÑAS (Vanessa), *Reformas, ampliación y transición: las negociaciones España-CEE entre 1976-1986*, *Ayer* 117 (2020), pp. 133-134.

otros Estados y organizaciones internacionales. Si en el pasado fueron la Iglesia y el Imperio los principales actores internacionales, esa posición la ocupan hoy las grandes potencias económicas (especialmente Estados Unidos y China) y las distintas organizaciones internacionales que despliegan su influencia en todo el mundo (ONU, OMS, G7 y G20) o en una parte de este (Consejo de Europa, Organización de los Estados Americanos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Unión Europea o Mercosur).

Sería un error pensar que la influencia de las globalizaciones regionales se limita al territorio en el que se sitúan. De un lado, porque dicha organización puede negociar tratados de comercio con otros Estados que no formen parte de ella, como acredita el Acuerdo Integral de Economía y Comercio (más conocido como Tratado CETA) suscrito entre la UE, los Estados miembros y Canadá. De otro, porque dicha influencia se produce en relación con otros muchos Estados por distintas razones, como son los deseos de estos de integrarse en ella, llegar a acuerdos económicos²⁴, o recibir fondos de cooperación (en ocasiones, condicionados) de la Unión Europea²⁵. De esta forma puede defenderse que aunque la Unión Europea sea una organización económica regional, asume un rol global en su actuación²⁶, como volveremos a indicar al finalizar el presente estudio.

24 Es frecuente recordar que Turquía ha derogado la pena capital porque es consciente de que restaurarla supondría dejar de ser un país candidato a entrar en la Unión Europea, condición que ostenta desde 1999. Suficientemente elocuente es el titular “Turquía aprueba la abolición de la pena de muerte para abrirse camino hacia la UE” (*El País*, tres de agosto de 2002, disponible en https://elpais.com/diario/2002/08/03/internacional/1028325609_850215.html), aunque Erdogan ha amenazado en diversas ocasiones con restaurarla (por ejemplo, en 2017 y 2022), pero sabe que ello dificultaría seriamente sus (ventajosas) relaciones con la Unión Europea y la OTAN (ver <https://www.naiz.eus/es/info/noticia/20160718/la-ue-y-la-otan-recuerdan-a-turquia-su-compromiso-con-la-abolicion-de-la-pena-de-muerte>). Ver, sobre Turquía, https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/turkey_en.

25 Aunque los principios de democracia y de derechos humanos siempre han estado presentes en las relaciones de cooperación establecidas por la Unión con países en vías de desarrollo, estos aparecen recogidos expresamente en los Acuerdos de Cooperación con Brasil (1980), el Grupo Andino (1983) o Centroamérica (1985). Ver, por todos, ARENAL (Celestino del), “Democracia y derechos humanos en las relaciones Unión Europea – América Latina”, *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, 2007/1, esp. p. 19.

26 Ver SODERBAUM (Fredrik) & LANGENHOVE (Luk van) (eds.), *The EU as a Global Player. The Politics of Interregionalism*, Routledge, Nueva York, 2006; LUCARELLI (Sonia) & FIAROMONTI (Lorenzo) (eds.), *External perceptions of the European Union as a global actor*, Routledge, Nueva York, 2010; y, especialmente, WETZEL (Jan) (ed.), *The EU as a ‘Global Player’ in Human Rights?* Routledge, Nueva York, 2013.



No es que se cuestione la existencia de soberanía estatal. Lo que quiere significarse es que la actuación del Estado se verá condicionada por la realidad internacional, concebida esta en sentido amplio. Ahora bien, el Estado es quien tiene la última palabra. Y este hecho también ha quedado acreditado fehacientemente con el Brexit, la (incomprensible, pero legítima) decisión del Reino Unido de abandonar la Unión Europea. Este proceso ha sido muy relevante, por dos razones. De un lado, porque ha evidenciado que la Unión Europea es una organización internacional y que los Estados siguen siendo sus principales protagonistas. Y de otro, que incluso la decisión soberana de abandonar la Unión condiciona seriamente el futuro del Estado que la adopta (lo que explica las arduas negociaciones realizadas y las disensiones que todavía se están produciendo sobre el Brexit en el momento de escribir estas líneas).

4.2.- La globalización y el principio democrático

La globalización (y, desde una perspectiva más general, el Derecho internacional convencional) tensiona el principio democrático de los Estados que participan en la misma²⁷, y más, si cabe, si lo hacen en una situación en que su poder de influencia en la misma es nulo o, en el mejor de los casos, muy limitado.

Centrados en este momento en la dimensión nacional, resulta claro que los poderes de los parlamentos nacionales se ven seriamente mermados cuando las decisiones se adoptan en foros internacionales en los que su Estado cuenta con voz y voto. Se produce en estos casos una clara alteración del papel tradicionalmente asignado a los poderes ejecutivos y legislativos estatales.

Lo cierto es que este funcionamiento diferente de la división de poderes suele estar constitucionalmente previsto para la elaboración, aprobación y

27 Ver, con carácter general, PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (Germán) & GONZÁLEZ ULLOA AGUIRRE (Pablo Armando) (coord.), *Democracia y globalización. Diferentes enfoques*, Porrúa, México, D.F., 2011 y DIVAR GARTEIZ (Javier), *Globalización y democracia*, Dykinson, Madrid, 2005, que acaba aludiendo al neofeudalismo económico (p. 71). Este mismo pesimismo se encuentra presente en VELTMEYER (Henry) & PETRAS (James) (coord.): *La globalización desenmascarada: el imperialismo en el siglo XXI*, Porrúa, México, D.F., 2003.

ratificación de tratados internacionales. Aunque el régimen jurídico constitucional depende de cada texto constitucional concreto, se puede señalar, con carácter general²⁸, que lo habitual es que los gobiernos nacionales estén capacitados para negociar y aprobar tratados suscritos con otros sujetos de Derecho internacional. Y que sean los poderes legislativos los encargados de autorizar la ratificación de dichos Tratados que, entonces y solamente entonces, comienzan a desplegar efectos jurídicos. En estos casos, el control democrático queda asegurado si el Parlamento (en nuestro caso, las Cortes Generales) ejercen un control intenso sobre los acuerdos políticos adoptados por el Gobierno de la Nación.

Sin embargo, en otras ocasiones no se prevé esta intervención necesaria de las Cortes Generales, y en estos casos, la afectación del principio democrático es mayor.

Esto ocurre, en primer lugar, con los actos adoptados por las Instituciones de la Unión Europea que vinculan al Reino de España y en cuya elaboración no participan, en principio, los parlamentos nacionales. Para evidenciar la dimensión del problema es conveniente recordar que mientras que el Gobierno de la Nación española no puede regular por sí mismo concretas materias por estar estas reservadas a la Ley (por ejemplo, todas las que afectan a los derechos fundamentales), sí que puede el ministro del Interior español negociar con sus homónimos europeos normas que las desarrollen. Es innegable que estamos en presencia de un problema constitucional que merece ser abordado en profundidad. Y, tras examinarlo con cierto detalle²⁹, llegamos a la conclusión de que dada la muy limitada actuación política de las Cortes Generales en la ejecución (en su caso, trasposición) del Derecho de la Unión (fase descendente), debe potenciar su influencia y control sobre la actuación del Gobierno en el seno de la Unión Europea (especialmente cuando esta actúa con poderes normativos,

28 De esta materia me he ocupado extensamente en *Los tratados internacionales y el principio democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2018. En este libro se examina el régimen jurídico de los tratados internacionales en el Derecho constitucional español, analizando en particular la distinta intervención parlamentaria dependiendo de su contenido, y la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. Es muy relevante en relación con el tema que nos ocupa GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Los embates de la globalización a la democracia”, en García Guerrero, José Luis & Martínez Alarcón, María Luz (dirs.): *Constitucionalizando...*, cit., Vol. 2, pp. 1335 ss.

29 En *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.



en la fase ascendente). Creemos que el Gobierno está constitucionalmente obligado a explicar su posición previa en relación con las normas que la Unión Europea pretende adoptar y ser sensible a la opinión expresada sobre estas por la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea.

Es preciso añadir algunas consideraciones suplementarias, que complementen esta valoración. La primera es poner de manifiesto que la actuación del Parlamento es limitada (porque si la norma de la Unión no precisa ser adoptada por unanimidad en el seno del Consejo de Ministros, podría adoptarse, pese al voto negativo de su Gobierno). La segunda es señalar que el mismo fenómeno, pero agravado, se produce con los parlamentos territoriales. Y la tercera es recordar que la propia Unión Europea ha tratado de conferir un cierto papel a los parlamentos a través de diversos mecanismos, entre los que destaca el de alerta temprana que pueden impulsar si consideran que una iniciativa normativa de la Unión Europea vulnera el principio de subsidiariedad³⁰.

Estos mismos problemas se producen cuando una globalización económica o de otro tipo se pronuncia sobre una cuestión y los Estados se sienten obligados a respetarla, hayan intervenido o no en su adopción. En ocasiones, estas indicaciones actúan como *soft law* y resulta complicado que los Estados puedan ignorarlas, por diversas razones.

¿Estamos en presencia de un eventual ataque al principio democrático o al Estado de Derecho? Para responder a esta pregunta resulta necesario determinar si el *soft law* posee, o no, naturaleza normativa. Y tal cuestión divide a la doctrina. Mientras que algunos autores presentan el *soft law* como una fuente del Derecho³¹, otros le

30 Lo cierto es que este mecanismo, sin duda bienintencionado, se ha revelado, por el motivo que sea, como poco eficiente. Según informa la propia Unión Europea solamente han activado su control los Parlamentos nacionales en tres ocasiones desde su instauración, siempre en contra de la opinión de la Comisión, y únicamente ha resultado eficaz en una de ellas. Ver <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/7/el-principio-de-subsidiariedad>.

31 Ver, por ejemplo, PASTORE (Baldasarre), “*Soft law* y la teoría de las fuentes del Derecho”, *Soft Power* 1 (2014), que concluye que *soft law* y *hard law* coexisten como áreas normativas a menudo interconectadas en el proceso de articulación progresiva del material jurídico (p. 89); PARDO SCHOTBORGH (Claudia Marcela), *El soft law como fuente de Derecho internacional, caso: resoluciones de comercio justo*, Universidad de Cartagena, Cartagena de Indias, 2011, en el que se justifica el título en que tales resoluciones “han sido de adhesión espontánea por parte de muchos Estados e incluso particulares, como destinatarios de las mismas, siendo obedecidas por estos a pesar de no existir criterios que revistan de validez jurídica ya que no han sido emitida[s] por órganos competentes para la creación del Derecho” (p. 118). Y, muy especialmente, GARRIDO GÓMEZ (María Isabel), *El soft law como fuente del Derecho transnacional*, Dykinson, Madrid, 2017, que maneja un concepto

niegan tal condición³². Aunque una respuesta más detenida debería llevar al examen diferenciado de realidades que se inscriben en el *soft law*³³ no es preciso ahondar en esta cuestión³⁴, puesto que la que nos interesa es, realmente, otra más concreta. Y es que resulta indudable, a nuestro entender, que se alude al *soft law* cuando estamos en presencia de normas no vinculantes³⁵. Por eso no es, en puridad, una fuente del Derecho, ni afecta al Estado de Derecho, sino, eventualmente, al principio democrático.

de *soft law* plural y defiende que la juridicidad se estructura en red, de tal manera que en ella se incluyen normas y materiales jurídicas cuya fuerza vinculante es diferente y que interaccionan entre sí (pp. 203 ss.). En sentido cercano, MAZUELOS BELLIDO (Ángeles), “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 8 (2004), p. 38.

- 32 DAMIÁN COLMEGNA (Pablo), “Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* 8 (2012), pp. 31 ss.; PAÚL (Álvaro), “*Soft law*: Ni Derecho ni tan blando (*Soft law*: Neither Law nor Soft) (August 5, 2020)”, *Temas de derecho internacional para el debate constitucional chileno*, 2020, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3688364>; MATÍAS FELER (Alan), “*Soft law* como herramienta de adecuación del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y ensayos* 9 (2015), pp. 287 ss.
- 33 Señala María Angélica Benavides Casals que “no son lo mismo la opinión consultiva de un tribunal internacional (que tiene reconocida falta de vinculación, pero goza de autoridad con respecto a las resoluciones de la Asamblea General donde participan todos los Estados) que las declaraciones o recomendaciones de órganos convencionales sin competencia para dictar normas vinculantes. Su función tampoco puede ser la misma. Cada instrumento debe ser ponderado en su mérito para lograr una definición que ayude al operador del derecho a distinguir si es un instrumento que cristalizó una fuente o bien se enmarca en el elemento sistemático de interpretación, uno de los tres que deben ser atendidos por el intérprete según el artículo 31 de la Convención de Viena” [“*El soft law* en el contexto de las fuentes del Derecho internacional: aportes para la discusión”, *Revista de Derecho Público* 94 (2021) p. 12].
- 34 Para abordar un estudio en profundidad de la cuestión puede partirse del excelente trabajo de Pierre Brunet, “*Soft law* or Law in progress? Relecture d’articles classiques (P. Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab)”. En Deumier, Pascale & Sorel, Jean-Marc (dirs.): *Regards croisés sur la soft law en Droit interne européen et international*. LGDJ. París, 2018, pp. 209 ss., disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01710179>.
- 35 Esto lo asumen hasta autores que integran el *soft law* en el ordenamiento jurídico internacional (DAMIÁN COLMEGNA (Pablo), “Impacto...”, cit., p. 44). En la misma línea se pronuncia el Diccionario panhispánico del español jurídico, en sus dos acepciones. La primera, referida al Derecho internacional privado, lo define como “conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes...”. La segunda, vinculada con el Derecho Internacional Público, comienza indicando que son “actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia...” (disponible en <https://dpej.rae.es/lema/soft-law>). Es oportuno recordar el muy difundido y criticado trabajo de Prosper Weil [“Vers une normativité relative en Droit international?”. *Revue Générale de Droit International Public* 1982, pp. 5 ss.] en el que critica el *soft law* porque relativiza la normatividad del Derecho (p. 44) y porque viene promovido por una oligarquía en manos de unos contados Estados que compromete la igual posición internacional de los Estados (p. 45).



Lo relevante, en el marco del presente estudio, es que el recurso al *soft law* es una práctica habitual en el campo de la globalización³⁶. Y lo significativo, en este contexto, es que si los Estados deciden integrar sus contenidos en los ordenamientos nacionales, lo hacen por razones distintas a la obligación jurídica. Lo más habitual es que entiendan que asumir esa regulación les beneficia³⁷. En algunos casos, se sentirán obligados por la posición que ocupan en la escena internacional. En otros, porque dicho *soft law* se asume por todos como un paradigma o parámetro compartido, aunque sobre el mismo no se hayan pronunciado los órganos constitucionales competentes. Sea como sea, no se cuestiona la discutible vigencia del *soft law*³⁸. Y este adquiere especial relevancia en algunas materias vinculadas con las globalizaciones económicas, como son las referidas a la fiscalidad, al Derecho laboral o al medio ambiente, por poner algunos ejemplos claros³⁹.

-
- 36 Ver MEYER (Timothy), “*Soft law as delegation*”. *Fordham International Law Journal* 2008\3, pp. 888 ss. En el plano de la Unión Europea, Rafael Sanz & André Folloni analizan el código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas de la Unión Europea como una muestra de *soft law* (en “El *soft law* como fuente del Derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad”, *Revista de Direito Internacional* 2017\3, pp. 248 ss. Ver, también PÉREZ RIVARÉS (Juan Antonio), “Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado”, *Revista Internacional de Estudios Internacionales* 21 (2011), pp. 1 ss. Reviste asimismo interés la Resolución del Parlamento Europeo sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo [(2007/2028(INI)], adoptada el 4 de septiembre de 2007, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2007-0366_ES.html.
- 37 Timothy Meyer considera que el *soft law* se crea “(1) cuando los Estados no están seguros de la eficiencia futura de las normas jurídicas; (2) cuando el beneficio marginal en términos de cumplimiento de pasar de una ley blanda a otra dura es modesto; y (3) cuando un solo Estado o un pequeño grupo de Estados disfruta de una ventaja comparativa, como ser más poderoso en alguna dimensión relevante, que le permita actuar como punto focal para la rekoordinación de las expectativas legales actuando unilateralmente (es decir, como líder del mercado)” (en “*Soft law...*”, *cit.*, p. 941). Y, desde una perspectiva complementaria, Rafael Sanz & André Folloni examinan los “mecanismos mediante los cuales el *soft law* produce un impacto sobre la conducta: la voluntad de los Estados de evitar críticas (“shaming”), que es una de las causas de la eficacia de instrumentos como listas negras; la difusión de conductas por imitación o a través del discurso [...]; o la creación de redes (“networking”), por ejemplo a través del grupo de trabajo que analiza las medidas potencialmente perniciosas” (En “El *soft law...*”, *cit.*, p. 250).
- 38 Ver GARRIDO GÓMEZ (María Isabel), *El soft law...*, *cit.*, y “El paradigma de la positividad jurídica en las normas de *soft law*”. En SARRA (Claudio) & GARRIDO GÓMEZ (María Isabel) (coord.): *Positività giuridica: studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova University Press, Padúa, 2018, pp. 197 ss. Resulta interesante VAQUER (Antoni), “El *soft law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos”, en *Ars Iuris Salmanticensis* 2013/1, pp. 93 ss.
- 39 Ver VEGA (Alberto), *International Governance Through Soft law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines*, Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance 2012-05, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2100341>. En relación con la Unión Europea,

Se podrá cuestionar si el origen de la decisión es democrático, o si la decisión viene impulsada por concretos Estados o por *lobbys* o grupos de intereses, pero lo relevante es que si un Estado decide alinearse con la misma, lo hace ejerciendo sus propias competencias. Dicho en otros términos, los Estados siguen disponiendo de un sistema de fuentes que debe ser respetado y que en los modelos democráticos se asienta casi siempre, es oportuno recordarlo, en la primacía y suprallegalidad de una Constitución. Aceptar de forma acrítica la primacía de normas difusas que traen causa de acuerdos políticos informales en los que el mismo Estado puede no haber participado plantea serios problemas para el principio democrático. Por esta razón siempre resulta conveniente que los órganos constitucionalmente habilitados para ello puedan asumirlos e integrarlos en el circuito político representativo nacional. Y en este caso, solamente se debe exigir que haya transparencia pública a la hora de aprobar la norma interna. Incluso si la decisión estatal viene influida por la presión de la globalización o de otros Estados, deberá vincularse esta con la reflexión, ya realizada con anterioridad, de que la soberanía está condicionada por la posición que el Estado ocupa en la escena internacional.

Si la globalización obliga a los parlamentos nacionales estatales a diseñar nuevas estrategias, perjudica también, de modo claro, el papel constitucional de los territorios (Estados federados, Regiones, Comunidades Autónomas, etc.) que cuentan con autonomía constitucional o política⁴⁰. Y es que globalización y descentralización son términos

ver, entre otros muchos, TRUBEK (David M.); NANCE (Mark) & COTTRELL (Patrick), “*Soft law, hard law, and EU Integration*”. En SCOTT (Joanne) & BÚRCA (Gráinne) (coord.): *Law and new governance in the EU and the US*, Hart Publishing, Londres, 2006, pp. 65 ss.; MEDINA ORTEGA (Manuel), “*Soft law: su relevancia como instrumento jurídico de la Unión Europea*”, en BENEYTO PÉREZ (José María) (dir.); MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (Jerónimo) y BECERRIL ATIENZA (Belén) (coord): *Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea* (Vol. IV del *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*), Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 263 ss.

40 Este conflicto ha sido muy examinado en los países americanos. Ver, entre otros, GUILLÉN ROMO (Arturo) (coord.): *Economía y sociedad en América Latina: entre la globalización, la regionalización y el cambio estructural*, Porrúa, México, D.F., 2006; GONZÁLEZ TORREROS (Lucía) & MALDONADO AGUIRRE (Serafín) (coord.): *La globalización y sus impactos socioterritoriales*, Universidad de Guadalajara. Guadalajara, 2003; IVANOVA (Antonina) & GUILLÉN (Arturo) (coord.): *Globalización y regionalismo: economía y sustentabilidad*, Porrúa, México D.F., 2008. En España, GARCÍA GUERRERO (José Luis), “Globalización, estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas”, *Estudios de Deusto* 67-1 (2019), pp. 223 ss.



difícilmente conciliables. Y en estos casos, además, puede justificarse que sean las instituciones centrales del Estado las que asuman, en defensa del interés general, un rol decisivo de cara a las globalizaciones. Por esta razón únicamente se puede esperar de los Gobiernos estatales que escuchen a dichas entidades, pero deben contar con un amplio margen de decisión (para superar los distintos puntos de vista y para cumplir con su deber de velar por el interés general de la Nación).

Nos queda por examinar la lesión del principio democrático que, a juicio de algunos autores, opera también en el mismo seno de las globalizaciones (y, en general, de las organizaciones internacionales). Lo que se pretende es trasladar el modelo constitucional al interior de las globalizaciones, incorporando el principio de división de poderes y confiriendo protagonismo a una asamblea parlamentaria y al control judicial⁴¹. Sin embargo, nos parece que este empeño está destinado al fracaso, si lo que se pretende es democratizar la globalización (en general, cualquier organización internacional). Nuestra opinión se fundamenta en la idea, explicada en las primeras líneas del segundo epígrafe de este estudio, de que la naturaleza de las organizaciones internacionales es incompatible con el principio democrático, tal y como se concibe este en el Estado constitucional.

Si algún interés tiene incidir nuevamente en esta cuestión es para ver cómo opera la Unión Europea cuando un Estado cuestiona la ratificación de un Tratado de la Unión que reforma los anteriores. Esto ha sucedido en tres ocasiones, y siempre como consecuencia de un referéndum sobre la adhesión a un concreto tratado que ha sido rechazado por su pueblo. Son los casos de Dinamarca, Francia e Irlanda, en relación con los Tratados de la Unión Europea (1992), por el que se establece una Constitución para Europa (2004) y de Lisboa (2007), respectivamente.

Pues bien, en el caso de Francia se decide, sin más trámite, no seguir adelante con el Tratado. Y esto aporta una primera lección que, aunque evidente, conviene recordar en un trabajo como el presente. Aunque todos los Estados miembros tienen un estatuto similar, desde un punto de vista

41 Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ ALARCÓN (María Luz), "La celebración de acuerdos comerciales por parte de una Unidad económica y monetaria supraestatal (UE). Propuestas para reforzar la división de poderes de la integración". En GARCÍA GUERRERO (José Luis) & Martínez Alarcón (María Luz), *El Gobierno...*, cit., pp. 357 ss.

jurídico-formal, las decisiones de unos son más relevantes, en términos políticos, que las de otros. Esta aseveración no pretende ser crítica. Resulta evidente, a nuestro parecer, que cualquier decisión trascendente que se adopte en la Unión Europea precisa el concurso francoalemán. Y esto entronca con la cuestión, también tratada con anterioridad, de que el margen de actuación estatal dependerá de su potencial y posición en la esfera internacional.

¿Qué ocurrió en los casos de Dinamarca e Irlanda? Pues, en ambos casos, el resto de los Estados optaron por tratar de convencer a estos países de la conveniencia de que siguieran adelante con el proceso de ratificación del Tratado, tranquilizándoles sobre los aspectos que más preocupación habían generado entre sus ciudadanos. Se concreta esta actuación de una peculiar forma jurídica: a través de una “Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo”⁴². ¿Qué naturaleza poseen estas decisiones? ¿Estamos en presencia de acuerdos políticos, de normas o de meras actuaciones políticas que no poseen naturaleza jurídica? El hecho de que la norma se atribuya a los Jefes de Estado y de Gobierno y no al Consejo Europeo permiten pensar que no estamos, en puridad, en presencia de una actuación de la Unión Europea, y que la misma se

42 La primera, “relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea”, se recoge primero como anexo 1 en la parte B de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Edimburgo celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1992 (texto disponible en https://www.consilium.europa.eu/media/20489/1992_diciembre_-_edimburgo_es_.pdf), y después bajo el título “Dinamarca y el Tratado de la Unión Europea” en el Diario Oficial N.º C 348 de 31/12/1992 (41992X1231, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:41992X1231&from=IT>). La segunda, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa, se adopta en el anexo I de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas celebrado los días 18 y 19 de junio de 2009 (texto disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11225-2009-REV-2/es/pdf>), y se ha proyectado después en la aprobación del Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa que se anexa a los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea [CELEX: 22013A0302(01) DO L 60 de 2.3.2013, p. 131/139, ELI: <http://data.europa.eu/eli/prot/2013/106/oj>]. Resulta relevante constatar que entre ambas actuaciones media la Decisión del Consejo Europeo, de 11 de mayo de 2012, relativa al examen, por una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de la modificación de los Tratados propuesta por el Gobierno irlandés en la forma de un Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa, que vaya anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin convocatoria de una Convención (Decisión 2013/106/UE, publicada en el Diario Oficial N.º L 60 de 02/03/2013, pp. 129 ss., disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013D0106&qid=1663576808656>).



inscribe, por lo tanto, en el marco del Derecho Internacional⁴³. Lo cierto es que los restantes socios europeos consiguieron, en ambos casos, superar las reservas expresadas por Dinamarca e Irlanda para la ratificación de los Tratados en cuestión.

Sin embargo, hay también diferencias en ambos casos. Como ya se ha indicado en la última nota, en el caso de Irlanda se ha promovido la aprobación de un Protocolo que altera, claramente, la naturaleza de lo aprobado, ya que, una vez que sea ratificado por todos los Estados miembros, modifica los Tratados de la Unión⁴⁴.

En resumen, y siempre a nuestro modesto entender, resulta quimérico confiar en la democratización interna de las globalizaciones (en general, de los organismos internacionales). Por eso resulta imprescindible potenciar la implicación de los parlamentos nacionales (también regionales, en su caso) en la formación de la posición que defenderá su Estado fuera de sus fronteras, siempre que ello sea posible. Somos conscientes de que esa implicación no será siempre factible, y que su intensidad dependerá de la seriedad con la que las instituciones parlamentarias se tomen su trabajo.

4.3.- La globalización y el Estado de Derecho

La globalización plantea también retos al Estado de Derecho, ya que condiciona el sistema de fuentes nacional y distorsiona la limitación funcional del poder estatal, articulado clásicamente sobre la división de poderes.

43 Amparo Alcoceba Gallego entiende que la Decisión adoptada en 1992 es un Tratado internacional simplificado y que tiene vigencia, aunque no pueda contravenir el Tratado de la Unión Europea porque éste se deberá modificar respetando los procedimientos en él previstos [en “Irlanda y el Tratado de Lisboa: un nuevo compromiso de Edimburgo”. *Revista General de Derecho Europeo* 19 (2009), p. 6]. A nuestro modesto entender, una norma que pretende modificar un Tratado debe seguir las normas previstas en el mismo, y, en todo caso, necesitaría ser ratificado por las autoridades nacionales competentes. De hecho, la autorización de las Cortes Generales a la ratificación del Tratado se aprobó, como no podía ser de otra forma, a través de la Ley Orgánica 2/2013, de 19 de abril, por la que se autoriza la ratificación por España del Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa, hecho en Bruselas el 13 de junio de 2012 (ver toda su tramitación en https://www.congreso.es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=X&_iniciativas_id=121/000036).

44 Y es que es posible considerar también, a nuestro parecer, que si todos los Estados firmantes del Tratado de Lisboa han acordado su modificación, esta resulta aplicable, pese a no haber seguido la tramitación prevista en el mismo.

Aunque esta eventual afectación se concreta en diversos fenómenos, centraremos nuestra mirada exclusivamente en dos. El primero tiene que ver con una globalización que negocia con Estados concretos que sus posibles conflictos se resolverán a través de un arbitraje internacional, y no por sus tribunales nacionales. Y el segundo, con el clásico problema de la interrelación entre las normas internacionales y los ordenamientos estatales. Analizaremos cada uno de ellos de forma muy sumaria, puesto que examinarlos detenidamente resulta imposible en un trabajo de estas características.

4.3.1.- Globalización y arbitraje

Comenzando por el arbitraje, conviene realizar dos precisiones iniciales. La primera es recordar que estamos en presencia de una institución muy antigua, previa a las formas estatales de administración de justicia⁴⁵, que se teoriza (entre otros, por Aristóteles) y se aplica (anficiónia) en Grecia y que se perfecciona en Roma⁴⁶ (a través de los pactos de *compromissum* y de *receptum arbitrii*), y que pretende garantizar, en un primer momento, las relaciones comerciales⁴⁷. Y la segunda es que esta institución no solamente no ha perdido interés en la actualidad, sino que ha conocido nuevos desarrollos. El arbitraje puede producirse en diversos campos jurídicos (civil o administrativo) y sigue teniendo especial relevancia en el comercio internacional; tanto, que la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, se confiesa tributaria de la “Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, del 11 de diciembre de 1985, ‘teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad

45 Ver, entre otros muchos, ZAPPALÀ (Francesco), “Universalismo histórico del arbitraje”, *Universitas* 121 (2010), pp. 199 ss.

46 FERNÁNDEZ DE LUJÁN (Antonio), *La deuda histórica del arbitraje moderno: concordancias entre la Ley 60/2003, de arbitraje y el Derecho arbitral griego y romano*, Dykinson, Madrid, 2017. En este trabajo se explican en detalle la tipología de arbitrajes presentes en el Derecho romano y la evolución del arbitraje del mediador o conciliador al mediador juzgador.

47 Según el citado autor, el término *arbiter* deriva del fenicio y hace referencia a una garantía en el marco de las relaciones comerciales (*ibidem*, p. 15).



del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional”.

En un trabajo como el presente resulta oportuno preguntarnos si el recurso a mecanismos arbitrales, en detrimento de los tribunales nacionales ordinarios, puede comprometer nuestro Estado de Derecho. Si hemos de atender a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la respuesta debe ser negativa: “Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un ‘equivalente jurisdiccional’, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero, y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha insistido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4)”⁴⁸.

Es lógico considerar que esto es así cuando dos partes deciden resolver sus discrepancias a través de árbitros imparciales. Pero ello no impide que se produzcan problemas específicos que debilitan, en cierta medida, la argumentación del Tribunal Constitucional que acabamos de

48 STC 1/2018/3, de 1 de enero. Ahora bien, esta jurisprudencia se fundamenta en que el inversor aceptó voluntariamente el arbitraje. Guillermo Schumann Barragán se pregunta si resulta constitucional entonces el modelo de arbitraje obligatorio previsto en el CETA a la vista de la jurisprudencia en la materia (en “El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2020\2, p. 1464).

transcribir. Por ejemplo, con carácter general, podemos preguntarnos si el beneficio de justicia gratuita debe ser también aplicable al arbitraje privado, ya que, en este, si una de las partes no atiende a los gastos, no puede ni participar en el procedimiento ni acudir a la vía judicial, lo que podría generar una indefensión constitucionalmente relevante⁴⁹. Y también puede resultar polémico, aunque entendible, que la opción por un modelo arbitral excluya toda intervención judicial (art. 7 de la Ley de arbitraje).

De hecho, en algunas resoluciones recientes el Tribunal Constitucional ha señalado que la anulación de un laudo arbitral (art. 40 ss. Ley) solamente procede en casos extraordinarios. En efecto, “excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales, como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior. Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes”⁵⁰.

Pero centrándonos en la globalización, existen dos problemas que merecen ser analizados.

El primero es el de si las dos partes que negocian están en condiciones de igualdad a la hora de acordar resolver sus eventuales discrepancias a través de mecanismos arbitrales, o si tales mecanismos son impuestos

49 Ver VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS (Emilio), “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva”, *Anuario de Derecho Civil* 2019, pp. 419 ss. A juicio del autor, “a la luz de la nueva doctrina del TS sobre la regla de *rebus sic stantibus*, determinadas situaciones de insolvencia aconsejarían dejar sin efecto la cláusula arbitral, abriéndose así la vía a la Jurisdicción ordinaria, ya que de otra forma estaríamos dando apoyo a un resultado jurídico que repugnaría el buen sentido de lo equitativo y decente, cual es el de la pérdida del derecho a la tutela judicial efectiva por una insolvencia” (p. 443).

50 STC 65/2021/3, de 15 de marzo. Ver también las SSTC 46/2020, de 15 de junio y 1/2018, de 11 de enero.



por una de las partes y la otra se ve obligada a aceptar este modelo de resolución de conflictos. Aunque resulta comprensible que Estados y corporaciones que van a realizar importantes inversiones en Estados en vías de desarrollo, con modelos constitucionales frágiles o cuestionables quieran evitar situaciones de impunidad⁵¹, resulta también evidente que la opción de valerse de órganos arbitrales puede ser de obligada asunción para esos Estados, y que tal elusión del Derecho nacional también puede comprometer su Estado de Derecho. No resulta extraño que el famoso proyecto de Tratado TTIP (Unión Europea-Estados Unidos) generara una gran polémica en lo relativo al arbitraje de inversiones⁵² en él previsto. Las razones aducidas en contra de este modelo son muy variadas. Se afirma que este cuestiona la imparcialidad de los tribunales nacionales, que suele favorecer las posiciones de los inversores (que son los que promueven este medio de resolución de conflictos), que se privilegia el uso de reglas generales frente al Derecho positivo, y que además esas reglas se inspiran en el Derecho anglosajón, y que en muchas ocasiones las controversias se resuelven a través de laudos que no se hacen públicos⁵³. Además, la existencia de tales compromisos limita la actuación de los poderes democráticos nacionales (especialmente del parlamento) ya que las nuevas normas que apruebe sobre un buen número de materias (tributarias, fiscales, medioambientales, etc.) pueden ser impugnadas ante esas autoridades arbitrales, lo que supone una limitación de su capacidad normativa presente y futura⁵⁴. Lo cierto es

51 Es oportuno señalar que el arbitraje se puede utilizar en otros campos, como son los relativos a la propiedad industrial, la contratación pública, la competencia, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, entre otros.

52 Aludimos al ISDS, *Investor to State Dispute Settlement*.

53 Un buen resumen se recoge en GONZÁLEZ (Julio), “Arbitraje de inversiones y TTIP: elementos de análisis”. *Agenda Pública* 11/06/2015, disponible en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/16074/arbitraje-inversiones-ttip-elementos-analisis>.

54 María Concepción Latorre Muñoz recuerda que esta tesis ha sido expuesta por sendos nobeles de economía [Paul Krugman (en “Trade and trust”. *New York Times* 22/05/2015, disponible en <https://www.nytimes.com/2015/05/22/opinion/paul-krugman-trade-and-trust.html>); y Joseph Stiglitz (en “The secret corporate takeover of trade agreements”. *The Guardian* 13/05/2015, disponible en <https://www.theguardian.com/business/2015/may/13/the-secret-corporate-takeover-of-trade-agreements>)] en “Lo que el bienestar mundial pierde sin el TTIP”. En *Revista de Información Comercial Española* 896 (2017), p. 75. A continuación, la autora discrepa de que el Tratado comprometa los derechos de los trabajadores o que posibilite la utilización de organismos modificados genéticamente, el tratamiento hormonal de la carne de vacuno o la privatización de servicios públicos (*ibidem*, pp. 76 ss.).

que estas críticas, aunque muy razonables, pueden ser superadas si en texto de los acuerdos internacionales se salvaguardan convenientemente las funciones del Estado que los conciertan y se delimita con precisión la legítima afectación de las inversiones extranjeras, separándola de los supuestos en los que estas se ven ilegítimamente perturbadas por las autoridades nacionales.

El segundo problema, no menor, por cierto, es determinar qué personas o entidades asumen el papel de árbitros, y asegurar, esto es lo esencial, que son imparciales e independientes a la hora de resolver los conflictos. Algunos autores consideran que esto último no ocurre con carácter general, y que “el sistema de arbitraje internacional se ha convertido en un lucrativo negocio controlado por un selecto grupo de bufetes, abogados y árbitros” que, de forma oscura, defienden los intereses y derechos de las multinacionales⁵⁵. Lo cierto es que la propia Unión Europea es consciente de este problema, como lo prueba el hecho de que haya optado por un nuevo estándar⁵⁶, presente en el CETA (Tratado UE-Canadá). En vez de atribuir a diversas instancias internacionales, como puede ser el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, opta ahora por la creación de un tribunal (aquí las palabras importan) permanente, formado por quince miembros que son nombrados por un Comité Mixto para un mandato renovable de cinco años⁵⁷. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende, en su relevante Dictamen 1/17⁵⁸, que este mecanismo arbitral no cuestiona el derecho a un juez independiente. Y no hay razones, en una primera aproximación a esta cuestión, para discrepar de su criterio.

55 ESPINOSA (Arturo), “El TTIP o cómo amañar un arbitraje de inversiones”, *infoLibre* 06/05/2016, disponible en https://www.infolibre.es/opinion/columnas/ttip-amanar-arbitraje-inversiones_1_1125937.html.

56 Se da cuenta de esta evolución en SCHUMANN BARRAGÁN (Guillermo), “El arbitraje...”, *cit*, pp. 1446 ss.

57 Artículo 8.27 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 11, de 14/01/2017, p. 66).

58 TJUE (Pleno) Dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019 (ECLI:EU:C:2019:341), disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&doclang=ES>.



4.3.2.- Globalización y primacía de sus normas y posiciones sobre las nacionales

El segundo problema que la globalización plantea para el Estado de Derecho es el de la prevalencia de sus normas y posiciones sobre las nacionales. Aunque esta cuestión puede abordarse desde varias perspectivas (podría entenderse que esta influencia cuestiona el principio de soberanía popular, menoscabando el principio democrático), nos parece que la que aquí elegimos es la más adecuada. Lo es, a nuestro modesto entender, porque el Estado de Derecho es, fundamentalmente, un Estado regido por normas. Si una globalización impone (ya sea a través de normas o de *soft law*) una decisión contraria al Derecho nacional, lo que se está desconociendo es el sistema de fuentes. Si tal imposición afecta a la Constitución, esta ruptura del sistema de fuentes compromete seriamente el Estado de Derecho.

Ahora bien, la consideración de ese fenómeno es muy distinta cuando esa influencia es informal, y proviene de *soft law*, que cuando trae causa de normas (internacionales o adoptadas por una globalización). Ya hemos señalado que la influencia de decisiones externas a los Estados, adoptadas por globalizaciones u otros sujetos, no atañe, en puridad, al sistema de fuentes nacional ni, consiguientemente, al Estado de Derecho. A lo que sí puede afectar es al Estado democrático, como ya hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores.

Distinto es el problema que plantea la globalización cuando esta dicta normas que se imponen al conjunto del ordenamiento nacional, modificando así el sistema de fuentes interno. Lo que conduce al planteamiento de la segunda cuestión apuntada, la de la primacía (a) del Derecho internacional, en general, (b) de los Tratados internacionales acordados entre los Estados y (c) del Derecho generado en el seno de globalizaciones y organizaciones internacionales.

La dificultad de examinar en profundidad cada una de estas cuestiones explica que optemos por presentarlas sumariamente, expresando nuestra valoración sobre cada una de ellas.

Comenzando por la primera, que es la referida a la primacía del Derecho internacional general, debemos comenzar recordando que estamos ante una discusión doctrinal muy antigua, que divide a los defensores del dualismo (el Derecho internacional y el nacional son dos ordenamientos

distintos⁵⁹) y del monismo (ambos sistemas jurídicos están integrados) y, dentro de esta última posición, los que opinan que prevalece el Derecho internacional⁶⁰ y los que defienden que lo hace el ordenamiento estatal⁶¹. A nuestro modesto entender, este problema resulta menor en cuanto al Derecho internacional convencional, puesto que normalmente, las Constituciones regulan los tratados internacionales como una fuente del Derecho nacional, que está subordinada habitualmente a la Constitución (y consiguientemente sometida al control de constitucionalidad) y que suele tener una aplicación preferente al Derecho nacional infraconstitucional. Esta idea se deriva, en lo que aquí interesa, de los artículos 6 (supremacía de la Constitución), 74.3 (en el que, *sensu contrario*, se niega relevancia constitucional a los tratados que no versen sobre derechos humanos) y 185.2 (que establece un control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales) de la Constitución de la República Dominicana.

Con lo que acabamos de decir queda respondida también la segunda cuestión planteada. Pero, todavía, queda pendiente determinar si puede haber normas de Derecho internacional no convencionales que se impongan a los ordenamientos nacionales. Pues bien, “en los últimos tiempos empieza a aceptarse así, con naturalidad, que las normas generales del Derecho internacional público forman parte del ordenamiento interno”⁶², como se indica expresamente en diversas Constituciones. Se trata de

59 En esta corriente se inscriben Heinrich Triepel y Dionisio Anzilotti. Del primero pueden consultarse *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig, 1899 y “Les rapports entre le droit interne et le droit international”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* 1 (1923), pp. 73-122. Del segundo, “Il diritto internazionale nei giudizi interni” (1905), incluido en *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, Tomo I, Cedam, Padova, 1956, p. 281 ss.

60 Como defienden Hans Kelsen, Josef L. Kunz y Verdross. El primero en *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr. Tübingen Mohr, 1920; “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international”. *Recueil de Cours publiées dans le Recueil de l’Académie de Droit International de la Haye* 14 (1926-IV); y “La transformación del concepto de soberanía” (1970). *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 18 (2012), pp. 345-358; el segundo en “La primauté du Droit des gens”. *Revue de Droit International et de Legislation Comparée* 1925, pp. 556 ss.; y el tercero en “Le fondement du Droit international”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* 1 (1927), pp. 247-324.

61 Esta es la posición mantenida por George Jellinek en *Teoría General del Estado* (1911). Fondo de Cultura Económica. México, 2004, p. 354 y, previamente, en *Die rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*. A. Hölder. Viena, 1880. Manejamos la edición italiana de Giuliana Socott, *Il fondamento giuridico del diritto internazionale*. Il Sirente. Fagnano Alto, 2010.

62 MATIA PORTILLA (Francisco Javier), *Los Tratados...*, cit., p. 108.



principios generales (*pacta sunt servanda*) y de normas básicas (por ejemplo, las recogidas en la Convención de Viena, del 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados).

Sin embargo, esta cuestión, siendo interesante, no es la más relevante para el presente estudio. Sí que lo es tratar de dar respuesta a la posición que ocupan las normas adoptadas en las organizaciones internacionales, en general, y en las globalizaciones, en particular. Y este planteamiento más concreto nos invita a examinar, muy en particular, la concepción que el Tribunal de Justicia y un amplio sector doctrinal mantienen del principio de primacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos de los Estados miembros. Si nos centramos en esta concreta cuestión es porque nos hemos ocupado de la misma profundamente en los últimos treinta años⁶³.

Sin embargo, resulta imposible, en un trabajo de estas características, explicar el origen del principio de primacía del Derecho en las Comunidades Europeas y las reservas que al mismo han planteado diversos tribunales constitucionales, con mejores (Italia, Alemania, España) o peores (Rumanía) argumentos⁶⁴. Lo que puede ser oportuno es señalar cuál es la

63 Entre estas publicaciones se incluyen “Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio”. *Revista General de Derecho* 573 (junio 1992), pp. 5165 ss.; “Dos constituciones y un solo control: El lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (2005), pp. 341 ss.; “Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale: à qui revient la protection des droits fondamentaux?”. *Annuaire International de Droit Constitutionnel XX* (2004). Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2005, pp. 185 ss.; “Prévalence and primacy: an essay on their scope”. En LÓPEZ BASAGUREN (Alberto) (dir.): *The ways of federalism and the horizons of spanish state of autonomies*, Springer, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2013. Vol. II, pp. 657 ss.; “Primacía del Derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 106 (2016), pp. 479 ss.; “Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los tribunales constitucionales deben y no deben, en principio, hacer”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (Juan Ignacio) & SAÍZ ARNÁIZ (Alejandro), *El futuro jurisdiccional de Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2019, pp. 151 ss.; y “De la doble a la triple prejudicialidad. ¿es posible ordenar lo complejo?”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 121 (2021), pp. 13 ss. Todos ellos están disponibles a texto completo en www.javiermatia.com.

64 La doctrina relacionada con la primacía del Derecho de la Unión es, lógicamente, inabarcable. Nos limitamos a listar algunas monografías relevantes en la materia: BERRANGER (Thibaut), *Constitutions nationales et construction communautaire: essai d’approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l’integration européenne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1995; GORDILLO PEREZ (Luis Ignacio), *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012; y LÓPEZ CASTILLO (Antonio), *Constitución e integración: el fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la RFA*, CEP, Madrid, 1996.

posición del Tribunal de Luxemburgo sobre dicha primacía, y someterla, después, a crítica.

Esta posición ha sido recientemente resumida y sistematizada en la relevante Sentencia RS⁶⁵ dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia, el 22 de febrero de 2022. En la misma recuerda que (a) “los efectos que se asocian al principio de primacía del Derecho de la Unión se imponen a todos los órganos de un Estado miembro, sin que puedan oponerse a él, en particular, las disposiciones internas, incluidas las de rango constitucional” (párrafo 51), por lo que, en caso de conflicto, debe aplicarse la norma de la Unión Europea. Se afirma también que si un Tribunal Constitucional considera que una norma de la Unión vulnera su identidad nacional (art. 4.2 TUE) debe plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que este constate si tal lesión se ha producido, y que no puede inaplicar esa norma de la Unión (párrafo 69), y finalmente, que un órgano judicial puede inaplicar una norma interna, si considera que esta es incompatible con el Derecho de la Unión, aunque el Tribunal Constitucional haya decretado previamente su constitucionalidad (apartado 75).

Compartimos esta última idea (el hecho de que una norma de la Unión sea compatible con la Constitución no impide que sea considerada por el órgano judicial contraria al Derecho de la Unión). Ahora bien, nos parecen más cuestionables las otras dos afirmaciones.

No creemos que el Derecho de la Unión pueda situarse por encima de la Constitución, porque los Tratados internacionales son normas sometidas al control (en España, preventivo y represivo) de constitucionalidad. Siendo esto así, resulta imposible conferir mayor rango jurídico al Derecho de la Unión derivado (aprobado por las Instituciones) que a los propios Tratados (que forman parte del Derecho originario).

Tampoco nos seduce la idea de que los Tribunales Constitucionales no puedan, en casos extremos, inaplicar una norma de la Unión, si estiman que es incompatible con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Entendemos que esta actuación, que debe ser excepcional y justificarse adecuadamente, es inevitable si recordamos que el fin del

65 Asunto C 430/21, ECLI:EU:C:2022:99, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=254384&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=339623>.



Estado constitucional no es otro que el de asegurar la libertad de sus ciudadanos. Aunque estas ideas se presentan aquí de forma telegráfica, han sido ampliamente defendidas en los trabajos de quien esto escribe, que acabamos de referenciar a pie de página.

4.4.- La globalización y el Estado Social

Nos queda por examinar, para concluir el presente estudio, la incidencia de las globalizaciones en el Estado social, que es propio de los países europeos continentales y que convive, como es bien sabido, con la cultura estatal anglosajona, más liberal e individualista. Mientras que el modelo político anglosajón es liberal y limita el papel redistribuidor del Estado, en la Europa continental se considera que solamente se puede ejercer la libertad si la persona tiene sus necesidades básicas cubiertas (procura existencial).

En mi país se parte del principio, consagrado expresamente en la Constitución, de que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”⁶⁶.

Aunque se discuta la extensión y el alcance de la fórmula Estado social⁶⁷, y periódicamente se considere que está en crisis⁶⁸, no hay duda de que posee naturaleza jurídica y que se proyecta en algunos derechos⁶⁹ y

66 Art. 9.2 de la Constitución española, que se inspira en el párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución italiana.

67 Alfonso Fernández-Miranda Campoamor considera que “la cláusula jurídico constitucional del Estado social está orientada a posibilitar la conquista del Estado de bienestar (o la sociedad de bienestar) pero ni lo garantiza ni podría garantizarlo” [“El Estado social”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 69 (2003), p. 180].

68 Ver COTARELO (Ramón), *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986; CABO MARTÍN (Carlos de), *La crisis del Estado social*, PPU, Madrid, 1986; OJEDA MARÍN (Alfonso Luis), *Estado social y crisis económica*, UCM, Madrid, 1993; GARCÍA HERRERA (Miguel Ángel) (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, UPV, Bilbao, 1997; y CABANAS-VEIGA (Manuel), *Los retos actuales del Estado social ante las crisis económicas y sanitarias*, Colex, Madrid, 2021.

69 Ver QUADRA-SALCEDO JANINI (Tomás), *Los derechos fundamentales económicos en el Estado Social*, Marcial Pons, Madrid, 2022 y, del autor de estas líneas, “Droits sociaux et droits fondamentaux”, en BON (Pierre) (dir), *Trente Ans d'Application de la Constitution Espagnole*, Dalloz, Paris,

prestaciones, que generan cuantiosos gastos para el Estado y que son, pese a todo, irrenunciables. Entre los primeros está el derecho a la educación, que se concreta en el derecho a disponer de una plaza escolar, y entre las segundas, las prestaciones sanitarias. Estos principios están tan interiorizados que el empeño del Gobierno español de restringir las prestaciones sanitarias a determinados colectivos con ocasión de la crisis económica de 2008 se encontró con una gran resistencia social en los colectivos sanitarios y ha sido finalmente revertida en buena medida⁷⁰.

La existencia de estos dos modelos, absolutamente legítimos, de Estados constitucionales puede plantear problemas cuando una globalización apuesta por una visión liberal y olvida la relevancia de las políticas sociales, así como cuando deben articularse decisiones en el seno de globalizaciones en las que, en su interior, coexisten esas dos sensibilidades.

Profundicemos en uno y otro escenario.

Una forma de determinar si una globalización económica tiene sensibilidad social es examinar su proceder en el contexto de una crisis. Y en este punto resulta útil explicar que la actuación de la Unión Europea ha sido muy diferente cuando se ha enfrentado a las crisis habidas en 2008 (que comenzó con la recordada quiebra de *Lehman Brothers*) y a la producida en el año 2020 (pandemia global). Aunque esta comparación exige ser matizada⁷¹, es evidente que el comportamiento ha sido muy diferente en

2009, pp. 43 ss., y “Les droits sociaux”. En ALCARAZ (Hubert) & LECUCQ (Olivier) (dirs.), *40 ans d'application de la Constitution espagnole*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, París, 2020, pp. 43 ss.

70 En esta materia resulta esencial DELGADO DEL RINCÓN (Luis Esteban), *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España: limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

71 Como es sabido, la primera crisis, precedida por la quiebra de *Lehman Brothers*, se produce en algunos países europeos (denominados PIIGS: Portugal, Italia, Irlanda, Grecia y España) y se manifiesta en que pone en riesgo sus deudas soberanas. La segunda crisis, muy reciente, está vinculada a una pandemia global que ha provocado daños dentro y fuera de la Unión Europea. Sobre la primera crisis, ver REYES GUZMÁN (Gerardo) y MOSLARES GARCÍA (Carlos), “La Unión Europea en crisis: 2008-2009”, *Problemas del Desarrollo* 161 (2010).

En todo caso, el sesgo excesivamente liberal de la Unión Europea levantó todas las alarmas cuando, en el proyecto de la Directiva de Servicios se incluyó el principio de origen, que suponía que los prestadores de servicios estarían sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen, y no a aquellas que rigen en el país en el que se han establecido (art. 16 de la Propuesta Bolkestein). Ver ROMÁN VACA (Eduardo), “La directiva relativa a los servicios en el mercado interior. La propuesta Bolkestein”, *Temas Laborales* 84 (2006), pp. 25 ss. Esta inclusión generó protestas sociales (en especial sindicales) y doctrinales muy intensas. Damaso Javier Vicente Blanco consideró que la aprobación de la directiva con este contenido “habría supuesto un revés



una y otra ocasión. En la crisis de 2008, la Unión optó por imponer una exigente disciplina y sostenibilidad presupuestaria a los Estados miembros en crisis, saneando el sector financiero y mejorando la gobernanza europea⁷². De ahí que en mi país se criticara la presencia de los “hombres de negro” (inspectores de la Comisión Europea y del Fondo Monetario Internacional), que supervisaban la adopción de recortes de gastos necesarios para contener el déficit público y la deuda.

Nada de esto ha ocurrido en los últimos dos años. La Unión Europea ha tomado una dirección bien distinta. Sin ánimo exhaustivo, queremos destacar, entre otras muchas, algunas actuaciones de la Unión relacionadas con la pandemia provocada por la covid-19⁷³. Así, el 13 de marzo de 2020, la Comisión presentó una serie de herramientas económicas (facilitar las ayudas estatales, habitualmente vistas con desconfianza, flexibilizar el marco fiscal europeo y activar la cláusula de escape general del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, aliviando con ello el control sobre las deudas públicas). Después, ha aprobado un revolucionario programa económico para la recuperación de los Estados miembros (que se ha concretado en subvenciones y préstamos millonarios), y ha apoyado a sectores desfavorecidos (02/04/2020), incluyendo la concesión de préstamos a los hogares (28/04/2020) y a colectivos afectados por la pandemia, como son los pescadores (02/04/2020), el sector agroalimentario (16/04/2020, 24/06/2020 –en concreto, al sector vitivinícola, 07/07/2020–), las empresas (30/04/2020) y los trabajadores temporeros (16/07/2020), entre otros. Sería injusto olvidar, además, que la Unión ha extendido su ayuda a países de todo el mundo y que ha asumido un rol muy relevante en el Mecanismo de Respuesta Global Covid⁷⁴.

inequívoco al presunto modelo social europeo y a cualquier posibilidad futura de instaurar una Europa Social, que hiciese reales los objetivos del Tratado de Unión Europea en materia social” (en “La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen”. En Vicente Blanco, Dámaso Javier y Rivero Ortega, Ricardo (dirs.): *Impacto de la transposición de la directiva de servicios en Castilla y León*. Consejo Económico y Social de Castilla y León. Valladolid, 2010, p. 78). Afortunadamente, el principio de origen desapareció en la versión final de la Directiva.

72 Ver TOMÉ MUGURUZA (Baudilio), “La respuesta de la Unión Europea a la crisis económica y el papel de las Instituciones de control externo”, *Revista Española de Control Externo* 43 (2013), pp. 73 ss.

73 Se han escogido algunas de las actuaciones de la Comisión que se presentan, de forma cronológica, en https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/timeline-eu-action_es.

74 Al igual que en el Mecanismo de Acceso Mundial a las vacunas (COVAX) y en el Consejo de Facilitación de Alto Nivel, en el que ha trabajado estrechamente con la Organización Mundial de la Salud. Ver, sobre esta cuestión, *supra*, nota 26.



Aunque los intereses en juego influyeron, sin duda, en ese comportamiento de la Unión Europea, un balance global de su actuación acredita un serio compromiso con el Estado social.

Y es de justicia hacer notar que se ha producido otro fenómeno interesante. Si hasta ese momento solamente se ponía el acento en el seno de la Unión Europea en la máxima liberalización de mercancías, servicios, capitales y personas, la crisis sanitaria ha provocado que la Unión tuviera que repensar estos planteamientos clásicos, para acabar adoptando, de hecho, medidas proteccionistas temporales. Así, por ejemplo, se ha sometido temporalmente a autorización de la Unión las exportaciones de vacunas por parte de los Estados miembros. Y, sobre todo, la Unión ha sido consciente de que no resulta inteligente confiar al mercado global la fabricación de todo tipo de bienes. Que Europa debe tener fábricas que garanticen el suministro de bienes estratégicos (material sanitario y chips electrónicos, en concreto). Y más recientemente, y a causa de la invasión a Ucrania por parte de Rusia, también ha sido consciente de que precisa disponer de autosuficiencia energética. Todas estas realidades matizan la confianza en el mercado, y hacen que la Unión Europea trate de adecuar la libertad de mercado, imprescindiblemente vinculada con el surgimiento y evolución del Estado liberal, con el mantenimiento de unas estructuras sociales que resulta esencial proteger.

Y estas lecciones deben ser también útiles cuando negocie con otras globalizaciones o Estados. Deberá cuidarse, entonces, de que las medidas que adopte no pongan en peligro en Europa ninguna de las conquistas vinculadas con el desarrollo del Estado constitucional. Y es muy probable que lo ocurrido en estos dos últimos años lleve a la Unión a fortalecer su confianza en los principios en los que ese modelo de Estado se sustenta.

RELATORÍA DEL CONGRESO

Miguel Valera Montero
Víctor Joaquín Castellanos Pizano,
Jueces del Tribunal Constitucional de la República Dominicana
Coordinadores

EQUIPO DE RELATORÍA:

Laia Rojas Alfau,
investigadora del Centro de Estudios Constitucionales
Aracelis Fernández Estrella,
investigadora del Centro de Estudios Constitucionales
Geovanny Nina,
letrado
Oriana Sánchez Montalvo,
letrada
Brianda Trujillo,
letrada de adscripción temporal
Alain Perdomo,
letrado de adscripción temporal
Vianca Castillo,
abogada externa

Las palabras inaugurales estuvieron a cargo *del Dr. Milton Ray Guevara*, quien destacó que la celebración de este V Congreso Internacional se enmarca en el artículo 35 de la ley orgánica del TC, que le encomienda una función pedagógica. Tomando como referencia el eje temático del Congreso, *Derecho Constitucional y Globalización*, se refirió a ciertas ventajas y desventajas de la globalización.

Estas últimas, vinculadas a los problemas que representan, para el principio democrático, la soberanía, el medio ambiente, la migración irregular, entre otros que requieren de la actuación coordinada de los países. El Dr. Ray Guevara advirtió que el derecho constitucional no escapa a este fenómeno, por lo cual la existencia de una relación armónica y posible entre globalización y Derecho Constitucional es necesaria. Finalmente, destacó la importancia de la obra colectiva *Constitucionalizando la globalización*, dirigida por los Dres. José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón. Esta obra favorece el desarrollo de una teoría general de la globalización como insumo necesario para enfrentar los problemas concretos que este fenómeno origina para el derecho constitucional.

La conferencia inaugural, titulada *Una Constitución para la tierra*, estuvo a cargo del *Dr. Luigi Ferrajoli*, quien señaló que la humanidad atraviesa el momento más dramático de su historia. Sin embargo, los problemas que lo causan no están contenidos en las agendas particulares de los Estados. Entre estos problemas destaca: la guerra, el cambio climático, las armas nucleares, el deshielo de los glaciares, la contaminación de los océanos, la hambruna, la falta de acceso a medicamentos, la explotación en el trabajo, los problemas migratorios y la creciente desigualdad económica.

Frente a estas emergencias, el conferencista se pregunta por la naturaleza de estos fenómenos. Al hacerlo, concluyó que no son emergencias naturales, sino el resultado de la violación masiva de derechos humanos que no encuentran protección en el derecho penal interno de los Estados y que, por tanto, requieren del establecimiento de una responsabilidad



política global. La solución tampoco puede buscarse en la democracia política, afectada por el presentismo, la limitación de los períodos electorales y las fronteras nacionales.

El Dr. Ferrajoli sugiere que el constitucionalismo global, y con él, la creación de una Constitución de la Tierra no es una utopía sino la única respuesta para hacer frente a los peligros que enfrenta el mundo actual. La ciencia jurídica puede cumplir un papel importante en la construcción de esta norma global. La humanidad está interconectada, estamos expuestos a las mismas amenazas y emergencias que pueden llevar a la extinción de la humanidad. Para él, esto es capaz de generar una solidaridad sin precedentes entre los seres humanos.

La jornada continuó con la conferencia *Constitucionalizando la globalización*, a cargo del *Dr. José Luis García Guerrero*, quien defendió que desde una perspectiva constitucional, la globalización es el proceso por el que la economía de mercado busca adquirir dimensión mundial, para lo que necesita la prolongación acelerada y generalizada de la tecnología, la difusión global de unos valores que fomenten la uniformidad y la extensión de instituciones sociales, políticas y jurídicas más allá del marco estatal, con el objeto de dotarla de seguridad jurídica en el ámbito internacional.

El binomio uniformidad y diversidad es clave, tanto para el Derecho Constitucional como para la globalización. Si hay uniformidad, esta avanza multilateralmente, permitiendo un cierto gobierno mundial a través del G-20, donde se afrontan problemas que ningún Estado o integración económica puede resolver aisladamente, como es el caso del cambio climático. Cuando hay un exceso de diversidad, se opera a través de integraciones económicas de carácter regional, que permiten, en este ámbito territorial, el grado de uniformidad que requiere la economía de mercado, en cuanto economía desconcentrada y descentralizada. En el primer caso, la unidad de mercado se extiende a todo el orbe; en el segundo, el mercado se corresponde con el territorio de los Estados que se integran.

En consecuencia, la institución constitucional economía de mercado opera cuando le es posible a nivel mundial, y cuando no, se ciñe al ámbito regional, obligando al Derecho Constitucional a superar su ámbito estatal y a actuar en unos supuestos multilateralmente y en otros bilateralmente (integraciones económicas) porque sólo el Derecho Constitucional puede garantizar la seguridad jurídica que requiere la economía de mercado.

Finalmente, el Dr. García Guerrero motivó a estudiar las relaciones entre Derecho Constitucional y globalización a partir de una ciencia básica, que permita afrontar los embates que la globalización plantea al concepto racional normativo de Constitución. Esto amerita estudiar a fondo los distintos modelos de constitución económica, los fundamentos del gobierno de la globalización, los organismos internacionales, la economía del mercado y los procesos de integración, desde una perspectiva bilateral y multilateral.

En el primer panel de la jornada, sobre *Tipos de Integración económica*, el Lic. Hugo Rivera se refirió de manera precisa a las características y ventajas que surgen como consecuencia del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA). Reconoció que este acuerdo definió positivamente la posición geopolítica y comercial de la República Dominicana, representando un avance para el desarrollo económico del país. Lejos de considerarse un acuerdo de adhesión para la República Dominicana, se trató de un acuerdo negociado y discutido. Como consecuencia, se ha verificado un aumento de los niveles de certidumbre jurídica, la existencia de procedimientos más expeditos y los beneficios de acceso a un mercado como el de los Estados Unidos.

A continuación, *la Dra. Tatiana Cardoso Squeff* abordó el tema de *Unión Aduanera*, específicamente lo concerniente al *Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*. En su ponencia, puso en contexto tres puntos: el regionalismo histórico de la CEPAL, seguido de la formación del bloque en el Cono Sur y culminando con el análisis de su etapa actual. Estableció, que a pesar de que MERCOSUR es de los bloques económicos más grandes, en términos de intercambio, representando más de la mitad del Producto Interno Bruto (PIB) de América Latina, se encuentra en una crisis constante. Esto, entre otros factores, ante la falta de intención política de sus miembros, de querer asegurar la realización de un mercado común. Aunque su relevancia es evidente para la solidificación de la integración latinoamericana, la falta de intención política para lograr sus objetivos representa grandes obstáculos.

Finalmente, *el Dr. Antonio López Castillo* se refirió a la Unidad Económica y Monetaria Supraestatal en la Unión Europea, específicamente la vertiente de la política monetaria única. Destacó algunos de sus elementos, especialmente la transitoriedad para su implementación efectiva y para el cumplimiento del objetivo principal de la política monetaria en aspectos como la estabilidad de precios. Destacó como elementos a ponderar que



la vigente unión económica, no incluye al conjunto de todos los estados miembros, lo cual tiene consecuencias que no pueden obviarse al analizar este tipo de integración. Esta transitoriedad se acentúa con la unión paulatina de algunos Estados. Como no todos los Estados miembros son parte de la eurozona, se presenta la discusión de revisar el sistema europeo de cambios, lo que amerita una actuación prudente para garantizar la continuidad efectiva del proceso integrador.

La jornada del primer día continuó con la conferencia sobre *Las diferentes funciones atribuidas a los bancos centrales. Su rol en la globalización. El Banco Central de la República Dominicana*, a cargo del Dr. Héctor Valdez Albizu, gobernador del Banco Central de la República Dominicana. El conferencista se refirió a las diferentes funciones atribuidas a los bancos centrales y su rol en la globalización, destacando de manera principal el de ente emisor. El Dr. Valdez Albizu hizo un recorrido por los orígenes del Banco Central y su posición en el contexto de una nueva etapa de globalización, caracterizada por el sistema monetario internacional resultante de la suscripción de los acuerdos de Bretton Woods, en 1944. Además, en este escenario surgieron instituciones como el FMI y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, que forman parte del Grupo del Banco Mundial. Con esto, se agregó como rol de los bancos centrales el de reguladores del sistema monetario, así como el mantenimiento de un sistema cambiario y financiero saludable.

Con la promulgación de la Ley 183-02 Monetaria y Financiera, se hace acopio de los fundamentos de los modelos de libre mercado que impulsaron la etapa más reciente de la globalización de la economía mundial, cimentados en la interacción libre de la oferta y la demanda para la determinación de las tasas de interés y los tipos de cambio de las divisas. Además, el Dr. Valdez Albizu destacó que esto condujo a la evolución del esquema de política monetaria utilizado por el Banco Central, que migró de las metas operacionales para la determinación de los agregados monetarios al esquema de metas de inflación. A la vez, facilitó el desarrollo de normativas para la adaptación de esta institución a un entorno dinámico, cambiante e innovador, que plantea nuevos retos y riesgos.

Finalmente, en su rol de ejecutor de las políticas monetaria, cambiaria y financiera, el conferenciante indicó que continuará desempeñando sus funciones hacia el futuro apegado al mandato constitucional y a las leyes

que regulan la materia, procurando mantener un sistema monetario y financiero estable, que promueva el crecimiento económico.

Luego, tuvimos la intervención del *Licdo. Frank Alexis Fuentes Brito*, con el tema *La Política monetaria y financiera en la Globalización*. El Licdo. Fuentes desarrolló su ponencia a partir de los 4 motores principales de la globalización: i) el comercio internacional; ii) los flujos de capitales; iii) la migración; y, iv) la tecnología. A partir de ahí, se refirió a la arquitectura financiera internacional que emana del G20 y que está controlada por las tres grandes instituciones que determinan las pautas económicas y financieras en el contexto global: el FMI, el Consejo de Estabilidad Financiera (CEF) y el Banco Internacional de Pago (BIS, por sus siglas en inglés). Luego se encuentran las instituciones financieras locales, supeditadas a las directrices o normativas elaboradas por esas estructuras internacionales. De esta manera, estas instituciones se insertan dentro del proceso globalizador.

El expositor sostuvo que uno de los principales retos de la globalización viene dado por el letargo en que ha caído el comercio internacional, tras la crisis financiera internacional, acentuada por el impacto de la pandemia y otros factores como la invasión de Rusia a Ucrania. Advirtió sobre la progresiva divergencia comercial que existe actualmente entre el bloque de las democracias y los regímenes autoritarios, lo cual tiende a la fragmentación de la economía mundial.

El autor hizo énfasis en cómo la globalización se ve impactada por la inflación, la expansión del comercio, la volatilidad de tasa de cambio y el precio de importación. Asimismo, en las implicaciones del paso del dinero físico al “dinero digital”, sobre todo en aquellos casos donde su emisión surge de manos privadas, con ausencia de un órgano emisor con legitimación legal. Con respecto a la tasa de interés, indicó que los bancos centrales tienen un reto importante en cuanto al manejo de su política monetaria, al ser parte del proceso globalizador.

Asimismo, el conferenciante se refirió a cómo el proceso de globalización tiene un impacto en la regulación financiera y, por vía de consecuencia, en los ahorrantes. Finalmente, destacó como la innovación financiera es un movimiento global que no podemos detener. Valoró como loable el trabajo realizado por la República Dominicana para mantener la estabilidad y el crecimiento económico, en medio de la complejidad que caracteriza el proceso de globalización.



La jornada del primer día concluyó con la mesa redonda sobre *Los embates de la globalización*. Inició con la participación del Mag. Enrique Arnaldo Alcubilla, quien abordó los embates de la globalización al principio democrático. El ponente planteó las siguientes recomendaciones para avanzar en el fortalecimiento de la democracia: 1. Reforzar que la democracia es libertad e igualdad, el lado solidario; proporcionar condiciones de vida accesibles a todos. 2. Aspirar a la excelencia de los comportamientos de los actores de la democracia. 3. Que la democracia debe residenciarse en la paz, frente a cualquier mecanismo de fuerza como la desinformación o la desestabilización. 4. La institucionalización, es decir, la recuperación del prestigio de las instituciones políticas, para evitar que los partidos se conviertan en dueños, sino en servidores de las instituciones. En este sentido, destacó que las elecciones son el factor más importante de cohesión y la unidad de la sociedad política.

Luego, el *Dr. Oscar Hernández Álvarez* abordó *Los embates de la globalización a los derechos laborales y de la seguridad social*, haciendo especial referencia al caso de los expatriados de empresas transnacionales. El conferenciante inició su intervención indicando que en nuestro mundo globalizado, el capital no tiene patria; abre las fronteras y abre su suerte a un imperio no determinado. En esta lógica, la soberanía de los Estados se debilita cada vez más y está a merced de los mercados. El ponente advirtió que la globalización establece una forma de competencia distinta, que reside en presentar la menor carga fiscal, a los fines de atraer mayor inversión, reducción de proteccionismo arancelario y, en materia de trabajo, hacer un retorno a la autonomía de voluntad en los contratos laborales, eliminando las normas de protección que establece el derecho laboral y dejando al libre mercado la definición de estas condiciones. Entre los embates más destacados de la globalización sobre el derecho al trabajo y la seguridad social destacó la disminución de la actividad sindical y el caso del expatriado laboral que, a diferencia del emigrante tradicional, se desplaza como consecuencia de la decisión de su empleador, quien determina su destino y las condiciones de su trabajo.

Después, la *magistrada Wendy Martínez* abordó *Los embates de la globalización al medio ambiente*. La conferenciante estableció que los efectos de la revolución industrial sobre la naturaleza han provocado un cambio de la era industrial a la digital. Esta transformación ha modificado la relación de las personas entre sí y de estas con la tecnología, lo cual

ha provocado el replanteamiento del significado del medio ambiente. La magistrada Martínez precisa en su intervención que hoy en día y, de forma más concreta, después de la pandemia, debemos cuestionarnos sobre el significado del medio ambiente. Entre los fenómenos de la globalización que están incidiendo negativamente sobre el medio ambiente, la ponente destacó los desplazamientos de personas por guerras o causas laborales, que afectan la dinámica interna de los países, tanto los que reciben la población como los que emigran por fenómenos tales con el tráfico de especies invasoras. La magistrada concluyó su intervención refiriéndose a dos grandes desafíos: el cambio climático y el abastecimiento de agua potable, recurso que se presume será la causa de las guerras futuras.

Por otra parte, la **profesora Olga Lucía Hernández Parra** expuso sobre ***Los efectos de la globalización en la capacidad impositiva***. La profesora partió de la discusión actual sobre el debilitamiento del Estado como principal estructura del poder público y, en particular, la tan anunciada crisis en su soberanía. En ese sentido, contextualizó la noción de Estado-Nación y su evolución histórica, la cual abordó desde el punto de vista de la soberanía económica. Indicó que la autonomía de los Estados modernos se fundamentaba sobre un “trípode” de soberanía militar, económica y cultural dentro de las cuales resaltó la capacidad de “equilibrar las cuentas de la economía nacional”. Continuó desarrollando el concepto de “Poder Tributario” y su concreción dentro de la soberanía económica. Dentro del referido poder, se refirió a su justificación, capacidad contributiva y los criterios de sujeción, así como los límites internacionales al ejercicio del poder soberano, todo con la finalidad de participar de los dividendos que, según la promesa de la globalización, produce el comercio exterior.

La Jornada del primer día concluyó con la ponencia de la **Licda. Mary Fernández de Álvarez**, quien abordó algunos aspectos de ***los ataques de la globalización a la propiedad intelectual***. La Licda. Fernández puso sobre la mesa temas como la innovación, la digitalización, la inteligencia artificial (IA), el “blockchain”, los llamados “Smart Contracts”, el metaverso, los tokens no fungibles, mejor conocidos como “NFT” y su impacto en la propiedad intelectual.

Entre otros temas, la ponente destacó que la esencia de todo cambio en la protección de la propiedad intelectual reside en la limitación o afectación de la territorialidad de los derechos. Se hace imprescindible que se llegue a una armonización de las reglas a nivel mundial. Esto tendrá



un impacto directo en la utilización y competencia de los tribunales para sortear los conflictos. Probablemente, la tendencia se inclinará hacia resolver los conflictos que se presenten a través de la utilización de métodos alternativos de solución de controversias. En este contexto, será un factor determinante el marco general social, político y económico en el que se realicen estos cambios.

SEGUNDO DÍA

La jornada del segundo día inició con la conferencia *Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana*, a cargo del magistrado emérito del Tribunal Constitucional de Perú, *Gerardo Eto Cruz*. El conferencista identificó, como tendencias del constitucionalismo latinoamericano, la existencia de una crisis como consecuencia de nuevos paradigmas que han empezado a ser parte de la propia realidad; la presencia de escenarios constituyentes como factores de refundación de las nuevas repúblicas; la instalación de una concepción taumatúrgica de Constitución; la prevalencia del *discurso de odio* y el renacimiento de los viejos conflictos que desencadenaron las independencias de Latinoamérica; la judicialización de la política; la instalación de un populismo penal mediático, conflictos y enfrentamientos permanentes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo; el decaimiento del constitucionalismo liberal democrático republicano y la gestación de nuevos techos de regímenes políticos con ideología socialista; la globalización y la era digital de la cuarta revolución industrial y su influencia en América Latina. En este escenario, el conferencista valora el diálogo académico y jurisdiccional como herramientas fundamentales para enfrentar los retos y desafíos que plantea el constitucionalismo latinoamericano.

Después, tuvimos el panel sobre *Los modelos de Constitución Económica*. Inició con el *Dr. Enrique Arnaldo Alcubilla*. En esta ocasión abordó el tema “La Constitución económica liberal”. Realizó un recuento histórico de las constituciones liberales a partir del siglo XIX, destacando el rol que desempeñaron en la creación de las condiciones idóneas para desarrollar el mercado sin la intervención pública, para luego corregir el funcionamiento del capitalismo hacia el neocapitalismo. Puntualizó que en el ámbito de las constituciones liberales se debe garantizar un determinado

sistema económico basado en la economía de mercado, con limitaciones sustentadas en las garantías de los derechos fundamentales. Finalmente, se refirió a la libertad de empresa como el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución. Recordó que estas normas suponen el establecimiento de límites a la discrecionalidad de las decisiones de los Poderes Estatales.

A seguidas, la **Dra. María Mercedes Serrano Pérez** abordó el tema ***La Constitución económica intervencionista o interventora***. Apuntó que este tipo de Constitución está directamente ligada al modelo de Estado Social. Posee elementos económicos que se rescatan del Estado liberal, como lo son el concepto del mercado y el sistema de economía de mercado, el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa. Pero, paralelamente, innova en la intervención del Estado en la economía, fomenta la iniciativa pública empresarial, la reserva de recursos y servicios esenciales, la planificación estatal y la participación de los trabajadores en las empresas. La Dra. Serrano reconoció que el Estado social necesita de una Constitución económica interventora que modifique el papel de los agentes privados, modulando sus aspiraciones personales y que, a la vez, proporcione a la Administración la posibilidad de interferir en los procesos económicos, hasta el límite de preservar los principios de la economía, con la finalidad de alcanzar el bien general, concretar la igualdad material y la justicia social.

La tercera intervención del panel estuvo a cargo de **Juan Fernando Durán Alba**, quien se refirió a la Constitución Económica ordoliberal, tomando como base tres subtemas fundamentales: i) el pensamiento económico liberal y ordoliberal; ii) la ordenación de la economía y, iii) la relación entre la Constitución económica y el ordoliberalismo. Se refirió al ordoliberalismo como una regulación del mercado que garantiza la libre competencia y erradica las deficiencias del sistema económico. Finalmente, el expositor resaltó la importancia del paralelismo entre la Constitución política, como instrumento de ordenación y limitación del poder, y la Constitución económica como instrumento para la ordenación de la vida política de una determinada sociedad. El ponente indicó que la Constitución económica ordoliberal debe estar cimentada en los postulados de la regulación del mercado.

Luego, tuvimos a la **Licda. Paola Santana** con el tema ***Un embrión de Constitución Económica: ¿El pensamiento de Silicon Valley?***. La Licda. Santana se refirió al pensamiento de Silicon Valley sobre la generación de



riqueza a través de la innovación. Destacó cómo el Estado puede garantizar, de una mejor manera, los servicios básicos mediante la utilización de nuevas tecnologías y métodos innovadores. Puso de relieve cómo el Estado es el principal inversionista y garante de los avances que promueven el desarrollo de un país, lo que amerita una inversión adecuada en innovación tecnológica como medio para satisfacer las necesidades sociales.

Asimismo, destacó la importancia de implementar una especie de «*Moonshot mindset*», con el objetivo de traer a la mesa nuevos métodos y tácticas disruptivas que ayuden a los distintos gobiernos a resolver los problemas sociales. Ciertamente, no podemos lograr el cambio que queremos ver en el mundo utilizando los mismos métodos; por tanto, hace falta generar nuevas ideas tendentes a resolver las distintas problemáticas que enfrenta la sociedad, especialmente en lo que respecta al acceso a servicios básicos y la generación de riqueza a través de las micro, pequeñas y medianas empresas. Finalmente, hizo un llamado al TC, invitándolo a generar soluciones innovadoras tendentes a satisfacer las demandas ciudadanas.

El panel concluyó con la ponencia del *Dr. Eduardo Jorge Prats*, quien sostuvo que la reforma constitucional de 2010 consagró una economía de mercado, dotándonos de un sistema económico constitucionalizado. Plantea un cambio de paradigma de los modelos económicos, pues contamos con una Constitución ideológica programática, que consagra programas de transformación social con las políticas públicas que deben implementarse con cada derecho social. Concluyó afirmando que nuestra Constitución concilia la necesidad de asegurar los derechos de todos y la existencia de una economía de mercado, en la cual puede haber una intervención del Estado, por el principio de supletoriedad; es decir, que puede participar únicamente si el sector privado no es eficiente. Hay un rol de Estado empresario y de Estado regulador o garante. El expositor indicó que en la jurisprudencia del TC queda claro que no hay una contraposición entre el Estado Social y la economía de mercado. La ideología de la Constitución es que todas las personas estén socialmente situadas. Una Constitución económica democrática no puede ser democrática, si no incorpora a más de la mitad de la población, compuesta por mujeres, niñas y adolescentes.

Luego, el *profesor Miguel Ángel Sevilla Duro* presentó su conferencia titulada *Las relaciones de las integraciones económicas con sus Estados*

parte: intergubernamentalismo y supranacionalismo. Nos presentó un análisis pormenorizado de la relación de ordinación de las integraciones económicas, extrapolarlo los tres tipos de relaciones de ordinación clásicamente establecidos a las integraciones económicas. Para el exponente, si queremos aspirar a una mejor distribución territorial del poder, en el ámbito de una integración económica, es imprescindible abordar críticamente las relaciones de ordinación y repensarlas como una categoría constitucional, y no como una consecuencia incontrolable de la interconexión de los sistemas jurídicos.

Argumentó que la adecuada articulación de las relaciones de ordinación, mediante evidencia empírica, presenta que cuanto más se asemejan las relaciones de ordinación de las integraciones a las de los Estados federales, más exitosas son las integraciones en términos de evolución de sus flujos comerciales intrarregionales y extrarregionales. A modo de colofón, indicó que quizá la mejor garantía constitucional sea reforzar, controlar y perfeccionar la forma en que se relacionan nuestros Estados con esas integraciones, pues la óptima articulación de las relaciones de ordinación parece la vía para ello.

Nuestra jornada académica culminó con la conferencia del *Dr. Francisco Matia Portilla*, titulada *Vertiente interna y externa, así como bilateral y multilateral del gobierno de la globalización*. El Dr. Matia Portilla precisó que el gobierno de la globalización no obedece a una sistemática única y ordenada, sino que se conforma con instituciones y organizaciones que surgen de forma autónoma y que, una vez creadas, tratan de encontrar su lugar en el gobierno internacional. Según indicó el conferenciante, esto explica que haya diversos modelos de integración económica, de desigual naturaleza y alcance. Al respecto, explicó que el gobierno interno es aquel donde el protagonista es el Estado, y el externo se produce cuando las decisiones son adoptadas por organizaciones internacionales de integración económica.

Hizo un recorrido sobre el impacto de la globalización en el Estado Constitucional, refiriéndose de manera particular a las incidencias sobre su soberanía, el principio democrático y la participación parlamentaria, el Estado de Derecho y el modelo de Estado Social.

Entendemos que este V Congreso ha cumplido a carta cabal su propósito, logrando a través de conferencias y paneles que han abordado con gran destreza y profundidad los aspectos más trascendentes del



impacto que ha tenido, tiene y seguirá teniendo —tomando del Prof. García Guerrero, querámoslo o no— el fenómeno de la globalización en el derecho constitucional, quedando sobre el tapete la clara necesidad del estudio continuo y desarrollo de propuestas y respuestas a los retos que esta especie de dinámica relacional seguirá trayendo.

PALABRAS DE CLAUSURA

Dr. Milton Ray Guevara,
Juez presidente del Tribunal Constitucional
de la República Dominicana

Cuando todo termina, hay dos sentimientos que se expresan. Si las cosas han quedado mal, uno dice «¡Uf!», se han terminado, y uno se libera del suplicio; cuando ha terminado bien, uno dice «¡Caramba! Yo quisiera que esto continuase», y si no, «¡Me llevo la satisfacción de haber participado de un gran evento!». Yo creo que ese es el caso, la satisfacción de haber participado de un gran evento, porque observando la concurrencia que tenemos todavía, no solo la presencial, sino también la virtual, uno llega a la conclusión de que esa frase, «hoy es viernes y el cuerpo lo sabe», tiene atemperaciones, porque ustedes están demostrando que el compromiso con el conocimiento también es compatible con el futuro aprovechamiento de un viernes prometedor.

Debo decir que el Tribunal Constitucional está cumpliendo diez años, y ha tenido tres regalos: en primer lugar, la celebración, en Punta Cana, de la Decimocuarta Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, un éxito extraordinario, donde se aprovechó, inclusive, para modificar los estatutos de la conferencia y se eligió al magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla como nuevo presidente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. En segundo lugar, recibimos un regalo recientemente en Bali, Indonesia, en el marco de la V Conferencia Mundial de Tribunales Constitucionales, que reunió a 90 de los 118 tribunales que lo conforman. El Tribunal Constitucional dominicano, por aclamación, fue elegido nuevamente miembro del buró por un período de tres años; y, en tercer lugar, la celebración exitosa de este V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, denominado “Derecho Constitucional y Globalización”.

Permítanme expresar agradecimientos. El agradecimiento es una oración del corazón, me gusta repetirlo, y quiero agradecer a los ponentes internacionales y nacionales por su empeño, por su dedicación, por su competencia, por su compenetración en este, que es un tema complejo,



el tema de la globalización, y que lo han hecho con tanto entusiasmo, con tanta solidaridad, con tanto cariño para el pueblo dominicano y para el Tribunal Constitucional. Nuestro agradecimiento perenne.

Permítanme agradecer a los moderadores que han estado conduciendo magistralmente el desarrollo de las ponencias; permítanme agradecer a los participantes, a ustedes, presenciales, y a los virtuales, a ustedes que han tenido esa paciencia: yo pido un aplauso para ustedes mismos.

Permítanme agradecer a los servidores constitucionales y todo el personal de apoyo del Tribunal Constitucional, que están día a día fajados de campana a campana. ¡Ellos no piensan en el tiempo, sino en el trabajo fecundo! Permítanme agradecer a la comisión organizadora, integrada por los magistrados Rafael Díaz Filpo, juez primer sustituto, María del Carmen Santana de Cabrera y Miguel Aníbal Valera Montero. En la parte operativa de esa comisión, debo reconocer la labor desempeñada, desde la sabiduría y competencia que caracteriza a doña Belén Del Toro, directora de Planificación y Desarrollo Institucional, y a doña Amelle Ortiz, jefa de gabinete de la Presidencia.

Agradecer a los relatores, no solo a quienes han expresado magistralmente las conclusiones de la relatoría, al magistrado Miguel Valera y al magistrado Víctor Joaquín Castellanos, una combinación de juventud y experiencia, sino también a las investigadoras del Centro de Estudios Constitucionales, Laia Rojas Alfau y Aracelis Fernández Estrella, dos servidoras constitucionales extraordinarias y que hicieron una labor destacada, junto al resto del equipo: Geovanny Nina, letrado; Oriana Sánchez Montalvo, letrada; Brianda Trujillo, letrada de adscripción temporal; Alain Perdomo, letrado de adscripción temporal, y la colaboración desinteresada de la abogada externa Vianca Castillo.

Quiero destacar que para mí es motivo de profunda alegría ver que aquí hay gente que tiene responsabilidades muy grandes, y que han estado con nosotros durante la jornada. Me refiero a los magistrados de la Suprema Corte de Justicia Napoleón Estévez, Frank Soto y Justiniano Montero, así como a los magistrados del Tribunal Superior Electoral, el magistrado Pedro Pablo Yermenos, y su presidente, que no se ha perdido un momento de este evento, el magistrado Ygnacio Pascual Camacho. Han permanecido por su vocación de contribuir con la formación de saberes.

También quiero saludar la presencia de doña Geanilda Vásquez; de la magistrada Miguelina Ureña, quien está siempre presta a colaborar

con el Tribunal Constitucional; del doctor Alejandro Moscoso Segarra, decano de la Facultad de Humanidades de la Universidad Apec; del doctor Héctor Alíes, director de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), y de cada uno de ustedes que nos acompañan.

Alguien me decía en el Tribunal, el otro día, que yo creía que por mi edad tenía derecho a decir todas las cosas. Me pareció una reflexión interesante, y como yo estoy de acuerdo con eso, voy a decir algo: miren, el tema de este V Congreso “Derecho Constitucional y Globalización” surgió de una conversación que sostuvimos, aquí en Santo Domingo, el catedrático español José Luis García Guerrero y yo. Él fue quien me planteó eso de “Constitucionalizando la globalización”; después me fui a Albacete, en España, y allá, sentados, con un buen vino y una buena comida, le dimos el título que ustedes conocen. Con la pandemia del Covid-19 nos vimos en la obligación de suspenderlo hasta que todo se normalizara. Debo confesarles que tenía mis reservas con el manejo que podrían tener los profesionales de las ciencias jurídicas sobre este tema de la globalización, que es un tema complejo, por su estrecha relación con la economía, las finanzas, la tecnología y el comercio. Sin embargo, todos los ponentes, los nacionales e internacionales, han demostrado extraordinario dominio del tema y su vinculación con el derecho constitucional.

¿Qué se ha demostrado hoy? Que, efectivamente, el derecho constitucional tiene un nuevo campo de estudio, que es el de la globalización, y que los juristas tenemos un papel capital que jugar en estos procesos. El cuerpo de juristas dominicanos debe continuar su formación en estas complejas disciplinas, porque como nos recordaba el viceministro de Relaciones Exteriores, Hugo Rivera, formamos parte del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América, Centroamérica y la República Dominicana (DR-CAFTA), un tratado que no hemos sabido explotar y obtener los beneficios que deberíamos, y esto, lo digo yo, ha sido en parte por desconocimiento en estas áreas del conocimiento.

Me siento profundamente orgulloso de este evento, pero les confieso que me enorgullece grandemente ver brillar a una de mis estudiantes, Paola Santana Mateo, quien habló sobre su experiencia en la NASA. Experiencia que Eduardo Jorge Prats retomó para manifestar que “el Tribunal



Constitucional era «la NASA de la República Dominicana», porque había sido innovador en muchos campos”. Por eso me siento profundamente satisfecho por ese reconocimiento, en mi rol de magistrado presidente y miembro del Pleno del Tribunal Constitucional durante estos diez años; sin embargo, he de confesarles que de lo que más satisfecho me siento en la vida es de haber sido profesor en la universidad, eso es lo que más me ha llenado en el mundo, no las funciones públicas que yo he desempeñado, sino compartir saberes con la juventud.

Cuando observo al magistrado Miguel Valera Montero, que se graduó *Summa cum laude*, y quien fue uno de mis mejores estudiantes, yo me siento complacido.

No puedo dejar pasar esta ocasión sin comentarles una de las tantas anécdotas vividas con mis estudiantes de grado de la PUCMM, en particular esta, que incluye a Paola y seis estudiantes más de su grupo (ese semestre solo nueve valientes estudiantes tomaron mi asignatura de derecho constitucional II, los sobrevivientes del constitucional I). Yo los llevé a Cayo Levantado, para hacer una recuperación de clase. Nos sentamos a la orilla de la playa, a impartir docencia durante dos horas; después, llegó el momento de dejarles almorzar y recrearse en las paradisíacas playas del Cayo. Posteriormente, me acompañaron, voluntariamente, donde se olvidaron las banderas políticas, a una presentación de Peña Suazo y la Banda Gorda, que tenía que ver con un acto mío en actividades proselitistas. Para mis sobrevivientes, valientes y capaces estudiantes de Derecho Constitucional esa reposición de clases, ese día, fue memorable y permanece en sus recuerdos lleno de alegría, porque así me lo han manifestado, al igual que permanece en los míos. Así que imaginen lo que siente mi alma de profesor, cuando veo de lo que es capaz y en lo que se ha convertido Paola Santana Mateo.

De manera que con esa profunda satisfacción, manifestamos que el Tribunal Constitucional seguirá trillando esta vía de compartir saberes, de llevar a la comunidad jurídica dominicana el sentimiento de que la Constitución es la carta de ruta, la carta de navegación de la República Dominicana, que la Constitución es el camino hacia la felicidad, la *Happy Constitution*, la «feliz Constitución», los valores supremos de la convivencia, y eso es importante, porque ya la sociedad dominicana está entendiendo, gracias a la labor de todos los tribunales, y particularmente del Tribunal Constitucional, que el Estado Social y Democrático de



Derecho es una realidad, y que este país, hoy en día, que vive en paz, con dificultades, pero con esperanza, puede cifrar su futuro en ese Estado Social y Democrático de Derecho.

Muchas gracias, que Dios les bendiga, ¡y que sigan trabajando por la prosperidad de la República Dominicana!

Este *V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional* del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, consta de quinientos (500) ejemplares, se terminó de imprimir durante el mes de octubre de 2023 en los talleres gráficos de Serigraf, S. A., Santo Domingo, República Dominicana.

El “V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional”, fue realizado con rotundo éxito durante los días 20 y 21 del mes de octubre de 2022, en la ciudad de Santo Domingo, capital de la República Dominicana; en esta ocasión con el tema “Derecho Constitucional y Globalización”. El encuentro académico reunió a distinguidas personalidades de reconocido prestigio del país como del extranjero, convirtiéndose en una experiencia enriquecedora, que promovió el intercambio de las diferentes ideas y corrientes de pensamiento, manifestadas por los disertantes, tanto en las conferencias magistrales como en las ponencias, en los paneles y mesas redondas.

Este V Congreso Internacional “Derecho Constitucional y Globalización” sirvió de espacio para analizar las ventajas y desafíos que para los países representa la globalización, ligado a la constitucionalización que se reafirma como eje transversal de todas las mediciones jurídicas en esta época post moderna, teniendo el Derecho Constitucional en este fenómeno universal un nuevo campo de estudio en el cual los juristas tenemos un papel capital que jugar.

Con esta publicación, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana busca legar a los acuciosos del Derecho un texto de estudio y consulta que fomente la reflexión en temas de gran importancia para el mundo actual, como lo es el de la globalización.



www.tc.gov.do

ISBN: 978-9945-643-77-0



9 789945 643770