



EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

Un estudio desde el ordenamiento jurídico español

EDUARDO MELERO ALONSO



Dykinson, S.L.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

UN ESTUDIO
DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

EDUARDO MELERO ALONSO

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL**

**UN ESTUDIO
DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Dykinson, S.L.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación «Nuevos avances en la legislación de transparencia en España: mejoras en la definición del marco regulatorio» (PID2021-124724NB-I00, I.P. Prof. Dra. Ana María de Marcos Fernández) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por la Unión Europea (FEDER).

También se ha beneficiado del proyecto N. 101086202 («Speak4Nature: Interdisciplinary Approaches on Ecological Justice»), HORIZON-MSCA-2021-SE-01, financiado por la Unión Europea. No obstante, las opiniones y puntos de vista expresados son exclusivamente los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea. Ni la UE ni la autoridad que concede la subvención pueden ser consideradas responsables de las mismas.



*Este ebook se encuentra registrado bajo licencia Creative Commons.
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)
La utilización parcial de sus elementos
deberá de regirse bajo la licencia que se especifica en esta página*

© Copyright by
Eduardo Melero Alonso
Madrid, 2025

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7006-315-3
Depósito Legal: M-11141-2025
DOI: <https://doi.org/10.14679/4145>

ISBN electrónico: 979-13-7006-380-1

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión:
Copias Centro

*A mi hija Violeta,
para que siga trabajando por alcanzar sus sueños,
porque también serán los míos*

Índice

Abreviaturas	13
Agradecimientos.....	17
Capítulo 1. Una metodología para el estudio jurídico de la globalización neoliberal	19
1. Un análisis jurídico-político de la globalización neoliberal.....	19
2. La globalización: niveles y asimetrías	21
3. Los sujetos de la globalización neoliberal. En especial, el soberano supraestatal difuso	23
4. La regulación del espacio global de la globalización neoliberal	29
5. Excurso: sobre la relevancia jurídica de las normas sociales aprobadas por sujetos privados	31
5.1. <i>Los estándares internacionales.....</i>	31
5.2. <i>Los indicadores globales.....</i>	35
6. El neoliberalismo jurídico	37
6.1. <i>La importancia del derecho para el neoliberalismo.....</i>	38
6.2. <i>El neoliberalismo no supone una ruptura total con el modelo de Estado social.....</i>	40
6.3. <i>Características básicas del Estado neoliberal.....</i>	42
7. Organización del libro.....	47

Capítulo 2. La influencia de la globalización neoliberal en el derecho administrativo español	49
1. Cambios en la intervención del Estado y la Administración en la economía: el Estado comercial abierto español.....	49
1.1. <i>La apertura de la economía española al mercado global de productos y servicios</i>	<i>50</i>
1.2. <i>Del Estado prestador de servicios públicos al Estado garante.....</i>	<i>57</i>
1.3. <i>Empresas públicas españolas que actúan en el mercado global.....</i>	<i>62</i>
1.4. <i>La gestión de los sectores más importantes de la economía por Administraciones independientes.....</i>	<i>66</i>
1.5. <i>La desregulación de la intervención administrativa en el control de las actividades económicas: la sustitución de la autorización administrativa por la comunicación y la declaración responsable.....</i>	<i>71</i>
2. Unas Administraciones públicas constreñidas por la prohibición de déficit presupuestario	78
3. La orientación hacia el <i>workfare</i> de la prestación por desempleo y otras prestaciones económicas para situaciones de necesidad	84
3.1. <i>Prestación por desempleo y «compromiso de actividad».....</i>	<i>85</i>
3.2. <i>Renta Mínima de Inserción de la CAM e Ingreso Vital Mínimo estatal</i>	<i>87</i>
4. Un derecho administrativo ambiental limitado	91
5. Un Estado con fronteras porosas y cerrado a la inmigración irregular	97
6. La apertura del Estado español a la globalización armada	106
Capítulo 3. La dimensión jurídica supranacional de la globalización neoliberal: europeización del derecho administrativo y derecho administrativo global	123
1. La europeización del derecho administrativo	124
1.1. <i>Integración en la Unión Europea y pluralización del ordenamiento jurídico español.....</i>	<i>124</i>
1.2. <i>La europeización del derecho administrativo</i>	<i>126</i>
1.3. <i>Normas de la UE con efectos extraterritoriales.....</i>	<i>127</i>
2. Sectores relevantes del derecho de la Unión Europea	132
2.1. <i>La construcción jurídica del mercado interior.....</i>	<i>132</i>
2.2. <i>La protección del medio ambiente.....</i>	<i>136</i>

Índice

2.3.	<i>El control de las fronteras de la Unión y la lucha contra la inmigración irregular</i>	147
2.3.1.	Control de las fronteras exteriores: el Acuerdo de Schengen.....	148
2.3.2.	La Agencia Europea de Guardia de Fronteras y Costas (Frontex)	150
2.3.3.	La Directiva de retorno	152
2.4.	<i>La vía jurídica de la Unión Europea para incorporarse a la globalización armada: la política común de seguridad y defensa</i>	154
2.4.1.	La Agencia Europea de Defensa.....	157
2.4.2.	Cooperación Estructurada Permanente (PESCO)	158
2.4.3.	El Fondo Europeo de Defensa.....	160
2.4.4.	El mercado europeo de defensa	162
2.5.	<i>La reforma de las normas fiscales de la UE (gobernanza económica y fiscal)</i>	163
3.	El derecho administrativo global	166
4.	La autorregulación regulada. En especial la autorregulación normativa	176
5.	Mecanismos internacionales de control de la actuación de los poderes públicos. En especial el arbitraje internacional de inversiones	187
5.1.	<i>Los acuerdos de protección de inversiones de antigua generación y el arbitraje de inversiones</i>	189
5.2.	<i>Los acuerdos de libre comercio de nueva generación y la protección de inversiones</i>	200
5.3.	<i>El arbitraje de inversiones dentro de la UE</i>	204
	Conclusiones y cuestiones abiertas	209
1.	La importancia del derecho en la globalización neoliberal	209
2.	La globalización neoliberal como construcción asimétrica	212
3.	Elementos para definir la existencia de un paradigma neoliberal de derecho	214
4.	Sobre la vigencia del neoliberalismo y el marco jurídico de la globalización neoliberal	217
	Bibliografía citada	221

Abreviaturas

AED	Agencia Europea de Defensa
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
BCE	Banco Central Europeo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CETA	Acuerdo Económico y Comercial Global, entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se resuelve la solución de diferencias de la OMC
FJ	fundamento jurídico
GATT	Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles
GATS	Acuerdo sobre el Comercio de Servicios
LABE	Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Abreviaturas

LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LIMV	Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital
LODN	Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LRMI	Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
pág.	Página
PCSD	Política común de seguridad y defensa
PESCO	Cooperación estructurada permanente
RIA	Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial)
RGPD	Reglamento general de protección de datos [Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE]
RRMI	Decreto 126/2014, de 20 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de la Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Abreviaturas

TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

Agradecimientos

Este libro tiene su origen en mi trabajo «El derecho administrativo español en el campo de poder globalizado», que fue publicado en *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, libro coordinado por José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO y publicado en 2021. Le agradezco a José Antonio que me propusiera participar, obligándome así a estudiar en profundidad un tema que desde hace años me ha interesado.

En dicho trabajo, no analicé la dimensión neoliberal de la globalización, siendo consciente de que era necesario si quería ofrecer un examen completo del tema. Durante la preparación de una oposición a profesor titular tuve tiempo para estudiar la bibliografía básica sobre neoliberalismo y plantearme su influencia en el derecho de la globalización.

El marco general de análisis que utilizo en el libro está muy influido por las posiciones de dos filósofos del derecho españoles: Juan Ramón CAPELLA y José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO. En cierto sentido, me siento discípulo de ambos, algo que puede extrañar al lector o lectora, ya que yo soy “un pobre” administrativista. He intentado trasladar el análisis jurídico-político de la globalización neoliberal que ambos han realizado al estudio del derecho positivo, de las normas que configuran la dimensión jurídica de la globalización neoliberal. Soy deudor de su concepción de lo jurídico, en

Agradecimientos

la que el derecho no se entiende como un sistema autorreferencial sino estrechamente vinculado con la política y con el Estado. Reconozco que he sido poco crítico con sus planteamientos, lo que pone de manifiesto que no soy un buen discípulo. Juan Ramón CAPELLA falleció en enero de 2024; valga este libro como mi no-homenaje a su pensamiento, ya que a él no le gustaban esas cosas.

Andrea Macía, José Luis López, Maribel Mondéjar, Mavi Espín, Mario Maraver y Rosa Fernández me ofrecieron su amistad y apoyo en un momento duro de mi carrera académica y de mi vida. Quiero terminar dándole las gracias, especialmente, a Ana de Marcos, a Blanca Rodríguez-Chaves y a Javier Bermúdez. En unas circunstancias muy difíciles, decidieron hacer lo que consideraron correcto sin importarles las consecuencias negativas que pudieran sufrir por ello. Muchas gracias por enseñarme que siempre se puede apostar por la propia dignidad. Por último, mi familia, Gemma y Violeta, han sido un apoyo constante durante los años que he tardado en escribir este libro. No sé cómo agradecerles haber soportado al viejo gruñón en el que me he convertido durante la fase final de su redacción.

Capítulo 1

Una metodología para el estudio jurídico de la globalización neoliberal

1. Un análisis jurídico-político de la globalización neoliberal

En este trabajo se analizan las transformaciones jurídicas que ha producido la globalización neoliberal en el derecho público español, especialmente en el derecho administrativo. Los fenómenos jurídicos han servido como instrumento para promover políticas globalizadoras neoliberales. Algo similar ha sucedido con los Estados. No sólo han sufrido una pérdida de poder, sino que también han sido agentes de la globalización neoliberal y de la correspondiente disminución de poder que ha implicado.

En este libro se propone una cartografía de las transformaciones más importantes que ha sufrido nuestro derecho público debido a la globalización neoliberal. Estas transformaciones han sido el resultado de una larga evolución que ha durado más de cuarenta años y que puede sintetizarse como «el proceso de transición del Estado de bienestar a la globalización neoliberal»¹.

¹ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 9.

El punto de partida metodológico es que el estudio del derecho debe incluir el análisis del Estado y de la política². No parto de una comprensión de la globalización como un fenómeno neutro, sino que es un proceso con una profunda dimensión política, marcada por el neoliberalismo³.

El análisis se sitúa, fundamentalmente, en el plano de la “política jurídica”⁴. Desde esta perspectiva y mediante un análisis de tipo jurídico-político se quiere destacar el importante papel que ha jugado y juega el derecho en la globalización neoliberal. Identificando los instrumentos jurídicos concretos en los que ha incidido en ella y/o que la han favorecido.

Además, también se otorgará cierta relevancia a la dimensión simbólica del derecho. Lo jurídico no sólo produce efectos “materiales”, como instrumento de dirección del comportamiento de las personas⁵. Las nor-

² José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2007, 236, ha afirmado que «El derecho, no puede, pues, estudiarse autónomamente de la política y del Estado». En idéntico sentido se pronuncia Juan Ramón CAPELLA para quien «no es posible estudiar el derecho como cosa separada del estado y de la política. Muchos juristas consideran el derecho como un ente cerrado en sí mismo. No es mi caso. Ciertamente, el derecho trata de construirse como cerrado, mediante reglas de heterointegración. Pero eso no le hace inmune al estado ni, en el fondo, a la política. A fin de cuentas el derecho trata del reparto de las cargas sociales, de los deberes, y como ese reparto es desigual hay un combate más o menos permanente por reajustar los desequilibrios»; Manuel ATIENZA: 2016, 431.

³ Boaventura de SOUSA SANTOS distingue entre la globalización dominante o hegemónica (la globalización capitalista neoliberal) y la globalización contrahegemónica; Boaventura de SOUSA SANTOS: 2005, 238 y 281-284. Para este autor, la globalización hegemónica no es un proceso espontáneo o automático sino el resultado de decisiones políticas adoptadas por los Estados (pág. 260). Sobre la distinción entre globalización hegemónica y globalización contrahegemónica puede verse también Boaventura de SOUSA SANTOS: 2009, 22 y 550-551; donde afirma que la globalización contrahegemónica tiene como principal objetivo la lucha contra la exclusión social (pág. 566).

⁴ En otro lugar he argumentado que no considero válidas las dicotomías que emplea la dogmática jurídica, con las que pretende evitar que los argumentos políticos se introduzcan en el análisis jurídico (aplicación del derecho frente a política jurídica, *lege lata* frente a *lege ferenda*, pensar dogmático en contraposición al pensar investigador). Porque, en mi opinión, existe una extensa zona intermedia entre cada uno de los términos de tales contraposiciones, Eduardo MELERO ALONSO: 2003, 246-249.

⁵ Tradicionalmente, se ha concebido el derecho como un «instrumento de control social» que establece reglas de comportamiento y pretende reducir e incluso, en la medida de lo posible, erradicar los comportamientos desviados de lo que establecen las normas jurídicas. Así, Giuseppe LIMIA: 1973, 15-23. Entre la doctrina más reciente se prefiere hacer referencia al derecho como «instrumento de dirección»; Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: 2003, 27-31.

mas también despliegan efectos simbólicos, al legitimar las decisiones de los poderes, sean éstos públicos o privados, y la conformación vigente del orden social⁶. Y lo mismo puede decirse de las doctrinas y los conceptos jurídicos⁷. Las construcciones doctrinales también pueden cumplir una función simbólica, legitimadora del derecho, de la actividad de las autoridades públicas y de la actuación de los sujetos privados⁸.

2. La globalización: niveles y asimetrías

La globalización supone que muchas actividades sociales se realizan en un ámbito planetario. Esto significa que, para desarrollar estas actividades, se ponen en relación personas o cosas dispersas por distintas partes del mundo. En otras épocas históricas han existido actividades sociales mundializadas, como el comercio de esclavos, materias primas y manufacturas que se llevó a cabo tras la conquista del Nuevo Mundo, comercio que puso en relación a personas y cosas de Europa, África y América⁹. Lo novedoso de la globalización es que las distintas actividades se pueden coordinar de forma simultánea en todo el planeta gracias a las nuevas tecnologías de información y comunicación¹⁰.

⁶ En este sentido, Pierre BOURDIEU: 2000, 213, señala el efecto de universalización propio del derecho como uno de los mecanismos a través de los cuales se contribuye a otorgar legitimidad a un orden social o, en su propia terminología, se ejerce la dominación simbólica. En Pierre BOURDIEU: 2003, 3-5, señala la importancia que tiene el «respeto por lo universal» en el campo jurídico. A través de la universalización, el derecho se legitima a sí mismo y el respeto por lo universal despliega importantes efectos sociales (en la página 5 afirma que el respeto por lo universal es «una fuerza social extraordinaria»). Sobre el poder cultural o simbólico puede verse también, Juan Ramón CAPELLA: 2008, 26-28.

⁷ Sobre la función legitimadora que pueden tener los conceptos jurídicos en el derecho público, Silvia Díez SASTRE: 2018, 148.

⁸ En relación con uno de los elementos analizados en este trabajo, el derecho administrativo global, la doctrina ha planteado la relevancia del problema de la legitimación del poder que ejercen las organizaciones globales, así Benedict KINGSBURY, Megan DONALDSON y Rodrigo VALLEJO: 2016, 693. También le otorga un importante papel a la cuestión de la legitimación Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 45-50.

⁹ Manfred B. STEGER: 2023, 15, señala la expansión del ser humano en los cinco continentes del planeta hace 12.000 años como la fase más antigua de la globalización, un proceso que comenzó hace más de un millón de años.

¹⁰ Sobre este párrafo, José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 15-23. José Eduardo FARÍA: 2001, 49-50, también considera que la globalización no es un fenómeno nuevo;

Se mundializan las relaciones sociales de producción, consumo e inversión. Por decirlo con otras palabras, se globaliza la dimensión física de la realidad. Y también, gracias a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, ha surgido una dimensión virtual, el ciberespacio, que es un ámbito de carácter global¹¹.

La incidencia de la globalización se produce en distintos niveles. Saskia SASSEN ha señalado que «lo global [...] trasciende el marco exclusivo del Estado-nación y al mismo tiempo habita parcialmente los territorios y las instituciones nacionales»¹². Esta autora distingue dos dinámicas en la globalización¹³. Por una parte, «la formación de procesos y de instituciones explícitamente globales», entre los que menciona a la Organización Mundial de Comercio o a los mercados financieros internacionales. Por otra parte, señala «los procesos que no pertenecen necesariamente a la escala global y que, sin embargo, forman parte de la globalización»; estos procesos se llevan a cabo en ámbitos nacionales o subnacionales. Dentro

para este autor lo novedoso se encuentra en la «superación de las restricciones de espacio por la minimización de la limitación de tiempo», el incremento de interacciones transnacionales y el inmenso volumen de movimientos transnacionales de capital, en especial del financiero (págs. 50-51).

¹¹ Esto no impide que se puedan o, al menos, se intenten imponer limitaciones territoriales a determinados aspectos de ese espacio virtual mundializado. Por ejemplo, las sanciones impuestas por la Unión Europea a determinados medios de comunicación prorrusos tras la invasión de Ucrania en 2022. Se ha prohibido la difusión de contenidos de estos medios o contribuir a la difusión de esos contenidos por cualesquiera medios, incluido cable, satélite, IP-TV, proveedores de servicio de internet y plataformas o aplicaciones de intercambio de videos en internet. Véase el artículo 4 *octies* de la Decisión 2014/512/PESC del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (los medios de comunicación afectados se recogen en el anexo IX).

¹² Saskia SASSEN: 2007, 11. En un trabajo posterior, mantiene la misma idea al afirmar que «no se puede comprender el significado de la globalización si limitamos su estudio a las características de los procesos e instituciones manifiestamente globales» (Saskia SASSEN: 2013, 507). Esta autora es seguida por Jean Bernard AUBY: 2012, 46; quien plantea que la globalización es un fenómeno multinivel. Desde una perspectiva similar, Sabino CASSESE: 2014, 376, considera que «Sería un error creer que el Derecho Administrativo global sólo se compone de la esfera (o nivel) de normas y organismos superiores a los Estados. La esfera global interacciona con la esfera (o el nivel) inferior, influye en ella, o la deja libre, aunque en casos puntuales establezca imposiciones específicas». Manfred B. STEGER: 2023, 3, también plantea que hay procesos de la globalización que operan a nivel transnacional mientras otros actúan en un ámbito regional, nacional o local.

¹³ Saskia SASSEN: 2007, 14-15.

de este segundo ámbito hace referencia al hecho de que los tribunales nacionales utilizan normas jurídicas internacionales para resolver asuntos que antes juzgaban únicamente con base en normas estatales.

La globalización neoliberal no es sólo un fenómeno de carácter económico, sino que incide en diferentes tipos de actividades sociales: en los mercados, en los servicios sociales, en el medio ambiente, en los movimientos migratorios o en la defensa y la seguridad. Estos son los ámbitos materiales que se analizan en este libro debido a su importancia.

En estos diferentes ámbitos no se ha alcanzado el mismo grado de globalización. Ello es resultado de las prioridades que se han marcado los distintos sujetos que intervienen en este proceso. Quizá una de las virtudes de este trabajo sea poner de manifiesto las asimetrías jurídicas a que ha dado lugar el modelo de globalización que se ha impuesto, un modelo de carácter neoliberal.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la influencia de la globalización en el derecho es un proceso abierto¹⁴. En este sentido, se ha señalado que la mundialización económica no ha acabado y podría revertirse, al menos en parte¹⁵. En marzo de 2025, cuando estoy terminando de redactar este libro, parece que el devenir del mundo y de la historia se está acelerando. Creo que las bases de los posibles cambios en el ámbito jurídico ya están definidas y, en parte, han sido analizadas en este trabajo.

3. Los sujetos de la globalización neoliberal. En especial, el soberano supraestatal difuso

La globalización neoliberal no ha dado lugar al surgimiento de un Estado mundial. Ha causado una fragmentación y descentralización del poder¹⁶. Sí han emergido poderes globales capaces de cuestionar o, al menos, de influir en el poder estatal, afectando a su autonomía y soberanía¹⁷.

¹⁴ Jean Bertrand AUBY: 2012, 33, afirma que «estamos en presencia de procesos más que de estados, de un sistema en gestación más que de un sistema ya instalado».

¹⁵ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021a, 72.

¹⁶ José Eduardo FARIA: 2001, 9.

¹⁷ Oriol MIR PUIGPELAT: 2004, 37-38, considera que la crisis de la soberanía estatal es la consecuencia más importante que ha tenido la globalización económica en el derecho público y en el derecho administrativo; crisis que se produce por la pérdida de poder estatal en favor de las empresas transnacionales y las organizaciones internacionales.

Juan Ramón CAPELLA considera que esta nueva situación ha dado origen al surgimiento de un «soberano supraestatal difuso»¹⁸. El poder de este nuevo soberano no está concentrado en una única entidad, sino que es ejercido por una constelación de sujetos públicos, privados e internacionales¹⁹. Se trata, por tanto, de un poder «policéntrico»²⁰. El soberano supraestatal difuso ejerce un poder que despliega efectos de naturaleza pública o política, ya que determina las políticas estatales. No se trata de un poder totalmente independiente, sino que actúa de manera interdependiente con los Estados, formando un campo de poder. Según CAPELLA, este soberano es una alianza difusa entre el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y conglomerados financieros; los organismos convencionales interestatales como el G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la OCDE; y su instrumento militar, formado por el ejército norteamericano y sus alianzas militares.

El soberano supraestatal difuso actúa a través de instituciones públicas estatales, organizaciones internacionales y un conjunto de administraciones y entidades internacionales globales. Dentro de las organizaciones internacionales hay una tendencia a otorgar prioridad a aquellas organizaciones excluyentes o de voto ponderado (como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o el G8) frente a las organizaciones internacionales más universalistas e igualitarias (ONU, UNESCO)²¹.

En mi opinión también forman parte del soberano supraestatal difuso las denominadas administraciones globales²². Existe un amplio conjunto

¹⁸ Sobre el soberano supraestatal difuso: Juan Ramón CAPELLA: 2008, 307-315.

¹⁹ En mi opinión, la misma idea que se intenta poner de manifiesto con la noción de soberano supraestatal difuso, es decir, el surgimiento de poderes de carácter supraestatal, se encuentra en el concepto «ciudadano corporativo» propuesto por Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 83 y ss. El ciudadano corporativo está formado por el conjunto de entidades privadas que ejercen «una función normativa *de facto* de relevancia jurídico-pública» y desarrollan su actividad en un ámbito supraterritorial (pág. 89); funciones que ejercen, por lo general, en su propio interés (pág. 91). Este autor incluye dentro de las organizaciones privadas a las no estatales, como el Comité de Basilea (pág. 85) y también parece asimilar las normas surgidas de organizaciones internacionales a las normas dictadas por entidades privadas (pág. 87). De manera que dentro del ciudadano corporativo se incluyen entidades que tienen un marcado carácter público, aunque no sea estatal.

²⁰ Juan Ramón CAPELLA: 2007, 169.

²¹ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 92.

²² Apartado 3 del capítulo 3.

de entidades internacionales y administraciones globales de carácter público, privado o híbrido que actúan de forma descentralizada. Son las entidades que desarrollan el denominado derecho administrativo global y que ejercen funciones reguladoras, adoptando decisiones con valor jurídico e incluso resolviendo conflictos. Algunos de estos conflictos son de tipo jurídico, como sucede con el arbitraje internacional de inversiones.

Dentro de las administraciones globales se incluyen las redes reguladoras transnacionales, que han sido definidas como «modelos de relaciones regulares deliberadas entre unidades gubernamentales equivalentes que trabajan de manera transfronteriza entre distintos países»²³. Estas redes son transgubernamentales ya que en ellas participa personal especializado de los Estados que integran la red. Se ha estimado que existen unas ciento cuarenta redes reguladoras transnacionales. Entre ellas se encuentran la Red Internacional de Competencia (ICN), la Red Internacional para la Aplicación y el Cumplimiento Ambiental (INECE), el Consejo Internacional para la Armonización de Requisitos Técnicos para Productos Farmacéuticos de Uso Humano (ICH), el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS), la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) y el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB).

Una de las características destacadas de estas redes es su informalidad: normalmente no se establecen por medio de un tratado internacional, sino que se basan en acuerdos voluntarios. Por lo general, las normas que aprueban no son jurídicamente vinculantes, son instrumentos de *soft law* cuyo cumplimiento es voluntario. Es habitual, sin embargo, que estos acuerdos que no son jurídicamente vinculantes se traspongan en normas jurídicamente vinculantes. Así, el Reglamento (CE) 1060/2009, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia respeta el Código de Conducta para Agencias de Calificación Crediticia aprobado por la IOSCO. Estas redes plantean problemas de legitimidad por la ausencia de mecanismos de control de su actividad y por la falta de representatividad de sus miembros, ya que están integradas por autoridades de los países que integran el norte global²⁴.

²³ Maurizia DE BELLIS: 2020, 159.

²⁴ Sobre este párrafo, Maurizia DE BELLIS: 2020, sobre la informalidad de estas redes (págs. 166-167), sobre el carácter no vinculante de las normas que aprueban (págs. 170-171) y sobre los problemas de legitimidad de estas redes (págs. 172-183).

También existen redes transnacionales de entidades privadas como la Organización Internacional de Normalización, la Comisión Electrotécnica Internacional o el Programa de Reconocimiento de la Certificación Forestal. Estas redes de entidades privadas aprueban normas que no tienen carácter jurídico. A pesar de ello, estas normas, denominadas estándares internacionales, regulan múltiples aspectos de la vida social, especialmente en el ámbito económico²⁵.

En cuanto a las empresas transnacionales, su influencia y poder se ejercen tanto de forma individual como colectivamente. El mercado mundial ha dado lugar al aumento del tamaño de las empresas, lo que les permite desarrollar economías de escala y ser más competitivas²⁶. Debido al poder económico que han acumulado, hay empresas transnacionales que tienen capacidad para condicionar las decisiones estatales²⁷. Pueden amenazar a los gobiernos con deslocalizar parte de su producción o con marcharse por completo de un país. Lo que están en condiciones de hacer por las nuevas formas de organización que han adoptado, como la empresa en red²⁸, y por la utilización de las denominadas cadenas globales de valor²⁹.

²⁵ Véase el siguiente apartado de este capítulo.

²⁶ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 33. Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ: 2020, 134, considera que las empresas multinacionales son «actores políticos de la mayor relevancia, con acreditada capacidad para orientar el curso de las negociaciones internacionales en aquellos ámbitos que puedan afectar a sus intereses».

²⁷ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 93.

²⁸ Para José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 37, la empresa red es la unidad operativa propia de la economía global.

²⁹ Las cadenas globales de valor son el modo de organización de la producción predominante de las empresas transnacionales. La mitad del comercio mundial está relacionada con estas cadenas globales; BANCO MUNDIAL: 2020, 19.

Las empresas transnacionales fraccionan la producción en diferentes fases: investigación, diseño, tareas de ingeniería, obtención de materias primas, fabricación de componentes, ensamblaje y empaquetado del producto final, distribución comercial y servicio posventa. En las cadenas globales de valor las distintas fases del producto se encargan a un conjunto de empresas que se encuentran situadas en diferentes continentes del mundo. Podríamos pensar en un teléfono móvil o en los automóviles. O en una bicicleta eléctrica ensamblada en Vietnam. Esta bicicleta consta de componentes producidos en ocho países diferentes de distintos continentes: Alemania, China, Indonesia, Italia, Japón, Reino Unido, República Checa y Taiwán; BANCO MUNDIAL: 2020, 120.

Las distintas tareas que componen la producción pueden ser realizadas por filiales de una misma empresa o por empresas independientes. En cualquier caso, una empresa matriz dirige y coordina todo el proceso de producción; esta empresa concentra las tareas que

Su capacidad de deslocalizarse también se ve facilitada por el marco jurídico de la globalización neoliberal, que favorece la libre circulación de bienes, servicios y capitales. La capacidad de influencia y el poder de las empresas transnacionales se multiplica cuando se agrupan en asociaciones. A través de prácticas como el *lobby*, las puertas giratorias o la creación o financiación de *think-tanks* influyen directamente en la elaboración de políticas públicas³⁰.

El capital financiero ha adquirido una creciente importancia desde la crisis del petróleo de 1973³¹. En la globalización neoliberal se ha convertido en un agente político más³². En este trabajo se destacan algunos de los instrumentos jurídicos que otorgan prioridad a los intereses del capital financiero.

La globalización neoliberal ha implicado una pérdida de soberanía y de autonomía estatal. La «pérdida de *soberanía* estatal» es de carácter jurídico, se produce cuando los Estados ceden sus competencias a otras entidades, como las organizaciones internacionales. La «pérdida de *autonomía* estatal» es de carácter fáctico, se manifiesta cuando el Estado ve reducido su margen de maniobra para tomar decisiones, aunque mantenga formalmente la titularidad de sus competencias³³. Esta pérdida de poder estatal no significa que los Estados se conviertan en actores irrelevantes. El Estado

producen más beneficios. El amplio desarrollo de estas cadenas globales de valor ha sido posible gracias a la revolución informática y a los avances en transporte y comunicaciones. Un elemento fundamental para el desarrollo de estas cadenas globales es la existencia de un marco jurídico que ha promocionado la liberalización del comercio internacional de bienes. Una regulación que ha sido promovida por los Estados. La existencia de las cadenas globales de valor incentiva una competición hacia regulaciones medioambientales o laborales menos exigentes.

³⁰ En el ámbito europeo destaca la Mesa Redonda Europea de Industriales (*European Roundtable of Industrialists*) que influyó en la construcción del mercado único, en el Acta Única Europea, en el Tratado de Maastricht y en la Ronda Uruguay del GATT. Véase el capítulo «Escribir el guión: la Mesa Redonda Europea de Industriales», en BALANYÁ, Belén, DOHERTY, Ann, HOEDEMAN, Olivier, MA'ANIT, Adam y WESSELIUS, Erik: 2002, 45-67.

³¹ Fritz BARTEL: 2024, 64 y 87.

³² Fritz BARTEL: 2024, 551, analiza cómo los tenedores del capital mundial «jugaron un papel crucial en el desenlace de la Guerra fría», junto con los gobiernos, las instituciones internacionales y las poblaciones de los países del bloque oriental.

³³ Tomo los conceptos de pérdida de soberanía estatal y pérdida de autonomía estatal de José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2013, 8.

ha jugado y sigue desempeñando un importante papel en la globalización neoliberal, porque las decisiones del soberano supraestatal difuso han de ser instrumentadas por los poderes estatales–permeables subalternos³⁴.

Según CAPELLA, los tres polos que integran el soberano supraestatal difuso actúan «coherentemente»³⁵. Las entidades que integran el soberano supraestatal difuso no tienen porqué actuar de forma coordinada³⁶.

En mi opinión, hay que destacar el papel del derecho (estatal, internacional y global) como instrumento de configuración del campo de poder global y de coordinación de la actuación de los agentes que intervienen en él y que conforman el soberano supraestatal difuso. Hay instrumentos jurídicos que claramente sirven para armonizar la regulación de los Estados y para coordinar mínimamente su actuación a nivel global. Por ejemplo, el derecho de la Unión Europea o los distintos tratados que integran la Organización Mundial del Comercio. En cuanto a los sujetos privados o semiprivados que forman parte del soberano supraestatal difuso, adecúan su actuación a la regulación internacional y nacional que más les favorece. Como sucede con los acuerdos internacionales de protección de inversiones o con los acuerdos de la OMC que son condición de la existencia de las cadenas globales de valor. Si pueden, buscan proteger sus intereses con

³⁴ Juan Ramón CAPELLA: 2008, 309. En un sentido similar, aunque desde una perspectiva de análisis diferente, Saskia SASSEN: 2013, 254, considera que «la capacidad administrativa representada por el Estado nacional continúa siendo esencial para la instauración de la nueva lógica organizadora de la era global». Por su parte, Jean Bernard AUBY: 2012, 150-151, señala que el Estado sigue siendo el principal responsable de la constitución jurídica de la sociedad y del mercado; su papel es esencial en la regulación de la economía global, entre otras razones porque garantiza la seguridad jurídica. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: 2006, 22, también considera que los Estados son «los poderes conformadores más importantes» en las relaciones internacionales de ámbito mundial.

³⁵ Juan Ramón CAPELLA: 2008, 309.

³⁶ En este sentido, Quinn SLOBODIAN: 2023, 17, afirma que «En este libro se cuenta la historia de lo que yo llamo el “capitalismo de la fragmentación”. El lector verá aquí una descripción del mundo que se ha creado durante los últimos cuarenta años a partir de una serie de iniciativas no coordinadas de unos actores privados que no buscan más que su lucro y su seguridad económica particulares, pero también, *al mismo tiempo*, un relato de lo que no deja de ser una ideología premeditada. La de capitalismo de la fragmentación es una etiqueta referida tanto a la forma en que funciona el mundo como a la manera en que unas personas concretas aspiran a seguir cambiándolo. Es una alusión a un mundo cada vez más interconectado y cada vez más fracturado» (cursiva original).

sus propias regulaciones sectoriales: a través de la nueva *lex mercatoria* o de determinados elementos del derecho administrativo global.

Por todo lo mencionado en este apartado, a mi juicio, la noción del soberano supraestatal difuso muestra su potencialidad como concepto jurídico analítico que permite explicar el origen, causa y funcionamiento de muchas de las transformaciones que ha sufrido el derecho administrativo español debido a la globalización neoliberal³⁷.

4. La regulación del espacio global de la globalización neoliberal

Al no existir un Estado mundial, la regulación jurídica del ámbito específicamente global de la globalización neoliberal es el resultado de elementos heterogéneos: tratados internacionales vinculantes, acuerdos internacionales no vinculantes, instrumentos de *soft law* adoptados por instancias internacionales o nacionales, normas jurídicas estatales y normas sociales emanadas de sujetos privados, como los estándares internacionales. Estos elementos heterogéneos se combinan de distinta manera en cada sector de actividad.

Dentro de las normas dictadas por sujetos privados destacan la denominada nueva *lex mercatoria* y el derecho administrativo global. Este último se trata posteriormente³⁸. Dentro del derecho administrativo global hay que incluir los instrumentos de *soft law* que aprueban las redes reguladoras transnacionales, los estándares internacionales que acuerdan redes de entidades privadas, los indicadores globales y las normas que se adoptan en el ámbito de la autorregulación regulada entidades privadas, como los códigos de conducta.

La nueva *lex mercatoria* está formada por los principios generales del derecho, en especial la buena fe, las costumbres del mundo de los negocios internacionales y los contratos elaborados por grandes firmas de abogados que trabajan para las compañías transnacionales. Contratos entendidos desde la cultura jurídica anglosajona, para la cual son documentos con pretensión de exhaustividad que intentan prever en su clausulado todas las contingencias que puedan originarse durante la relación

³⁷ Sobre la función analítica y explicativa de los conceptos jurídicos, Silvia Díez SASTRE: 2018, 146.

³⁸ Apartado 3 del capítulo 3.

contractual. El arbitraje es el mecanismo de solución de conflictos fundamental de este tipo de derecho. Los laudos arbitrales se ejecutan, en principio, voluntariamente. Teniendo en cuenta que los Estados garantizan en última instancia su cumplimiento, como establece el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958³⁹. Esta nueva *lex mercatoria* es el resultado de la libertad que tienen las partes para determinar qué derecho se va a aplicar a los contratos internacionales e, incluso, para establecer libremente el contenido de dicho derecho a través de los denominados «contratos sin ley»⁴⁰.

José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO considera que la nueva *lex mercatoria* es «un auténtico derecho “paralelo” al creado por los estados, con sus propias fuentes y sus propios mecanismos de aplicación y sanción»; es un fenómeno de pluralismo jurídico, llegando a afirmar que la nueva *lex mercatoria* es «la expresión más extrema de la privatización jurídica acaecida en la globalización neoliberal»⁴¹.

Este autor califica como «fetichización» la consideración de la nueva *lex mercatoria* como un sistema jurídico privado que regula los contratos internacionales. Porque de esta forma se silencia que son las partes las que establecen el derecho que rige los contratos internacionales y que son los agentes más poderosos los que consiguen hacer prevalecer sus intereses a través de esta forma de regulación⁴².

³⁹ Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE de 11 de julio de 1977). Según José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 82, la mayoría de ratificaciones de este convenio se realizaron en los años ochenta del siglo XX.

⁴⁰ Sobre la nueva *lex mercatoria*, José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 79-87.

⁴¹ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 132.

⁴² José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 81. En la página 84 resume así su postura: «Aquí consideramos que hablar de la *lex mercatoria* como un nuevo sistema jurídico constituye una manera de fetichizar un proceso de privatización de la regulación contractual que atribuye la facultad normativa a los agentes más poderosos en el campo de los negocios internacionales. Por razones de comodidad hemos sustantivado el fenómeno y hablamos de la nueva *lex mercatoria* para analizar más fácilmente las discusiones doctrinales que se han desarrollado a propósito de la misma. Pero es necesario tener siempre presente qué es lo que realmente se esconde tras esta expresión».

5. Excurso: sobre la relevancia jurídica de las normas sociales aprobadas por sujetos privados

5.1. *Los estándares internacionales*

La globalización neoliberal ha dado lugar a un aumento de las normas creadas por sujetos privados. Destacan los estándares internacionales o normas técnicas. Por ejemplo, los estándares internacionales aprobados por la Organización Internacional de Normalización (ISO según sus siglas en inglés). ISO es una asociación que tiene reconocida personalidad jurídica con base en el Código Civil suizo⁴³. Forman parte de ISO organismos nacionales de normalización de 172 países⁴⁴; por lo que se ha calificado a ISO como una «red de organismos nacionales de normalización»⁴⁵. Esta organización ha aprobado más de veinticinco mil estándares internacionales⁴⁶, conocidos como normas ISO⁴⁷. Los sectores en los que se aprueban estos estándares abarcan la salud; la gestión y los servicios; la seguridad y los riesgos; el transporte; la energía; y la sostenibilidad ambiental. Uno de estos estándares más conocidos es la familia de normas ISO 9000 sobre gestión de la calidad⁴⁸.

También se pueden mencionar los estándares internacionales en el ámbito de la electricidad, la electrónica y las tecnologías de la información aprobados por la Comisión Electrotécnica Internacional (IEC según sus siglas en inglés). La IEC una asociación sin ánimo de lucro y no gubernamental con personalidad jurídica reconocida de acuerdo con el Código

⁴³ Artículo 22.1 de los Estatutos de ISO (vigésima edición, 2022). El objeto de ISO es «promover el desarrollo de la normalización y las actividades relacionadas en el mundo, con miras a facilitar el intercambio internacional de bienes y servicios, mejorar la gestión de los procesos empresariales, apoyar la difusión de las mejores prácticas sociales y medioambientales y desarrollar la cooperación en los ámbitos de actividad intelectual, científica, tecnológica y económica» (artículo 2.1 Estatutos ISO).

⁴⁴ <https://www.iso.org/es/sobre/miembros> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁴⁵ Marc TARRÉS VIVES: 2015, 143.

⁴⁶ Los Estatutos de ISO califican a los estándares internacionales como uno de los tipos de documentos que elabora la organización (artículo 24.1.1).

⁴⁷ Sobre el procedimiento de elaboración de las normas ISO puede verse Martina CONTICELLI: 2020, 282-288.

⁴⁸ Las normas más importantes de esta familia son: la norma ISO 9000. Sistemas de gestión de calidad. Principios y vocabulario; la norma ISO 9001. Sistemas de gestión de la calidad. Requisitos; y la norma ISO 9004. Gestión para el éxito sostenido de una organización. Enfoque de gestión de calidad.

Civil suizo⁴⁹. Se integran en la IEC Comités Nacionales de ochenta y nueve países⁵⁰. La IEC ha publicado más de siete mil quinientos estándares internacionales⁵¹.

Otras entidades que aprueban estándares internacionales son la Unión Internacional de Telecomunicaciones o el Programa para el Reconocimiento de la Certificación Forestal. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU por sus siglas en inglés) es la agencia especializada de Naciones Unidas en materia de telecomunicaciones. Entre sus finalidades se encuentra facilitar «la normalización mundial de las telecomunicaciones con una calidad de servicio satisfactoria»⁵². Para ello, emite «recomendaciones» para la normalización de las telecomunicaciones a escala mundial⁵³. El Programa para el Reconocimiento de la Certificación Forestal (PEFC por sus siglas en inglés) es una asociación sin ánimo de lucro según el Código Civil suizo⁵⁴. Su objetivo principal es promover la gestión sostenible de los bosques⁵⁵. Para lo cual adoptan estándares internacionales; por ejemplo, el estándar «Gestión forestal sostenible, PEFC ST 1003».

⁴⁹ Artículo 1 de los Estatutos y reglamento interno de la CEI (edición de 2021). El objeto de la IEC es «promover la cooperación internacional en todos los asuntos de normalización y evaluación de la conformidad (AC) con los estándares en los campos de la electricidad, la electrónica, las tecnologías de la información y las tecnologías conexas, y fomentar así el entendimiento internacional. Este objetivo se consigue, entre otras cosas, proporcionando servicios dirigidos a las partes interesadas, incluidos procesos y herramientas para el desarrollo colaborativo de publicaciones como los Estándares Internacionales y los esquemas de AC, editando publicaciones, incluidos los Estándares Normas Internacionales, y ofreciendo servicios de AC» (artículo 2 de los Estatutos y reglamento interno de la CEI).

⁵⁰ <https://www.iec.ch/national-committees> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵¹ A 31 de diciembre de 2024 eran 7617. <https://www.iec.ch/understanding-standards> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵² Artículo 1.2.c) de la de la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, hechos en Ginebra el 22 de diciembre de 1992 (BOE de 29 de mayo de 1996).

⁵³ Artículo 17.1 de la de la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. En la página web de la ITU se califica a estas recomendaciones como estándares. Aunque no son vinculantes, suelen cumplirse por su alta calidad y porque garantizan la interconectividad de las redes y permiten prestar servicios de telecomunicaciones en todo el mundo. <https://www.itu.int/en/ITU-T/publications/Pages/default.aspx> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵⁴ Artículo 1 de los Estatutos de PEFC Internacional (versión de 15 de mayo de 2023).

⁵⁵ Artículo 2 de los Estatutos de PEFC Internacional.

Estas normas técnicas son, en principio, normas sociales, no normas jurídicas, porque las instituciones estatales no garantizan su cumplimiento⁵⁶. Eso significa, entre otras cosas, que su contenido no puede recurrirse judicialmente⁵⁷. Los agentes económicos asumen voluntariamente su cumplimiento, aceptando las normas técnicas través de medios convencionales. En ocasiones, el ordenamiento jurídico otorga relevancia jurídica a estas normas de origen privado. Ello sucede cuando las normas jurídicas se remiten al contenido de las normas privadas, reconociendo efectos jurídicos a dicha regulación⁵⁸. A pesar de que, con carácter general, no son normas jurídicas vinculantes, son seguidas por los agentes que intervienen en dichos sectores por las ventajas que aporta su cumplimiento; en especial, por consideraciones de carácter económico⁵⁹. El cumplimiento de las normas técnicas otorga «una presunción de adecuación al estado de la técnica» de los productos afectados, lo que servirá para obtener los certificados de conformidad que, en su caso, sean necesarios; gracias a ellos el cumplimiento de normas técnicas goza de «una autoridad de hecho asimilable a la autoridad de la norma de Derecho»⁶⁰.

Los análisis jurídicos formalistas no tienen en cuenta los estándares internacionales, porque no son normas jurídicas. Como mucho, reconocen el carácter jurídico de las normas técnicas en la medida en que su contenido se integra en normas jurídicas; por ejemplo, cuando se utilizan para

⁵⁶ En este sentido, Juan Ramón CAPELLA: 2008, 61, califica como normas de uso social «al conjunto de normas cuya fuerza para ordenar la vida comunitaria es fundamentalmente cultural y simbólica». Marc TARRÉS VIVES: 2015, 145, considera que las normas técnicas no son normas jurídicas porque no son aprobadas por los órganos estatales legitimados para ello. El cumplimiento de las normas jurídicas se impone a través de los instrumentos que prevé el ordenamiento jurídico; en relación con las normas jurídico-administrativas, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2021, 17-18.

⁵⁷ Cuestión que pone de manifiesto Benoit FRYDMAN: 2018, 111.

⁵⁸ Apartado 4 del capítulo 3.

⁵⁹ José ESTEVE PARDO: 2023, 60, afirma que «no son formalismos jurídicos los que habitualmente confieren a las normas privadas de origen contractual carácter vinculante. Es la propia sociedad, el mercado en muchos sectores, quien las dota de esa fuerza. No son consideraciones y condiciones de legitimidad en términos democráticos, sino la propia operativa del mercado la que presiona para disponer de normas unificadas que, de hecho, por ser normas únicas, acaban teniendo fuerza vinculante general» (en el párrafo anterior había mencionado la remisión como forma de integración de estas normas privadas en el ordenamiento jurídico, adquiriendo así fuerza vinculante).

⁶⁰ Marc TARRÉS VIVES: 2015, 144-145.

concretar un concepto jurídico indeterminado que se recoge en el supuesto de hecho de una norma jurídica⁶¹. Ello a pesar de la enorme relevancia que están adquiriendo como instrumento de regulación. Estas normas inciden en innumerables ámbitos de la vida social⁶². Hay un sector doctrinal que sí les presta atención, poniendo de manifiesto su fundamento en la autonomía de la voluntad e incluyendo su estudio dentro de la categoría de la autorregulación normativa⁶³. También se ha planteado que las normas supranacionales que emiten sujetos privados son el ejercicio de un poder normativo *de facto* que tiene relevancia jurídico-pública⁶⁴.

Los estándares internacionales se encuadran dentro de la autorregulación propia de las entidades privadas transnacionales. Estas normas sociales son diferentes a las normas que aprueban sujetos privados en el marco de la autorregulación regulada, normas cuya elaboración es promovida por normas jurídicas. Un ejemplo de este último tipo de normas son los códigos de conducta elaborados por sujetos privados⁶⁵. Los códigos de conducta se aprueban en el marco y ámbito que establecen las normas jurídicas y estas normas jurídicas atribuyen determinadas consecuencias jurídicas que benefician a los sujetos privados que aceptan someterse a un código de conducta. La naturaleza jurídica de estas normas es híbrida: se aprueban por una entidad privada y sus efectos jurídicos se desprenden del ordenamiento jurídico. En el caso de los estándares internacionales, por lo general, son normas elaboradas por sujetos privados y sus efectos se producen en el ámbito privado y/o económico.

Desde un análisis jurídico-político como el que pretendo realizar en este libro, considero que hay que destacar la importancia que las normas

⁶¹ José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2021, 163.

⁶² Benoît FRYDMAN: 2018, 111, afirma, de manera probablemente exagerada, que los estándares internacionales «interfieren en todos los aspectos de la vida humana y social, incluidos los que provienen de la deliberación política y de la reglamentación jurídica. No se limitan a las finanzas, a la compatibilidad y al comercio, a la informática y a la técnica [...], pues desde hace tiempo han invadido también la salud, la alimentación, el medio ambiente, el trabajo e incluso el bienestar».

⁶³ José ESTEVE PARDO: 2023, 58-59. Este autor critica la ignorancia de estas normas privadas en las exposiciones convencionales del sistema de fuentes del derecho (págs. 162-163). En sentido similar, aunque de forma más general, Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 55, afirma que «la realidad supranacional no puede ser captada desde la dogmática del Derecho público tradicional».

⁶⁴ Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 89 y 230.

⁶⁵ Apartado 4 del capítulo 3.

emitidas por sujetos privados han adquirido en la regulación de la vida social. Ello con independencia de que se considere que tienen carácter jurídico o no. Si tenemos en cuenta que el derecho es un instrumento de dirección del comportamiento de las personas, estas normas aprobadas por sujetos privados orientan el comportamiento de las personas físicas y jurídicas tanto o más que las normas jurídicas en sentido estricto. Los estándares internacionales se han convertido en uno de los instrumentos reguladores de la globalización neoliberal. Por ello deben ser objeto de atención⁶⁶. E incluirse dentro del estudio técnico jurídico de las nuevas formas de regulación en la globalización neoliberal.

5.2. *Los indicadores globales*

Otro instrumento regulador que se utiliza en el espacio global son los indicadores globales que se consideran «una herramienta central de la nueva gobernanza global», calificándolos como «objeto jurídico no identificado»⁶⁷. También se ha señalado la íntima conexión existente entre la ideología neoliberal y la utilización de los indicadores y la cuantificación⁶⁸.

Los indicadores se definen como «una recopilación de datos ordenados de acuerdo a un ranking al cual se le asigna un nombre, y que pretende representar el pasado o el rendimiento previsto de diferentes unidades. Estos datos se generan por medio de un proceso que simplifica la información numérica de un fenómeno social complejo. Los datos, en esta forma simplificada y procesada, son susceptibles de ser utilizados para comparar unidades particulares de análisis (por ejemplo, países, instituciones o corporaciones), en un momento específico o a través del tiempo, y de evaluar su desempeño en función de uno o más estándares»⁶⁹. Los indicadores

⁶⁶ En este sentido, Benoit FRYDMAN: 2018, 111-113. Este autor utiliza la metáfora de los «objetos jurídicos no identificados» para referirse a las nuevas formas reguladoras que ha producido la globalización; además de las normas técnicas internacionales (pág. 112), los indicadores globales, entre los que se encuentran las valoraciones de las agencias de calificación de riesgo o la clasificación de universidades de Shanghái, también entrarían en la categoría de los “ojnis” (págs. 47-53). Agradezco la referencia a Luis Lloredo Alix.

⁶⁷ Benoit FRYDMAN: 2018, 48.

⁶⁸ René URUEÑA: 2014, 564; aunque también afirma que no todos los indicadores son manifestación del neoliberalismo (págs. 568-569).

⁶⁹ Kevin E. DAVIS, Benedict KINGSBURY y Sally ENGLE MERRY: 2012, 73-74. Cito según la traducción recogida en Benedict KINGSBURY: 2014, 11.

pueden ser numéricos, recoger datos cualitativos o mezclar información cuantitativa y cualitativa.

Hay indicadores que son elaborados por organizaciones intergubernamentales globales y también por entidades privadas⁷⁰. Entre los primeros se encuentra el índice *Doing Business* del Banco Mundial, o el indicador de cobertura de vacunación de la OMS y UNICEF. Ejemplos de indicadores globales privados son el Índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, o el Indicador de Riesgo Político, elaborado por la entidad con ánimo de lucro *Political Risk Services*, este indicador está diseñado para que los inversionistas decidan dónde invertir y qué primas de riesgo cobrar. Dentro de los indicadores privados hay que destacar las valoraciones que llevan a cabo las agencias de calificación crediticia⁷¹. Agencias que se han convertido en «un regulador del mercado financiero global» y que inciden especialmente sobre la actividad de los deudores ya que necesitan obtener una buena calificación para poder acceder a los mercados financieros mundiales⁷².

En la práctica, los indicadores se utilizan como un instrumento con potencialidades para dirigir el comportamiento de los ciudadanos, de las empresas y de los Estados. En este sentido, se ha afirmado que «los indicadores se utilizan como normas prescriptivas del comportamiento, o se incorporan a conjuntos de ellas»; normalmente los indicadores articulan un estándar y, al mismo tiempo, lo aplican⁷³. Los indicadores también despliegan sus efectos en la toma de decisiones, su legitimidad se basa en su objetividad, ya que aparecen como eficientes, consistentes, transparentes, científicos e imparciales⁷⁴. Esta objetividad es, en parte, el efecto de ocultar las cuestiones ideológicas y/o políticas en las que se basa el indicador⁷⁵.

⁷⁰ Un somero análisis sobre cómo se producen los indicadores se encuentra en Kevin DAVIS y Benedict KINGSBURY: 2014, 490-491.

⁷¹ Estas agencias están reguladas, en parte, por el Reglamento (CE) 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia.

⁷² Benoit FRYDMAN: 2018, 52.

⁷³ Benedict KINGSBURY: 2014, 10 y 12.

⁷⁴ Kevin E. DAVIS, Benedict KINGSBURY y Sally ENGLE MERRY: 2012, 74 y 83-84.

⁷⁵ En este sentido, Kevin E. DAVIS, Benedict KINGSBURY y Sally ENGLE MERRY: 2012, 87, afirman que «Dado que los indicadores ocultan las afirmaciones teóricas sociopolíticas integradas en su construcción, su uso puede hacer que sea relativamente difícil cuestionar el uso de esas teorías en la gobernanza global». Así el índice *Doing Business* valoraba positivamente la regulación legal que facilitada el despido de trabajadores (págs. 90-91).

En ocasiones, las autoridades públicas utilizan los indicadores para fundamentar sus decisiones. Así, el Banco Mundial ha utilizado la puntuación en los indicadores de cobertura de inmunización de la OMS y UNICEF como objetivos que tienen que alcanzar los países que buscan préstamos para programas de salud pública⁷⁶.

En principio, los indicadores globales privados carecen de naturaleza jurídica. Sobre esta cuestión, plantean problemas similares a los estándares internacionales. No todos los indicadores gozan del mismo grado de influencia, aunque hay algunos que tienen mayor eficacia que decisiones jurídicas. En este sentido destacan las valoraciones de las agencias de calificación crediticia que influyen en las decisiones adoptadas por los Estados.

6. El neoliberalismo jurídico

Desde sus orígenes, el neoliberalismo es un proyecto con una orientación global⁷⁷. En su desarrollo histórico también consiguió convertirse en una política de ámbito global⁷⁸. El neoliberalismo ha orientado la construcción de la globalización.

⁷⁶ Kevin DAVIS y Benedict KINGSBURY: 2014, 513.

⁷⁷ Según Quinn SLOBODIAN: 2021, 48, el proyecto neoliberal estuvo preocupado desde el principio por los imperios, la descolonización y la economía mundial. Para este autor, la Escuela de Ginebra puede considerarse «un replanteamiento del ordoliberalismo a escala mundial» que podría denominarse como «ordoglobalismo» (pág. 31); y «El neoliberalismo surgió de proyectos de observación mundial, recopilación de estadísticas globales e investigaciones internacionales del ciclo económico. ¿Por qué los historiadores pasan por alto este hecho tantas veces?» (pág. 93).

Para Loïc WACQUANT: 2010, 430: «El neoliberalismo es un proyecto político transnacional destinado a reconstruir el nexo del mercado, del Estado y de la ciudadanía desde arriba»; quien es seguido en esta cuestión por Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 44. También Miguel Ángel LORENTE y Juan Ramón CAPELLA: 2009, 24, consideran que el neoliberalismo es «por esencia» internacional.

⁷⁸ Así, David HARVEY: 2013, analiza el desarrollo del neoliberalismo en EEUU, Reino Unido, México, Argentina, Corea del Sur, Suecia y China. Mientras que Manfred B. STEGER y Ravi K. ROY: 2015, estudian su avance en EEUU, Reino Unido, Japón, China, India, Chile, Argentina, México y Ghana.

6.1. *La importancia del derecho para el neoliberalismo*

El neoliberalismo no sólo tiene una dimensión ideológica, política y económica⁷⁹, sino que también puede analizarse como un «proyecto jurídico»⁸⁰. Desde una perspectiva histórica, Quinn SLOBODIAN ha enfatizado la importancia de la dimensión jurídica en el neoliberalismo. Según él, «las propuestas neoliberales no se centran de verdad en el mercado *per se*, sino en rediseñar los Estados, las leyes y demás instituciones con el fin de proteger el mercado»⁸¹. También se ha explicado el neoliberalismo como «un paradigma de políticas públicas», entendido como un conjunto de políticas y prácticas orientadas por una determinada comprensión de la sociedad y de su funcionamiento⁸².

Por tanto, el estudio jurídico del neoliberalismo nos puede permitir comprender la orientación de muchas de las transformaciones que ha experimentado el derecho público en los últimos cuarenta años. Habrá que analizar, por tanto, de qué forma ha influido el neoliberalismo en la creación del derecho administrativo y también si hay interpretaciones neoliberales del derecho existente⁸³.

⁷⁹ Desde una perspectiva foucaultiana, Javier ZAMORA GARCÍA: 2024, 76 y 276, plantea analizar el neoliberalismo desde cuatro puntos de vista: 1) como un colectivo de pensamiento integrado por personas; 2) como la doctrina que contribuyó a producir dicho colectivo; 3) como racionalidad, un tipo ideal de normatividad práctica elaborada a partir de los elementos comunes de la doctrina neoliberal; y 4) como gubernamentalidad, un conjunto de intervenciones sobre la sociedad cuyos efectos pueden ser comprendidos desde la racionalidad neoliberal.

⁸⁰ Honor BRABAZON: 2018, 2, quien plantea que para comprender adecuadamente el neoliberalismo hay que entender su impulso jurídico; teniendo en cuenta que el neoliberalismo no puede reducirse únicamente a un fenómeno jurídico (pág. 16).

⁸¹ Quinn SLOBODIAN: 2021, 23. También señala la importancia del derecho para los neoliberales en las páginas 94, 126, 134, 206, 216, 277 y 401. Para Pierre DARDOT, Haug GUÉGUEN, Christian LAVAL y Pierre SAUVÊTRE: 2024, 235 y 273, el neoliberalismo necesita un ordenamiento jurídico que garantice el buen funcionamiento de la economía de mercado. Estos autores van más allá al considerar que el derecho y las prácticas judiciales son un instrumento de la estrategia de guerra civil neoliberal.

⁸² Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 45 a 48.

⁸³ En este sentido, Honor BRABAZON: 2018, 6, considera que el neoliberalismo no sólo se ha desarrollado y expandido por medio de la aprobación de leyes, sino también a través de nuevas interpretaciones de las leyes preexistentes.

Sin embargo, para la doctrina jurídica administrativa española mayoritaria parece que no existe el neoliberalismo⁸⁴. En alguna ocasión se hace referencia al «Consenso de Washington», idea que funciona como una especie de eufemismo⁸⁵. El neoliberalismo sólo se menciona en escasísimos trabajos: Jose María BAÑO LEÓN considera que la declaración responsable responde a una «mentalidad económica neoliberal»⁸⁶; o el último trabajo de José ESTEVE PARDO⁸⁷. En estos estudios no se analiza en qué consiste el neoliberalismo, al contrario de lo que sucede en el libro de Gabriel MORENO FERNÁNDEZ: *Estabilidad presupuestaria y Constitución*⁸⁸. Pero, para la mayoría de la doctrina, neoliberalismo es una especie de palabra tabú. Parece como si el neoliberalismo no tuviera ninguna influencia en la creación y aplicación del derecho administrativo⁸⁹.

⁸⁴ Resulta llamativa la omisión del neoliberalismo en una obra que se propone analizar la evolución reciente del derecho público y que analiza la política legislativa de los últimos treinta años: José ESTEVE PARDO: 2013 (*La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*). La única vez que menciona el neoliberalismo es en la nota 15 de la página 125, para señalar que, según A. GARAPON la mayor parte de las transformaciones sociales son consecuencia del neoliberalismo. Tampoco menciona el neoliberalismo en su libro de 2015 *El Estado garante: idea y realidad*.

Otros trabajos relevantes que omiten cualquier referencia al neoliberalismo son Luciano PAREJO ALFONSO: 2012 («Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España»); o Luciano PAREJO ALFONSO: 2016 (*Estado y Derecho en procesos de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*), aunque cita a Wendy BROWN para referirse al «predominio de una racionalidad política neoliberal» (pág. 14), no vuelve a ser mencionado en su análisis posterior; FRANCISCO VELASCO CABALLERO: 2019 («Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo»). En el mismo «defecto» he incurrido yo mismo, véase Eduardo MELERO ALONSO: 2021.

⁸⁵ M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA: 2020, 253, menciona el «Consenso de Washington». También alude a este consenso, José Ignacio HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: 2020a, 44 y 45.

⁸⁶ José María BAÑO LEÓN: 2014, 43.

⁸⁷ José ESTEVE PARDO: 2023, 19, 21, 46, 96, 97, 99, 100, 115-116, 130, 137 y 144.

⁸⁸ Gabriel MORENO GONZÁLEZ: 2019 (*Estabilidad presupuestaria y Constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*) quien dedica el primer capítulo a analizar el neoliberalismo.

⁸⁹ Como afirma Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 36: «se ha señalado que, dado que la implantación de políticas neoliberales es uno de los sucesos políticos más importantes de nuestro tiempo, sería muy extraño que no hubiese tenido un impacto significativo en el castigo» (cita a Emma BELL: *Criminal justice and neoliberalism*, 2011, pág. 11).

Por rigor analítico, considero que debe plantearse una definición mínima del neoliberalismo o, al menos, de sus líneas básicas de desarrollo⁹⁰. Si no se define, aunque sea de una manera muy básica, se corre el riesgo de considerar que cualquier fenómeno jurídico novedoso puede ser consecuencia del neoliberalismo.

6.2. *El neoliberalismo no supone una ruptura total con el modelo de Estado social*

En mi opinión, las políticas neoliberales puestas en práctica no implican una ruptura absoluta con el Estado social. De hecho, considero que se aprovechan de algunas características de este modelo de Estado. Eso con independencia de que las doctrinas neoliberales, especialmente la Escuela de Ginebra, ya planteaban la importancia del intervencionismo estatal antes de que el Estado social fuera una realidad histórica⁹¹.

En el Estado social, se atribuye a los poderes públicos un papel de conformación social. Se produce una fuerte intervención administrativa con el fin de transformar la sociedad y esa intervención en la vida social se lleva a cabo de forma generalizada. Las doctrinas neoliberales también reconocen el papel intervencionista del Estado⁹². En el neoliberalismo realmente existente, el Estado también asume un papel de conformación social y lleva a cabo una intervención permanente en la actividad social, utilizando el derecho para ello⁹³. La orientación de las políticas es muy diferente en el

⁹⁰ Quinn SLOBODIAN: 2021, 16-17, también plantea la importancia de definir el neoliberalismo: «Ponerle una etiqueta al neoliberalismo nos ayuda a entenderlo como una corriente de pensamiento y un modelo de gobernanza entre muchos otros: como una forma o variedad de regulación en lugar de lo contrario». Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 36, señala «el problema de la falta de una definición clara, operativa y con base teórica del neoliberalismo».

⁹¹ Quinn SLOBODIAN: 2021, insiste en la importancia del intervencionismo estatal para el neoliberalismo (por ejemplo, en las págs. 33, 122, 277 y 405). Según SLOBODIAN, cuando surge el neoliberalismo en Europa, en los años treinta del siglo XX, era un proyecto más basado en políticas públicas y en el derecho que un proyecto económico (pág. 141).

⁹² Javier ZAMORA GARCÍA: 2024, 95-98.

⁹³ Por esta razón, considero que hay que relativizar la posición de Michel FOUCAULT, quien señaló que el neoliberalismo implica la transformación de la doctrina liberal tradicional, especialmente en relación con el *laissez-faire*, ya que el neoliberalismo plantea la

Estado social y en el Estado neoliberal. Por ejemplo, con la privatización de los servicios públicos o la orientación hacia el *workfare* de las prestaciones económicas por desempleo que se ha producido en el neoliberalismo.

La oposición entre Estado y sociedad propia del liberalismo desaparece en el Estado social, en el que se entiende que ambos se necesitan mutuamente para poder realizarse. En mi opinión, el Estado neoliberal no recupera la oposición entre Estado y sociedad propia de la visión liberal del mundo, sino que mantiene la interrelación existente entre ambos. Reformulándola desde la perspectiva de una nueva distribución de responsabilidades entre el Estado y la sociedad; idea que se ha convertido en un tópico en el ámbito jurídico⁹⁴.

Una cuestión muy relacionada con la intervención en la vida social es la preponderancia del Gobierno dentro de la estructura de los poderes del Estado. Esta preponderancia se desarrolló durante el Estado social y se sigue manteniendo en la época neoliberal. El Gobierno y la Administración son los únicos órganos estatales capaces de mantener una intervención permanente en la vida social.

Tampoco desaparece el ámbito de actuación social estatal con el neoliberalismo. Hay sectores nuevos a través de los que se amplía la intervención estatal, como la protección del medio ambiente. El ámbito de actuación estatal se convierte en un espacio privatizado o susceptible de

necesidad de llevar a cabo una intervención permanente en la economía y en la sociedad por parte del gobierno y el Estado; Michel FOUCAULT: 2016, 131-133 y 156-158.

En mi opinión, la intervención estatal generalizada no es una característica exclusiva del neoliberalismo. El Estado social y el capitalismo industrial exigieron una importante actuación estatal. La Primera y, sobre todo, la Segunda Guerra Mundial implicaron una enorme intervención estatal. Desde una perspectiva histórica, GERSTLE: 2022, 6, reconoce que en el siglo XIX ya existía un Estado fuerte en EEUU, y analiza la intervención pública desarrollada durante el *New Deal* (págs. 20-27).

Tampoco me parece adecuado señalar como característica peculiar del neoliberalismo que durante este período se han juridificado cada vez más áreas de la vida social, con una regulación más intensa, como hace HONOR BRABAZON: 2018, 6, quien plantea que el derecho es un elemento esencial del neoliberalismo. En el Estado social se juridificaron amplios sectores de la sociedad, debido al papel de conformación social y de redistribución del producto social que se le atribuyó al Estado.

⁹⁴ La obra de referencia en nuestra doctrina es: José ESTEVE PARDO: 2013 (*La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*).

privatización. Un ámbito de actuación que se desarrolla bajo la tutela de la Administración y se abre a la inversión privada.

Obviamente, también hay cambios importantes en el neoliberalismo frente al Estado social. En un plano más general, el neoliberalismo retoma del liberalismo la concepción individualista de la sociedad. La iniciativa pública en la economía propia del Estado social se ve reducida enormemente y sometida a límites jurídicos. Mientras que el Estado social desconfía de la autorregulación social por la desigualdad que provoca, el neoliberalismo supone la apertura y reconocimiento de ámbitos de autorregulación privada. Y, por último, se pone fin a la progresividad fiscal propia del Estado social. En el neoliberalismo se reducen drásticamente los impuestos a los sectores sociales más favorecidos, incrementándose el porcentaje impositivo que pagan las rentas del trabajo⁹⁵.

6.3. *Características básicas del Estado neoliberal*

David HARVEY emplea el término «Estado neoliberal», distinguiendo entre lo que implica el Estado neoliberal en la teoría y cómo se ha desarrollado en la práctica⁹⁶. Al igual que no existe un único modelo de neoliberalismo⁹⁷, el Estado neoliberal se ha plasmado en la realidad de diferentes formas. Hay quien habla metafóricamente de «neoliberalismo mutante»,

⁹⁵ Entre las medidas políticas adoptadas por el neoliberalismo se incluye «la drástica reducción de impuestos (sobre todo a los empresarios y trabajadores de ingresos elevados)», según Manfred B. STEGER y Ravi K. ROY: 2015, 34. David HARVEY: 2013, 32, califica como «espectacular» la rebaja de impuestos a las empresas y a las personas físicas durante el gobierno de Reagan, el tipo impositivo máximo para personas físicas pasó del 70 al 28 por 100. Sobre la disminución de los ingresos fiscales desde 1970 como porcentaje del PIB, Wolfgang STREECK: 2016, 69-76.

⁹⁶ David HARVEY: 2013, 73 y ss.

⁹⁷ Manfred B. STEGER y Ravi K. ROY: 2015, 13, prefieren utilizar la expresión «neoliberalismos»; para estos autores «el neoliberalismo se presenta en distintas versiones que han demostrado adaptarse muy bien a los distintos contextos sociales» (pág. 212).

Desde la perspectiva de la doctrina neoliberal también se manifiesta la existencia de grupos claramente diferenciados, algo que ha contribuido a poner de manifiesto el análisis de su historia intelectual. Así se pueden distinguir el ordoliberalismo alemán de Friburgo o Colonia, la Escuela de Chicago, la escuela de Ginebra, la escuela austríaca de von Mises o Hayek, o la teoría de la elección pública de Virginia. Véase JAVIER ZAMORA GARCÍA: 2024, 76-77.

para destacar las transformaciones que ha sufrido el neoliberalismo en la actualidad⁹⁸. A pesar de estos cambios, sí que pueden deducirse unas líneas generales que permiten delimitar el concepto de Estado neoliberal⁹⁹.

En mi opinión, no hay que concebir el Estado neoliberal como una estructura monolítica y carente de contradicciones. En este Estado es dominante la actuación que se rige por los principios neoliberales, pero esto no significa que no existan espacios de actividad orientados por criterios no neoliberales¹⁰⁰. Con carácter general, como parte del Estado social, se puede mencionar la protección del medio ambiente o la prestación de servicios sociales. Sin embargo, estos ámbitos de actuación estatal no están completamente libres de la lógica neoliberal. Así sucede con el mercado

⁹⁸ William CALLISON y Zachary MANFREDI: 2023, 12-16. Según estos autores, «a pesar de su variabilidad histórica y su inherente mutabilidad, el neoliberalismo es más que un mero “significante vacío”. Como teoría política y económica en evolución, como conjunto de técnicas gubernamentales y discursos entrelazados con la vida cotidiana, el neoliberalismo también conlleva un núcleo discernible de atributos. Y las perspectivas teóricas más luminosas sobre el neoliberalismo han tratado de captar esta mutabilidad sin dejar de ofrecer claridad analítica en cuanto a sus rasgos distintivos» (págs. 26-27).

⁹⁹ David HARVEY: 2013, 79.

¹⁰⁰ Para Erik OLIN WRIGHT: 2018, 199, el «Estado capitalista» puede contener elementos internamente contradictorios; el Estado capitalista es una estructura híbrida dentro de la cual las formas capitalistas son dominantes (sobre los híbridos, véanse las págs. 136 y ss.). Pierre BOURDIEU concebía el Estado como un «campo». Para este autor: «el Estado no es un bloque, es un campo. El campo administrativo, como sector particular del campo de poder, es un campo, es decir, un espacio estructurado según las oposiciones ligadas a formas de capital específicas, a intereses diferentes. Estos antagonismos, cuyo lugar es dicho espacio, tienen que ver con la división de las funciones organizativas asociadas a los diferentes cuerpos. La oposición entre ministerios recaudadores y ministerios gastadores o sociales forma parte de la sociología espontánea de la alta función pública; mientras existan ministerios sociales, habrá cierta forma de defensa social. Mientras haya un Ministerio de Educación, habrá una defensa de la educación que será en gran medida autónoma en relación con las características de quienes ocupan estas posiciones» (Pierre BOURDIEU: 2014, 36-37). En sentido metafórico, para poner de manifiesto la existencia de políticas estatales contradictorias, BOURDIEU distinguía entre la mano derecha y la mano izquierda del Estado, incluyendo dentro de esta última la actividad propia del Estado social (Pierre BOURDIEU: 1999, 12). En una línea similar, Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 52, plantea que «El neoliberalismo no se encuentra en ningún sitio en una forma total, de monopolio en la determinación de las políticas, sino que siempre se encuentra mezclado con otros paradigmas (el ejemplo más claro en buena parte de Europa es el keynesianismo, en España y en otros países hay que sumarle, al menos, los legados de las dictaduras)»; en la pág. 51 había afirmado que «el neoliberalismo no se encuentra nunca en su forma pura, sino que siempre se encuentra en estado de hibridación».

de derechos de emisión de gases de efecto invernadero de la UE¹⁰¹, o con la orientación hacia el *workfare* de la prestación por desempleo y las rentas mínimas de inserción y el ingreso mínimo vital¹⁰².

El poder estatal es importante para el proyecto neoliberal. Según David HARVEY, se ha producido «una reconfiguración radical de las instituciones y de las prácticas estatales»¹⁰³. Desde una perspectiva histórica, la transformación del Estado social en el Estado neoliberal se ha producido, en gran medida, a través del poder estatal. El neoliberalismo necesita un Estado fuerte, así como un mercado y unas instituciones jurídicas fuertes¹⁰⁴. En el mismo sentido, Christian LAVAL y Pierre DARDOT consideran que para la razón neoliberal «el mercado se presenta, no como algo naturalmente dado, sino como una realidad construida que requiere, en cuanto tal, la intervención activa del Estado, así como la instauración de un sistema de derecho específico»¹⁰⁵. Una de las funciones que le corresponde al derecho y al Estado en el neoliberalismo es garantizar el principio de «nacionalización de los riesgos y privatización de las ganancias»¹⁰⁶.

También se ha planteado que se ha producido una transformación de la acción pública, de manera que el Estado se somete a las reglas de la competencia y se rige por exigencias de eficacia similares a las propias de las empresas privadas¹⁰⁷. En este sentido, se ha señalado que la agenda neoliberal ha influido en la denominada Nueva Gestión Pública¹⁰⁸. La Nueva Gestión Pública (*New Public Management*) supone la implantación de nuevas formas de funcionamiento de los entes públicos, de manera

¹⁰¹ Apartado 2 del capítulo 3.

¹⁰² Apartado 3 del capítulo 2.

¹⁰³ David HARVEY: 2013, 88. Quinn SLOBODIAN: 2021, 23, también plantea que los neoliberales proponen «rediseñar los Estados, las leyes y demás instituciones con el fin de proteger el mercado».

¹⁰⁴ David HARVEY: 2013, 128. También señala la importancia de un Estado fuerte tanto para el pensamiento neoliberal como para la implementación de su política, Honor BRABAZON: 2018, 5.

¹⁰⁵ Christian LAVAL y Pierre DARDOT: 2015, 383.

¹⁰⁶ Christian LAVAL y Pierre DARDOT: 2015, 205. En el mismo sentido, Juan Ramón CAPELLA: 2008, 320, considera que «Se debe entender que hoy la función esencial del derecho del estado abierto es ante todo garantizar la apropiación privada de la innovación social y la socialización de las cargas privadas».

¹⁰⁷ Christian LAVAL y Pierre DARDOT: 2015, 275.

¹⁰⁸ Joan PRATS I CATALÀ: 2005, 57.

que se emplean métodos de gestión empresarial privada en el ámbito de la Administración pública. «La característica fundamental de la nueva gestión pública es que la definición de objetivos y la auditoría sustituyen a la racionalidad burocrática basada en imperativos condicionales y control jerárquico»¹⁰⁹. En el mismo sentido, se afirma que «La nueva gestión pública consiste en hacer de tal manera que los agentes públicos no actúen ya por la simple conformidad con las reglas burocráticas, sino que busquen maximizar los resultados y el respeto de las expectativas de los clientes»¹¹⁰. En España, la actuación de las Administraciones públicas se rige por los principios de «Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados» y de «Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos» [artículo 3.1, apartados h) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)]¹¹¹. La lógica de maximización de resultados sí está presente en las sociedades mercantiles públicas, especialmente en aquellas que han internacionalizado parte de sus actividades; al fin y al cabo, son empresas y, en el desarrollo de su actividad, se rigen principalmente por el derecho privado¹¹². Salvo estos ejemplos, no tengo tan claro que el conjunto de la actividad del Estado se guíe por los mismos principios que las empresas privadas. Para poder afirmarlo con rotundidad, habría que realizar un análisis completo del funcionamiento real de la Administración, algo que excede los objetivos de este libro.

Un aspecto relacionado con esta cuestión sería la orientación del derecho administrativo y de la Administración hacia los resultados. El derecho administrativo se orienta hacia la eficacia y a la obtención de resultados¹¹³.

¹⁰⁹ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2008, 38. Para Christian LAVAL y Pierre DARDOT: 2015, 305, la tendencia principal de la nueva gestión pública «ha consistido en imponer a las administraciones un nuevo modo de racionalización que obedece a las lógicas empresariales».

¹¹⁰ Christian LAVAL y Pierre DARDOT: 2015, 305.

¹¹¹ Las entidades que forman parte del sector público institucional estatal se encuentran sometidas a un control de eficacia y supervisión continua (artículo 85 LRJSP). Forman parte del sector público institucional estatal: los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las agencias estatales, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas (artículo 84.1 LRJSP).

¹¹² Apartado 1.3 del capítulo 2.

¹¹³ Con carácter general, Eberhard SCHMIDT-ASSMAN: 2012, 43, afirma que «El Derecho, por definición, se orienta a la eficacia o efectividad de sus postulados, esto es, a

Incluso se ha señalado que la consecución de determinados resultados por parte de la Administración es un criterio de legitimación complementario al cumplimiento de la ley por parte de la Administración¹¹⁴. De hecho, existe alguna norma que orienta la actuación administrativa hacia la consecución de resultados. En este sentido, se puede mencionar el artículo 3.1.g) LRJSP. Este precepto establece el principio de «Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas». Otro mecanismo de introducción de lógicas de consecución de resultados es la financiación por objetivos de las universidades públicas [mencionada en el artículo 53.3.c) de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario]. Se trata de un mecanismo de financiación adicional de las universidades públicas en función del cumplimiento de los objetivos estratégicos fijados en la programación plurianual que establezcan las Comunidades Autónomas. Sin embargo, con carácter general, el derecho administrativo español no incentiva la Administración por resultados; incluso la dificulta en determinados ámbitos¹¹⁵. Parece, por tanto, que la orientación hacia los resultados del derecho administrativo y la Administración es más una premisa teórica que una realidad en nuestro ordenamiento jurídico.

El Estado neoliberal es, en gran medida, un Estado administrativo neoliberal. El Gobierno y la Administración son los órganos estatales que intervienen de una manera más activa en el ámbito económico y en la sociedad, porque disponen de mayores competencias y herramientas jurídicas para incidir en la vida social¹¹⁶.

Dentro del papel del Estado y del derecho en el neoliberalismo, también debe otorgarse importancia al aparato penal y al administrativo sanciona-

la obtención de los resultados y objetivos que busca. De ahí que la ciencia jurídica deba de preocuparse por su efectividad en la vida real». En el contexto del Estado garante, lo ha señalado José ESTEVE PARDO: 2015, 71.

¹¹⁴ FRANCISCO VELASCO CABALLERO: 2019, 119.

¹¹⁵ FRANCISCO VELASCO CABALLERO: 2019, 120-130.

¹¹⁶ Creo que hay que relativizar el papel de los jueces en el Estado neoliberal. El poder judicial carece de capacidad de iniciativa, actúa a instancia de parte. Por ello, me parece excesiva la relevancia que otorgan a los jueces tanto Michel FOUCAULT al analizar la racionalidad neoliberal, como Pierre BOURDIEU al delimitar el concepto de campo jurídico. Véase Michel FOUCAULT: 2016, 162 y 181-182, para ver la importancia que le otorgaba a la intervención judicial; y Pierre BOURDIEU: 2000, 171, 179, 186, 188 y 190-191, sobre la importancia que otorga al campo judicial, especialmente desde una perspectiva simbólica.

dor. Ambos han sido calificados como órganos centrales del Estado¹¹⁷. En el Estado neoliberal, los instrumentos de vigilancia y control se multiplican¹¹⁸. En mi opinión, también hay que tener en cuenta el poder militar como elemento del neoliberalismo. Este poder actúa como garantía de la libertad de los mercados y de la seguridad de los suministros de los recursos básicos¹¹⁹.

7. Organización del libro

El estudio del derecho de la globalización neoliberal en este libro parte de las diferentes dinámicas de la globalización definidas por Saskia SASSEN¹²⁰. El capítulo 2 se centra en la influencia que ha tenido en el ordenamiento jurídico español la globalización neoliberal. El capítulo 3 trata la dimensión específicamente global, al analizar el derecho de la Unión Europea y el denominado derecho administrativo global.

La regulación jurídica de estas dos dimensiones de la globalización neoliberal está muy interrelacionada. Por eso, a veces, la exposición de un tema mezcla elementos heterogéneos, incluyendo cuestiones del ordenamiento jurídico español, del derecho internacional o del derecho de la Unión Europea. Espero no haber incurrido en un homenaje involuntario a *Rayuela* de Julio CORTÁZAR. Por si acaso, he incluido un cuadro con la tipología de las normas propias del derecho administrativo global que puede utilizarse a modo de tablero de dirección.

¹¹⁷ En este sentido, Loïc WACQUANT: 2010, 428, poniendo el foco en el ámbito penal. Para este autor, el neoliberalismo «*implica la ampliación y exaltación del sector penal del campo burocrático*» (cursiva original, pág. 428; véase también la pág. 431).

¹¹⁸ David HARVEY: 2013, 87. Pierre DARDOT, Haud GUÉGUEN, Christian LAVAL y Pierre SAUVÊTRE: 2024, 17, señalan la utilización de la represión y la violencia por parte del neoliberalismo como parte de su «opción por la guerra civil»; una represión en la que el Estado juega un papel fundamental (pág. 28). Personalmente me parece exagerada la utilización que estos autores hacen de la idea de guerra civil en el libro citado. Se amplía tanto el concepto de guerra civil que abarca cualquier respuesta represiva a los movimientos sociales de protesta.

¹¹⁹ Apartado 6 del capítulo 2.

¹²⁰ Apartado 2 de este capítulo.

Capítulo 2

La influencia de la globalización neoliberal en el derecho administrativo español

En este capítulo se estudian, fundamentalmente, los efectos que ha tenido la globalización neoliberal en el derecho administrativo español. Se analiza así el ámbito nacional, entendiendo que los cambios que se han producido en el ordenamiento jurídico español forman parte de los procesos que integran la globalización neoliberal¹²¹.

Los sectores de actividad administrativa que se tienen en cuenta no se limitan a la intervención estatal en la economía. También incluyen la estabilidad presupuestaria, determinadas prestaciones sociales, el derecho ambiental, el derecho migratorio y la defensa y la seguridad nacional.

1. Cambios en la intervención del Estado y la Administración en la economía: el Estado comercial abierto español

En el ámbito económico se ha llevado a cabo una progresiva apertura del Estado a la economía globalizada, apertura que ha requerido y requiere-

¹²¹ Sobre cómo los procesos de ámbito nacional o subnacional forman parte de la globalización neoliberal, véase el apartado 2 del capítulo 1.

re una intensa intervención estatal¹²². Con una expresión muy gráfica, se ha utilizado la expresión «Estado comercial abierto» para referirse al papel que desempeña el Estado en la economía global¹²³. La estructura jurídica y política de este Estado abierto se encuentra en armonía con un mercado global, universal y abierto¹²⁴. Dentro de la intervención estatal realizada por medio del derecho administrativo destacan la privatización de empresas públicas –con la paralela regulación de servicios de interés general– y la desregulación de las autorizaciones administrativas para el establecimiento de actividades de servicios.

Como se pone de manifiesto en distintos apartados del presente trabajo, la apertura del Estado a la economía global no se limita a la privatización de empresas y servicios públicos y a la incorporación de los mercados nacionales al mercado global. La misma lógica del Estado comercial abierto está presente en otros ámbitos no estrictamente económicos: en la instauración de mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias como el arbitraje internacional para favorecer la inversión extranjera¹²⁵, en el establecimiento de vías preferentes de inmigración por razones de interés económico¹²⁶, o en la posibilidad de llevar a cabo operaciones militares en el exterior con la finalidad de garantizar la continuidad del suministro de recursos básicos¹²⁷.

1.1. La apertura de la economía española al mercado global de productos y servicios

El instrumento jurídico más importante que ha permitido la apertura de la economía española al mercado global de productos y servicios han sido los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio. La apertura al mercado mundial de capitales se ha realizado a través de la garantía de

¹²² Pedro MERCADO PACHECO: 2005, 135. Según Pedro MERCADO PACHECO, la globalización exige «la funcionalización de los instrumentos económicos, políticos y jurídicos del Estado a los imperativos de las estrategias de mundialización» (pág. 134).

¹²³ Sobre la apertura del Estado a la economía globalizada, Pedro MERCADO PACHECO: 1999, 140-150.

¹²⁴ Pedro MERCADO PACHECO: 2005, 135.

¹²⁵ Apartado 5 del capítulo 3.

¹²⁶ Apartado 5 de este capítulo.

¹²⁷ Apartado 6 de este capítulo.

la libre circulación de capitales en el derecho de la UE¹²⁸, reforzada por medio de los acuerdos internacionales de protección de inversiones¹²⁹.

En octubre de 1947 se firmó el Acuerdo General Sobre Comercio y Aranceles (conocido como GATT, por las siglas inglesas de *General Agreement on Tariffs and Trade*)¹³⁰. Durante su vigencia, se llevaron a cabo ocho rondas de negociaciones para reducir los aranceles. Como resultado de la última de estas negociaciones, la denominada “Ronda Uruguay”, se acordó la creación de la Organización Mundial de Comercio. Esta ronda ha sido calificada como «el proceso constituyente de la arquitectura jurídico-institucional que ha hecho posible la globalización económica»¹³¹. Los aspectos estructurales de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio muestran la influencia de las ideas del neoliberalismo de la Escuela de Ginebra¹³².

La Organización Mundial del Comercio (OMC) fue establecida el 1 de enero de 1995¹³³. La OMC ejerce un papel central en la consecución de los objetivos de la globalización neoliberal¹³⁴. Actualmente, forman parte de la OMC, 166 Estados, que representan más del 98 por ciento del comercio internacional¹³⁵. Además, hay otros veintitrés Estados que tienen la condición de observadores¹³⁶. La OMC es una organización internacional con personalidad jurídica propia (artículo VIII.1 Acuerdo OMC)¹³⁷. Cuenta con una estructura institucional propia, entre la que destaca el Sistema de

¹²⁸ Apartado 2 del capítulo 3.

¹²⁹ Apartado 5 del capítulo 3.

¹³⁰ Se aplicó provisionalmente a partir del 1 de enero de 1948, con base en un Protocolo de Aplicación Provisional, sin que entrara en vigor formalmente, Rosa María FERNÁNDEZ EGEA, Esther LÓPEZ BARRERO y Ana MANERO SALVADOR: 2009, 495.

¹³¹ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 73.

¹³² Quinn SLOBODIAN: 2021, 411.

¹³³ Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994 (BOE de 24 de enero de 1995).

¹³⁴ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, págs. 138-139, quien califica a la OMC como «guardián de la globalización» (pág. 139).

¹³⁵ https://www.wto.org/spanish/thewto_s/history_s/history_s.htm (última visita el 14 de marzo de 2025).

¹³⁶ https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm#observer (última visita el 14 de marzo de 2025).

¹³⁷ La OMC carece de competencias para crear un derecho derivado (como sucede en el caso de la UE); por lo que, si se quieren adoptar nuevas normas sobre comercio

Solución de Diferencias, para resolver los conflictos comerciales entre los Estados miembros.

Los acuerdos más importantes que forman parte de la OMC se refieren a la libre circulación de mercancías (el Acuerdo sobre Comercio y Aranceles Aduaneros o GATT, que pasa a denominarse GATT de 1994), al libre comercio de servicios (el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, AGCS o GATS) y la propiedad intelectual (el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC o TRIPS). Todos ellos tienen la consideración de acuerdos multilaterales. Estos acuerdos han sido calificados como un «exoesqueleto» que hace viable y protege la economía globalizada¹³⁸.

Ni los acuerdos que integran la OMC, ni los convenios de libre comercio o los acuerdos de protección de inversiones regulan los acuerdos contractuales internacionales. Tampoco establecen un instrumento global para la resolución de los conflictos entre las partes de esos contratos. Éste es el contexto en el que surge la nueva *lex mercatoria*.¹³⁹

La OMC está formada por una estructura compleja de acuerdos internacionales. La distinción más importante se produce entre los acuerdos comerciales multilaterales y los acuerdos comerciales plurilaterales.

Los acuerdos multilaterales obligan a todos los Estados miembros de la OMC. Para poder formar parte de la OMC, los Estados han de aceptar, en su totalidad, el conjunto de acuerdos comerciales multilaterales que integran la OMC (artículo XII del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio). Estos acuerdos forman una especie de «paquete único»¹⁴⁰. Mientras que no es obligatorio, para formar parte de la OMC, aceptar los acuerdos comerciales plurilaterales¹⁴¹. En mi

internacional, tendrán que aprobarse como acuerdos internacionales acordados por los Estados miembros; Xavier FERNÁNDEZ PONS: 2021, 199.

¹³⁸ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 73.

¹³⁹ Sobre este párrafo, José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 79-80.

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, India no estaba conforme con el acuerdo sobre propiedad intelectual, pero tuvo que aceptarlo para poder formar parte de la OMC; Xavier FERNÁNDEZ PONS: 2021, 199. Rosa María FERNÁNDEZ EGEA, Esther LÓPEZ BARRERO y Ana MANERO SALVADOR: 2009, 511, utilizan la expresión «*todo único*».

¹⁴¹ Rosa María FERNÁNDEZ EGEA, Esther LÓPEZ BARRERO y Ana MANERO SALVADOR: 2009, 513.

opinión, establecer la obligatoriedad de aceptar todos los acuerdos comerciales multilaterales es un mecanismo de marcado carácter disciplinario y favorecedor de la globalización económica, ya que si no se acepta el conjunto de dichos acuerdos el Estado en cuestión se queda fuera del mercado mundial de bienes y servicios.

Siguiendo la sistemática del Acuerdo de Marrakech, los acuerdos comerciales multilaterales son los siguientes. 1) Los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías [Anexo 1A]. En este bloque el acuerdo más relevante es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT)¹⁴². 2) El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios [Anexo 1B]. 3) El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio [Anexo 1C]. 4) El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias [Anexo 2]. Y 5) El Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales [Anexo 3].

En la actualidad sólo hay dos acuerdos plurilaterales en vigor (Anexo 4 del Acuerdo de Marrakech). El Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles, del que forman parte treinta y tres países¹⁴³. Su objetivo es promover el comercio de aeronaves civiles y sus componentes al eliminar los derechos de importación de estos productos. Y el Acuerdo sobre contratación pública que cuenta con veintiún partes, incluyendo a cuarenta y nueve países miembros de la OMC; hay treinta y cinco observadores; este acuerdo persigue la apertura de los mercados de contratación pública¹⁴⁴.

¹⁴² También se incluyen en este Anexo 1A, los siguientes acuerdos: el Acuerdo sobre la Agricultura; el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio; el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición; el Acuerdo sobre Normas de Origen; el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; el Acuerdo sobre Salvaguardias; y el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio.

¹⁴³ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/civair_s/civair_s.htm (última visita el 14 de marzo de 2025).

¹⁴⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm (última visita el 14 de marzo de 2025).

El GATT es el acuerdo más importante de la OMC, es el «núcleo duro del sistema»¹⁴⁵. El objetivo del GATT es alcanzar la liberalización del comercio internacional. Los Estados se comprometen a reducir sus aranceles aduaneros y a prohibir restricciones cuantitativas a la importación y exportación, con el fin de favorecer la circulación de bienes entre los países¹⁴⁶. Se establece como principio general que han de bajarse las tarifas aduaneras, pero no se determina en qué media concreta han de reducirse los aranceles¹⁴⁷. Los Estados pueden decidir «consolidar los derechos aduaneros» de ciertos productos, de manera que se comprometen a no aumentar los aranceles en el futuro.

Los aranceles aduaneros para los productos industriales eran del 40% en 1947¹⁴⁸. En la actualidad, los aranceles aduaneros para los productos industriales se sitúan en el 3,8% como promedio¹⁴⁹. Determinados productos de tecnologías de la información no se someten a aranceles; con base en el Acuerdo sobre Tecnología de la Información, adoptado por ochenta y tres países, lo que supone alrededor del 97% del comercio mundial de estos productos¹⁵⁰.

Las obligaciones jurídicas más relevantes recogidas en el GATT son: la norma de nación más favorecida, la regla de trato nacional, la imposibilidad de que los Estados establezcan restricciones y prohibiciones a la importación y exportación de mercancías, y la posibilidad de exceptuar la aplicación de las obligaciones del GATT para proteger determinados bienes de interés general. Estas obligaciones se orientan a la apertura de los mercados internacionales sin discriminaciones comerciales. Y también se encuentran recogidas en el GATS, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. De esta forma, tanto el GATT como el GATS establecen reglas que favorecen el comercio internacional de bienes y servicios.

¹⁴⁵ Ana MANERO SALVADOR, Esther LÓPEZ BARRERO y Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2009a, 534.

¹⁴⁶ Ana MANERO SALVADOR, Esther LÓPEZ BARRERO y Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2009a, 534.

¹⁴⁷ Ana MANERO SALVADOR, Esther LÓPEZ BARRERO y Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2009a, 539.

¹⁴⁸ Manuel DÍEZ DE VELASCO VALLEJO: 2013, 759.

¹⁴⁹ https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm2_s.htm (última visita el 14 de marzo de 2025).

¹⁵⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/inftec_s/inftec_s.htm (última visita el 14 de marzo de 2025).

- [1] La cláusula de nación más favorecida implica que, si un Estado otorga una ventaja o un privilegio al producto de otro país, automáticamente se extiende esa ventaja a todo producto similar de los demás países miembros de la OMC (artículo I.1 GATT; artículo II GATS).
- [2] Según la regla del trato nacional, no se puede establecer a los bienes importados de otros Estados miembros unos requisitos más exigentes que los previstos para bienes similares de producción interna (artículo III GATT; artículo XVII GATS). De esta forma se pretende evitar regulaciones que protejan la producción nacional.
- [3] Salvo los derechos de aduana y los impuestos, los Estados miembros no pueden aplicar restricciones y prohibiciones a la importación y exportación de mercancías (artículo XI GATT; se prevén algunas excepciones en el apartado 2). Con esta norma se busca que no existan obstáculos de acceso a los mercados internacionales.
- [4] El artículo XX permite exceptuar la aplicación de las obligaciones comerciales contenidas en el GATT para proteger determinados bienes de interés general (una regulación similar se contiene en el artículo XIV GATS). El artículo XX GATT recoge una lista cerrada. Por ejemplo, se hace referencia a la protección de la moral pública, la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, o la conservación de los recursos naturales agotables. Estas restricciones se pueden imponer con la condición de que también se apliquen restricciones a la producción o al consumo nacionales. Con base en este artículo XX se ha reconocido a los Estados parte del GATT el derecho a establecer sus propias políticas ambientales y de salud. Sin embargo, se ha señalado que los requisitos que recoge el artículo XX son tan severos que impiden en la práctica justificar una restricción al libre comercio por razones medioambientales¹⁵¹.
- [5] El artículo XIX GATT recoge una cláusula de escape, aplicable en situaciones de emergencia, por la que se permiten restriccio-

¹⁵¹ Ana MANERO SALVADOR, Esther LÓPEZ BARRERO y Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2009b, 602.

nes al comercio internacional con carácter temporal¹⁵². En caso de que las importaciones de un producto causen o amenacen con causar un daño grave a los productores nacionales¹⁵³.

El sistema de solución de controversias de la OMC se regula en el anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, denominado «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (ESD). El sistema de solución de diferencias de la OMC puede aplicarse cuando surge una controversia comercial entre dos o más Estados miembros sobre los acuerdos mencionados en el Apéndice 1 (artículo 1.1 ESD)¹⁵⁴. La finalidad de este sistema es «aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio» (artículo 3.2 ESD).

Las controversias se intentan resolver por medio de tres etapas sucesivas¹⁵⁵. En primer lugar, se realizan consultas entre las partes que intentan llegar a una solución negociada (artículo 4 ESD). Si no hay acuerdo, el Estado reclamante puede solicitar que se establezca un «grupo especial» (artículos 4.2 y 6 ESD). Estos grupos, formados normalmente por tres personas, determinan si se han incumplido los acuerdos de la OMC a través de un informe motivado (artículos 7, 8 y 11 ESD). Este informe puede ser recurrido por las partes ante el Órgano de Apelación de la OMC (artículo 17 ESD). Para que los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación sean vinculantes han de ser aprobados por el Órgano de Solución de Diferencias¹⁵⁶.

¹⁵² El artículo XII GATS permite establecer restricciones al comercio de servicios en caso de existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos.

¹⁵³ Ana MANERO SALVADOR, Esther LÓPEZ BARRERO y Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2009a, 541.

¹⁵⁴ Según el apéndice 1, los acuerdos que abarca el Entendimiento son: A) el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio; B) los Acuerdos Comerciales Multilaterales incluidos en: el Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, el Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios; el Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. También se incluyen los Acuerdos Comerciales Plurilaterales del Anexo 4, siempre que los Estados adopten una decisión en la que establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo.

¹⁵⁵ Arancha GONZÁLEZ LAYA: 2010, 18-19.

¹⁵⁶ Se aplica la regla del consenso negativo, según la cual se entiende que se adopta una decisión por consenso cuando ningún Estado miembro se oponga formalmente a ella (véase la nota al artículo 2.4 ESD).

En principio, son los Estados los que deben cumplir las recomendaciones y resoluciones adoptadas (artículo 19 ESD), otorgándoles «un plazo prudencial» para ello (artículo 22.1 ESD). Si esto no sucede, el Estado que ha obtenido una resolución favorable puede solicitar al Órgano de Solución de Diferencias que le autorice a «suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados» (artículo 22.2 ESD). Estas medidas suelen consistir en la imposición de aranceles aduaneros más elevados de manera que se cause un daño al Estado infractor equivalente al que ha ocasionado con su incumplimiento¹⁵⁷.

El Sistema de Solución de Diferencias no establece la posibilidad de que la OMC imponga sanciones al Estado incumplidor, ni se prevén compensaciones a favor del Estado que ha sufrido un daño por el incumplimiento de los acuerdos de la OMC. El Estado que ha sido declarado incumplidor debe ejecutar voluntariamente las recomendaciones que se le formulan. Sólo en último caso, el Estado al que se le ha dado la razón en el procedimiento puede imponer las sanciones él mismo al Estado incumplidor, una vez obtenga la autorización del Órgano de Solución de Diferencias.

1.2. Del Estado prestador de servicios públicos al Estado garante

Durante la mayor parte del siglo XX, la intervención del Estado en la economía implicaba que éste se reservaba los principales servicios económicos. Esta reserva podía concretarse en que el Estado también gestionaba directamente el servicio, prestándolo con sus propios medios a través de empresas públicas. Aunque también era posible que la prestación se atribuyese a empresas privadas por medio de una concesión, en la que la Administración determinaba las condiciones en que debía prestarse el servicio. En cualquier caso, la reserva de servicios públicos al Estado suponía que éstos se prestaban al margen del mercado.

En las dos últimas décadas del siglo XX se produjo un «cambio radical de modelo» de intervención del Estado en la economía; muchas empresas públicas fueron privatizadas y muchos sectores económicos se libera-

¹⁵⁷ XAVIER FERNÁNDEZ PONS: 2021, 201.

lizaron, abriéndose a la libre competencia¹⁵⁸. Entre las empresas públicas privatizadas destacan la Sociedad Española de Automóviles de Turismo (SEAT), Endesa, Repsol, Telefónica, Gas Natural, Enagas, Tabacalera, Iberia y Argentaria¹⁵⁹. La liberalización afectó a los sectores de la energía, las telecomunicaciones, el audiovisual, los servicios postales, el transporte aéreo y por ferrocarril, ... De esta forma, el Estado creó un nuevo mercado sobre lo que anteriormente eran actividades reservadas al sector público, posibilitando la expansión del capitalismo a estos ámbitos y la inversión extranjera directa¹⁶⁰. La privatización de empresas privadas y la liberalización de servicios públicos forman parte de la apertura del Estado a la economía globalizada neoliberal¹⁶¹.

La apertura a la economía globalizada todavía puede ir más allá, si se privatizan los servicios públicos que todavía son prestados directamente por la Administración o parte de ellos: sanidad, educación, servicios sociales y otros servicios como el abastecimiento de agua¹⁶².

Conviene destacar que el derecho administrativo español incentiva que sujetos privados asuman un papel protagonista en la prestación de servicios públicos¹⁶³. Ello se consigue por distintas vías.

En primer lugar, la Administración puede subvencionar actividades privadas de interés general. Basta con que se trate de proyectos o actividades que tengan por objeto «el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública» [artículo 2.1.c)

¹⁵⁸ Santiago MUÑOZ MACHADO: 2009, 17-18.

¹⁵⁹ Estas privatizaciones fueron impulsadas por las políticas de apertura de mercados de la Unión Europea; Santiago MUÑOZ MACHADO: 2009, 45.

¹⁶⁰ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 29.

¹⁶¹ En contra de lo que se plantea en el texto, Jean Bernard AUBY: 2012, 146, considera que las políticas de privatización no se deben en lo esencial a la globalización.

¹⁶² En la Comunidad de Madrid se constituyó una sociedad mercantil, Canal de Isabel II Gestión S.A. a la que se atribuyó la gestión de los servicios de distribución de agua y de alcantarillado a través de convenios firmados entre la Comunidad, los Ayuntamientos y Canal de Isabel II. La Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid estableció la posibilidad de enajenar hasta un máximo del 49% del capital de la sociedad Canal de Isabel II Gestión S.A. a operadores económicos y ciudadanos. El capital social de esta sociedad es de 1.074.032.000 euros. Todavía no se ha llevado a cabo la enajenación prevista. He analizado toda esta cuestión en Eduardo MELERO ALONSO: 2013.

¹⁶³ Sobre esta cuestión, FRANCISCO VELASCO CABALLERO: 2019, 135-137.

de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones]. La ley utiliza unos conceptos normativos indeterminados especialmente amplios para referirse a los proyectos y actividades susceptibles de subvención.

En segundo lugar, en aquellos servicios públicos que no se encuentran reservados a la Administración, es posible que se realicen actividades privadas bajo vigilancia administrativa. Así, en el ámbito de la educación superior se posibilita la creación de universidades privadas o centros universitarios privados. Universidades privadas que deben ser reconocidas por las autoridades públicas educativas (artículos 4.1, 95.3, 96 y disposición adicional octava de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario)¹⁶⁴.

Por último, la legislación de contratos administrativos prevé la gestión indirecta de los servicios públicos. A través de los contratos de concesión de servicios y de servicios (artículos 15 y 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). Gestión indirecta que también se puede llevar a cabo a través de los conciertos. Como los previstos en el ámbito de la educación (artículo 116 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).

La gestión indirecta de servicios públicos ha sido favorecida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Esta ley establece la preferencia de la gestión contractual de los servicios con sujetos privados, frente a la posibilidad de que su gestión se lleve a cabo mediante encomienda de gestión a través de convenios entre Administraciones públicas (artículos 11.1 y 47.1 LRJSP). Y también otorga prioridad a la gestión por contratos frente a la gestión directa de los servicios por medio de empresas públicas que tengan la consideración de medios propios; para poder llevar a cabo el servicio a través de un medio propio se requiere que ésta sea una opción más eficiente que la contratación pública [art. 86.1.a) LRJSP].

No está claro cuáles son los límites jurídicos a la privatización de ámbitos de actuación administrativa. El derecho administrativo español recoge el principio de que no puede atribuirse el ejercicio de autoridad pública a sujetos que se rigen por el derecho privado. Por ejemplo, cuando se es-

¹⁶⁴ Anteriormente en los artículos. 4.5, 12 y disposición adicional novena de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

tablece que los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos no pueden ser objeto del contrato de servicios (artículo 17 LCSP), o que las sociedades mercantiles estatales no pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública (artículo 113 LRJSP). Siguiendo una lógica similar, según el artículo 9.2 EBEP, «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos»¹⁶⁵. El principio de no atribución de ejercicio de autoridad pública a sujetos que se rigen por el derecho privado encuentra muchas excepciones en el derecho administrativo a través de leyes que atribuyen a sujetos privados la posibilidad de adoptar actos de autoridad, es decir, actuaciones vinculantes para los particulares¹⁶⁶. Uno de los supuestos más conocidos es el de la inspección técnica de vehículos, que puede ser llevada a cabo por entidades administrativas, a través de sociedades de economía mixta o por empresas privadas¹⁶⁷.

Doctrinalmente se ha señalado que nada impide que el legislador atribuya a sujetos privados el ejercicio de autoridad, incluyendo actuaciones relacionadas con el ejercicio del derecho administrativo sancionador¹⁶⁸. En este sentido, el artículo 107.4 de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunitat Valenciana parece reconocer la competencia de los operadores de transporte que no tengan el carácter de entidad pública para

¹⁶⁵ La Confederación Hidrográfica del Guadiana atribuyó a la empresa pública TRAGSATEC S.A., como medio propio instrumental de la Administración, la práctica totalidad de la tramitación de los procedimientos sancionadores, manteniéndose la firma de las propuestas y las resoluciones sancionadoras por los órganos competentes de la Confederación. La STS 2812/2020, de 14 de septiembre (número de recurso 5442/2019) consideró que dicha atribución era contraria al artículo 9.2 EBEP. Para el TS «la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes»; calificando esta atribución como «una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público» (FJ 2).

¹⁶⁶ Alfredo GALLEGO ANABITARTE: 2014, 325-328.

¹⁶⁷ Artículo 14.1 de la Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos. Las estaciones ITV han de estar acreditadas conforme a la norma UNE-EN ISO/IEC 17020 (artículo 14.3).

¹⁶⁸ Miguel LEÓN ACOSTA: 2023, 18-24.

instruir el procedimiento sancionador frente a los usuarios del servicio, sanción que sería impuesta por la Administración competente¹⁶⁹.

El proceso de privatización de empresas públicas y de liberalización de sectores económicos fue acompañado por un incremento de la regulación estatal sobre aquellas actividades que se consideraban servicios de interés general. La regulación pretende garantizar la prestación del servicio, con unas condiciones mínimas de calidad, así como el acceso a tales servicios para el conjunto de la ciudadanía, imponiendo determinadas obligaciones a las empresas que intervienen en dicho sector, las «obligaciones de servicio público». Estas obligaciones de servicio público se imponen a los prestadores privados de servicios como el suministro de energía, de telecomunicaciones, o servicios postales. Pueden referirse a la obligación de construir algunas infraestructuras, garantizar el suministro, establecer límites a las tarifas, garantizar el acceso al servicio a personas con discapacidad,...

La doctrina jurídica considera que se ha producido una transformación desde un Estado prestador de servicios a un Estado regulador, a un Estado garante¹⁷⁰. Presupuesto de este modelo es la privatización de medios y de funciones; muchas actividades que venían siendo realizadas por las Administraciones públicas han pasado a realizarse por el sector privado¹⁷¹. Según esta doctrina, el Estado tiene que garantizar que dicho sector cumple con las exigencias de interés general que establece el ordenamiento jurídico cuando se encarga de realizar prestaciones sociales, debiendo cumplir las obligaciones de servicio público que se le imponen. En última instancia, la doctrina del Estado garante pretende mantener los fines y objetivos del Estado social transformando sus medios e instrumentos, ya que se considera que el modelo de Estado social no es sostenible por el elevado coste económico que supone¹⁷².

Hay que destacar que la construcción dogmática del Estado garante se limita al ámbito de los servicios públicos y las actividades económicas¹⁷³.

¹⁶⁹ Miguel LEÓN ACOSTA: 2023, 12, 13 y 37.

¹⁷⁰ Oriol MIR PUIGPELAT: 2004, 112-115; José ESTEVE PARDO: 2015a (*El Estado garante: idea y realidad*).

¹⁷¹ José ESTEVE PARDO: 2013, 170.

¹⁷² José ESTEVE PARDO: 2015b, 14-15 y 19.

¹⁷³ ESTEVE PARDO, José: 2015a, 63, señala que el Estado garante no es un «modelo integral» que abarque toda la actividad del Estado, sino que se limita a un nuevo modo

Esta doctrina no se plantea el papel del Estado y la Administración pública para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. El Estado garante tampoco se extiende a la protección del medio ambiente¹⁷⁴.

Desde una perspectiva crítica, se ha señalado que «el Estado Garante conduce igualmente a una especie de presunción en favor de la privatización, en la medida que está partiendo de la ineficacia e ineficiencia, siempre y en todo caso, de las Administraciones públicas, frente a los agentes privados con ánimo de lucro»¹⁷⁵. En la práctica, lo que garantizaría este modelo de Estado son las «transferencias masivas del sector público al privado»¹⁷⁶. Desde esta perspectiva, la construcción jurídica del Estado garante no hace más que asegurar una de las funciones más importantes que le corresponde al Estado neoliberal¹⁷⁷. En mi opinión, la doctrina del Estado garante cumple además una función simbólica, al contribuir a legitimar las políticas privatizadoras y el acceso de las empresas a los mercados de los servicios públicos.

1.3. *Empresas públicas españolas que actúan en el mercado global*

La privatización neoliberal no ha eliminado por completo las empresas públicas. Las sociedades mercantiles estatales se regulan en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (artículos 166 a 182) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículos 111 a 117).

Algunas de estas empresas públicas ejercen sus actividades en el mercado global, convirtiéndose en empresas multinacionales. Según los estatutos

de actividad administrativa, la actividad garante o de garantía. A través de este tipo de actividad, el Estado se limita a garantizar que las empresas privadas se encargan de realizar prestaciones a favor de los ciudadanos.

¹⁷⁴ Carlos Alberto AMOEDO SOUTO: 2022, 61; quien plantea la necesidad de «convertir al Estado y su administración en garante de la solidaridad intergeneracional en el disfrute de los bienes de la naturaleza como bienes comunes».

¹⁷⁵ Juli PONCE SOLÉ: 2021, 11-12.

¹⁷⁶ Juli PONCE SOLÉ: 2021, 14.

¹⁷⁷ Como indica Juan Ramón CAPELLA: 2005, 76, «la principal función social del Estado contemporáneo consiste en organizar y garantizar la privatización de la innovación productiva»; este autor insiste en la necesidad de instrumentos políticos para organizar la privatización de la tecnociencia y el saber difuso.

sociales de la empresa pública estatal «SEPI Desarrollo Empresarial, S.A., S.M.E.»: «Todas las actividades que integran el objeto social mencionado podrán desarrollarse tanto en España como en el extranjero, pudiendo llevarse a cabo total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo» (artículo 2)¹⁷⁸. En el caso de TRAGSA, «Empresa de transformación agraria, S.A., S.M.E., M.P.», según el artículo 2 de sus Estatutos, «La sociedad TRAGSA podrá realizar actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional» (artículo 2)¹⁷⁹.

Un supuesto interesante es el de «Renfe Proyectos Internacionales S.M.E., S.A.». Según el artículo 2 de sus Estatutos, el objeto social de esta empresa incluye, entre otras actividades:

a) La búsqueda de negocios o proyectos en el extranjero vinculados a la prestación de servicios de transporte, tanto de viajeros como de mercancías, pudiendo incluir la planificación, consultoría, asesoría, formación, operación y explotación, el suministro y el mantenimiento de material rodante y de otros suministros, servicios o actividades complementarias o vinculadas al transporte, incluida la gestión de la infraestructura.

b) La concurrencia a concursos de franquicias o concesiones y Obligaciones de Servicio Público en el ámbito internacional.

c) La evaluación de las necesidades y, en su caso, la propuesta de planificación y diseño e implantación de nuevos negocios o proyectos internacionales vinculados con la prestación de servicios de movilidad, así como la ejecución de las inversiones en los mismos.

[...]

e) La tenencia, propiedad o gestión, obtenida por cualquier medio admitido en Derecho, de toda clase de acciones, obligaciones, participaciones sociales, efectos y valores, públicos y privados de empresas y sociedades cuya actividad sea los servicios de transporte y movilidad o complementaria a ella, de aquellas estructuras de negocio o proyectos desarrollados en el ámbito internacional con independencia del tipo, forma o clase de estructura mercantil, empresarial o societaria.

¹⁷⁸ Los Estatutos se pueden consultar en la página web [https://sepides.es/photos/ESTATUTOS20161216_200\[1\].pdf](https://sepides.es/photos/ESTATUTOS20161216_200[1].pdf) (última visita el 14 de marzo de 2025).

¹⁷⁹ Los Estatutos de TRAGSA, de diciembre de 2018, se encuentran disponibles en la web <https://www.tragsa.es/es/grupo-tragsa/quienes-somos/Documents/estatutos/estatutos-refundidos-tragsa.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

f) El asesoramiento en orden a la dirección y gestión de sociedades de la rama de servicio de movilidad, que estén situadas o presten sus servicios en el extranjero.

g) La prestación de servicios de asesoramiento de cualquier tipo a terceros y la elaboración de proyectos y estudios para el fomento de nuevas actividades, negocios o proyectos relacionados con el sector de la movilidad desarrollados en el ámbito internacional.

h) La actividad mercantil de promoción y asesoramiento preparatorio de los contratos relacionados con el sector de la movilidad, que se desarrollen en el ámbito internacional.

i) Representación, apoyo, preparación y coordinación de la participación del Grupo Renfe en las asociaciones y organizaciones internacionales de las que sea miembro.

j) Relaciones institucionales y de cooperación con otras organizaciones y compañías del sector ferroviario internacionales o de terceros países, constituyendo un canal de contacto e interlocución del Grupo.

k) Negociación de acuerdos de colaboración y memorandos de entendimiento no comerciales con otras empresas ferroviarias y entidades, así como los convenios de participación en hermanamientos a solicitud del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para su desarrollo en el ámbito internacional.

[...]»¹⁸⁰.

El 4 de febrero de 2025, el Consejo de Ministros autorizó la creación de una filial en Francia de la sociedad Renfe Proyectos Internacionales S.M.E. La filial, con sede en París, se denominará «Renfe France, Societé par Actions Simplifié» y se crea por «la necesidad de la empresa de contar con un vehículo con personalidad jurídica propia que agrupe los diferentes negocios internacionales de Renfe en este mercado». También se autorizó la constitución de una filial de Renfe en México que podría actuar como operador ferroviario. Ambas filiales se enmarcan en el Plan Estratégico de Renfe. Uno de los pilares del Plan es la internacionalización, estableciéndose el objetivo de que el negocio exterior de Renfe represente el 10% de sus ingresos¹⁸¹.

¹⁸⁰ Estatutos disponibles en la web <https://www.renfe.com/es/es/grupo-renfe/gobierno-corporativo-y-transparencia/transparencia/renfe-proyectos-internacionales-sme-sa/estatutos> (última visita el 14 de marzo de 2025).

¹⁸¹ Sobre la información contenida en este párrafo, véase la referencia del Consejo de Ministros, de 4 de febrero de 2025, <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias>.

También hay empresas de otras administraciones territoriales que se han internacionalizado. Un ejemplo destacable es la empresa «Canal de Isabel II, Sociedad Anónima, M.P.» en la Comunidad de Madrid. Según el artículo 2 de sus Estatutos: «Además, la Sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes del objeto social, especificadas en los párrafos anteriores, pudiendo operar para ello en cualquier lugar del territorio español o del extranjero. Asimismo, la Sociedad podrá desarrollar dichas actividades, total o parcialmente, de modo indirecto o mediante la titularidad de acciones y/o participaciones de otras sociedades con objeto idéntico o análogo»¹⁸². Esta regulación es muy parecida a la de los Estatutos de la empresa pública estatal SEPI Desarrollo Empresarial, S.A., S.M.E.

En el ámbito estatal, la legislación no hace referencia a la posibilidad de que las empresas públicas internacionalicen sus actividades. Aunque es algo que se ve favorecido por el sometimiento de su actividad al derecho privado (artículo 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). En la práctica, se puede entender que el impulso a la internacionalización de sus actividades forma parte de una política estatal. Así, el Consejo de Ministros debe autorizar el objeto social de las sociedades mercantiles estatales [artículo 169.e) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas]. La expansión de sus actividades más allá del ámbito estatal, o autonómico, pare-

rencias/Paginas/2025/20250204-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx#renfe (última visita el 14 de marzo de 2025).

¹⁸² Esta empresa pública no se limita a prestar servicios relacionados con la gestión integral del agua. También se incluyen en su objeto social: la actividad de venta de energía y actividades relacionadas, instrumentales, auxiliares o complementarias; la promoción, construcción, venta, alquiler y demás actuaciones de naturaleza inmobiliaria, así como la gestión y promoción urbanística de terrenos; el desarrollo o prestación de cualesquiera otros servicios públicos o actividades que impliquen la puesta en valor o el aprovechamiento de las redes, infraestructuras o el patrimonio en cuya gestión participa o es titular; el desarrollo de actividades y la prestación de servicios en el área de las telecomunicaciones, la información y la comunicación, en particular las actividades relacionadas con Internet y otras redes; e incluso la adquisición, suscripción, tenencia, gestión, permuta, venta o transmisión de todo tipo de participaciones, acciones y valores emitidos por cualquier sociedad o entidad, española o extranjera, independientemente del tipo social del emisor, por cuenta propia y sin actuar como intermediario (artículo 2 de sus Estatutos sociales). Los Estatutos de Canal de Isabel II, Sociedad Anónima, M.P. se pueden consultar en la página web <https://www.canaldeisabelsegunda.es/documents/20143/1624667/Estatutos+sociales.pdf/7fdc5193-514a-000a-ab76-0817d4d1d57d?t=1608624601917> (última visita el 14 de marzo de 2025).

ce obedecer a las necesidades intrínsecas de expansión de las empresas en el mercado global. En este ámbito de actuación estatal, el sector público se encuentra sometido claramente a las reglas de la competencia y se rige por exigencias de eficacia similares a las propias de las empresas privadas¹⁸³.

1.4. *La gestión de los sectores más importantes de la economía por Administraciones independientes*

En el ámbito anglosajón, se ha señalado la importancia de las agencias reguladoras semi autónomas para el desarrollo de las ideas neoliberales¹⁸⁴. En el ordenamiento jurídico español se ha atribuido el control y la supervisión de los sectores de la economía más relevantes a Administraciones independientes.

En la práctica, estas entidades desarrollan sus funciones en tres sectores de actividad administrativa: 1) sectores económicos básicos –en especial el sistema bancario y financiero– y servicios de interés general, como la energía el transporte y las telecomunicaciones; dentro de este ámbito se sitúan el Banco de España y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; 2) derechos y libertades fundamentales con reconocimiento constitucional, sector en el que se encuadra la Agencia Española de Protección de Datos; y 3) regulación de riesgos, en la que hay que incluir al Consejo de Seguridad Nuclear¹⁸⁵. Dentro de estos tres sectores de actividad hay un predominio del ámbito económico.

Entre estas Administraciones independientes destaca el Banco de España. Las peculiaridades de su régimen jurídico se derivan de que la política monetaria estatal de aquellos países cuya moneda es el euro ha sido atribuida en exclusiva a la Unión Europea [artículo 3.1.c) TFUE], política

¹⁸³ En este sentido, Christian LAVAL y Pierre DARDOT: 2015, 275. Tengo mis dudas sobre si el conjunto de la actuación estatal se somete a las reglas de competencia y a exigencias de eficacia similares a las de las empresas privadas. No he encontrado otros ejemplos claros en mi investigación. Puede que ello responda a mi desconocimiento del funcionamiento real de los poderes públicos. Lo que sí he puesto de manifiesto en este trabajo es que la lógica económica no está presente únicamente en la regulación de los mercados.

¹⁸⁴ Andrés PALACIOS LLERAS: 2018, 70-72, quien considera que estas agencias reguladoras han dado lugar al surgimiento de una nueva tecnocracia legal (pág. 72).

¹⁸⁵ Esta tipología se encuentra en José ESTEVE PARDO: 2013, 90-91.

que es definida y ejecutada por el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC; artículo 127.2 TFUE). El SEBC está compuesto por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales nacionales de todos los Estados miembros de la Unión. Dentro de este Sistema, el Banco Central Europeo mantiene una posición de jerarquía¹⁸⁶.

El «objetivo principal» que tiene atribuido el Sistema Europeo de Bancos Centrales es «mantener la estabilidad de precios»; sin perjuicio de este objetivo «apoyará las políticas económicas generales de la Unión» (artículos 127.1 y 282.2 TFUE)¹⁸⁷. Se ha entendido que esto significa que el SEBC «debe intentar apoyar las grandes líneas de la política económica de los Estados miembros» siempre que ello no comprometa la estabilidad de precios¹⁸⁸. El artículo 127.1 TFUE también establece que el SEBC actúa con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos. En mi opinión, este precepto no hace más que consolidar la política económica neoliberal cuyo objetivo central es la lucha contra la inflación; frente a la política de pleno empleo propia del Estado social¹⁸⁹.

La función principal del SEBC es definir y ejecutar la política monetaria de la Unión; también le corresponde realizar operaciones de cambio de divisas, poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros, y promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago (artículo 127.2 TFUE y artículo 3.1 Estatutos SEBC y BCE). Al BCE le corresponde «el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión» (artículo 128.1 TFUE y artículo 16 Estatutos SEBC y BCE). Estas funciones son ejercidas por el SEBC y el BCE con plena independencia (artículo 130 TFUE).

¹⁸⁶ Según el artículo 14.3 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales deben ajustar su actuación a las orientaciones e instrucciones del Banco Central Europeo.

¹⁸⁷ En idéntico sentido, el artículo 7.2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España establece que «Sin perjuicio del objetivo principal de mantener la estabilidad de precios y del cumplimiento de las funciones que ejerce en tanto miembro del SEBC [...], el Banco de España apoyará la política económica general del Gobierno».

¹⁸⁸ Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS: 2020, 343.

¹⁸⁹ Albert RECIO ANDREU: 2009, 98, considera que el neoliberalismo, en materia de política económica, ha supuesto que el objetivo central deja de ser el pleno empleo y es sustituido por la lucha contra la inflación.

Entre las funciones del SEBC no se encuentran la de actuar como un prestamista de último recurso de los gobiernos, las administraciones o las empresas públicas de los Estados miembros (artículo 123 TFUE). Tampoco se ha incluido entre sus objetivos contribuir al desarrollo económico, al crecimiento económico, al bienestar de la población o a la estabilidad financiera¹⁹⁰.

Durante la pandemia del Covid-19, el Banco Central Europeo adoptó un programa temporal de compra de emergencia en caso de pandemia de instrumentos negociables (PEPP), regulado en la Decisión (UE) 2020/440 del Banco Central Europeo¹⁹¹. El PEPP se concebía como una «medida ante una crisis económica específica, extraordinaria y grave, que podría poner en peligro el objetivo de la estabilidad de precios y el correcto funcionamiento del mecanismo de transmisión de la política monetaria» (considerando 3). El PEPP contaba, inicialmente, con una dotación global de 750.000 millones de euros; dotación que se incrementó hasta 1.850.000 millones de euros en 2021¹⁹². Con base en este programa los bancos centrales del Eurosistema podrían adquirir instrumentos de renta fija negociables, bonos corporativos y otros instrumentos de renta fija negociables, bonos garantizados admisibles y bonos de titulización de activos (artículo 1.2). Se podían adquirir así activos tanto del sector público como del sector privado¹⁹³. Para un sector doctrinal, este programa de adquisición de activos está en tensión con el espíritu del artículo 123 TFUE que prohíbe la adquisición directa por el BCE o los bancos centrales nacionales de instrumentos de deuda de los Estados miembros¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Xavier VENCE: 2014, 101. Según este autor, la construcción monetaria europea se basa en la escuela monetarista, en la que destacó Milton Friedman. Para esta concepción económica, la función de los bancos centrales ha de ser controlar la inflación, ya que si la tasa de inflación es baja se garantiza la estabilidad financiera (págs. 101-102).

¹⁹¹ Decisión (UE) 2020/440 del Banco Central Europeo, de 24 de marzo de 2020, sobre un programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia (BCE/2020/17). Previamente existía un programa ampliado de adquisición de activos que se mostró insuficiente; sobre la intervención del BCE durante la pandemia, Alberto MACHO CARRO: 2020, 7-9.

¹⁹² Artículo 1 de la Decisión (UE) 2021/174 del Banco Central Europeo, de 10 de febrero de 2021, por la que se modifica la Decisión (UE) 2020/440 sobre un programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia (BCE/2021/6).

¹⁹³ En el considerando 5 de la Decisión 2020/440 se indica expresamente la posibilidad de adquirir instrumentos de renta fija emitidos por las administraciones centrales, regionales o locales y agencias.

¹⁹⁴ Alberto MACHO CARRO: 2020, 8. Según el 1 de la Decisión (UE) 2020/440, con base en el artículo 18.1 de los Estatutos del SEBC y del BCE, el BCE y los bancos centrales

El SEBC actúa de manera independiente¹⁹⁵. Se ha señalado que esta independencia puede considerarse como un mensaje dirigido a los mercados financieros de que «la política antiinflacionista no estará condicionada por la coyuntura política»¹⁹⁶. El principio de independencia se concreta en que el Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales y los miembros de sus órganos rectores tienen prohibido «solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano» (artículo 130 TFUE)¹⁹⁷.

Cuando el Banco de España ejerce funciones que corresponden al Sistema Europeo de Bancos Centrales, «se ajustará a las orientaciones e instrucciones emanadas del Banco Central Europeo» (artículo 1.3 LABE). En este ámbito competencial, «ni el Gobierno, ni ningún otro órgano nacional o comunitario podrán dar instrucciones al Banco de España, ni éste podrá recabarlas o aceptarlas» (artículo 7.4 LABE).

El Banco de España también ejerce aquellas competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico español¹⁹⁸. Entre ellas, se encuentran: po-

nacionales de los Estados cuya moneda es el Euro pueden operar en los mercados financieros mediante la compra y venta simple de instrumentos negociables a fin de conseguir los objetivos del SEBC. En el considerando 8 se afirma que «El PEPP es plenamente compatible con las obligaciones de los bancos centrales del Eurosistema conforme a los Tratados, incluida la prohibición de financiación monetaria, y no impide las operaciones del Eurosistema de conformidad con el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia». En sentido contrario, Isabel M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ: 2019, 1043, considera que el artículo 18 de los Estatutos del SEBC otorga «una base jurídica flexible para la amplia gama de medidas no convencionales adoptadas en la búsqueda no sólo de la estabilidad monetaria, sino también de la estabilidad financiera».

¹⁹⁵ Miguel Ángel LORENTE y Juan Ramón CAPELLA: 2009, 18, consideran que la creación de bancos centrales independientes ha dado lugar a una «autonomización del poder»; «el neoliberalismo ha hecho de los bancos centrales, los reguladores del crédito y del dinero, organismos completamente *independientes* de cualquier poder democrático formal» (págs. 18-19).

¹⁹⁶ Diego J. LIÑÁN NOGUERAS en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS: 2020, 354. En idéntico sentido se pronuncia Fernando MARTÍNEZ MAÍLLO: 2018, 138.

¹⁹⁷ El SEBC goza de independencia institucional, funcional, personal, financiera y de gestión interna; Diego J. LIÑÁN NOGUERAS en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS: 2020, 355-356.

¹⁹⁸ Según el artículo 14.4 de los Estatutos del SEBC y del BCE estas funciones «se ejercerán bajo la responsabilidad de los bancos centrales nacionales y no se considerarán parte de las funciones del SEBC».

seer y gestionar las reservas de divisas y metales preciosos no transferidas al Banco Central Europeo, promover el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero y de los sistemas de pago nacionales, poner en circulación la moneda metálica, prestar los servicios de tesorería y agente financiero de la deuda pública, o asesorar al Gobierno (artículo 7.5 LABE).

En definitiva, los Estados han entregado a la Unión Europea una competencia económica tan importante como es la política monetaria. Una política cuyo ejercicio se atribuye a una institución realmente independiente, el Sistema Europeo de Bancos Centrales. Una institución que, además, debe ejercer esta política teniendo como objetivo principal mantener la estabilidad de los precios, objetivo que se ha impuesto tanto a las instituciones de la Unión como a sus Estados miembros. Desde la crisis financiera de 2008, la finalidad del BCE se ha orientado hacia la estabilidad financiera¹⁹⁹.

En segundo lugar de importancia dentro de las Administraciones independientes, hay que mencionar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la que se han concentrado las competencias de distintas Administraciones independientes previamente existentes²⁰⁰. Además de promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, la CNMC ejerce la supervisión y el control del mercado de comunicaciones electrónicas, el sector eléctrico, el sector del gas natural, el mercado postal, el mercado de comunicación audiovisual, las tarifas aeroportuarias y el sector ferroviario²⁰¹. La CNMC no disfruta del mismo grado de independencia que el Banco de España.

En teoría, estas Administraciones independientes ejercen sus competencias con autonomía frente al Gobierno y frente a la Administración del Estado. Su creación se ha justificado en la necesidad de dejar al margen de

¹⁹⁹ Para Isabel M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ: 2019, 1046, «tras la gran crisis financiera, el objetivo principal de los bancos centrales ha pasado a ser ahora la estabilidad financiera (también para el BCE)».

²⁰⁰ La CNMC asumió las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales; disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²⁰¹ Las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se establecen en los artículos 5 a 12 de la Ley 3/2013.

la lucha política la gestión de determinados sectores de actividad administrativa que se consideran especialmente relevantes. Esta idea hunde sus raíces en el ordoliberalismo alemán, que proponía aislar al Estado de la toma de decisiones democráticas y que el conocimiento técnico y especializado guiara la acción estatal²⁰². También se ha defendido que sirve como contrapeso frente a los operadores económicos más poderosos de los sectores que quedan bajo estas Administraciones. Se supone que se crea así un «espacio de neutralidad» tanto frente a los poderes públicos como frente a los poderes privados; un espacio que no está exento de problemas, como la captura del regulador por parte de operadores privados o el fenómeno de las puertas giratorias²⁰³. La existencia de estas administraciones independientes plantea problemas de legitimidad democrática. En este sentido se ha planteado que la existencia de estas administraciones supone un menoscabo del principio democrático debido a su autonomía con respecto al Gobierno. Al no someterse al poder de dirección política del Gobierno, las Administraciones independientes quedan al margen de los mecanismos de control político de la actuación administrativa que se ejercen a través del control de la actuación gubernamental, lo que implica una disminución de la legitimación democrática de la Administración pública²⁰⁴.

1.5. *La desregulación de la intervención administrativa en el control de las actividades económicas: la sustitución de la autorización administrativa por la comunicación y la declaración responsable*

La intervención administrativa en las actividades económicas privadas ha sufrido una importante transformación. El régimen de control anterior al comienzo de la actividad a través de la autorización administrativa ha sido sustituido, con carácter general, por la declaración responsable o la comunicación previa, trasladándose la intervención administrativa a un momento posterior al inicio de la actividad.

²⁰² Wendy BROWN: 2021, 114-121. En sentido similar, Gabriel MORENO GONZÁLEZ: 2019, 101-102 y 428, señala que, para los ordoliberales, determinadas cuestiones debían quedar al margen del debate democrático ordinario. Quinn SLOBODIAN: 2021, 32, 42 y 401, considera que la Escuela de Ginebra neoliberal planteaba que había que aislar a las instituciones globales de la toma de decisiones democráticas y de la interferencia de los Gobiernos.

²⁰³ José ESTEVE PARDO: 2013, 88-93.

²⁰⁴ Oriol MIR PUIGPELAT: 2004, 149-156.

La autorización administrativa se otorga una vez concluido el procedimiento administrativo que tiene como finalidad comprobar que la actividad cumple con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. En dicho procedimiento puede participar cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se encuentren afectados. Sin embargo, en el régimen de comunicación o declaración responsable, el promotor puede iniciar la actividad sin necesidad de autorización administrativa, es suficiente con que informe a la Administración sobre su intención de iniciar la actividad. Por tanto, se trata de una medida que se sitúa en línea con las exigencias de desregulación de la actividad económica que exige el soberano supraestatal difuso²⁰⁵.

Este nuevo sistema ha sido consagrado por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (también conocida como «Directiva Bolkestein»). Hay quien considera que esta directiva ha implicado un «cambio de paradigma en el derecho administrativo de los Estados de la UE»²⁰⁶. El objetivo de la directiva es eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios en la Unión Europea. En esta regulación prima la dimensión interna dentro de la Unión, el mercado interior de servicios, aunque uno de los objetivos declarados de la directiva de servicios es mejorar la competitividad global de los prestadores de servicios de la UE (considerando 2).

La Directiva se aplica a los servicios, definidos como «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración» [artículo 4.1)]²⁰⁷. Obliga a los Estados miembros a simplificar sus procedimientos aplicables al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio (artículo 5.1). Además, restringe las posibilidades de someter a autorización administrativa el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. Sólo podrá establecerse un régimen de autorización cuando no sea discriminatorio, su necesidad se justifique en una razón imperiosa

²⁰⁵ En contra, para José María BAÑO LEÓN: 2014, 35, las declaraciones responsables no son un supuesto de desregulación, ni suponen un repliegue del derecho público, sino que cambia el modo de intervención de la Administración que deja de ejercer un control preventivo.

²⁰⁶ Luis COSCULLUELA MONTANER: 2016, 107.

²⁰⁷ La Directiva no se aplica, entre otros, a los servicios no económicos de interés general [artículo 2.2.a)].

de interés general, y el objetivo que se persigue no se pueda lograr con medidas menos restrictivas porque el control *a posteriori* no resultaría eficaz (artículo 9.1).

En el ámbito estatal, la Directiva 2006/123/CE fue traspuesta al ordenamiento jurídico español, fundamentalmente, por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. A las que hay que sumar la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

El objetivo de la Ley 17/2009 es «facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios» (artículo 1). Su ámbito de aplicación abarca «los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro» (artículo 2.1). Se establece el principio de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios (artículo 4.1).

Según la Ley 17/2009, el establecimiento y el ejercicio de una actividad de servicios no requiere, con carácter general, una autorización administrativa (artículo 5)²⁰⁸. Como regla general, basta una comunicación o una declaración responsable²⁰⁹. La exigencia de autorización administrativa sólo podrá establecerse en supuestos excepcionales, cuando concurren condiciones de no discriminación, necesidad (ha de estar justificada

²⁰⁸ El preámbulo de la Ley (apartado II) afirma que «Los regímenes de autorización son uno de los trámites más comúnmente aplicados a los prestadores de servicios constituyendo una restricción a la libertad de establecimiento».

²⁰⁹ La ley define la declaración responsable como «el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad» (artículo 3.9).

La comunicación es el documento por el que una persona pone en conocimiento de la Administración que va a iniciar una actividad; en la declaración responsable, además, manifiesta bajo su responsabilidad que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente (artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

en razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente,...) y proporcionalidad, al no existir medidas menos restrictivas que permitan alcanzar el mismo resultado (artículo 5). En relación con el principio de proporcionalidad se señala expresamente que «en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad» [artículo 5.c)]. En cualquier caso, la Administración mantiene sus poderes de inspección y supervisión una vez iniciada la actividad de prestación de servicios, y puede ordenar la paralización de la actividad si se han aportado datos o documentos falsos o inexactos o se incumplen los requisitos establecidos en la legislación (art. 7.2 Ley 17/2009).

Otras leyes han generalizado la declaración responsable y la comunicación previa en ámbitos que no estaban previstos en la directiva de servicios. Así, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio²¹⁰. También se ha ampliado su aplicación en el ámbito urbanístico²¹¹.

²¹⁰ La Ley 25/2009 somete a declaración responsable: el desarrollo de actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 8), la instalación, ampliación y traslado de actividades industriales (artículo 13), el ejercicio de la actividad de control de calidad de la edificación y de los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación (artículo 15), la comercialización de energía eléctrica por sociedades mercantiles (artículo 18), la actividad de los operadores al por mayor de productos petrolíferos, de los operadores al por mayor y al por menor de gases licuados del petróleo y la comercialización de gas natural (artículo 19), la prestación de servicios ferroviarios complementarios (artículo 24), la prestación de servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal (artículo 26), la instalación o mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones (artículo 27), la circulación de vehículos motorizados en vías pecuarias que esté vinculada a una actividad de servicios o las instalaciones en vías pecuarias vinculadas a una actividad de servicios (artículo 31), los usos comunes especiales del dominio público hidráulico y la navegación recreativa en embalses (artículo 33), la elaboración o comercialización de productos zoonosanitarios, salvo la producción o comercialización de reactivos de diagnóstico de las enfermedades de los animales que sí requiere autorización administrativa previa (artículo 38) y la instalación de nuevos centros fabriles para la producción de tabaco o la importación y distribución al por mayor de labores de tabaco (artículo 43).

Dicha ley somete a comunicación: la apertura de un centro de trabajo o la reanudación de sus actividades después de efectuar alteraciones, ampliaciones o transformaciones

La expansión del ámbito de la declaración responsable también se produjo a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Su artículo 41 eliminó, con carácter general, la necesidad de obtener una licencia municipal previa para cualquier tipo de actividad, no sólo la de servicios (art. 84.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local²¹²).

La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios suprimió las licencias municipales sobre actividades comerciales minoristas y sobre la prestación de determinados servicios²¹³, realizados en establecimientos permanentes cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados (artículo 2.1). La supresión no afecta a las actividades que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público (artículo 2.1). Las licencias se sustituyen por declaraciones responsables o por comunicaciones previas (artículo 4.1).

Hay quien ha afirmado que la declaración responsable se ha generalizado en el medio ambiente, la ordenación del territorio o el dominio público²¹⁴. Toda esta normativa ha dado lugar a un cambio radical en el

de importación (artículo 7) y el ejercicio de la pesca recreativa realizada desde embarcaciones destinadas a su explotación comercial (artículo 37). Además de la instalación, ampliación y traslado de actividades industriales, que se somete a comunicación o declaración responsable (artículo 13).

²¹¹ Artículos 11.5 y 28.1.b) de la Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. La Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid establece las actuaciones sometidas a declaración responsable urbanística en su artículo 155.

La legislación urbanística autonómica ha mantenido la licencia como instrumento de control en las actividades de uso del suelo y de edificación más importantes, como las actuaciones de nueva urbanización, la renovación y reforma de la urbanización y las actuaciones de dotación. La declaración responsable o la comunicación se han generalizado en las actuaciones edificatorias que no supongan una nueva edificación o su demolición; Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO: 2021, 143-147, resume su postura en la página 143.

²¹² El artículo 84.bis LRBRL establece algunos supuestos en que sí puede exigirse licencia o autorización previa.

²¹³ En el anexo se recoge un listado con las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la ley.

²¹⁴ José María BAÑO LEÓN: 2014, 24.

control administrativo de las actividades. En este sentido, se ha señalado que se está produciendo la transición «de una Administración autorizada a una Administración comprobadora»²¹⁵.

Por regla general, las declaraciones responsables y las comunicaciones despliegan efectos desde el día de su presentación (art. 69.3 LPACAP)²¹⁶. Por tanto, desde que se presentan ante la Administración permiten el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad. En el mismo sentido, el artículo 7.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio establece que la realización de una comunicación o una declaración responsable permite acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido. Se ha calificado a la declaración responsable o a la comunicación previa como «acto privado que produce efectos jurídico públicos», uno de estos efectos es la presunción de licitud de la actividad²¹⁷.

La principal función del procedimiento administrativo es garantizar los derechos e intereses de las personas afectadas por las decisiones adoptadas por la Administración. El procedimiento también pretende asegurar que la Administración cumpla con el ordenamiento jurídico y que mejore la calidad de las decisiones administrativas²¹⁸. El régimen de declaración responsable prescinde de todo ello con el fin de favorecer el inicio de actividades económicas.

²¹⁵ Alba NOGUEIRA LÓPEZ: 2012, 99. Más moderado, José María BAÑO LEÓN: 2014, 24, menciona los «profundos cambios» que la Directiva de Servicios ha ocasionado en los modos de intervención de la Administración, dando preferencia a los controles a posteriori frente a la tradicional autorización administrativa. En una línea similar, Luis COSCULLUELA MONTANER: 2016, 107, considera que se ha producido «un cambio fundamental en el régimen de intervención de la Administración pública en las actividades económicas privadas».

²¹⁶ Existen también declaraciones responsables con eficacia demorada. En estos casos, se establece legalmente un plazo durante el cual la Administración puede comprobar la legalidad de la actividad que se pretende realizar. Por ejemplo, el artículo 51.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (en su redacción introducida por el artículo 33 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

²¹⁷ José María BAÑO LEÓN: 2014, 26.

²¹⁸ Sobre las funciones que cumple el procedimiento administrativo, Oriol MIR PUIGPELAT: 2023, 369-370.

La regulación de la declaración responsable pone de manifiesto una concepción individualista de las relaciones sociales²¹⁹. En un sentido similar, se ha afirmado que la declaración responsable y la comunicación responden a una «mentalidad económica neoliberal»²²⁰. Esta regulación desequilibra los intereses en juego, al otorgar primacía a la iniciativa económica frente a otros intereses particulares e, incluso, frente a los intereses públicos. Impidiendo la utilización de trámites de protección previa de otros intereses particulares y de los intereses públicos a través del procedimiento administrativo, limitando la protección de tales intereses a un momento posterior al inicio de la actividad²²¹.

La participación previa de las personas cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados por la actividad económica que se quiere poner en marcha está garantizada en el régimen de autorización administrativa. En el procedimiento de otorgamiento de la autorización tienen la consideración de interesadas las personas que ostenten un derecho o un interés legítimo (artículo 4.1 Ley 39/2015), pudiendo formular alegaciones (artículo 76.1) o proponer pruebas (artículo 77.3), debiendo ser convocadas a un trámite de audiencia (artículo 82.1). Estas posibilidades de hacer valer previamente los derechos o intereses legítimos desaparecen en un sistema de comunicación previa o de declaración responsable. En este sistema sólo interviene el sujeto comunicante. Por tanto, antes del inicio de la actividad económica, no se tiene en cuenta la dimensión social que implica la puesta en marcha de estas actividades. Los sujetos afectados sólo podrán hacer valer sus derechos o intereses legítimos una vez iniciada la actividad. Por ejemplo, solicitando la imposición de sanciones, la adecuación de la actividad a la legalidad o el cese de la actividad.

Otro problema jurídico que plantea el régimen de comunicación y declaración se refiere a la responsabilidad del promotor²²². El promotor

²¹⁹ En el mismo sentido, José ESTEVE PARDO: 2013, 109, considera que el régimen de declaración responsable o de comunicación previa implica el establecimiento de un «régimen marcadamente individualista».

²²⁰ José María BAÑO LEÓN: 2014, 43. Para este autor, la utilización de la declaración responsable y la comunicación sólo es apropiada en las relaciones administrativas en las que no hay terceros interesados (en las relaciones administrativas que no son multipolares).

²²¹ José María BAÑO LEÓN: 2014, 36-37.

²²² José ESTEVE PARDO: 2012, 34-39.

que dirige a la Administración una comunicación o una declaración asume la responsabilidad de que su actividad es conforme con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. Esto implica un cierto grado de incertidumbre jurídica para el promotor, quien puede contratar a una empresa privada que realice una auditoría que acredite que cumple con la legislación vigente.

La sustitución de la autorización administrativa por una comunicación o una declaración responsable supone «la despublicación del sistema de control de legalidad de actividades, instalaciones y servicios privados»²²³. Se elimina el control administrativo previo de legalidad. Control que, en su caso, llevarán a cabo empresas privadas que acreditarán el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para poder llevar a cabo la actividad económica de que se trate.

En mi opinión, el establecimiento de un sistema de comunicación previa en la prestación de servicios forma parte de las medidas de desregulación de la actividad económica. En este caso se trata de una desregulación de carácter procedimental.

2. Unas Administraciones públicas constreñidas por la prohibición de déficit presupuestario

En septiembre de 2011, se modificó el artículo 135 de la Constitución Española para introducir el principio de estabilidad presupuestaria. Un principio cuya constitucionalización fue teorizada por la escuela neoliberal de la Economía constitucional de James BUCHANAN²²⁴. La reforma fue resultado de presiones políticas por parte de la Unión Europea²²⁵. La exposición de motivos de la reforma aludía a que eran «cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera».

²²³ José ESTEVE PARDO: 2013, 108.

²²⁴ Gabriel MORENO GONZÁLEZ: 2019, 131-148.

²²⁵ Marco APARICIO WILHELMI: 2019, 22, considera que la reforma obedece a «imposiciones político-simbólicas» de la Unión Europea; en especial menciona la carta secreta que enviaron el Presidente de Banco Central Europeo (Jean Claude Trichet) y el Gobernador del Banco de España (Miguel Ángel Fernández Ordóñez) al entonces Presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero. También señala la importancia de esta carta como elemento que condicionó la reforma constitucional, Gabriel MORENO GONZÁLEZ: 2019, 304 y 431.

En lo esencial, la reforma otorga rango constitucional al principio de estabilidad presupuestaria (apartado 1); así como a las reglas de déficit estructural (apartado 2²²⁶) y de límite de deuda pública (apartado 3) establecidas por la UE²²⁷. También se establece que el pago de la deuda pública goza de «prioridad absoluta» (apartado 3). Además, que los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública «sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado»; lo que se apreciará por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (apartado 4). El contenido del artículo 135 CE ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Esta ley establece en un 0,4% del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales el déficit estructural máximo en el que pueden incurrir el conjunto de Administraciones (artículo 11.2).

La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y de las reglas de déficit estructural y de deuda pública establecidas por la UE es un eficaz instrumento de dirección del conjunto de la actividad de las Administraciones públicas. En este sentido, la principal consecuencia de la reforma, con la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, es que, en las coyunturas ordinarias, se impide la puesta en práctica de políticas de aumento de gasto público²²⁸. Este principio va a constreñir las políticas del

²²⁶ El déficit estructural del Estado y de las Comunidades Autónomas no puede superar los márgenes establecidos por la Unión Europea. Las Entidades Locales están obligadas a mantener «equilibrio presupuestario», lo que supone una situación de déficit cero en todo momento; Gabriel MORENO GONZÁLEZ: 2019, 305.

²²⁷ El Protocolo n.º 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo estableció como valores de referencia a efectos del artículo 126 TFUE: «3 % en lo referente a la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado» y «60 % en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado».

²²⁸ Fernando DE LA HUCHA CELADOR: 2018, 923, califica la reforma constitucional como «ideológica» y considera que supone «el solemne entierro de las ideas y políticas keynesianas». Desde un punto de vista más neutral, M^a Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ: 2020, 188, señala que el principio de estabilidad presupuestaria del artículo 135 CE «impone exigencias de contenido material y estructural» que condicionan la cuantía del presupuesto y la estructura de los ingresos (ingresos tributarios frente a ingresos no tributarios y financieros). También señala que los límites que establece el artículo 135 CE se imponen durante la elaboración, la aprobación y la gestión del presupuesto.

Estado social²²⁹. Incluso se van a ver limitadas políticas que no son estrictamente de asistencia social, como es la protección del medio ambiente. En este sentido, se ha señalado que la transición climática exige una cantidad importante de recursos económicos que se está financiando fundamentalmente con cargo a los presupuestos públicos²³⁰. En relación con la transición ecológica, la seguridad energética y las capacidades de defensa habrá que tener en cuenta la flexibilización de las reglas fiscales de la UE acordadas en 2024²³¹.

La reforma también responde a la insuficiencia de las técnicas del derecho de la Unión Europea para garantizar el cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria²³². En la Unión Europea no existe un mecanismo para anular las normas de los Estados miembros que sean contrarias al derecho comunitario. Con base en el principio de primacía, la norma europea desplazará a la ley española que sea contraria al derecho de la Unión Europea, pero la ley española conserva su validez y sigue formando parte del ordenamiento jurídico nacional.

Antes de la reforma tampoco existía una vía en el ordenamiento español para anular normas con rango de ley que vulnerasen el derecho europeo. En principio, no le corresponde al Tribunal Constitucional declarar la incompatibilidad entre una ley española y el derecho de la Unión Europea; el derecho europeo tampoco es un parámetro para valorar la constitucionalidad de las leyes españolas (STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 8). En relación con la ley de presupuestos, además, la competencia de los juzgados y tribunales españoles para controlar la compatibilidad del derecho español con el derecho de la Unión Europea no permite dejar sin efecto de forma general a dicha ley²³³.

²²⁹ Jorge GARCÍA-ÁNDRADE GÓMEZ: 2012, 65. Seguido por José ESTEVE PARDO: 2013, 160-161. Véase también Gabriel MORENO GONZÁLEZ: 2019, 412-414 y 434-436.

²³⁰ Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 465 y 469. El Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de enero de 2020, por el que se aprueba la Declaración del Gobierno ante la Emergencia Climática y Ambiental señala que en la década 2020-2030 deberán realizarse inversiones superiores a 200.000 millones de euros. El principio de estabilidad presupuestaria dificultará la realización de estas inversiones. En el ámbito de la UE, la Comisión ha cifrado en 260.000 millones de euros anuales la inversión que se requiere para alcanzar los objetivos climáticos y energéticos para 2030 (Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 465).

²³¹ Apartado 2.5 del capítulo 3.

²³² Jorge GARCÍA-ÁNDRADE GÓMEZ: 2012, 40-42.

²³³ Jorge GARCÍA-ÁNDRADE GÓMEZ: 2012, 41.

Sin embargo, tras la reforma del artículo 135 de la Constitución, el Tribunal Constitucional sí podrá declarar inconstitucional una ley que apruebe los presupuestos cuando incumpla las reglas europeas sobre los umbrales de déficit y de deuda pública. Precisamente porque se han constitucionalizado en el artículo 135 las reglas de estabilidad presupuestaria de la Unión Europea²³⁴. Teniendo en cuenta que la estabilidad presupuestaria se ha constitucionalizado como una «regla imperativa», no como un principio que haya de ponderarse con otros principios o bienes constitucionales²³⁵.

La reforma constitucional supone un reforzamiento de las garantías de los inversores en deuda pública española. Al constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria y al establecer la regla de la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública. Hay quien ha interpretado la reforma del artículo 135 de la Constitución como un mecanismo de protección del Estado frente a los mercados financieros, para garantizar la continuidad efectiva del Estado que se encuentra excesivamente expuesto al crédito externo y a dichos mercados²³⁶. A mi juicio, la reforma supone, más bien, asumir la política que los mercados financieros globales consideran adecuada²³⁷; con lo que, de esta manera, se refuerza el poder de estos mercados y se protegen los intereses del capital financiero. El artículo 135 CE pone de manifiesto la pérdida de autonomía estatal debido al alto grado de financiarización del Estado. Proceso que ha supuesto la transformación del Estado fiscal en un Estado deudor²³⁸.

²³⁴ El Tribunal Constitucional también podrá anular una norma con rango de ley que sea contraria al principio de prioridad en el pago de la deuda pública al incumplir el artículo 135.3 CE.

²³⁵ Marco APARICIO WILHELMI: 2019, 24.

²³⁶ José ESTEVE PARDO: 2013, 138-142. Según este autor, la reforma del artículo 135 CE pretende establecer «un mecanismo de protección del Estado mismo, del mantenimiento de su existencia efectiva y no meramente nominal, de su sostenibilidad en suma» (pág. 138).

²³⁷ Saskia SASSEN: 2013, 321, señala que los mercados financieros globales no sólo pueden utilizar poder coercitivo, también producen una lógica que parece determinar qué políticas económicas son adecuadas.

²³⁸ Wolfgang STRECK: 2016, 78 y ss. Para STRECK la transformación del Estado fiscal en Estado deudor se produce «tan pronto como su subsistencia depende no solo de las contribuciones financieras de los ciudadanos sino, en grado significativo, de la confianza de sus acreedores» (pág. 85). Este autor considera que el aumento del endeudamiento a largo plazo ha reducido la «soberanía efectiva» de los Estados, cuya política debe so-

El artículo 135 CE constitucionaliza la subordinación del poder estatal a la lógica del sector financiero²³⁹.

La valoración del artículo 135 de la Constitución ha de tener en cuenta la regulación contenida en el artículo 123 TFUE. Este precepto prohíbe que los países de la zona euro sean financiados directamente por el Banco Central Europeo o por los bancos centrales nacionales. La configuración institucional que establece el artículo 123 TFUE refuerza la dependencia de dichos Estados frente a los mercados financieros globales²⁴⁰. El artículo 135 de la Constitución refuerza aún más dicha dependencia.

Los límites de déficit estructural y de deuda pública sólo pueden superarse «en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado» (artículo 135.4 CE). Estas circunstancias han de apreciarse por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

Esta regulación tiene su origen en la flexibilización del marco presupuestario de la UE. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE recoge la denominada cláusula general de salvaguardia. En la actualidad, se regula en el artículo 25 del Reglamento (UE) 2024/1263, de 29 de abril de 2024, relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral. El artículo 25.1 establece la posibilidad de que los Estados miembros se desvíen de la senda de gasto neto establecida por el Consejo «en caso de grave recesión económica en la zona euro o en la Unión en su conjunto, siempre que no se ponga en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo»²⁴¹.

meterse «a la disciplina de los mercados financieros» (pág. 88), mientras que el objetivo principal de los acreedores de los Estados es asegurarse que en caso de crisis sus exigencias tendrán primacía frente a los servicios de interés general (pág. 89).

²³⁹ Sobre la financiarización de los Estados, José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021a, 45-48. Como ejemplos de la financiarización de los Estados, es decir, el sometimiento de éstos a la lógica financiera, este autor menciona: el papel estatal de garante de la integridad del sistema financiero, la independencia de los bancos centrales y las posibilidades de los mercados financieros de boicotear las decisiones gubernamentales.

²⁴⁰ Xavier VENCE: 2014, 17.

²⁴¹ Anteriormente, los artículos 5.1 y 9.1 del Reglamento (CE) 1466/97 relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, en la redacción dada por el Reglamento (UE) 1175/2011, de

Durante la pandemia del Covid-19, la Comisión solicitó al Consejo la activación de la cláusula general de salvaguardia²⁴². El Gobierno español y el Congreso de los Diputados han considerado que la pandemia causada por el Covid-19 es «una situación de emergencia extraordinaria», dejando en suspenso las reglas fiscales europeas para los años 2020, 2021 y 2022²⁴³. Tras la invasión rusa de Ucrania, la Comisión prorrogó la cláusula general de salvaguardia para el año 2023²⁴⁴. El Gobierno español y el Congreso de los Diputados aplicaron el artículo 135.4 CE, dejando en suspenso las reglas fiscales para el año 2023, al considerar que concurría una situación de emergencia extraordinaria debido a «las consecuencias del estallido de

16 de noviembre de 2011, establecían que «En caso de acontecimiento inusitado que esté fuera del control del Estado miembro afectado y que tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas, o en períodos de crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la Unión, se podrá permitir a los Estados miembros que se apartan temporalmente de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo [...], siempre que dicha desviación no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo».

Regulación que debía ser completada con los artículos 3.5 y 5.2 del Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, en su redacción dada por el Reglamento (UE) 1177/2011, de 8 de noviembre de 2011, que, en estas circunstancias, posibilitaban el otorgamiento de una prórroga en el plazo para la corrección del déficit excesivo.

²⁴² Comunicación de la Comisión al Consejo, de 20 de marzo de 2020, relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento [COM (2020) 123 final]; que fue aceptada el 23 de marzo de 2020 por los ministros de Hacienda de los Estados miembros de la UE. Y Comunicación de la Comisión al Consejo, de 3 de marzo de 2021, Un año después de la pandemia de COVID-19: respuesta en materia de política presupuestaria [COM (2021) 105 final].

²⁴³ Para los años 2020 y 2021, téngase en cuenta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020 (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 161, de 16 de octubre de 2020, pp. 35-38) y la apreciación de la situación de emergencia extraordinaria por el Congreso de los Diputados, de 20 de octubre de 2020 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 54, de 20 de octubre de 2020). Para el año 2022, véase el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2021 (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 318, de 6 de septiembre de 2021, pp. 49-52) y la apreciación de la situación de emergencia por el Congreso de los Diputados, de 13 de septiembre de 2021 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 120, de 13 de septiembre de 2021).

²⁴⁴ Comunicación de la Comisión, de 23 de mayo de 2022 «Semestre Europeo de 2022 – Paquete de primavera» [COM (2022) 600 final], págs. 14-15.

la guerra en Europa y de una crisis energética sin precedentes»²⁴⁵. De este modo se han podido llevar a cabo determinadas políticas de protección social en una coyuntura extraordinaria. Pero una vez que termine la situación de emergencia extraordinaria, habrá que volver a medio plazo al marco de estabilidad presupuestaria²⁴⁶.

3. La orientación hacia el *workfare* de la prestación por desempleo y otras prestaciones económicas para situaciones de necesidad

La orientación hacia el *workfare* de determinadas medidas de protección social significa que el acceso a estas prestaciones se condiciona al compromiso de buscar empleo o realizar actividades orientadas a encontrar trabajo. Según Loïc WACQUANT, el neoliberalismo implica la «recomposición del Estado de bienestar», de manera que las políticas de *workfare* adquieren una gran importancia como instrumento para someter a las personas reticentes a la disciplina del trabajo²⁴⁷. Loïc WACQUANT también señala cómo los servicios sociales se han convertido en instrumentos de vigilancia y control de determinados sectores de la sociedad²⁴⁸.

En el ordenamiento jurídico español esta orientación hacia el *workfare* se puede observar en la prestación por desempleo, en la renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid y en el ingreso mínimo vital estatal.

²⁴⁵ Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2022 (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 496, de 12 de septiembre de 2022, págs. 87-90). La apreciación de la situación de emergencia por el Congreso de los Diputados se produjo el 22 de septiembre de 2022 (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 506, de 29 de septiembre de 2022, pág. 20).

²⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, de 3 de marzo de 2021, Un año después de la pandemia de COVID-19: respuesta en materia de política presupuestaria [COM (2021) 105 final].

²⁴⁷ Loïc WACQUANT: 2010, 431. Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 120, considera que, en el contexto europeo, antes que referirse al *workfare* resulta más adecuado plantear la combinación de políticas de activación con las de rentas mínimas.

²⁴⁸ Loïc WACQUANT: 2010, 100.

3.1. *Prestación por desempleo y «compromiso de actividad»*

La dimensión del *workfare* en la prestación por desempleo se ha introducido a través del denominado «compromiso de actividad»²⁴⁹. El «compromiso de actividad» como requisito para cobrar la prestación por desempleo se introdujo en España en 2002, a través del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

Según la exposición de motivos de este decreto ley, uno de los objetivos perseguidos con la reforma de las prestaciones por desempleo era:

«Facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo. Para ello, en primer lugar, desde el inicio de la prestación existirá un compromiso de actividad en virtud del cual el desempleado tendrá derecho a que los Servicios Públicos de Empleo determinen el mejor itinerario de inserción, de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo».

En la actualidad, el compromiso de actividad está regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), que pasó a denominarse «acuerdo de actividad» en 2023²⁵⁰. El acuerdo de actividad se define como el «Acuerdo documentado mediante el que se establecen derechos y obligaciones entre la persona demandante de los servicios públicos de empleo y el correspondiente Servicio Público de Empleo para incrementar la empleabilidad de aquella, atendiendo, en su caso, a las necesidades de los colectivos prioritarios» [artículo 3.f) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo]²⁵¹.

²⁴⁹ Sobre las políticas de *workfare* en las prestaciones por desempleo como elemento del proyecto político neoliberal, partiendo de la regulación del Reino Unido, Kenneth VEITCH: 2018, 81-85. Para este autor, las medidas similares al compromiso de actividad que se han adoptado en el Reino Unido ponen de manifiesto una forma neoliberal de concebir las relaciones sociales, centrada en la responsabilidad individual, al tiempo que permiten al estado establecer clasificaciones de los desempleados que tienen un trasfondo moral (pág. 82).

²⁵⁰ Disposición final cuarta.diez de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

²⁵¹ El compromiso de actividad se definía como el compromiso «que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información,

La suscripción de un «acuerdo de actividad» es uno de los requisitos exigidos legalmente para tener derecho a la prestación por desempleo [artículo 266.c)]²⁵². De manera que la persona desempleada que no suscriba el acuerdo de actividad no se considerará en situación legal de desempleo [artículo 267.2.b) LGSS]. El acuerdo de actividad debe suscribirse cuando se solicita el derecho a la prestación por desempleo (artículo 268.1 LGSS). Entre las obligaciones de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo se encuentra «suscribir y cumplir las exigencias del acuerdo de actividad» [artículo 299.c) LGSS].

El compromiso o acuerdo de actividad es un ejemplo de la «contractualización» de las políticas sociales, ya que se condiciona el disfrute de una prestación a la firma de un contrato y al cumplimiento de sus condiciones. Contractualización que se ha vinculado legalmente en la prestación por desempleo con el control de los beneficiarios e incluso con la aplicación de sanciones administrativas en caso de incumplimiento del acuerdo de actividad²⁵³.

En este sentido, los beneficiarios de prestaciones por desempleo deben acreditar ante el Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo autonómicos la realización de actuaciones dirigidas a su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad; la no acreditación se considera incumplimiento del acuerdo de actividad [artículos 299.e) LGSS]. El incumplimiento de las exigencias del acuerdo de actividad, salvo causa justificada, está tipificado como infracción leve en los artículos 17.1.c) y 24.3.c) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Conducta que acarrea una sanción de multa de 70 a 750 euros [artículo 40.1.a) LISOS].

orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad» (antiguo artículo 300 LGSS).

²⁵² La ley también especifica que la suscripción del acuerdo de actividad es requisito para que los trabajadores agrarios eventuales residentes en Andalucía y Extremadura sean beneficiarios del subsidio por desempleo (artículo 288.3 LGSS); y para que los trabajadores autónomos perciban el derecho a la protección por cese de actividad [artículo 330.1.c) LGSS].

²⁵³ Para Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 114, «La contractualización de buena parte de las prestaciones sociales no universalistas, presentadas como planes individuales, abren la puerta a un importante control en las vidas de los ciudadanos en situación de necesidad. De hecho, la forma contractual es en sí misma un mecanismo de control, destinado a asegurarse de que las partes cumplen su parte».

3.2. *Renta Mínima de Inserción de la CAM e Ingreso Vital Mínimo estatal*

Esta orientación hacia el *workfare* también está presente en la regulación legal de la Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid. La analizo como ejemplo de las rentas mínimas autonómicas.

En 1990, la Comunidad Autónoma de Madrid estableció el denominado «Ingreso Madrileño de Integración», por medio del Decreto 73/1990, de 19 de julio, por el que se aprueba el ingreso madrileño de integración²⁵⁴. Esta prestación económica fue sustituida, en 2001, por la Renta Mínima de Inserción a través de la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid (LRMI).

La Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid es otro ejemplo de contractualización de las políticas sociales. Se trata de una prestación económica cuya finalidad es «satisfacer las necesidades contempladas en el artículo 142 del Código Civil» (artículo 3 LRMI); es decir, para cubrir su sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Para ser perceptor de la RMI es necesario tener residencia legal permanente en la Comunidad de Madrid y «Carecer de recursos económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas de la vida» [artículos 6.1.a) y 6.1.d) LRMI; la carencia de recursos económicos suficientes se regula en el artículo 8 LRMI]. Otro de los requisitos es «Tener escolarizados a los menores que formen parte de la unidad de convivencia en edad de escolarización obligatoria» [artículo 6.1.f) LRMI]. Y «Haber suscrito el compromiso de formalizar el preceptivo programa individual de inserción y de participar activamente en las medidas que se contengan en el mismo» [artículo

²⁵⁴ El Ingreso Madrileño de Integración se definía como un «Programa contra la exclusión social» cuyo fin era que las personas «alcancen suficiencia económica y autonomía personal» (artículo 1 del Decreto 73/1990 de la CAM). Este ingreso sólo podía ser percibido por personas de nacionalidad española [artículo 4.a)]. La incorporación al programa exigía la firma de un «Contrato de Integración» (artículo 3), lo que suponía la obligación de participar en un programa de actividades de promoción personal o social acordadas por los servicios sociales [artículos 3 y 8.a)]. Los perceptores del ingreso también debían destinar la prestación económica que recibían a su sustento, habitación, vestido, asistencia médica o educación [artículo 8.1.b) por remisión al artículo 142 del Código Civil]. El incumplimiento de estas obligaciones extinguía la incorporación al Programa de Ingreso Madrileño de Integración [artículo 9.b)]. De esta manera, en 1990 ya estaban presentes en el Ingreso Madrileño de Integración las características de contractualización y de control social.

6.1.g) LRMI]. Es, por tanto, una prestación de carácter condicional. La cuantía de la RMI se fija anualmente en la ley de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid (artículo 10.2 LRMI). Su importe no puede ser superior al del salario mínimo interprofesional (artículo 10.4 LRMI).

Los beneficiarios de esta prestación están obligados, entre otras cuestiones, a «Destinar la prestación a los fines para los que ha sido concedida» [artículo 12.a) LRMI]; «Comparecer personalmente, previo requerimiento de la Administración, ante la correspondiente dependencia pública para acreditar los requisitos, así como aportar la documentación que le sea requerida en cualquier momento por la Administración» [artículo 12.d) LRMI]; «Acudir personalmente a las entrevistas concertadas por los profesionales de los servicios sociales, con la periodicidad y en las condiciones señaladas en el programa individual de inserción», así como a «Suscribir el preceptivo programa individual de inserción al que se comprometió al solicitar la prestación, y participar activamente en las medidas contenidas en el mismo» [según los apartados e) y f) del artículo 12 LRMI]. También han de «Escolarizar y garantizar la asistencia activa, continuada y permanente a los centros escolares de los menores durante la etapa educativa obligatoria» [artículo 12.j) LRMI].

El artículo 52.1 del Decreto 126/2014, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid define el programa individual de inserción como «una previsión de acciones cuya finalidad es evitar procesos de exclusión y favorecer la incorporación laboral e integración social para promover la inclusión de quienes carezcan de los recursos suficientes para desarrollar una vida autónoma y participativa, estableciendo un proceso o itinerario individualizado basado en las necesidades globales de la persona así como en sus potencialidades. Se configura como un instrumento dirigido a garantizar el acceso de la ciudadanía a los apoyos personalizados para la inserción social y, en su caso, laboral». El contenido del programa individual de inserción se establece en el artículo 32 LRMI. Estos programas se elaboran «con criterios técnicos y profesionales» (artículo 31.1 LRMI).

También la regulación legal de la Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid ha vinculado la contractualización con las políticas de control sobre los beneficiarios, incluyendo la posibilidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento del programa individual de inser-

ción²⁵⁵. Los perceptores de la RMI se someten a un control periódico y permanente (artículo 11.2 LRMI)²⁵⁶. Así, el incumplimiento de la obligación de acudir a las entrevistas o del programa individual de inserción puede dar lugar a la suspensión de la prestación, e incluso a su extinción, con base en los artículos 13 y 15 LRMI. También se considera infracción administrativa el incumplimiento injustificado del programa individual de inserción o de las medidas que contiene [infracción leve según el artículo 24.b) LRMI, que se convierte en infracción grave si es una negativa reiterada en virtud del artículo 25.c) LRMI]. Las infracciones leves se sancionan con apercibimiento escrito o con la suspensión del pago de la renta mínima por un período de uno a tres meses; mientras que las infracciones graves suponen la extinción de la prestación económica, que no podrá ser solicitada de nuevo hasta que transcurra un período de entre tres y seis meses (artículo 27.1 y 2 LRMI).

La orientación hacia el *workfare* también está presente en la regulación del ingreso mínimo vital estatal. Esta prestación fue creada por el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. En la actualidad se encuentra regulada en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (LIMV).

El ingreso mínimo vital es una «prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas» (artículo 1 LIMV). El ingreso mínimo vital es una prestación económica (artículo 12 LIMV), que tiene la consideración de «prestación no contributiva de la Seguridad Social» (artículo

²⁵⁵ Ignacio GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2021, 120, señala la dimensión de control presente en las rentas mínimas de inserción. Para este autor: «Su carácter asistencial, tanto en la redacción como en su distribución, hace que se deba permitir el acceso de la Administración a un amplio conocimiento de la vida de las personas, y por lo tanto a un control de las mismas, hasta el punto de que controlando sus actividades a veces interfieren con las estrategias de supervivencia de los pobres, modificándolas e impidiéndolas. Esto ocurre al imponer obligaciones para el beneficiario, pero también para sus familiares».

²⁵⁶ Según el artículo 11.2 LRMI: «Los perceptores deberán acreditar el cumplimiento de los mismos cada año o cuando sean requeridos para ello por la Administración. El Reglamento de desarrollo podrá establecer plazos superiores de acreditación para aquellas personas cuyas circunstancias personales y familiares tengan pocas probabilidades de variación».

35 LIMV). La regulación estatal también ha contractualizado esta prestación. Una de las características de esta prestación es su carácter condicional²⁵⁷. Así, entre las obligaciones que deben cumplir las personas titulares de este ingreso se encuentran: «Participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previstas en el artículo 31.1, en los términos que se establezcan» [artículo 36.1.h) LIMV]. Las estrategias de inclusión se dirigen «a la remoción de los obstáculos sociales o laborales que dificulten el pleno ejercicio de derechos y socavan la cohesión social» (artículo 31.1 LIMV). Además, se inscribe de oficio a los beneficiarios del ingreso mínimo vital como demandantes de empleo. Para ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social remite a los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas la identificación de los beneficiarios mayores de 18 y menores de 65 años de edad (disposición adicional undécima LIMV).

La legislación estatal también ha vinculado la contractualización con el control sobre los beneficiarios y, en parte, con el control sobre los miembros de sus unidades de convivencia. La supervisión del cumplimiento de los requisitos se regula en el artículo 29 LIMV. El «Incumplimiento temporal por parte de la persona beneficiaria, del titular o de algún miembro de su unidad de convivencia de las obligaciones asumidas al acceder a la prestación» da lugar a la suspensión del derecho al ingreso mínimo vital [artículo 17.1.f) LIMV]. El incumplimiento de la obligación de participar en las estrategias de inclusión se considera infracción grave; muy grave si el incumplimiento es reiterado [artículos 38.3.d) y 38.4.f) LIMV, respectivamente]. Las infracciones graves se sancionan con la pérdida de la prestación por un período de hasta tres meses, hasta seis meses en el caso de las infracciones muy graves (artículo 39, apartados 3 y 4 LIMV).

La aprobación del ingreso mínimo vital estatal ha incidido en la regulación de las rentas de inserción autonómicas. Hay una tendencia a convertir las rentas de inserción autonómicas como prestaciones subsidiarias del ingreso mínimo vital estatal. En algunos casos, las rentas de inserción autonómicas complementan el ingreso mínimo vital, cuando la cuantía

²⁵⁷ Marcos VAQUER CABALLERÍA: 2022, 119. Otra de las características que señala de esta prestación es su no universalidad ya que está condicionada a la existencia de vulnerabilidad económica. Para este autor, el ingreso mínimo vital ha sido «un importante paso adelante en la construcción del Estado social» (pág. 136).

del ingreso mínimo vital es inferior a la de la renta de inserción autonómica. Las rentas mínimas autonómicas también se pueden otorgar a colectivos que no estén cubiertos por el ingreso mínimo vital. En la práctica, la subsidiariedad ha implicado que se ha reducido el número de personas que reciben las rentas de inserción autonómicas²⁵⁸.

4. Un derecho administrativo ambiental limitado

Los principales problemas ambientales a los que se enfrenta la humanidad son problemas globales. Nos encontramos ante una triple crisis ambiental de dimensión planetaria, compuesta por el cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la contaminación²⁵⁹.

La dimensión global de la problemática medioambiental se ha articulado a través del derecho internacional del medio ambiente. Éste es un sector del ordenamiento jurídico relativamente nuevo. De forma convencional, puede situarse su inicio en la Conferencia sobre el Medio Humano, celebrada en 1972 en Estocolmo, con el patrocinio de Naciones Unidas²⁶⁰.

No existe un tratado internacional general sobre la protección del medio ambiente²⁶¹. Tampoco hay una jurisdicción internacional con competencia para resolver los conflictos ambientales entre Estados²⁶². Los acuerdos internacionales adoptados se refieren a una determinada problemática

²⁵⁸ Marcos VAQUER CABALLERÍA: 2022, 126-128.

²⁵⁹ Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2023, 19.

²⁶⁰ Así lo hace Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2023, 18. Esto no significa que no se hubieran adoptado acuerdos internacionales medioambientales con anterioridad. La Convención de Ramsar relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas es de 1971, aunque entró en vigor en 1975. En cualquier caso, podemos fijar los inicios del derecho internacional del medio ambiente a principios de los años setenta del siglo XX.

²⁶¹ La ONU ha promovido la negociación de un «Pacto Mundial por el Medio Ambiente» (Resolución de la Asamblea General A/72/L.51, de 7 de mayo de 2018, Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente).

²⁶² Lo que sí es habitual es que distintos tribunales internacionales enjuicien asuntos que tienen cierta incidencia en el medio ambiente. Por ejemplo: la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Sistema de solución de Diferencias de la OMC; Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2023, 44.

o a aspectos concretos de la protección del medio ambiente. Entre los más importantes se puede mencionar la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992, que entró en vigor en 1994. Con base en la Convención se aprobó el Protocolo de Kioto de 1997 (entró en vigor en 1997), que fue sustituido por el Acuerdo de París de 2016 (entró en vigor en dicho año). La Convención sobre la diversidad biológica de 1992, que entró en vigor en 1993²⁶³. O el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985, que entró en vigor en 1988.

Uno de los tratados internacionales que mayor influencia han tenido en el derecho administrativo ambiental español en su conjunto es el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1989 (en vigor desde 2001), también conocido como el Convenio de Aarhus, acordado en el marco de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa. Este Convenio, que se circunscribe a la región europea, se ha considerado parte integrante del derecho administrativo global²⁶⁴. Fue ratificado por España en diciembre de 2004, entrando en vigor el 31 de marzo de 2005, y fue incorporado al derecho español por medio de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que transpuso las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE²⁶⁵.

El Convenio de Aarhus y la normativa que lo transpone se basan en tres pilares. El primero de ellos reconoce a cualquier persona el derecho a obtener información ambiental que esté en poder de autoridades públicas, sin que sea necesario acreditar un derecho o un interés legítimo. El segundo pilar se refiere a la participación en la adopción de determinadas decisiones públicas medioambientales. Por último, se establece una acción popular en materia de medio ambiente, al reconocer legitimación para

²⁶³ En aplicación de la Convención se aprobaron el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología de 2000, que entró en vigor en 2003, y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización de 2010 (en vigor desde 2014).

²⁶⁴ Richard STEWART: 2016, 683.

²⁶⁵ Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente.

recurrir en vía administrativa y contencioso-administrativa a las personas jurídicas cuyo fin es la protección medioambiental. De esta manera, en el derecho administrativo ambiental se otorga una especial relevancia a la participación ciudadana, como medio para fomentar la transparencia pública y como instrumento de control de la actuación de la Administración²⁶⁶.

El cambio climático es el principal problema ambiental al que se enfrenta la humanidad. Jurídicamente, esta cuestión se plantea en el ámbito internacional desde la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, que entró en vigor en 1994. El objetivo de la Convención es lograr «la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible» (artículo 2). La Convención no establece compromisos vinculantes para los Estados parte, así que dichos compromisos han de desarrollarse en acuerdos adicionales²⁶⁷. La Convención es un marco de negociación para que los Estados adopten acuerdos en esta materia y que ha sido calificada como «punto de inflexión en la preocupación» sobre el cambio climático a nivel internacional²⁶⁸. El último instrumento climático internacional es el Acuerdo de París, que entró en vigor el 4 de noviembre de 2016. Este Acuerdo ha desplazado el centro de gravedad de la regulación hacia el ámbito estatal, nacionalizando así este régimen.

El Acuerdo de París es un instrumento jurídicamente vinculante. Su objetivo es «mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de los 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura a 1,5°C» (artículo 2). Sin embargo, el Acuerdo no establece obligaciones de reducción de gases de efecto invernadero vinculantes a nivel internacional para alcanzar dicho objetivo²⁶⁹. Cada país, libre y voluntariamente, decide cuáles son sus compromisos de reducción de gases de efecto invernadero, a tra-

²⁶⁶ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: 2003, 376.

²⁶⁷ Blanca LOZANO CUTANDA: 2022a, 39.

²⁶⁸ Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 462.

²⁶⁹ Al contrario de lo que sucedía en el Protocolo de Kioto en el que determinados países se comprometían a reducir seis gases de efecto invernadero «a un nivel inferior en

vés de las denominadas «contribuciones determinadas a nivel nacional» (artículo 4.2)²⁷⁰. De este modo se produce una «nacionalización» de las obligaciones sustantivas derivadas del acuerdo de París²⁷¹. Con lo que la consecución de los objetivos del Acuerdo de París depende de la puesta en práctica de políticas climáticas estatales²⁷².

Las contribuciones determinadas a nivel nacional no forman parte, en sentido estricto, del Acuerdo de París. Éste es un acuerdo internacional de carácter procedimental, se limita a imponer a los Estados firmantes la obligación de preparar, comunicar y revisar sus contribuciones a nivel nacional²⁷³. Todo esto se explica porque el Acuerdo flexibilizó enormemente las obligaciones de los países con el fin de que fuera ratificado por el mayor número posible de Estados²⁷⁴. En esta misma línea, el Acuerdo no establece un régimen sancionador para aquellos Estados que incumplan sus contribuciones a nivel nacional²⁷⁵.

no menos de 5% al de 1990 en el periodo de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012» (art. 3.1 del Protocolo de Kioto).

²⁷⁰ En definitiva, «las Partes deben cumplir con los objetivos de reducción *decididos por ellas mismas*», Blanca LOZANO CUTANDA: 2022a, 43. Los Estados parte están obligados a mejorar sus compromisos en las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que presenten (artículo 4.3 del Acuerdo de París).

El Tribunal Supremo español, en su STS 1038/2023, de 18 de julio (número de recurso 265/2020), FJ 6A, ha considerado que el Acuerdo de París otorga un «amplio margen de libertad» o «discrecionalidad en la adopción de medidas» a los Estados para alcanzar los objetivos previstos en el Acuerdo. Dicha discrecionalidad se encuentra restringida por el principio de progresión (artículo 4.3 del Acuerdo de París), que exige que los Estados aumenten sus compromisos en sus futuros planes de reducción de emisiones; progresividad que puede ser objeto de control judicial.

²⁷¹ Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2018, 108-109.

²⁷² Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 463, señala que «el éxito del Acuerdo depende fundamentalmente de la implementación de políticas climáticas a nivel nacional a partir de la exigencia de que las Partes presenten Contribuciones Determinadas a nivel Nacional».

²⁷³ Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2018, 110. Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 463, califica estos imperativos como «obligaciones principalmente de orden administrativo».

²⁷⁴ El Acuerdo de París ha sido ratificado por 195 Estados según los datos recogidos en la página web United Nations Treaty Collection (<https://treaties.un.org/>), consultada el 14 de marzo de 2025. Mientras que el Protocolo de Kioto sólo cubría el 14% de las emisiones globales de gases de efecto invernadero (en su segundo período de cumplimiento 2013-2020), el Acuerdo de París incluye a países responsables del 95% de dichas emisiones; Rosa María FERNÁNDEZ EGEA: 2018, 106.

²⁷⁵ Sí se establece, en el artículo 15, «un mecanismo para facilitar la aplicación y promover el cumplimiento» del Acuerdo. Este mecanismo consiste en un comité de expertos

En definitiva, aunque el Acuerdo de París incluye unos objetivos cuantitativos vinculantes sobre el aumento de la temperatura media mundial, su eficacia debe ponerse en cuestión. En mi opinión, el establecimiento de esos objetivos cuantitativos es, en gran medida, simbólica. Contribuye a legitimar las políticas ambientales dando la impresión de que se adopta una política ambiciosa. Pero su consecución queda diferida a la adopción de medidas concretas posteriores cuyo cumplimiento va a ser muy difícil de controlar jurídicamente²⁷⁶.

El derecho ambiental administrativo se caracteriza por su marcado carácter territorial. La mayoría de medidas que prevé inciden en actividades que se llevan a cabo dentro del territorio nacional: la evaluación de impacto ambiental, la autorización ambiental integrada, las medidas contra el ruido y la contaminación atmosférica, los espacios naturales protegidos,... En algunos casos, hay decisiones de autoridades españolas que despliegan efectos en toda la Unión Europea, como el otorgamiento a un producto del distintivo de la etiqueta ecológica.

Muchas de las medidas de protección ambiental que establece el ordenamiento español provienen de acuerdos internacionales y, sobre todo, del derecho comunitario. La mayor parte de la legislación administrativa de protección medioambiental española tiene su origen en directivas de la Unión Europea. La transposición del derecho comunitario ambiental resulta conflictiva, pues está marcada por diversas «patologías», ya que de forma generalizada se traspone tarde o de forma insuficiente e incompleta²⁷⁷.

A ello hay que sumar que, en el contexto de la globalización y de la crisis económica, se ha producido en España una disminución del nivel de protección medioambiental; reducción que también se ha visto reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁷⁸. Así, por ejemplo, el TC ha anulado la legislación autonómica que prohibía o limitaba la extracción

«de carácter facilitador, que funcionará de manera transparente, no contenciosa y no punitiva» (artículo 15.2).

²⁷⁶ Lo mismo sucede, en mi opinión, con los objetivos vinculantes de neutralidad climática establecidos en el Reglamento (UE) 2011/1119 (Legislación europea sobre el clima) y en la Ley 7/2021 de cambio climático y de transición energética. Véase el apartado 2.2 del capítulo 3.

²⁷⁷ Alba NOGUEIRA LÓPEZ: 2018, 2466-2467.

²⁷⁸ Alba NOGUEIRA LÓPEZ: 2018, 2469-2481.

de gas a través de técnicas de fracturación hidráulica (*fracking*) por entender que la competencia en juego no es la protección del medio ambiente sino la regulación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13) y de las bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE), competencias que le corresponden al Estado²⁷⁹.

Uno de los límites expresos a la legislación medioambiental, tanto en la normativa europea²⁸⁰ como en la española²⁸¹, es que sus exigencias no se aplican al ámbito de la defensa nacional.

En su esencia, el derecho ambiental no cuestiona los fundamentos del sistema económico capitalista²⁸². Uno de los principios fundamentales de este derecho es el principio de desarrollo sostenible, al que aluden muchas leyes ambientales²⁸³. Según este principio, las generaciones presentes han de satisfacer sus necesidades sin comprometer las posibilidades de las ge-

²⁷⁹ STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 8.a); STC 134/2014, de 22 de julio, FJ 2; STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 2; STC 235/2015, de 5 de noviembre, FJ 5 y 6; STC 260/2015, de 3 de diciembre, FJ 4 y 5; y STC 73/2016, de 14 de abril, FJ 9 y 10.

²⁸⁰ Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (su artículo 3.8 se excluyen los planes y programas que tengan como único objeto servir los intereses de defensa nacional); Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (artículo 4.6); Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (su artículo 1.3 permite que los Estados miembros no sometan a evaluación ambiental los proyectos o partes de proyectos que tengan como único objetivo la defensa).

²⁸¹ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental [artículo 3.4.c) y disposición adicional segunda.5]; Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental [cuyo artículo 8.1.a) excluye de la evaluación ambiental estratégica los planes y programas que tengan como único objeto la defensa nacional y no incluye las infraestructuras militares entre los proyectos sometidos a evaluación ambiental] y la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (disposición adicional primera).

²⁸² Según Juan Ramón CAPELLA: 2008 311, el soberano supraestatal difuso limita seriamente el alcance de las políticas ambientales, como se pone de manifiesto con el fracaso de las conferencias internacionales promovidas por la Organización de Naciones Unidas.

²⁸³ Artículos 3.3, 3.5, 21.2.d) y art. 21.2.f) TUE; artículo 11 TFUE, artículo 37 CDFUE, artículo 3.a) de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado; artículo 41.2 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; artículos 4.3, 4.4 y 22.e) de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera; artículos 1.1 y 2.j) y anexo V, apartado 1.c) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evaluación ambiental. Véase también el artículo 3.2. del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

neraciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Se ha señalado que para satisfacer las exigencias del desarrollo sostenible, deberían cumplirse estrictamente estos tres principios: «1) la tasa de uso de los recursos renovables debería ser igual a la tasa de regeneración de esos recursos; 2) la tasa de uso de los recursos agotables debería ser equivalente a la tasa de creación de sustitutos; 3) la tasa de emisión de residuos debería corresponderse con la capacidad natural de los ecosistemas para absorberlos y transformarlos en sustancias no dañinas para la salud humana»²⁸⁴. En definitiva, deberían ponerse en práctica medidas limitadoras del desarrollo económico, estableciendo fuertes restricciones al derecho de libertad de empresa y al derecho de propiedad privada²⁸⁵. Algo que está muy lejos de estar llevándose a cabo. En la práctica, el principio de desarrollo sostenible funciona más como un principio legitimador del crecimiento económico que como una norma de la que se derivan unos límites al desarrollo económico²⁸⁶. Por ello, están surgiendo propuestas doctrinales que plantean la necesidad de construir un paradigma jurídico alternativo al del desarrollo sostenible, el decrecimiento sostenible²⁸⁷.

5. Un Estado con fronteras porosas y cerrado a la inmigración irregular

La inmigración se ha considerado como «uno de los procesos constitutivos de la globalización»²⁸⁸. Mientras que la globalización económica

²⁸⁴ También debería estabilizarse la población mundial entre 8.000 y 10.000 millones de personas, realizarse transferencias de recursos y tecnología del Norte al Sur, y llevarse a cabo una rápida transición a fuentes de energía renovables; José Luis GORDILLO FERRÉ: 1999, 328.

²⁸⁵ José Luis GORDILLO FERRÉ: 1999, 330.

²⁸⁶ Como afirma José Manuel NAREDO: 2010, 43: «la idea ambigua y contradictoria del “desarrollo sostenible” se empezó a invocar a modo de *mantra* o jaculatoria repetida en todos los informes y declaraciones. Pero esta repetición no sirvió para modificar, ni siquiera en los países ricos, las tendencias al aumento en el requerimiento total de recursos y residuos per cápita. Para lo que sí ha servido esta invocación es para *sostener* el mito puro y duro del crecimiento económico» (cursiva en el original).

²⁸⁷ Carlos Alberto AMOEDO SOUTO: 2022, 69-71.

²⁸⁸ Saskia SASSEN: 2013, 395. En el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular se afirma que la migración es «uno de los rasgos distintivos de nuestro mundo globalizado» (apartado 10), es un «fenómeno intrínsecamente transnacional» (apartado 15.b).

neoliberal se ha orientado a la construcción de un mercado mundial, a la garantía de la libre circulación de bienes, servicios y capitales, así como al refuerzo de la protección de la inversión extranjera, no se reconoce la libre circulación de personas, o se hace de forma asimétrica.

A nivel planetario, el acuerdo más relevante es el «Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular» de 2019, patrocinado por Naciones Unidas²⁸⁹. Existe también un «Pacto Mundial sobre los Refugiados», adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2018²⁹⁰. La adopción del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular se ha calificado como un «paso histórico para la gobernanza de las migraciones internacionales»²⁹¹. El Pacto se define como «un marco de cooperación no vinculante jurídicamente» [apartados 7 y 15.b)]. Se trata, por tanto, de un instrumento jurídico de *soft law*. Su carácter de *soft law* pone de manifiesto la falta de voluntad de los Estados para vincularse jurídicamente en este ámbito, manteniendo así una amplia libertad en el establecimiento de sus políticas migratorias²⁹².

²⁸⁹ Adoptado en Marrakech en diciembre de 2018 por 163 Estados y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (153 votos a favor, 5 votos en contra y 12 abstenciones; Resolución 73/195, de 11 de enero de 2019).

²⁹⁰ El Pacto Mundial sobre los Refugiados «no es jurídicamente vinculante» y «se llevará a la práctica mediante contribuciones voluntarias» que serán establecidas por cada Estado (apartado 4). Los objetivos de este Pacto son: 1) aliviar las presiones sobre los países de acogida; 2) promover la autosuficiencia de los refugiados; 3) ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países; y 4) favorecer en los países de origen condiciones que propicien un retorno en condiciones de seguridad y dignidad (apartado 7).

La tramitación del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular y del Pacto Mundial sobre los Refugiados se llevaron a cabo de forma separada, partiendo de la idea de que los refugiados y los migrantes son dos grupos distintos y se rigen por marcos jurídicos diferentes (apartados 3 y 4 del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular).

²⁹¹ LORENZO CACHÓN RODRÍGUEZ: 2023, 32 y 36. El propio Pacto indica que es un «paso histórico» (apartado 14). En el apartado 6 se afirma que «El presente Pacto Mundial representa un hito en la historia del diálogo mundial y la cooperación internacional sobre la migración».

²⁹² LORENZO CACHÓN RODRÍGUEZ: 2023, 36, hace una lectura positiva del contenido del pacto, porque considera que contiene unos compromisos políticos y morales claros asumidos por los Estados y por las posibilidades de desarrollo por parte de los Estados; véase también TERESA FAJARDO DEL CASTILLO: 2019, 11-15, para quien la naturaleza jurídica última del Pacto será la que le otorgue la práctica de los Estados (pág. 15); esta autora señala que la oposición expresa de algunos Estados impide que el Pacto dé lugar al surgimiento de una norma consuetudinaria de derecho internacional (págs. 15 a 18).

Existe así un claro contraste con las normas que garantizan la libre circulación de bienes y servicios (el GATT y el GATS) que son instrumentos jurídicos vinculantes y en los que se recogen mecanismos para resolver conflictos entre Estados²⁹³. También son instrumentos jurídicos vinculantes los acuerdos internacionales de protección de inversiones que favorecen la movilidad internacional del capital²⁹⁴.

El Pacto Mundial parte del reconocimiento de la soberanía internacional. Los Estados gozan del «derecho soberano a determinar su propia política migratoria» y pueden «distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular» [apartado 15.c)]. De nuevo destaca la distinción frente a los tratados que regulan la globalización económica, cuya regulación impone claras limitaciones a la soberanía de los Estados. Hay que destacar que uno de los principios del Pacto es la protección de los derechos humanos de todos los migrantes²⁹⁵. El Pacto establece veintitrés objetivos para la migración segura, ordenada y regular. Entre ellos quiero destacar los siguientes: aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular (objetivo 5)²⁹⁶, utilizar la detención de migrantes sólo como último recurso y buscar otras alternativas (objetivo 13), proporcionar a los migrantes acceso a los servicios básicos (objetivo 15) y eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración (objetivo 17)²⁹⁷. Algunos de

²⁹³ Apartado 1.1 de este capítulo.

²⁹⁴ Apartado 5 del capítulo 3.

²⁹⁵ Según el Pacto, los Estados tienen «la obligación primordial de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes» (apartado 11). El pacto «defiende los principios de no regresión y no discriminación. La aplicación del Pacto Mundial asegurará el respeto, la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración» [apartado 15.f)].

²⁹⁶ Los Estados se comprometen a «Examinar y revisar las leyes y reglamentos pertinentes para determinar si conviene sancionar la entrada o la estancia irregulares y, de ser así, velar por que las sanciones sean proporcionadas, equitativas, no discriminatorias y plenamente coherentes con las garantías procesales y otras obligaciones dimanantes del derecho internacional» [apartado 27.f)].

²⁹⁷ Los Estados se comprometen a: «Establecer mecanismos para prevenir y detectar la utilización de perfiles raciales, étnicos y religiosos de los migrantes por las autoridades públicas, así como los casos sistemáticos de intolerancia, xenofobia, racismo y todas las demás formas múltiples e interseccionales de discriminación, y darles respuesta, en colaboración con las instituciones nacionales de derechos humanos, incluso realizando y publi-

los objetivos del Pacto promueven el establecimiento de políticas públicas mundiales de gestión migratoria, mientras que el cumplimiento de otros objetivos debe hacerse por medio de políticas nacionales²⁹⁸.

En el ordenamiento jurídico español, la norma constitucional permite la desigualdad de derechos entre los ciudadanos españoles y las personas extranjeras (STC 107/1094, de 23 de noviembre, FJ 3). La legislación de extranjería y la jurisprudencia constitucional muestran una tendencia hacia cierta equiparación entre los derechos de la población española y los de la población extranjera que dispone de un permiso de residencia²⁹⁹. Sin embargo, la población extranjera en situación irregular no tiene reconocida la titularidad de importantes derechos, como el derecho al trabajo, o los derechos recogidos en el artículo 19 de la Constitución (el derecho a elegir libremente residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional). El Tribunal Constitucional también ha considerado posible que el legislador restrinja el ámbito de prestaciones sanitarias gratuitas que se prestan a los extranjeros empadronados en España que carezcan de permiso de residencia (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 10)³⁰⁰.

En nuestro país, la primera ley en materia de extranjería fue la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta ley unificó la regulación de una materia que se encontraba dispersa en distintas disposiciones. Esta Ley Orgánica se aprobó poco antes del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, para garantizar a los países europeos que el Estado español controlaría la inmigración³⁰¹. A partir de entonces, la legislación española de extranjería se ha basado en dos ejes fundamentales: el control migratorio de entrada y la subordinación de la inmigración a las necesidades del mercado de tra-

cando análisis de tendencias, y garantizando el acceso a mecanismos eficaces de denuncia y recurso» [apartado 33.d)].

²⁹⁸ Teresa FAJARDO DEL CASTILLO: 2019, 25-26.

²⁹⁹ Sobre la jurisprudencia constitucional, Cristina IZQUIERDO SANS: 2018, 276-287.

³⁰⁰ Estas restricciones se establecieron en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Que quedó sin efecto, en su mayor parte, por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

³⁰¹ Ángeles SOLANES: 2010, 79.

bajo³⁰². La norma vigente en la actualidad es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Una de las prioridades de la política migratoria es el control de la inmigración ilegal³⁰³. La finalidad de la legislación española en relación con los extranjeros que se encuentran en situación irregular por carecer del permiso de residencia es, o bien impedir su entrada en España, o bien llevar a cabo su expulsión del territorio nacional si han conseguido entrar³⁰⁴.

En ocasiones, para alcanzar ese objetivo se están realizando determinadas prácticas administrativas que limitan o no tienen en cuenta los derechos básicos de las personas migrantes. En estos casos, que pueden calificarse como derecho administrativo del enemigo³⁰⁵, se está utilizando el ordenamiento jurídico como un instrumento de combate de la inmigración irregular.

En este sentido, se pueden mencionar las expulsiones en caliente en Ceuta y Melilla³⁰⁶. Esta práctica, que se realiza al menos desde el año 2005, consiste en que las personas que intentan saltar las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla son entregadas inmediatamente por la Guardia Civil a los gendarmes marroquíes al otro lado de la frontera, por la vía de los hechos y sin realizar ningún trámite procedimental ni respetar ningún derecho ni garantía jurídica de los inmigrantes. Se ha intentado otorgar cobertura legal a esta práctica con la introducción en 2015 de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁰⁷. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de octubre de 2017 (asunto N.D. y N.T. c. España) consideró que las expulsiones en caliente eran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, al vulnerar la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo n.º 4

³⁰² Ángeles SOLANES: 2010, 80.

³⁰³ Ana María LÓPEZ-SALA y Dirk GODENAU: 2017a, pág. 5; y Ana María LÓPEZ-SALA y Dirk GODENAU: 2017b, 212.

³⁰⁴ Luis POMED SÁNCHEZ y FRANCISCO VELASCO CABALLERO: 2004, 137.

³⁰⁵ Sobre este concepto, Eduardo MELERO ALONSO: 2018b, 389-410.

³⁰⁶ Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA y otros: 2015; y Eduardo MELERO ALONSO: 2015, 401-433.

³⁰⁷ Disposición que fue introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

al Convenio) y la posibilidad de un recurso efectivo (art. 13 del Convenio). Esta decisión fue revisada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 13 de febrero de 2020 (asunto N.D. y N.T. c. España), según la cual las expulsiones en caliente no vulneran el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El elemento decisivo que tiene en cuenta el Tribunal para considerar que no se ha producido una expulsión colectiva ni se ha vulnerado el derecho a un recurso efectivo es la propia conducta de los recurrentes, que entraron ilegalmente en España saltando la valla fronteriza de Melilla³⁰⁸.

El Tribunal Constitucional ha considerado que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000 no es inconstitucional. Para el TC no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) ya que la actuación material de carácter coactivo en que consiste el rechazo en frontera podrá ser objeto de un recurso judicial [STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.C).b).iii)]. Además, el rechazo en frontera se encuentra sometido a las garantías jurídicas que establece el ordenamiento jurídico español y a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos [STC 172/2020, FJ 8.C).b)i)]. Sin embargo, el Tribunal no señala cuáles son las concretas garantías que prevé nuestro ordenamiento jurídico³⁰⁹.

Otro ejemplo del derecho administrativo del enemigo son los controles migratorios en los que la policía identifica a las personas basándose únicamente en el color de su piel³¹⁰. El Tribunal Constitucional ha con-

³⁰⁸ Sobre esta sentencia, Eduardo MELERO ALONSO: 2023. Para una lectura favorable, con carácter general, a la decisión del TEDH, considerando que el Tribunal se basa en la figura jurídica del abuso de derecho, Teresa ACOSTA PENCO: 2024, 179-181. Autora que entiende que esta doctrina no debería aplicarse a las personas solicitantes de protección internacional.

³⁰⁹ En su voto particular, María Luisa Balaguer Callejón consideró que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000 debería haber sido declarada inconstitucional y nula: «En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto» (voto particular FJ 3).

³¹⁰ Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA y José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS: 2013; Cristina DE LA SERNA SANDOVAL: 2017; Eduardo MELERO ALONSO: 2018a.

siderado que no es discriminatorio basarse en «determinadas características físicas o étnicas» al realizar controles policiales para vigilar el cumplimiento de la legislación de extranjería (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8). Según el artículo 16.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana en la identificación de las personas debe respetarse estrictamente el principio de no discriminación por origen racial o étnico. A pesar de esta regulación, en la realidad se realizan habitualmente identificaciones policiales con base en un perfil racial o étnico.

Se ha previsto incluso la militarización del control de la inmigración irregular. La *Revisión Estratégica de la Defensa* de 2003 considera que los «movimientos migratorios extraordinarios y no controlados» son un «factor de riesgo» para la seguridad nacional³¹¹, cuyos efectos se pueden reducir a través de la gestión militar de crisis o la colaboración en operaciones de ayuda humanitaria o en la gestión civil de crisis³¹². El papel del ejército en este ámbito es, por lo general, de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado³¹³. La *Estrategia de Seguridad Nacional 2021* incluye los «flujos migratorios irregulares» dentro de los riesgos y amenazas a la seguridad nacional³¹⁴. El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular no impide considerar estos flujos migratorios como un riesgo. Una de las acciones estatales previstas en el Pacto es «Establecer o reforzar mecanismos para vigilar y anticipar la evolución de los riesgos y amenazas que puedan desencadenar movimientos migratorios o influir en ellos»³¹⁵. Por tanto, las Fuerzas Armadas van a poder intervenir en el control de los flujos migratorios irregulares. En principio, en apoyo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pero también de forma independiente cuando se trate de la gestión militar de crisis.

³¹¹ No se consideran como un riesgo principal sino que se encuadra dentro de otros riesgos. Mientras que la plasmación de los riesgos principales implicaría la intervención directa de las Fuerzas Armadas, ello no tiene porqué suceder siempre en relación con los otros riesgos (MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 142).

³¹² MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 150-151.

³¹³ MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 190.

³¹⁴ MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA: 2021, 54 y 65.

³¹⁵ Apartado 18.c) del Pacto, dentro del objetivo 2: minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen; aunque en este apartado no se hace mención expresa a las Fuerzas Armadas estatales.

En claro contraste con esta política de represión de la inmigración irregular, se facilita la entrada y permanencia en territorio español «por razones de interés económico». En este ámbito, el Estado se abre a la inmigración. Esta vía preferente, por la que se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, está regulada en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su indemnización (artículos 61 a 76). Recientemente se ha dejado sin contenido el visado para inversores (artículos 63 a 67 de la Ley 14/2013³¹⁶) por la disposición final vigesimoprimera.uno de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

En la actualidad esta vía preferente resulta aplicable a emprendedores³¹⁷, profesionales altamente cualificados³¹⁸, investigadores³¹⁹ y trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma

³¹⁶ Estos artículos establecían un visado de estancia o, en su caso, de residencia para inversores que realizasen «una inversión significativa de capital» (artículo 63 Ley 14/2014). Se entendía por inversión significativa de capital, cualquiera de las siguientes inversiones iniciales por valor igual o superior a: 1) dos millones de euros en deuda pública española, 2) un millón de euros en acciones o participaciones sociales de sociedades de capital españolas con actividad real de negocio, 3) un millón de euros en fondos de inversión, fondos de inversión de carácter cerrado o fondos de capital riesgo constituidos en España; 4) un millón de euros en depósitos bancarios en entidades financieras españolas. También se consideraba inversión significativa de capital la adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros; o la inversión en un proyecto empresarial en España y que fueran considerados y acreditados como de interés general siempre que cumpliera las condiciones establecidas en el artículo 63.2.c). Según datos del Gobierno, en el período 2013-2023, se concedieron en España 14.576 visados vinculados a inversiones en inmuebles. Referencia del Consejo de Ministros de 9 de abril de 2024. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20240409-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx#visa> (última visita el 14 de marzo de 2025).

³¹⁷ Según el artículo 70.1 de la Ley 14/2013, se entiende como actividad emprendedora «aquella que sea de carácter innovador con especial interés económico para España». El elemento prioritario que se tiene en cuenta es la creación de puestos de trabajo en España, además del perfil profesional del solicitante, el plan de negocio, y el valor añadido para la economía española, la innovación u oportunidades de inversión (artículo 70.2).

³¹⁸ Dentro de esta categoría se incluye el personal directivo o altamente cualificado de determinadas empresas o de determinados proyectos profesionales, así como graduados y postgraduados de universidades y escuelas de reconocido prestigio (artículo 71 de la Ley 14/2013). En el artículo 71 bis se regulan los profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE.

³¹⁹ Este supuesto está desarrollado en el artículo 72 de la Ley 14/2013.

empresa o grupos de empresas³²⁰ (³²¹). Según la exposición de motivos de la Ley 14/2013, la regulación de estos supuestos se hace «por razones de interés económico», con el fin de «atraer inversión y talento a España». Esta vía no se aplica a los ciudadanos de la Unión Europea y a las personas extranjeras que gozan de los derechos de libre circulación y residencia en la Unión (artículo 61.1).

En mi opinión, el otorgamiento de autorizaciones de residencia por esta vía implica la introducción de una lógica económica en el otorgamiento de visados y autorizaciones de residencia, lo que supone adoptar una perspectiva neoliberal. Con este ejemplo se pone de manifiesto la porosidad de las fronteras. Son semipermeables ya que simultáneamente hay apertura y cierre. En este sentido, Stephan LESSENICH ha afirmado que «Las fronteras de la sociedad de la externalización son permeables hacia fuera, pero no hacia adentro, o están configuradas de tal modo que aquello que uno no quiere tener a su lado pueda ser efectivamente excluido»³²².

Por último, es interesante señalar que se han abierto a la privatización algunos ámbitos de la gestión de la política migratoria³²³. Por ejemplo, la Administración ha contratado «la cooperación por parte de un proveedor de servicios externo para la recepción y tramitación de solicitudes de visado en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España en el exterior»³²⁴. La cooperación en la gestión de las solicitudes de visado está

³²⁰ Artículos 73 y 74 de la Ley 14/2013.

³²¹ La autorización también se puede extender al cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, a los hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar y los ascendientes a cargo (artículo 62.4 de la Ley 14/2013).

³²² Stephan LESSENICH: 2019, 151; para este autor la política de visados supone que «las propias fronteras de la sociedad de la externalización se deslocalizan» y que «Los puntos de control de acceso de extraterritorializan» (pág. 152).

³²³ Un cuadro general de la externalización en España de la gestión del control migratorio se encuentra en Ana María LÓPEZ-SALA y Dirk GODENAU: 2017b, 212-216.

³²⁴ Entre las tareas que debe realizar la empresa contratista se encuentran: «proporcionar información general sobre los requisitos en materia de visado y los impresos de solicitud, informar al solicitante de los documentos justificativos necesarios, a partir de una lista, recoger datos y solicitudes (incluida la recogida de los identificadores biométricos y la digitalización de la documentación preceptiva de la solicitud) y transmitir la solicitud a la Misión Diplomática u Oficina Consular, cobrar las tasas de visado, gestionar las citas con aquellos que deban comparecer personalmente en la Misión Diplomática u Oficina Consular, y recoger de la Misión Diplomática u Oficina Consular los documentos de viaje, incluida, en su

prevista en el artículo 43 del Reglamento (CE) 810/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados). De este modo, la Unión Europea ha creado un mercado sobre la gestión de los visados abierto a la economía globalizada.

6. La apertura del Estado español a la globalización armada

Uno de los aspectos esenciales de la globalización es el ámbito militar³²⁵. Desde mi punto de vista, se pueden destacar dos dinámicas fundamentales en la globalización armada: 1) la adopción de un enfoque amplio de seguridad, que se refleja en el cambio de perspectiva de la defensa nacional hacia la seguridad nacional, y 2) la desregulación jurídica de la guerra. Hay que destacar que el reflejo jurídico de ambas dinámicas se ha llevado a cabo, en gran parte, a través de documentos políticos que pueden caracterizarse como *soft law*. La globalización armada es una dimensión del neoliberalismo. En última instancia, los ejércitos son un instrumento para garantizarse el suministro de recursos básicos y para proteger a los mercados³²⁶. Como veremos, así se reconoce expresamente en los documentos estratégicos.

[1] Tradicionalmente, la defensa nacional tenía como objetivo proteger el territorio y la población frente a ataques armados de otros paí-

caso, la notificación de denegación, y devolverlos al solicitante»; según el Pliego de cláusulas administrativas particulares, número de expediente 1/2016 EX, apartado 1.1 Objeto del contrato. Este contrato, valorado en 175 millones de euros y con una duración de 3 años, prorrogables, fue adjudicado a la empresa BLS International Services Limited, una empresa de la India. Un contrato anterior fue adjudicado a otra empresa india, con sede en Dubai (Emiratos Árabes Unidos): VFS Global. El contrato no supone ningún coste presupuestario a la Administración ya que la empresa obtiene su retribución a través de la tasa que cobra a los solicitantes de visado; posibilidad prevista en el art. 17 del Reglamento (CE) 810/2009.

³²⁵ Enrique OLIVAS CABANILLAS: 2006, 63, considera que la dimensión militar es un «elemento constitutivo de la globalización». José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 59-64 y 147-152, también analiza la dimensión militar de la globalización. En su opinión, se está produciendo un tipo de globalización militar distinto del existente durante la época de la guerra fría, entre otras razones por la posición preponderante de Estados Unidos como potencia militar (pág. 60).

³²⁶ Así, Gary GERSTLE: 2022, 129, afirma que el fin último del militarismo de Ronald Reagan era «convertir a las naciones del mundo seguras para el capitalismo y los mercados libres», no se trataba únicamente de la lucha contra la Unión Soviética.

ses. Esta concepción tradicional está presente en el artículo 8.1 de la Constitución española, al establecer que la misión de las Fuerzas Armadas es «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

Desde el final de la Guerra Fría, los Estados han adoptado un enfoque más amplio, cambiando la perspectiva desde la defensa nacional hacia la seguridad nacional³²⁷. Este enfoque amplio supone que los Estados también van a proteger sus intereses nacionales, haciendo frente a los riesgos y amenazas³²⁸ (como el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva, los ciberataques, los movimientos migratorios irregulares o el cambio climático³²⁹) en cualquier lugar del planeta. De esta forma, aumenta el campo de actuación estatal, tanto material como geográficamente, en especial el de su componente militar. El ámbito de la seguridad y la defensa también se ha ampliado al ciberespacio.

[2] En cuanto a la segunda dinámica, la «desregulación jurídica de la guerra»³³⁰, se concreta en la flexibilización de los requisitos jurídicos para el ejercicio legítimo de la fuerza armada que establece la Carta de las Naciones Unidas. Incluso se han aprobado documentos estratégicos que van claramente en contra del derecho internacional. Esta desregulación

³²⁷ Lo que se pone de manifiesto en las estrategias de seguridad de los Estados; Miguel Ángel BALLESTEROS MARTÍN: 2016, 14-15. Fernando LÓPEZ RAMÓN: 2007, 20, considera que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional refleja claramente la expansión del ámbito de la defensa nacional, por ejemplo, al incluir entre sus objetivos contribuir a la preservación de la paz y la seguridad internacionales.

³²⁸ En palabras de la *Revisión Estratégica de la Defensa* (MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 141): «mientras la **amenaza tradicional** en un mundo bipolar era concreta, territorial y simétrica, los **nuevos riesgos y amenazas** para la seguridad en la era de la globalización son inconcretos, no necesariamente territoriales y asimétricos» (negrita original).

³²⁹ La *Estrategia de Seguridad Nacional 2021* recoge los siguientes riesgos y amenazas a la seguridad nacional: tensión estratégica y regional, terrorismo y radicalización violenta, epidemias y pandemias, amenazas a las infraestructuras críticas, emergencias y catástrofes, espionaje e injerencias desde el exterior, campañas de desinformación, vulnerabilidad del ciberespacio, vulnerabilidad del espacio marítimo, vulnerabilidad aeroespacial, inestabilidad económica y financiera, crimen organizado y delincuencia grave, flujos migratorios irregulares, vulnerabilidad energética, proliferación de armas de destrucción masiva y, por último, efectos del cambio climático y de la degradación del medio natural (véase el cuadro resumen, MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA: 2021, 54-55).

³³⁰ Tomo el término de José Luis GORDILLO: 2015, 136 (también en pág. 130).

jurídica de la guerra se ejemplifica en la normativa sobre las operaciones militares de España en el exterior, en la desfiguración del derecho de legítima defensa y en la ampliación del ámbito de actuación de la OTAN en clara contradicción con lo que establece el Tratado del Atlántico Norte.

La guerra está jurídicamente prohibida por la Carta de las Naciones Unidas. Esta norma prohíbe el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales (artículo 2.4 de la Carta). Con dos excepciones: el ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva (artículo 51 de la Carta) y la adopción de medidas que supongan el uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (art. 42 de la Carta).

El ejercicio de la legítima defensa se encuentra sometido a ciertos límites y condiciones, aunque debe tenerse en cuenta que se trata de una institución de «perfiles borrosos»³³¹. La legítima defensa se produce en respuesta a un ataque armado y esta respuesta ha de ser inmediata, proporcional, y provisional³³². La inmediatez exige que la legítima defensa se limite a repeler un ataque en curso³³³. Debe existir una relación de proporcionalidad entre el ataque armado y la respuesta del Estado agredido³³⁴. Y ha de ser una respuesta provisional, hasta que el Consejo de Seguridad adopte las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales.

Según la doctrina mayoritaria, el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas sólo permite la legítima defensa frente a ataques armados en curso de otro Estado. Entendiendo que el ataque o la agresión armada han de ser graves³³⁵. Pero no está reconocida la llamada «legítima defensa preventiva», que

³³¹ Javier A. GONZÁLEZ VEGA: 2001, 248 y 257.

³³² José A. PASTOR RIDRUEJO: 2023, 667-671; en un sentido similar Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, Luis J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA: 2008, 1015-1017.

³³³ Javier A. GONZÁLEZ VEGA: 2001, 251-252, se refiere a la flexibilización del requisito de la inmediatez, de manera que se entiende que la inmediatez existe mientras se prepara la defensa, con el límite de que no puede convertirse en represalia. De manera similar, Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 2003, 192, también considera que la preparación de la defensa forma parte de la inmediatez de la defensa, siempre que se cumplan los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

³³⁴ Javier A. GONZÁLEZ VEGA: 2001, 257.

³³⁵ Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2020, 2 y 37; partiendo de la distinción entre usos «mayores» y «menores de la fuerza» que formuló la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, fallo de 27 de junio de 1986.

permitiría a los Estados reaccionar frente a la posibilidad de sufrir un ataque armado previsible e inminente, pero que aún no se ha producido³³⁶. Aunque está surgiendo una postura minoritaria, especialmente en el ámbito anglosajón, que considera que la legítima defensa también se puede ejercer frente a ataques armados inminentes, cuando el agresor ha tomado todas las medidas necesarias para poder llevar a cabo un ataque, aunque éste no se haya realizado³³⁷. Postura minoritaria que también intenta permitir el ejercicio del derecho de legítima defensa frente a ataques realizados por actores no estatales³³⁸.

La legítima defensa puede ejercerse tanto de forma individual como colectiva. Esta última requiere la existencia de un tratado internacional en el que los Estados se comprometan a ayudarse en caso de que uno de ellos sufra un ataque armado³³⁹. Por ejemplo, el Tratado del Atlántico Norte (artículo 5), o el Tratado de la Unión Europea (artículo 42.7). La legítima defensa colectiva también puede ejercerse previa petición de un Estado que sufre un ataque armado³⁴⁰.

La otra excepción se refiere a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad autorizando el ejercicio de la fuerza armada, dentro del sistema de seguridad colectiva regulado en el Capítulo VII de Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad es competente para determinar «la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de paz o acto de agresión» (artículo 39). Y puede adoptar medidas que impliquen el uso de la fuerza «para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales» (artículo 42)³⁴¹.

³³⁶ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, Luis J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA: 2008, 1018, señalan que «De admitirse esta noción, se estaría abriendo la puerta a calificaciones arbitrarias de los Estados para legitimar el uso de la fuerza ante un ataque todavía inexistente, lo que sería contrario al principio general de prohibición del uso de la fuerza y desnaturalizaría por completo el papel hegemónico del Consejo de Seguridad en el contexto del artículo 51 de la Carta. En consecuencia, se impone una interpretación restrictiva de dicho precepto en cuanto a la hipótesis contemplada de la legítima defensa preventiva, pues en otro caso se incumplirían los requisitos de la legítima defensa y, en particular, su *conditio sine qua non*: la existencia de un ataque armado desencadenado previamente por otro Estado». Véase también José A. PASTOR RIDRUEJO: 2023, 668-669.

³³⁷ Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2020, 9-13, quien es favorable a esta postura.

³³⁸ Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: 2020, 13-22.

³³⁹ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, Luis J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA: 2008, 1018-1019.

³⁴⁰ José A. PASTOR RIDRUEJO: 2023, 671.

³⁴¹ El Consejo de Seguridad también puede acordar medidas que no impliquen el uso de la fuerza, como «la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las co-

A mi juicio, la regulación contenida en la Carta de las Naciones Unidas corresponde a un modelo basado en el concepto de defensa, no de seguridad. Es una normativa muy restrictiva en cuanto al uso de la fuerza armada. El cumplimiento de la Carta otorga efectos simbólicos, es decir, legitimidad al uso de la fuerza armada. Por ello, ningún Estado afirma de sus propias actuaciones que vulneran la legalidad internacional. Lo que intentan hacer algunos Estados es flexibilizar las condiciones de aplicación de la Carta de las Naciones Unidas.

En mi opinión, la desregulación jurídica de la guerra se pone claramente de manifiesto en la ordenación jurídica de las operaciones militares en el exterior. En España, el ordenamiento jurídico se ha interpretado y aplicado de manera que no ha supuesto, en ningún caso, un impedimento a la participación en estas operaciones. Ello es el resultado de la flexibilización del marco constitucional; flexibilización que también se pone de manifiesto en la regulación legal de estas operaciones.

En primer lugar, los sucesivos gobiernos han vaciado de cualquier contenido jurídico vinculante el artículo 63.3 de la Constitución. Este artículo establece que «Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz». En ninguna de las operaciones militares que ha participado el ejército español se ha aplicado este artículo que posibilitaría un control democrático de tales operaciones³⁴².

municaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas» (artículo 41 de la Carta). Entre estas medidas se encuentra la imposición de un embargo de armas. Por ejemplo, la Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad, de 26 de febrero de 2011, en la que se impone un embargo de armas a la Jamahiriya Árabe Libia (párrafos 9 a 13).

³⁴² En mi opinión, el artículo 63.3 CE es una norma jurídica completa, que pone en conexión un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica. Es una regla de aplicación directa, no un principio jurídico de eficacia jurídica diferida. Su redacción es clara: exige la autorización de las Cortes Generales para que el Estado español participe en una guerra. Debe considerarse como uno de los instrumentos jurídicos que hacen efectivo el sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE) y que conforman nuestro Estado de Derecho (artículo 1.1 CE). Considero que el artículo 63.3 CE debe interpretarse desde la realidad social actual, una época en la que no se declaran las guerras. Ello supone que la autorización de las Cortes Generales ha de entenderse como un mecanismo de control frente al Gobierno y como una garantía de que la participación en un conflicto armado será acordada en un procedimiento público. Por último, el artículo 63.3. CE debería interpretarse teniendo en cuenta que la paz es un valor constitucional. He analizado la interpretación del artículo 63.3 CE en el capítulo 2 de Eduardo MELERO ALONSO: 2006.

La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN) establece una regulación de las operaciones militares en el exterior. Pero solamente resulta aplicable a las operaciones «que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional». Las operaciones militares que no están directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional han de ser autorizadas por el Congreso de los Diputados (art. 17.1 LODN). Estas operaciones se someten a tres requisitos, que deben concurrir de forma cumulativa³⁴³: 1) han de realizarse por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen o autorizadas en resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o acordadas por organizaciones internacionales como la UE o la OTAN; 2) deben cumplir los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o mantenimiento de la paz previstos por las organizaciones internacionales; y 3) han de ser conformes con la Carta de las Naciones Unidas y no pueden ser contrarias al derecho internacional convencional (art. 19 LODN).

Las operaciones más importantes desde el punto de vista de la defensa nacional, es decir, aquellas que sí están directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional no son objeto de regulación en la LODN. No se establece expresamente, por tanto, que estas operaciones militares se encuentran sometidas a la Carta de las Naciones Unidas. En mi opinión, la LODN pretende establecer un marco flexible que podría servir para legitimar la participación en operaciones militares realizadas al margen de lo que establece el derecho internacional. Los supuestos más problemáticos son las operaciones militares que desbordan el derecho de legítima defensa y las intervenciones armadas para asegurarse el suministro de recursos básicos³⁴⁴. No se trata de una mera cuestión teórica. La doctrina militar española contenida en la *Revisión Estratégica de la Defensa* de 2002 –un documento político que podemos calificar como *soft law* y que todavía no ha sido sustituido por otra revisión estratégica más reciente– recoge una concepción ilimitada del derecho de legítima defensa, que incluye la legítima defensa preventiva, y menciona expresamente la posibilidad de llevar a cabo intervenciones militares para asegurar la continuidad de los suministros básicos.

³⁴³ Fernando LÓPEZ RAMÓN: 2007, 42.

³⁴⁴ Eduardo MELERO ALONSO: 2009, 101-106.

El supuesto típico de intervención militar directamente relacionada con la defensa de España es el ejercicio del derecho de legítima defensa. En este sentido, resulta problemática la interpretación expansiva del derecho de legítima defensa que recoge la *Revisión Estratégica de la Defensa*:

«Para impedir cualquier tipo de agresión, las FAS deberán realizar acciones de prevención, disuasión y todas aquellas que contribuyan al control de una crisis, evitando que ésta desemboque en un conflicto armado. Asimismo, aquí debe considerarse cualquier acción armada preventiva dirigida, como último recurso, a evitar la agresión»³⁴⁵.

La mención a *cualquier acción armada preventiva dirigida, como último recurso, a evitar la agresión*, se refiere claramente al ejercicio de la legítima defensa preventiva. Además, la legítima defensa preventiva se interpreta «desde un **concepto amplio de seguridad y defensa**, que hace referencia no sólo a los espacios de soberanía nacionales y de los países aliados, sino también a la defensa de nuestros intereses allí donde se encuentren»³⁴⁶.

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional, al no regular las operaciones militares en el exterior que sí están directamente relacionadas con la defensa de España, permite legitimar la desfiguración de la institución de la legítima defensa tal y como se encuentra regulada en la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, las Fuerzas Armadas españolas participaron en la operación Libertad Duradera en la guerra de Afganistán entre octubre de 2001 y julio de 2004³⁴⁷. Una operación que se quiso justificar en el ejercicio del derecho de legítima defensa a pesar de ser contraria al artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas³⁴⁸.

³⁴⁵ MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 175.

³⁴⁶ MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 176 (negrita original).

³⁴⁷ El contingente militar español no superó la cifra de 548 soldados. La participación consistió en un hospital de campaña en Bagram con cuarenta y dos soldados de la Unidad Médica de Apoyo al Despliegue, varios aviones C-130 Hércules y cuatro helicópteros; también se enviaron al océano Índico occidental dos fragatas y un buque de aprovisionamiento, así como un avión P-3 Orión de patrulla marítima; Eduardo MELERO ALONSO: 2008, 95.

³⁴⁸ En primer lugar, era dudoso que los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 fueran considerados como un ataque armado y, además, imputables a Afganistán. Por otra parte, no concurría el requisito de la inmediatez, ya que la operación Libertad Duradera se inició casi un mes después de los atentados del 11 de septiembre. Y tampoco se cumplió el requisito de la proporcionalidad. Eduardo MELERO ALONSO: 2008, 93-94.

En cuanto a las operaciones militares relacionadas con el suministro de recursos básicos, según la *Revisión Estratégica de la Defensa*, forman parte de los intereses nacionales de seguridad la prosperidad de los españoles, el mantenimiento de la libertad de intercambios comerciales y de comunicaciones, y la seguridad en el suministro de los recursos básicos³⁴⁹. De la *Revisión Estratégica de la Defensa* se deduce que una intervención militar que tuviera como objetivo asegurar el suministro de petróleo estaría directamente vinculada con el interés nacional, ya que serviría para garantizar la prosperidad de los españoles y la seguridad en el suministro de recursos básicos. Incluso se señala expresamente que:

«Las Fuerzas Armadas pueden contribuir a **reducir el riesgo** de la interrupción de suministros, como ya ha ocurrido en el pasado, mediante intervenciones que aseguren la continuidad de los suministros básicos»³⁵⁰.

Este tipo de intervenciones militares vulneran la Carta de las Naciones Unidas, ya que contradicen abiertamente la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta). Pero si únicamente tenemos en cuenta la LODN, como no se ha establecido ninguna regulación ni se han prohibido expresamente, podría intentar justificarse su legalidad. En otras palabras, si el Gobierno español decidiera participar en una guerra como la de Irak para garantizar el suministro de petróleo, la LODN no impediría adoptar dicha decisión según la concepción mantenida en la *Revisión Estratégica de la Defensa*.

Hasta ahora, en la práctica, la ausencia de regulación en la LODN de las operaciones militares relacionadas directamente con la defensa de España o del interés nacional se está utilizando para no someter a autori-

³⁴⁹ Sobre los intereses nacionales de seguridad, MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 129-135.

³⁵⁰ MINISTERIO DE DEFENSA: 2003, 148 (negrita original). De forma más explícita se manifestaba sobre esta cuestión el *Libro Blanco de la Defensa 2000*: «una nación como España, constituida como democracia avanzada y con una economía muy dependiente del exterior en recursos energéticos y en materias primas, tiene un conjunto de intereses que, en gran medida, rebasan a la defensa de territorio y de la soberanía. España necesita tener asegurado el suministro de recursos básicos para mantener el bienestar y fomentar la prosperidad del pueblo español. Cualquier acción de fuerza que pusiera en peligro ese suministro con riesgo de colapso para nuestra economía constituiría una amenaza que sería necesario contrarrestar» (MINISTERIO DE DEFENSA: 2000, 70). En este párrafo también se ejemplifica el paso de la defensa nacional hacia la seguridad.

zación del Congreso de los Diputados la participación española en operaciones de la OTAN llevadas a cabo en la zona euroatlántica, como la operación *Sea Guardian* en el Mediterráneo o la operación Presencia Avanzada Reforzada en Letonia³⁵¹.

Por último, conviene destacar que la participación de las Fuerzas Armadas en operaciones militares fuera del territorio nacional es una decisión que corresponde al Gobierno español (art. 5 LODN). Ningún tratado o acuerdo internacional imponen al Estado español la obligación de intervenir militarmente³⁵². Desde el punto de vista político, la participación española en operaciones militares internacionales muestra una clara tendencia a marginar la contribución a las misiones de la ONU, priorizando la participación en las misiones de la UE y, sobre todo, de la OTAN³⁵³.

En relación con la OTAN, considero que hay que destacar tanto la ampliación de su ámbito geográfico de actuación como la desfiguración del derecho de legítima defensa que promueve. Lo que se ha llevado a cabo, sin modificar el Tratado del Atlántico Norte, por medio del Concepto Estratégico, un acuerdo político que puede calificarse como *soft law*. Según el Tratado del Atlántico Norte, la OTAN es una organización de defensa mutua para el ejercicio del derecho de legítima defensa frente a los ataques armados que sufran sus miembros en el territorio de Europa o en América del Norte (artículos 5 y 6).

El Concepto Estratégico de la OTAN de 2022 adopta una concepción amplia de la seguridad, según la cual se responderá «a todas las amenazas a nuestra seguridad como y cuando queramos y en el dominio que elijamos»

³⁵¹ La entonces Ministra de Defensa, María Dolores de Cospedal, en comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso en enero de 2018, justificaba que no se solicitara autorización al Congreso de los Diputados en la mayoría de operaciones militares de la OTAN en las que participaba España de la siguiente manera: «como entra dentro de la esfera de la defensa de nuestra soberanía –porque nosotros al participar en la OTAN defendemos nuestra soberanía, junto con la de nuestros aliados en la Alianza Atlántica, y estamos hablando del espacio euroatlántico de defensa–, no se requiere ninguna autorización parlamentaria para esa operación» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Defensa, XII Legislatura, núm. 412, de 24 de enero de 2018, pág. 35).

³⁵² Eduardo MELERO ALONSO: 2006, 36-37, 90-94 y 103.

³⁵³ Alejandro POZO MARÍN: 2018, 95. Según este autor, las intervenciones militares españolas parecen perseguir el apoyo a los aliados e incrementar el peso internacional de España (pág. 91).

(punto 20, última frase)³⁵⁴. Se reconoce expresamente la posibilidad de intervenir más allá de las fronteras geográficas establecidas en el artículo 6 del Tratado del Atlántico Norte: «Aseguraremos los recursos, capacidades, adiestramiento y mecanismos de mando y control necesarios para desplegar y sostener operaciones militares y civiles de gestión de crisis, de estabilización y de lucha contra el terrorismo, *incluso a distancia estratégica*» (punto 36, primera frase, cursiva mía)³⁵⁵.

El Concepto Estratégico de 2022 también propone una desfiguración del derecho de legítima defensa en relación con los ciberataques, las operaciones en el espacio y las operaciones híbridas. Según el punto 25: «Un acto aislado o un conjunto de actividades maliciosas ciber, o bien una operación hostil hacia, desde o en el espacio, podría alcanzar el nivel de un ataque armado y llevar al Consejo del Atlántico Norte a invocar el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte». Mientras que, según el punto 27: «Invertiremos en nuestra preparación, disuasión y defensa contra el uso coercitivo de tácticas políticas, económicas, energéticas, de información y otras tácticas híbridas por parte de actores estatales y no estatales. Las operaciones híbridas contra los Aliados podrían alcanzar el nivel de ataque armado y llevar al Consejo del Atlántico Norte a invocar el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte». Se abre así la posibilidad de que un ciberata-

³⁵⁴ Utilizo la traducción realizada por el Ministerio de Defensa. MINISTERIO DE DEFENSA: 2022. El Concepto Estratégico de 1999 reconocía la posibilidad de que la OTAN interviniera en operaciones militares que no fueran de legítima defensa (con la denominación «operaciones de respuesta a las crisis no contempladas en el artículo 5») cuyo ámbito geográfico fuera más allá de las fronteras de la OTAN. Con base en dicho Concepto Estratégico se llegó a justificar la intervención de la OTAN en Afganistán. El Concepto Estratégico de 2010 también ampliaba el ejercicio del derecho de legítima defensa, al reconocer la defensa frente a cualquier amenaza a la seguridad de la OTAN. Frente a las amenazas se establecía, entre otras, la posibilidad de llevar a cabo operaciones expedicionarias y el desarrollo de hostilidades. Y también se admitía la posibilidad de que la OTAN actuara más allá de sus fronteras cuando esté amenazada directamente la seguridad de la Alianza. Sobre el Concepto Estratégico de la OTAN de 1999 puede verse Eduardo MELERO ALONSO: 2006, 37-42.

³⁵⁵ Esta ampliación también se reconoce, de forma implícita, en el apartado relativo a la seguridad marítima (punto 23): «La seguridad marítima es clave para nuestra paz y prosperidad. Reforzaremos nuestra postura y nuestro conocimiento de la situación para disuadir y defendernos de todas las amenazas en el dominio marítimo, preservar la libertad de navegación, asegurar las rutas comerciales marítimas y proteger nuestras principales líneas de comunicación». Esta referencia tan amplia a la seguridad marítima puede entenderse que hace referencia a cualquier mar del planeta.

que o una operación híbrida se consideren como un ataque armado a efectos del ejercicio del derecho de legítima defensa. Ampliando así el ámbito de aplicación de este derecho. El Concepto Estratégico es un documento que adolece de un elevado grado de ambigüedad. Tampoco determina las condiciones que han de cumplirse para considerar que un ciberataque o una operación híbrida alcanzan el nivel de un ataque armado.

En mi opinión, el Concepto Estratégico de la OTAN es un instrumento de *soft law contra legem*. Porque para su aprobación, debería haberse modificado el Tratado del Atlántico Norte, lo que habría exigido la intervención de los parlamentos nacionales. En España la adopción o modificación de tratados de carácter militar requiere previa autorización de las Cortes Generales [art. 94.1.b) CE]. Pero eso iría contra la política de la OTAN de adoptar sus decisiones al margen de los parlamentos nacionales.

En el ordenamiento jurídico español, el Tribunal Supremo ha considerado que la decisión del Gobierno español de firmar el Concepto Estratégico de 2010 no es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de un acto político que implica el ejercicio de funciones de superior dirección política realizadas en el marco de las relaciones internacionales (Auto TS de 24 de mayo de 2013, núm. recurso 33/2011, FJ 3). Una decisión que es claramente contraria al control de los actos políticos establecido en el artículo 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. De esta forma, el Tribunal Supremo ha establecido un ámbito no sometido al control jurídico, una inmunidad del poder, un agujero negro legal. Esta jurisprudencia, al excluir el control jurídico sobre los actos políticos en el ámbito de las relaciones internacionales, facilita la apertura del derecho español a la globalización armada neoliberal.

La Unión Europea también intentar sumarse a la globalización armada. Las operaciones militares en el exterior se recogieron en el Tratado de la Unión Europea con la modificación realizada por el Tratado de Ámsterdam (que entró en vigor el 1 de mayo de 1999; véase el artículo J.7.2). En la actualidad, las operaciones militares en el exterior de la Unión Europea se encuentran reguladas en los artículos 42 y 43 TUE. El artículo 42.1 TUE prevé la posibilidad de utilizar medios civiles y militares «en misiones fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de

la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas». Estas operaciones incluyen: «actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos» (artículo 43.1 TUE).

La Unión Europea también está proponiendo una desregulación del derecho de legítima defensa en relación con las amenazas híbridas. Partiendo de una definición flexible de estas amenazas³⁵⁶, considera que «la lucha contra las amenazas híbridas constituye un asunto de defensa y seguridad nacional y de mantenimiento del orden público»³⁵⁷. La UE ha planteado la posibilidad de que las amenazas híbridas supongan una agresión armada, frente a la que se podrá actuar en legítima defensa con base en el artículo 42.7 TUE:

«A diferencia del artículo 222 del TFUE, si varias amenazas híbridas graves constituyen una agresión armada contra un Estado miembro de la UE; podrá invocarse el artículo 42, apartado 7, del TUE para aportar una respuesta adecuada en el momento oportuno. La aparición de amenazas híbridas de gran alcance y gravedad puede requerir asimismo una mayor cooperación y coordinación con la OTAN»³⁵⁸.

³⁵⁶ Sobre el concepto de amenazas híbridas, la «Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas. Una respuesta de la Unión Europea», de 6 de abril de 2016, JOIN (2016) 18 final, pág. 2, afirma que: «Si bien es cierto que las definiciones de las amenazas híbridas varían y deben seguir siendo flexibles para tener en cuenta su carácter evolutivo, el objeto de este concepto es subrayar la mezcla de actividades coercitivas y subversivas, de métodos convencionales y no convencionales (es decir, diplomáticos, militares, económicos y tecnológicos), que pueden ser utilizados de forma coordinada por agentes estatales o no estatales para lograr objetivos específicos, manteniéndose por debajo del umbral de una guerra declarada oficialmente. Suelen aprovecharse las vulnerabilidades del objetivo y generarse ambigüedad para obstaculizar los procesos decisorios. Las campañas de desinformación masiva, que recurren a los medios sociales para controlar el discurso político o para radicalizar, contratar y manipular a individuos que actúan por delegación, pueden constituir vectores de estas amenazas híbridas».

³⁵⁷ «Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas. Una respuesta de la Unión Europea», de 6 de abril de 2016, JOIN (2016) 18 final, pág. 2.

³⁵⁸ «Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas. Una respuesta de la Unión Europea», de 6 de abril de 2016, JOIN (2016) 18 final, pág. 18. El artí-

El marco jurídico de la apertura del Estado español a la globalización armada se completa con el Convenio de cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América³⁵⁹. No es un convenio de ayuda mutua en caso de ataque armado (artículo 12.1)³⁶⁰. El Convenio concede a los Estados Unidos la utilización y mantenimiento, con fines militares, de instalaciones de apoyo en determinadas bases (artículos 8.1 y 16 a 23). Se prevé la posibilidad de que las autoridades españolas autoricen la creación de nuevas instalaciones de apoyo (artículo 8.3). El Convenio también otorga a Estados Unidos, para fines militares, autorizaciones de uso del territorio, mar territorial y espacio aéreo, así como de otras instalaciones españolas (artículos 8.2 y 24 a 35). El Gobierno español puede autorizar otros usos (artículo 2.2). Las instalaciones de apoyo se encuentran en la Base Aérea de Morón y en la Base Naval de Rota (anexo 2). En estas instalaciones, Estados Unidos puede destinar unidades militares y personal civil, y almacenar y mantener municiones y explosivos. Se establece el nivel máximo de personal militar y civil que se autoriza al Gobierno de Estados Unidos de América a situar en España (artículo 10 y anexo 2). Se requiere acuerdo del Gobierno español para la «instalación, almacenamiento o introducción en territorio español de armas nucleares o no convencionales o sus componentes» (artículo 11.2). También se garantiza el suministro de combustible a las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos (artículo 35).

El Segundo Protocolo de Enmienda del Convenio establece la posibilidad de celebrar acuerdos administrativos en desarrollo de dicho protocolo (artículo 3)³⁶¹. Con base en este precepto, se adoptó en mayo

culo 222 TFUE recoge una cláusula de solidaridad si un Estado miembro «es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano»; mientras que el artículo 42.7 TUE regula la legítima defensa ante una «agresión armada» en el territorio de un Estado miembro de la UE.

³⁵⁹ El Convenio es de 1988 y ha sido modificado por tres protocolos de enmienda de 2002, 2012 y 2015.

³⁶⁰ Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: 1989, 41-42. El artículo 12.1 del Convenio establece que: «En caso de amenaza o ataque exterior contra cualquiera de las dos Partes que esté actuando conforme a los objetivos mencionados en el párrafo 2 del artículo 2 de este Convenio, el momento y modo de utilización de los apoyos a que se refieren los capítulos II y III de este Convenio serán objeto de consultas urgentes entre ambos Gobiernos y se determinarán por mutuo acuerdo, sin perjuicio del derecho inherente de cada Parte a la directa e inmediata legítima defensa».

³⁶¹ El artículo 3 del Segundo protocolo de enmienda establece que «Las Partes podrán celebrar acuerdos administrativos en desarrollo del presente Segundo Protocolo

de 2023 un acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de los Estados Unidos de América para aumentar de cuatro a seis los buques AEGIS de la Marina de los Estados Unidos autorizados a tener base permanente en la Base Naval de Rota³⁶². Al considerarse un acuerdo administrativo dictado en desarrollo del Convenio, para su celebración no se solicitó la autorización previa de las Cortes Generales que exige el artículo 94.1.b) CE en relación con los tratados o convenios de carácter militar. Esto resulta destacable porque el Segundo Protocolo de Enmienda del Convenio de cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América únicamente autoriza el estacionamiento permanente de cuatro buques AEGIS de la Marina de los Estados Unidos de América (artículos 1 y 2). De la misma manera, el Anejo 2 del Convenio de cooperación para la defensa, titulado «Bases españolas y niveles de fuerza autorizados», únicamente autoriza la presencia de cuatro destructores AEGIS de la Marina de Estados Unidos y sus tripulaciones, cuya actividad principal es contribuir a la defensa contra misiles balísticos. El Segundo Protocolo de Enmienda tampoco recoge expresamente la posibilidad de que se amplíe la cantidad de buques autorizados. En mi opinión, se ha realizado una modificación del contenido del Convenio de cooperación para la defensa a través de un acuerdo administrativo

de Enmienda, según sea necesario, siempre que estos acuerdos sean conformes con el Convenio y con las respectivas legislaciones nacionales de las Partes».

El acuerdo internacional administrativo se define en el artículo 2.a) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales como «acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno». Estos acuerdos administrativos internacionales se celebran «en ejecución y concreción de un tratado internacional cuando el propio tratado así lo prevea» (artículo 38.1 de la Ley 25/2014) y deben «respetar el contenido del tratado internacional que les dé cobertura, así como los límites que dicho tratado haya podido establecer para su celebración» (artículo 38.3).

³⁶² Acuerdo relativo al despliegue de dos buques adicionales de la marina de los Estados Unidos en la base naval de Rota para el desarrollo de la cooperación establecida por el Segundo protocolo de enmienda del Convenio de Cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, hecho en Madrid el 8 de mayo de 2023 (BOE de 15 de junio de 2023).

internacional. El aumento de la presencia de buques AEGIS en la Base Naval de Rota no es una cuestión de naturaleza técnica o de ejecución y concreción del Convenio de cooperación para la defensa³⁶³. Debería haberse modificado el Convenio previa autorización del Congreso de los Diputados otorgada con base en el artículo 94.1.b) CE.

El Convenio no establece ningún mecanismo de control para que el Gobierno español conozca el destino y la finalidad de las operaciones que autoriza. Más bien sucede lo contrario: se incluyen reglas que imposibilitan en la práctica este tipo de controles. Así, se recoge expresamente que las autorizaciones sobre escalas de buques se otorgarán «sin solicitar información sobre el tipo de armas a bordo de los buques» (anejo 3, apartado 7); o que «Los buques de la Armada española y los buques de las Fuerzas de los Estados Unidos de América estarán exentos de inspecciones, incluidas las de aduana y sanidad» (anejo 3, apartado 9.3). La doctrina interpreta que estos preceptos imponen la «obligación jurídica de no solicitar información al respecto por parte de España»³⁶⁴; lo que implica «la renuncia convencional expresa a un derecho inherente a la soberanía», que desvirtúa en la práctica la política de no nuclearización del Estado español³⁶⁵.

En definitiva, el marco jurídico español y la doctrina militar nacional permiten que el Gobierno español pueda poner en práctica una política militar funcional a las exigencias del Estado norteamericano³⁶⁶. Lo que incluso puede suponer participar en intervenciones militares contrarias al derecho internacional, como sucedió con la participación española en

³⁶³ Según el preámbulo del Acuerdo relativo al despliegue de dos buques adicionales de la marina de los Estados Unidos en la base naval de Rota, la petición de Estados Unidos, de aumentar de cuatro a seis los buques de la Marina de los Estados Unidos autorizados a tener base permanente en la Base Naval de Rota «no cambia las misiones ni el tipo de fuerzas ya autorizadas, ni tampoco modifica el nivel de efectivos militares y civiles estadounidenses autorizados de forma permanente en la Base Naval de Rota».

³⁶⁴ Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: 1989, 46.

³⁶⁵ Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: 1989, 35.

³⁶⁶ Un Estado que promueve la «desregulación jurídica de la guerra» legitimándola bajo el discurso de la guerra justa, que propone la legítima defensa preventiva, que ha creado la categoría de «combatientes ilegales» para no aplicar los Convenios de Ginebra a los prisioneros de guerra y que incluye entre sus objetivos de defensa garantizar el acceso a los recursos energéticos clave para preservar la seguridad energética de Estados Unidos y de todo el sistema económico mundial; José Luis GORDILLO: 2015, 128-134.

la guerra de Afganistán³⁶⁷. En el ámbito militar nos encontramos ante un Estado abierto a las políticas definidas por el soberano supraestatal difuso, que son las que determine la política militar estadounidense o, subsidiariamente, la OTAN³⁶⁸.

³⁶⁷ Sobre la ilegalidad de esta operación militar, Eduardo MELERO ALONSO: 2008, 91-106.

³⁶⁸ Juan Ramón CAPELLA: 2008, 311, afirma que el soberano difuso impone sus políticas militares a los Estados de las metrópolis del norte. Por su parte, José Luis GORDILLO: 2008, 83, considera que la construcción de la globalización neoliberal «necesita de un poder político-militar de alcance planetario que tutele y garantice sus condiciones materiales de existencia como, por ejemplo, el suministro de energía».

Capítulo 3

La dimensión jurídica supranacional de la globalización neoliberal: europeización del derecho administrativo y derecho administrativo global

En este capítulo analizaré los procesos e instituciones globales que inciden en el derecho administrativo. Como ya se ha señalado, una de las consecuencias de la globalización es que los Estados han perdido poder, tanto soberanía jurídica como autonomía de hecho. La desestatalización del derecho administrativo tiene su origen en la combinación de la pérdida de soberanía estatal y de la pérdida de autonomía estatal. Los dos fenómenos más importantes en este nivel de la globalización neoliberal son la europeización del derecho administrativo y el surgimiento de lo que se ha nombrado como derecho administrativo global.

1. La europeización del derecho administrativo

1.1. Integración en la Unión Europea y pluralización del ordenamiento jurídico español

La construcción de la Unión Europea puede considerarse como uno de los niveles en los que se desarrolla la globalización³⁶⁹. La integración en la Unión Europea ha supuesto que el ordenamiento jurídico español ha dejado de ser autónomo. Se ha «pluralizado», en el sentido de que el derecho vigente en España está formado por las normas nacionales y por el derecho de la Unión Europea³⁷⁰.

El derecho de la Unión Europea es un ordenamiento jurídico autónomo tanto respecto al derecho internacional como frente al derecho interno de los Estados miembros de la Unión³⁷¹. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal de Justicia. La STJCE de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62, *van Gend & Loos*), FJ II.B, afirmó que la Comunidad Europea es un «nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional» y que el derecho comunitario es «autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros». Mientras que la STJCE de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, *Costa ENEL*), consideró que el Tratado de la Comunidad Económica Europea ha creado un «ordenamiento jurídico propio»³⁷²; un derecho que nace de «una fuente autónoma»³⁷³. La autonomía del derecho de la UE significa que

³⁶⁹ Jean Bertrand AUBY: 2012, 46; también señala que la Unión Europea ha acelerado la mundialización y puede verse, además, como un mecanismo de defensa, de adaptación frente a la globalización (pág. 60). Para este autor el derecho de la Unión Europea supone el nivel más importante de internacionalización del derecho administrativo (pág. 244).

³⁷⁰ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 111, entiende que en los Estados miembros de la Unión Europea hay una situación de «pluralismo jurídico»; en sentido similar Rainer WAHL: 2013, 149, considera que en los Estados miembros de la UE «el Derecho está pluralizado».

³⁷¹ Daniel SARMIENTO y Xavier CODINA GARCÍA-ANDRADE: 2021, 748-749.

³⁷² La cita completa del considerando de la sentencia es la siguiente: «Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales».

³⁷³ La STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/26 (*Slowakische Republik y Achmea BV*) resume la jurisprudencia sobre la autonomía del derecho de la UE así: «El Derecho de la Unión se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, y por el efecto

las instituciones de la Unión cuentan con poderes normativos y ejecutivos propios. También implica que el control de validez de sus actos jurídicos se lleva a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El derecho de la UE no se interpreta desde el derecho de los Estados miembros, sino a partir de los tratados constitutivos de la Unión. En virtud del artículo 344 TFUE, los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.

La integración europea se ha llevado a cabo sin un auténtico proceso constituyente³⁷⁴. El artículo 93 de la Constitución es el «fundamento último» de la integración de España en la Unión Europea (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2). Para el Tribunal Constitucional, el artículo 93 CE es el «soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro» (Declaración TC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2); refiriéndose expresamente a otros ordenamientos jurídicos autónomos. En este sentido, el TC ha calificado, metafóricamente, al artículo 93 CE como «bisagra». Según el Tribunal Constitucional, este precepto impone unos límites materiales («no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución»); estos límites son: «el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)», Declaración TC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

En mi opinión, estos límites materiales implícitos que señala el Tribunal Constitucional, definidos de un modo tan abstracto e impreciso, podrían interpretarse en la práctica de una forma muy flexible, de manera que el artículo 93 CE más que una «bisagra» corre el riesgo de convertirse en un «sumidero» de soberanía. La interpretación del TC facilita la atribución de competencias a organizaciones internacionales. Pero, al mismo tiempo, implica el riesgo de vaciar las competencias de los poderes públi-

directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí» (apartado 33).

³⁷⁴ Gabriel MORENO GONZÁLEZ: 2019, 28-31.

cos atribuidas constitucionalmente, con el único requisito formal de que se haga por ley orgánica.

1.2. *La europeización del derecho administrativo*

La europeización puede definirse como el «proceso mediante el cual el ordenamiento nacional, de manera difícilmente reversible, queda conformado por reglas, principios e instituciones de origen europeo que, en caso de conflicto normativo, tienen fuerza jurídica para desplazar al Derecho nacional, y que son objeto de una interpretación conforme a parámetros propios del ordenamiento europeo de origen»³⁷⁵. En este trabajo me limitaré a la influencia que ejerce el derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, aunque el concepto de europeización también se puede referir al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En sentido estricto, la europeización implica la modificación del derecho nacional por normas de derecho secundario de la Unión Europea. En sentido amplio, la europeización se produce por un conflicto, no querido en principio, entre las normas de la Unión Europea y las normas nacionales³⁷⁶. Hay quien considera que la europeización supone una fase en la evolución del derecho administrativo nacional³⁷⁷.

Hay distintos principios del derecho de la Unión Europea que funcionan como «mecanismos de europeización»: el principio de primacía, el principio de efecto útil, el principio de interpretación conforme, el principio de efecto directo, los principios de equivalencia y efectividad, y el principio de interpretación uniforme³⁷⁸. La europeización afecta a múltiples ámbitos del derecho administrativo español. En la parte general incide en cuestiones de organización, formas de actuación, procedimiento y reconocimiento de derechos subjetivos públicos (como el derecho a una buena administración). En determinados ámbitos materiales es especialmente relevante, como en el derecho administrativo económico (servicios públicos, ayudas públicas o contratos) o en el derecho medioambiental.

³⁷⁵ Daniel SARMIENTO y Xavier CODINA GARCÍA-ANDRADE: 2021, 746.

³⁷⁶ Sobre la europeización, Thorsten SIEGEL: 2016.

³⁷⁷ Así lo hace Rainer WAHL: 2013, 154, en relación con el derecho alemán, quien entiende que la constitucionalización y la europeización son las dos fases más importantes en la evolución de dicho derecho.

³⁷⁸ Daniel SARMIENTO y Xavier CODINA GARCÍA-ANDRADE: 2021, 750-752.

Dentro de la europeización que afecta a las formas de actuación de la Administración destacan los actos administrativos transnacionales. Son aquellos actos administrativos dictados por la Administración de un Estado miembro que despliegan sus efectos más allá del ámbito territorial de dicho Estado³⁷⁹. Son actos administrativos que despliegan una eficacia internacional.

Los actos administrativos transnacionales son un instrumento de «Administración europea descentralizada» que supone una nueva forma de ejecución del derecho europeo, en la que un órgano u organización de un Estado miembro actúa como órgano u organización de la Administración europea³⁸⁰. Los actos jurídicos transnacionales agilizan el tráfico jurídico y simplifican los trámites³⁸¹. Ejemplos de estos actos transnacionales son la licencia de explotación de servicios aéreos intracomunitarios para transportar por vía aérea pasajeros, correo o carga³⁸², o la autorización para desarrollar actividades de seguro directo y reaseguro³⁸³.

1.3. Normas de la UE con efectos extraterritoriales

En algunos sectores, la Unión Europea está aprobando normas que tienen una clara vocación de aplicarse más allá del territorio de la UE³⁸⁴. Son así normas transnacionales. El mercado digital tiene una dimensión global. Por ello, las normas que regulan elementos de este mercado tienen un ámbito de aplicación extraterritorial. Así sucede con el Reglamento ge-

³⁷⁹ En ocasiones los efectos transnacionales del acto se producen de forma automática, en otros casos se requiere el reconocimiento posterior de la eficacia por parte del Estado que no ha dictado el acto, pero en cuyo territorio va a desplegar efectos.

³⁸⁰ Julia ORTEGA BERNARDO: 2017, 85.

³⁸¹ Raúl BOCANEGRA SIERRA y Javier GARCÍA LUENGO: 2008, 15.

³⁸² Regulada en el Reglamento (CE) 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad.

³⁸³ Establecida en la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio.

³⁸⁴ La técnica de reconocimiento mutuo propia del derecho de la UE otorga eficacia extraterritorial dentro de la Unión a las normas aprobadas por los distintos Estados miembros; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2021, 27-30.

neral de protección de datos, el Reglamento de Inteligencia Artificial y, en cierta medida, en el Reglamento de Servicios Digitales.

En el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), el ámbito territorial de aplicación se regula en su artículo 3, que distingue tres supuestos. En primer lugar, cuando el tratamiento de datos se realiza en el contexto de las actividades de un establecimiento situado en la Unión Europea (art. 3.1). En este caso, se aplica el RGPD «independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no». Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del TJUE parte de un concepto amplio de establecimiento que incluye cualquier actividad real y efectiva ejercida mediante una instalación estable³⁸⁵ La determinación de qué debe considerarse establecimiento se hace de forma casuística³⁸⁶. En este sentido, según el considerando 22 del RGPD: «Un establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial, no es un factor determinante al respecto». En segundo lugar, el RGPD se aplica cuando el responsable «no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público» (art. 3.3). El considerando 25 del Reglamento incluye en este supuesto las misiones diplomáticas u oficinas consulares de los Estados miembros. También hay que incluir su posible aplicación a buques o aeronaves³⁸⁷. Por último, el RGPD se aplica a responsables o encargados del tratamiento que no están establecidos en la Unión Europea, cuando el tratamiento de datos se refiera a «datos personales de interesados que residan en la Unión» (artículo 3.2). Se establecen dos supuestos, con los que tiene que estar relacionado el tratamiento de datos: a) la oferta de bienes y servicios a dichos interesados en la Unión, y b) el control de su comportamiento, en la medida en que éste tenga lugar en la Unión.

El RGPD establece unas reglas de aplicación extraterritorial, pudiendo resultar aplicable a responsables o encargados que no estén ubicados en la

³⁸⁵ Sobre este concepto amplio, Santiago RIPOL CARULLA: 2016, 88-89 y 92-93.

³⁸⁶ Alicia DURÁN ARROYO: 2018, 422.

³⁸⁷ Alicia DURÁN ARROYO: 2018, 422.

Unión Europea. La aplicación extraterritorial se justifica en la finalidad de «garantizar que las personas físicas no se vean privadas de la protección a la que tienen derecho en virtud del» RGPD (considerando 23). Es importante destacar que, en materia de protección de datos no existe un acuerdo internacional que regule la materia³⁸⁸. Debido al desarrollo de internet, de la digitalización y de la sociedad de la información, el RGPD resulta potencialmente aplicable en todo el planeta. La aplicación extraterritorial del RGPD plantea la cuestión de su eficacia. Se ha señalado que el derecho administrativo se orienta hacia la eficacia y a la obtención de resultados³⁸⁹. Esta eficacia puede resultar muy problemática cuando se establece la aplicación extraterritorial de una norma. En especial, cuando se pretende ejercer la potestad sancionadora. Según el artículo 83.1 RGPD las multas administrativas que se impongan han de ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias».

El Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) también despliega efectos fuera de las fronteras de la UE. Este Reglamento se aplica: a los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA o que introduzcan en el mercado modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si dichos proveedores están establecidos o ubicados en la Unión o en un tercer país [artículo 2.1.a)]; a los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión [artículo 2.1.c)]; y a los representantes autorizados de los proveedores que no estén establecidos en la Unión [artículo 2.1.f)]. La aplicación extraterritorial del Reglamento de Inteligencia Artificial se justifica en «el objetivo de garantizar la igualdad de condiciones y la protección efectiva de los derechos y libertades de las personas en toda la Unión» (considerando 21, véase también el considerando 22).

El Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servi-

³⁸⁸ Alicia DURÁN ARROYO: 2018, 416.

³⁸⁹ Con carácter general, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: 2012, 43, afirma que «El Derecho, por definición, se orienta a la eficacia o efectividad de sus postulados, esto es, a la obtención de los resultados y objetivos que busca. De ahí que la ciencia jurídica deba preocuparse por su efectividad en la vida real».

cios digitales (Reglamento de Servicios Digitales) también se aplica «a los servicios intermediarios ofrecidos a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de donde los prestadores de dichos servicios intermediarios tengan su lugar de establecimiento» (artículo 2.1).

Otra norma con efectos extraterritoriales, en este caso para promover los derechos humanos y la protección de medioambiente fuera de la UE, es la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. El modelo de diligencia debida establecido en la Directiva (UE) 2024/1760 se basa en distintos instrumentos de *soft law*. En los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”», aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (resolución 17/4, de 16 de junio de 2011)³⁹⁰. También se inspira en normas de la OCDE, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable³⁹¹.

La Directiva (UE) 2024/1760 impone obligaciones a las empresas en relación con los efectos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas [artículo 1.1.a)]³⁹².

La Directiva se aplica, en primer lugar, a las empresas constituidas según la legislación de un Estado miembro de la UE en tres casos (artículo 2.1): a)

³⁹⁰ Considerando 5 de la Directiva (UE) 2024/1760.

³⁹¹ Considerando 6 de la Directiva (UE) 2024/1760.

³⁹² Las empresas deben establecer una política de diligencia debida (artículo 7). Han de detectar y evaluar los efectos adversos reales y potenciales que se deriven de sus propias operaciones, de las de sus filiales y la de sus socios comerciales en sus cadenas de actividades (artículo 8). Las empresas han de adoptar las medidas adecuadas para prevenir o, cuando no sea posible, mitigar los efectos adversos potenciales que se hayan detectado o que deberían haberse detectado (artículo 10). Y han de adoptar las medidas adecuadas para eliminar los efectos reales que se hayan detectado o que deberían haberse detectado (artículo 11). Y han de reparar los efectos reales adversos que han causado por sí mismas o, conjuntamente, con una filial o con un socio comercial (artículo 12). Los efectos adversos se valoran en relación con los derechos humanos o con las cuestiones medioambientales delimitados en el anexo de la directiva.

empresas que tienen una media de más de 1.000 empleados y su volumen de negocios mundial neto haya sido superior a los 450 millones de euros en el último ejercicio; b) empresas que sean la matriz última de un grupo que haya alcanzado los umbrales mencionados en el supuesto anterior; y c) empresas que hayan celebrado, o sean la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22.500.000 euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80.000.000 euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales. También se aplica a empresas constituidas conforme a la legislación de un tercer país, en tres supuestos (artículo 2.2): a) empresas que hayan generado un volumen de negocios neto superior a 450 millones de euros en la UE en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero³⁹³; b) empresas que sean la matriz última de un grupo que, en base consolidada, haya alcanzado los umbrales incluidos en el supuesto anterior; y c) empresas que hayan celebrado, o sean la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes, y dichos cánones hubieran ascendido a más de 22.500.000 euros en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios neto superior a 80.000.000 euros en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero.

³⁹³ Según el considerando 30 de la Directiva: «Para definir el ámbito de aplicación en relación con las empresas de terceros países, debe elegirse el criterio del volumen de negocios descrito, ya que crea un vínculo territorial entre las empresas de terceros países y el territorio de la Unión. El volumen de negocios es un indicador de los efectos que las actividades de esas empresas podrían tener en el mercado interior. De conformidad con el Derecho internacional, tales efectos justifican la aplicación del Derecho de la Unión a las empresas de terceros países».

La Directiva (UE) 2024/1760 tiene intención de aplicarse extraterritorialmente, de forma indirecta, a las empresas de terceros países que sean socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas sometidas a la directiva. Las empresas sometidas a la directiva han de tener en cuenta los efectos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente de sus filiales; y también los efectos adversos que deriven de sus socios comerciales que formen parte de sus cadenas globales de valor («cadenas de actividades») (artículo 8.1). Los socios comerciales directos han de ofrecer «garantías contractuales» que avalen su cumplimiento del código de conducta de la empresa y el plan de acción preventiva, en relación con los efectos adversos potenciales, o del plan de acción correctiva, en el caso de los efectos adversos reales [artículos 10.2.b) y 11.3.c)]. Las garantías contractuales han de ir acompañadas de medidas adecuadas para comprobar su cumplimiento (artículo 10.5).

2. Sectores relevantes del derecho de la Unión Europea

2.1. *La construcción jurídica del mercado interior*

El establecimiento del mercado interior dentro de la Unión Europea es un ejemplo del importante papel que ejerce el derecho en la constitución de los mercados³⁹⁴. Este mercado interior supone el establecimiento de un «espacio sin fronteras interiores» en el que se garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (artículo 26.2 TFUE). La doctrina neoliberal otorgó una gran relevancia a estas cuatro libertades³⁹⁵. El mercado interior de la UE tiene una dimensión internacional, debido a la existencia de un mercado internacional y a los intercambios económicos con terceros países. Esta dimensión internacional se articula por medio de la Unión Aduanera y la Política Comercial Común, que son competencias exclusivas de la UE [artículo 3, apartado 1, letras a) y e) TFUE]³⁹⁶.

³⁹⁴ A partir del Acta Única Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, el mercado común pasó a denominarse mercado interior; Donato FERNÁNDEZ NAVARRETE: 2018, 128.

³⁹⁵ Quinn SLOBODIAN: 2021, 203 y 288-289, quien considera que su inclusión en el Tratado de Roma por el que se creó la Comunidad Económica Europea fue una victoria neoliberal (pág. 288).

³⁹⁶ La unión aduanera abarca «la totalidad de los intercambios de mercancías» e implica prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación

Las libertades que forman parte del mercado interior no son absolutas. Los Estados miembros pueden establecer restricciones; por ejemplo, por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas³⁹⁷. La jurisprudencia ha permitido la imposición de restricciones basadas en «razones imperiosas de interés general»³⁹⁸.

Entre las libertades que garantiza el mercado interior, hay que destacar que la libre circulación de capitales no se limita al territorio de la Unión Europea, sino que incluye el capital proveniente de cualquier lugar del planeta. El artículo 63.1 TFUE prohíbe «todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países». Esta regulación se ha justificado al entender que no podría haberse creado un mercado de capitales europeo sin haber abierto dicho mercado a la inversión procedente de países que no forman parte de la UE³⁹⁹. En cualquier caso, es una regulación más favorable al capital que beneficia especialmente al capital financiero por su mayor capacidad de movimiento.

El concepto de capital en el derecho de la UE es muy amplio. Así se deduce de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 al establecer un listado de los movimientos de capitales. Dentro de este listado se incluyen: las inversiones directas (como la participación en empresas nuevas o existentes o los préstamos a largo plazo para crear o mantener vínculos económicos duraderos); las inversiones inmobiliarias; las operaciones de títulos reservados normalmente al mercado de capitales (accio-

y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países (artículo 28 TFUE). Esta materia está regulada en el Reglamento (UE) 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión.

La Política Comercial Común de la UE se refiere a las relaciones comerciales entre la UE y el resto del mundo. Se regula en los artículos 206 y 207 TFUE. Esta política, según el artículo 207.1 TFUE abarca la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales sobre intercambio de mercancías y de servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación y las medidas de protección comercial.

³⁹⁷ Véase el artículo 36 TFUE para la libre circulación de mercancías, los artículos 51 y 52 TFUE en relación con la libertad de establecimiento, el artículo 62 TFUE sobre la libre prestación de servicios y el artículo 45 TFUE para la libre circulación de trabajadores.

³⁹⁸ Daniel SARMIENTO: 2022, 585, 598 y 610.

³⁹⁹ Daniel SARMIENTO: 2022, 617.

nes y obligaciones); las operaciones de participaciones de organismos de inversión colectiva; las operaciones sobre títulos y demás instrumentos reservados normalmente al mercado monetario, las operaciones en cuentas corrientes y de depósito en entidades financieras; los créditos vinculados a transacciones comerciales o a prestaciones de servicios; los préstamos y créditos financieros; las fianzas, otras garantías y derechos de pignoración; las transferencias en ejecución de contratos de seguros (por ejemplo, las primas y prestaciones en concepto de seguro de vida o de seguro de crédito); los movimientos de capitales de carácter personal (como los préstamos, las donaciones o las sucesiones); la importación y exportación de materiales de seguros; y, por último, otros movimientos de capitales, entre los que se incluyen, los daños y perjuicios que tengan carácter de capital y los derechos de autor⁴⁰⁰. El TJUE ha considerado que es un movimiento de capital «la percepción por parte de un nacional de un Estado miembro que reside en el territorio de éste de dividendos de acciones de una sociedad domiciliada en otro Estado miembro»⁴⁰¹.

El artículo 65.1 TFUE permite que los Estados miembros establezcan excepciones a la libre circulación de capitales. Este precepto ampara que los Estados miembros apliquen las disposiciones de su derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital. Y también posibilita que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para impedir las infracciones a su derecho nacional, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, estableciendo procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomen medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública. El TJUE también ha reconocido la posibilidad de que los Estados miembros impongan restricciones a la libre circulación de capitales por «razones imperiosas de interés general»⁴⁰². Las excepciones han de interpretarse de forma estricta y no pueden basarse en motivos de carácter meramente económico⁴⁰³. El

⁴⁰⁰ Anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado.

⁴⁰¹ STJUE de 6 de junio de 2000 (asunto C-35/98, *B.G.M. Verkoijen*), apartados 27 a 30.

⁴⁰² STJUE de 4 de junio de 2002 (asunto C-367/98, Comisión contra República Portuguesa), apartado 49.

⁴⁰³ STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15), apartado 72.

establecimiento de estas excepciones no puede suponer una discriminación arbitraria ni una restricción encubierta a la libre circulación de capitales y pagos (artículo 65.3 TFUE).

El Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, permite que los Estados miembros adopten mecanismos para controlar, por motivos de seguridad u orden público, las inversiones extranjeras directas en su territorio (artículo 3.1). Para determinar si una inversión puede afectar a la seguridad o al orden público, se pueden tener en cuenta sus efectos potenciales en distintas cuestiones: infraestructuras críticas así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras; tecnologías críticas y productos de doble uso; el suministro de insumos fundamentales, en particular energía o materias primas, así como la seguridad alimentaria; el acceso a la información sensible, en particular datos personales; o la capacidad de control de dicha información; la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación (artículo 4.1; no se trata de una lista cerrada). También pueden tener en cuenta: si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno de un tercer país; si el inversor extranjero ya ha participado en actividades que afecten a la seguridad o al orden público en un Estado miembro; si existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerce actividades delictivas o ilegales (artículo 4)⁴⁰⁴.

En la Unión también ha surgido un mercado interior de regulaciones estatales. Es lo que se denomina como «competencia regulatoria»: los Estados de la UE compiten entre ellos para atraer inversiones y actividad empresarial estableciendo regulaciones más favorables a las empresas⁴⁰⁵. El Tribunal de Justicia no ha impedido esta competencia regulatoria, desde su Sentencia de 9 de marzo de 1999 (asunto C-212/97; Centros Ltd)⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ En la regulación española hay que destacar la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores.

⁴⁰⁵ Daniel SARMIENTO: 2022, 575.

⁴⁰⁶ Se analizó un caso en el que un matrimonio holandés constituyó una sociedad limitada («*private limited company*») en Reino Unido, bajo el nombre «Centros Ltd», inscribiéndola en el registro de dicho país. Constituyeron la empresa en ese país porque la legislación de Reino Unido no exigía el desembolso de un capital social mínimo, desembolso que sí exigía la legislación danesa. La sociedad Centros no realizaba ninguna actividad en Reino Unido, sino que se creó con la finalidad de desarrollar su actividad en Dinamarca. Las autoridades danesas denegaron la inscripción de una sucursal de dicha empresa por-

Una competencia que se ve favorecida por la inexistencia de una normativa armonizadora de las sociedades mercantiles dentro de la Unión⁴⁰⁷.

2.2. *La protección del medio ambiente*

Hasta el Acta Única Europea, que entró en vigor en 1987, no se atribuyó competencia expresa a la Comunidad Económica Europea en materia de medio ambiente⁴⁰⁸. La competencia para regular la protección del medio ambiente es una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros [artículo 4.2.e) TFUE]. Los Estados miembros son, con carácter general, los encargados de financiar y ejecutar esta política (artículo 192.4 TFUE).

Los objetivos de la política ambiental de la UE son: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, y el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático (artículo 191.1 TFUE). Los principios de esta política son: alcanzar un nivel de protección elevado, los principios de cautela y de acción preventiva, la corrección de los atentados al medioambiente preferentemente en la fuente misma, y el principio quien contamina paga (artículo 191.2 TFUE). A los que hay que sumar el principio de la integración de la consideración ambiental en las demás políticas de la UE (artículo 11 TFUE).

Ya se ha señalado la importancia del cambio climático y su regulación en el ámbito internacional⁴⁰⁹. En la Unión Europea, el «principal instrumento» para alcanzar el objetivo de reducción de gases de efecto inerva-

que no se había desembolsado su capital; justificaron su decisión en la protección de los acreedores. El Tribunal de Justicia consideró que la práctica del matrimonio holandés se encontraba amparada por la libertad de establecimiento.

⁴⁰⁷ Benoit FRYDMAN: 2018, 40, quien se refiere a la «conurrencia regulatoria intracomunitaria».

⁴⁰⁸ El Tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea, firmado en 1957, no reconocía competencias a las instituciones de la Comunidad para actuar en materia de medio ambiente. A pesar de ello, se adoptaron medidas de carácter medioambiental basándose en la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales y evitar distorsiones de la competencia; Blanca LOZANO CUTANDA: 2022b, 180-182.

⁴⁰⁹ En el apartado 4 del capítulo 2.

dero es el establecimiento de un mercado europeo de derechos de emisión de dichos gases⁴¹⁰. La UE ha dado prioridad al establecimiento de este mercado frente a la imposición de gravámenes fiscales a la emisión de gases de efecto invernadero⁴¹¹.

El mercado europeo de derechos de emisión fue creado por la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo. Como parte de los mecanismos de flexibilidad que establecía el Protocolo de Kioto, uno de los cuales era el comercio de los derechos de emisión⁴¹². Según la Directiva, la creación del este mercado permitiría cumplir «en mayor medida» los compromisos asumidos en el Protocolo de Kioto por la entonces Comunidad Europea y sus Estados miembros⁴¹³. Con la ratificación del Protocolo de Kioto, la Comunidad Europea y los Estados miembros se comprometían a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero un 8 por ciento respecto a los niveles de 1990 en el periodo comprendido entre los años 2008 y 2012 (Anexo B).

⁴¹⁰ Conclusiones del Consejo Europeo de 23 y 24 de octubre de 2024 (documento EUCO 169/14, punto 2.3). Reiterado en el considerando 5 de la Directiva (UE) 2018/410 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes y facilitar las inversiones en tecnologías hipocarbónicas, así como la Decisión (UE) 2015/1814.

El Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»), en su considerando 13, afirma que el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE «es una piedra angular de la política climática de la Unión y constituye su instrumento clave para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de manera eficiente en términos de costes». En idéntico sentido, Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 476.

⁴¹¹ Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 476.

⁴¹² Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea [COM(2000) 87 final], pág. 6. La posibilidad de establecer un mercado de derechos de emisión se preveía en el artículo 17 del Protocolo de Kioto.

⁴¹³ Según el considerando 5 de la Directiva 2003/87/CE: «La presente Directiva pretende contribuir a que se cumplan en mayor medida los compromisos de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, mediante un mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero eficaz y con el menor perjuicio posible para el desarrollo económico y la situación del empleo».

La Directiva 2003/87/CE ha establecido «un instrumento de mercado de carácter obligatorio»⁴¹⁴. El primer elemento de este mercado consiste en que la Comisión determina la cantidad total de derechos de emisión o techo máximo de emisiones. Desde 2021, esta cantidad total se reduce anualmente utilizando un factor lineal del 2,2% (artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE)⁴¹⁵. La Directiva 2003/87/CE establece un sistema en el que los operadores de determinadas instalaciones fijas o de empresas de aviación están obligados a participar (artículo 4 y anexo I, en el que se recogen las actividades económicas incluidas)⁴¹⁶. Quedando excluidas las pequeñas instalaciones cuyas emisiones son inferiores a 25.000 toneladas equivalentes de dióxido de carbono por año y los hospitales (artículo 27). Lo primero que necesitan los operadores es obtener una autorización administrativa para la emisión de gases de efecto invernadero⁴¹⁷. Luego deben obtener derechos de emisión, que implican un derecho subjetivo a contaminar⁴¹⁸. Estos derechos se pueden obtener en el mercado primario, participando en cualquier subasta de estos derechos que organicen los Estados. La su-

⁴¹⁴ Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, pág. 470.

⁴¹⁵ Entre 2013 y 2020 el factor lineal de reducción anual era del 1,74% (artículo 9 de la Directiva 2003/87/CE).

⁴¹⁶ Los principales sectores englobados son las plantas de generación de calor y electricidad, y determinados sectores de consumo energético intensivo (que incluyen las refinerías de petróleo, acerías y plantas de producción de hierro, aluminio y otros metales, cemento, cal, vidrio, productos cerámicos, pasta de papel y papel, cartón, ácidos y productos químicos orgánicos en bruto. Además, está incluido el transporte y el almacenamiento geológico de gases de efecto invernadero en un establecimiento autorizado; Blanca LOZANO CUTANDA: 2022a, 58.

Los denominados «sectores difusos» han quedado fuera del mercado de derechos de emisión de la UE. Se trata de los sectores residencial comercial e institucional; el transporte, salvo el aéreo; el sector agrícola y ganadero; la gestión de residuos; los gases fluorados; y las industrias no sujetas al régimen de comercio de derechos de emisión de la UE. Se regulan en el Reglamento (UE) 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 525/2013.

⁴¹⁷ En España, esa autorización la otorgan las Comunidades Autónomas (artículo 4.2 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero).

⁴¹⁸ La Directiva 2003/87/CE define derecho de emisión como «el derecho a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono durante un período determinado» [artículo 3.a)].

basta es la forma mayoritaria de asignación de derecho de emisión; a partir de 2021 el porcentaje de derechos de emisión que se subastan es el 57% (artículo 10.1). Hay supuestos en los que la asignación de derechos de emisión se hace de forma gratuita. En especial, las instalaciones que realizan actividades en los sectores o subsectores considerados en riesgo de fuga de carbono cuya asignación de derechos de emisión es, en su totalidad, gratuita (artículo 10.ter)⁴¹⁹; esta medida pretende facilitar su competitividad frente a instalaciones ubicadas fuera de la Unión.

En las subastas, además de los operadores que realizan las actividades que emiten gases de efecto invernadero también pueden participar empresas de servicios de inversión y entidades de crédito⁴²⁰. Esta es una de las vías de financiarización del mercado de derechos de emisión.

Los derechos de emisión son transmisibles por lo que también se pueden adquirir en mercados secundarios⁴²¹. Se entiende que, de esta manera, se incentiva que las empresas reduzcan sus emisiones para poder vender sus derechos de emisión sobrantes y obtener así un beneficio económico. Lo que, además, contribuirá a la reducción total de emisiones de gases de efecto invernadero.

⁴¹⁹ Decisión delegada (UE) 2019/708, de 15 de febrero de 2019, que completa la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a la determinación de los sectores y subsectores que se consideran en riesgo de fuga de carbono para el período 2021-2030.

⁴²⁰ Así lo establece el artículo 18, apartados b) y c) del Reglamento Delegado (UE) 2023/2830, de la Comisión, de 17 de octubre de 2023, que completa la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de normas sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Una regulación similar se recogía en el artículo 18, apartados b) y c) del Reglamento (UE) 1031/2010, de la Comisión, de 12 de noviembre de 2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad.

⁴²¹ La Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, establece que los derechos de emisión tienen carácter transmisible (artículo 9.3) y que los «derechos de emisión y los derivados sobre los mismos» se consideran instrumentos financieros (artículo 10.1).

Los derechos de emisión se incluyen expresamente como instrumentos financieros en la sección C del Anexo I, sección C, apartado 11 de la Directiva 2014/65/EU, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Quiero destacar que la regulación legal de este mercado no se limita a los derechos de emisión de gases de efecto invernadero. La regulación también permite el establecimiento de derivados sobre los derechos de emisión. De hecho, desde 2003 se realizaban operaciones de derivados sobre derechos de emisión de forma generalizada; antes, por tanto, de que entrara en funcionamiento el mercado europeo de derecho de emisión el 1 de enero de 2005⁴²². Los derivados que se utilizan son, principalmente, opciones y futuros, aunque también se negocian *swaps* y estructurados⁴²³. La Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros incluye, entre los instrumentos financieros objeto de regulación los «Contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, derechos de emisión u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo» y los «Derechos de emisión consistentes en unidades reconocidas a los efectos de la conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE (Régimen de comercio de derechos de emisión)» (apartados 4 y 11 del Anexo I. Sección C de la Directiva 2014/65/UE). Los derivados sobre derechos de emisión que son objeto de negociación en sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros tienen la consideración de instrumentos financieros derivados y se encuentran sometidos a la normativa del mercado de valores. La Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión incluye entre los instrumentos financieros comprendidos en su ámbito los «contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), acuerdos de tipo de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con instrumentos financieros, divisas, variables financieras, materias primas o derecho de emisión» [artículo 2.1.d)], así como los «derechos de emisión» [artículo 2.1.g)]⁴²⁴. Sin

⁴²² Sara GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2010, 42.

⁴²³ Sara GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2010, 42.

⁴²⁴ El Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores ya incluía en su ámbito de aplicación los «Contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), acuerdos a plazo y otros contratos de derivados relacionados con variables climáticas [...]» [apartado j) del Anexo por remisión del artículo 2] y los «Derechos de emisión consistentes en unidades reconocidas a los efectos de la conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y

embargo, las negociaciones de derivados de derechos de emisión que se realizan en mercados no organizados no están sometidas a la legislación del mercado de valores⁴²⁵.

El mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero de la UE es un claro ejemplo de cómo el derecho puede crear un mercado⁴²⁶. En mi opinión, en la creación de este mercado se manifiesta claramente la ideología neoliberal en varios de sus elementos⁴²⁷. La UE prioriza la utilización de este mecanismo económico frente a otras posibilidades, como serían los impuestos. La UE entiende, además, que con este mercado se va a conseguir cumplir «en mayor medida» los compromisos asumidos de reducción de gases de efecto invernadero. Una visión que ha aceptado la doctrina al señalar la eficacia de estos mercados en la reducción del cambio climático⁴²⁸; en mi opinión de forma bastante acrítica. La UE ha permitido, además, que las empresas de servicios financieros y entidades de crédito intervengan en este mercado, participando incluso en las subastas de asignación de derechos de emisión. Derechos de emisión sobre los que se permite crear productos derivados, financierizando así las medidas de

por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo» [apartado k) del Anexo por remisión del artículo 2].

⁴²⁵ Sobre las formas de transmisión de los derivados sobre derechos de emisión, Sara GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2010, 43. Esta autora señala que gran parte de las transmisiones de derivados se lleva a cabo a través de plataformas de negociación de derechos de emisión como la plataforma EXC-IPE (*European Climate Exchange-International Petroleum Exchange*) en las que se negocian futuros y opciones de derechos de emisión, mientras que en las plataformas *Nord Pool* y EEX se negocian futuros sobre derechos de emisión (pág. 44).

⁴²⁶ Así lo reconoce MÓNICA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 473, al afirmar que «Los derechos de emisión son creados artificialmente (en un número predeterminado) en el seno del mercado con la finalidad de materializar su intercambio (y su progresiva reducción)».

⁴²⁷ Juan Ramón CAPELLA: 2008, 311, señalaba que el Protocolo de Kioto había «mercantilizado incluso la contaminación», partiendo de las concepciones neoliberales para las cuales la creación de un mercado debería ser útil para contener el incremento de las emisiones de gases de efecto invernadero.

⁴²⁸ MÓNICA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: 2022, 481, afirma categóricamente que «La realidad evidencia la eficacia de los mercados de carbono en la mitigación del cambio climático y su proliferación» (en la página 474 califica a los mercados de carbono como un proceso «muy eficiente»). Afirmaciones que no acompaña con datos empíricos. De manera similar, para Blanca LOZANO CUTANDA: 2022a, 62, no hay ninguna duda de que el mercado europeo de derechos de emisión «es un instrumento de flexibilidad que permite que se cumplan los objetivos de reducción de emisiones de una manera económicamente más eficiente».

reducción de gases de efecto invernadero y añadiendo un ámbito más a la financiarización del conjunto de la actividad económica. Se ha señalado que la función básica de los derivados es proteger frente a los riesgos y eliminar la incertidumbre que provocan distintos acontecimientos, entre los que se encuentra la variación del precio subyacente⁴²⁹. Habría que destacar también el riesgo que suponen los derivados para el funcionamiento de la economía y su potencial para originar pirámides financieras especulativas⁴³⁰, como se hizo evidente con los derivados inmobiliarios en la crisis económica de 2008⁴³¹.

En materia de cambio climático la UE ha aprobado el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). El reglamento es una norma de escasa densidad normativa⁴³². En lo esencial, establece unos objetivos vinculantes de reducción de emisiones netas de gases de efecto invernadero muy ambiciosos⁴³³. Las emisiones netas son el resultado de restar las absorciones a las emisiones producidas⁴³⁴.

El objetivo vinculante de neutralidad climática se establece en el artículo 2.1:

«Las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero reguladas en el Derecho de la Unión estarán equilibradas dentro de la Unión a más tardar en 2050, por lo que en esa fecha las emisiones netas deben haberse reducido a cero y, a partir de entonces, la Unión tendrá como objetivo lograr unas emisiones negativas».

⁴²⁹ Así lo hace Sara GONZÁLEZ SÁNCHEZ: 2010, 42.

⁴³⁰ Blanca LOZANO CUTANDA: 2022a, 62, señala la «fuerte carga especulativa» que sufre el mercado de derechos de emisión, aunque no analiza el papel de los derivados en dicho mercado.

⁴³¹ Sobre el papel de los derivados financieros en la crisis de 2008, Miguel Ángel LORENTE y Juan Ramón CAPELLA: 2009, 47-49 y 56-59.

⁴³² El reglamento establece «un marco para la reducción progresiva e irreversible de las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero por las fuentes y el incremento de las absorciones de gases de efecto invernadero por los sumideros» (artículo 1).

⁴³³ Establece «un objetivo vinculante de neutralidad climática de la Unión de aquí a 2050»; y un «objetivo vinculante para la Unión de reducción interna neta de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030» (artículo 1).

⁴³⁴ Considerando 26 del Reglamento (UE) 2021/1119.

Este objetivo se alcanzará a través de las «medidas necesarias» que adopten la Unión y los Estados miembros (artículo 2.2). Se establece un objetivo climático vinculante para 2023: «una reducción interna de las emisiones netas de gases de efecto invernadero (emisiones una vez deducidas las absorciones) de, al menos, un 55% con respecto a los niveles de 1990, de aquí a 2030» (artículo 4.1). También se prevé que se fijará un objetivo climático para 2040 a escala de la Unión (artículo 4.3).

El reglamento impone a la Comisión la obligación de evaluar las medidas que adopten la Unión y los Estados miembros (artículos 6 y 7), estableciendo los criterios y la información en que ha de basarse la evaluación (artículo 8). No determina qué medidas concretas habrán de adoptarse para alcanzar los objetivos vinculantes de reducción de gases de efecto invernadero. Estas medidas se regulan en otras normas. El Reglamento (UE) 2018/1999, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima regula los «Planes nacionales integrados de energía y clima» (artículos 3 a 14). Cada Estado miembro de la Unión debe aprobar un plan de este tipo que debe incluir, entre otras cuestiones, «el objetivo específico nacional vinculante del Estado miembro respecto de las emisiones de gases de efecto invernadero» [artículo 4.a).1.i)]. El Reglamento (UE) 2018/1999 también regula las «Estrategias a largo plazo» (artículo 15). Estas estrategias se formulan «con una perspectiva de treinta años y en consonancia con el objetivo de neutralidad climática de la Unión establecido en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2021/1119» (artículo 15.1).

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética tiene como objeto: «asegurar el cumplimiento, por parte de España, de los objetivos del Acuerdo de París [...]; facilitar la descarbonización de la economía española, su transición a un modelo circular, de modo que se garantice el uso racional y solidario de los recursos; y promover la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades» (artículo 1)⁴³⁵.

⁴³⁵ El preámbulo (apartado I) hace referencia a atraer la confianza de los inversores: «En el actual contexto, España debe ofrecer respuestas solidarias e inclusivas a los colectivos más afectados por el cambio climático y la transformación de la economía, así como facilitar las señales adecuadas para atraer la confianza de los inversores y minorar los ries-

En el artículo 3 se establecen objetivos mínimos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, energías renovables y eficiencia energética, aunque no se indica que se trate de “objetivos vinculantes”:

«1. Se establecen los siguientes objetivos mínimos nacionales para el año 2030 al objeto de dar cumplimiento a los compromisos internacionalmente asumidos y sin perjuicio de las competencias autonómicas:

- a) Reducir en el año 2030 las emisiones de gases de efecto invernadero del conjunto de la economía española en, al menos, un 23 % respecto del año 1990.
- b) Alcanzar en el año 2030 una penetración de energías de origen renovable en el consumo de energía final de, al menos, un 42 %.
- c) Alcanzar en el año 2030 un sistema eléctrico con, al menos, un 74 % de generación a partir de energías de origen renovables.
- d) Mejorar la eficiencia energética disminuyendo el consumo de energía primaria en, al menos, un 39,5 %, con respecto a la línea de base conforme a normativa comunitaria.

2. Antes de 2050 y, en todo caso, en el más corto plazo posible, España deberá alcanzar la neutralidad climática, con el objeto de dar cumplimiento a los compromisos internacionalmente asumidos y, sin perjuicio de las competencias autonómicas, el sistema eléctrico deberá estar basado, exclusivamente, en fuentes de generación de origen renovable»⁴³⁶.

Para alcanzar dichos objetivos, la ley confía especialmente en los siguientes instrumentos de planificación: el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (artículo 4)⁴³⁷, la Estrategia de Descarbonización a 2050

gos financieros asociados al incremento en el volumen de emisiones de gases de efecto invernadero o a la mayor vulnerabilidad frente a los impactos físicos del cambio climático».

⁴³⁶ Se autoriza al Consejo de Ministros para revisar al alza dichos objetivos (artículo 3.3).

⁴³⁷ El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) «es la herramienta de planificación estratégica nacional que integra la política de energía y clima, y refleja la contribución de España a la consecución de los objetivos establecidos en el seno de la Unión Europea en materia de energía y clima» (artículo 4). El PNIEC es aprobado por real decreto del Consejo de Ministros (artículo 4). El PNIEC 2021-2030 fue aprobado el 16 de marzo de 2021 [Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (BOE de 31 de

(artículo 5)⁴³⁸, el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (artículo 17)⁴³⁹ y la Estrategia de Transición Justa (artículo 27)⁴⁴⁰.

Vuelvo a señalar el valor simbólico de los objetivos cuantitativos de neutralidad climática establecidos en el artículo 2.1 del Reglamento (UE) 2021/1119 y los objetivos cuantitativos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero del artículo 3 de la Ley 7/2021. En gran parte, sirven para legitimar las políticas públicas climáticas que se presentan como muy ambiciosas. Pero la consecución de dichos objetivos cuantitativos que

marzo de 2021)]. Ha sido actualizado por el Real Decreto 986/2024, de 24 de septiembre, por el que se aprueba la actualización del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2023-2030 (BOE de 25 de septiembre de 2024).

⁴³⁸ La Estrategia de Descarbonización a 2050 establece «una senda de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y de incremento de las absorciones por los sumideros del conjunto de la economía española hasta 2050, necesaria para cumplir con los objetivos señalados en el artículo 3 y de conformidad con lo exigido por la normativa de la Unión Europea. La Estrategia de Descarbonización a 2050 será revisable cada cinco años e incluirá, al menos, un objetivo intermedio de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero indicativo en 2040» (artículo 5.1). Se aprueba por real decreto del Consejo de Ministros (artículo 5.2). El 3 de noviembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó la Estrategia de descarbonización a largo plazo (https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/cambio-climatico/planes-y-estrategias/ELP_2050.pdf; última visita el 14 de marzo de 2025).

⁴³⁹ El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) es «el instrumento de planificación básico para promover la acción coordinada y coherente frente a los efectos del cambio climático en España. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones Públicas, el PNACC define los objetivos, criterios, ámbitos de aplicación y acciones para fomentar la resiliencia y la adaptación frente al cambio climático e incluirá la adaptación frente a impactos en España derivados del cambio climático que tiene lugar más allá de las fronteras nacionales» (artículo 17.1). El PNACC se aprueba por Acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 17.4). El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) 2021-2030, fue aprobado el 22 de septiembre de 2020. Su texto puede consultarse en https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/pnacc-2021-2030_tcm30-512163.pdf (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁴⁴⁰ La Estrategia de Transición Justa es «el instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición» (artículo 27.1). Se aprueba cada cinco años por Acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 27.1). La Estrategia vigente se adoptó en febrero de 2019. Puede consultarse en https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planes-estrategias/transicion-justa/Estrategia_Transicion_Justa_Def.PDF (última visita el 14 de marzo de 2025).

da diferida a la aprobación y puesta en marcha de un amplio conjunto de medidas. Medidas que serán difícilmente objeto de control jurídico por el alto grado de discrecionalidad conformadora que implican al concretarse en instrumentos de planificación.

En este sentido, hay que tener en cuenta la STS 1079/2023, de 24 de julio (número de recurso 162/2021). Esta sentencia enjuicia la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021 por el que se aprobó el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030⁴⁴¹; plan en el que preveía una reducción de emisiones de gases de efecto invernadero del 23% respecto a los niveles de 1990 (pág. 39)⁴⁴². Greenpeace España, Ecologistas en Acción-CODA, Oxfam Intermón y la Coordinadora de ONGs para el desarrollo solicitaron en su recurso contencioso-administrativo la anulación parcial del plan y la revisión de sus objetivos para que se incluyera una reducción de emisiones que no fuera inferior al 55% con respecto a 1990. Incremento de la reducción de emisiones que consideraban que era necesario para el cumplimiento de los compromisos asumidos con el Acuerdo de París y las recomendaciones del Panel Intergubernamental de Cambio Climático. El Tribunal Supremo desestimó el recurso debido a la enorme discrecionalidad del Gobierno en este ámbito, una discrecionalidad que no puede ser sustituida por los tribunales con base en la separación de poderes y el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (FJ 6 y 8). El Tribunal también tuvo en cuenta las enormes consecuencias que supondría aceptar la solicitud de las entidades recurrentes, lo que afectaría de forma muy intensa a la delimitación de la política interior y exterior del Gobierno; y, además, considera que España ha cumplido los compromisos de reparto de esfuerzos para la reducción de emisiones adoptados dentro de la Unión Europea (FJ 7 y 8).

⁴⁴¹ Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (BOE de 31 de marzo de 2021).

⁴⁴² La STS 1038/2023, de 18 de julio (número de recurso 265/2020), FJ 5.A calificó al Plan Nacional Integrado de Energía y Clima como «instrumento de planificación administrativa vinculante», «una disposición de carácter general», al menos respecto al establecimiento de objetivos de reducción de gases de efecto invernadero. Ello a pesar de reconocer que «la mayor parte de su contenido presenta un carácter meramente analítico y programático».

2.3. *El control de las fronteras de la Unión y la lucha contra la inmigración irregular*

Las competencias de la UE en materia migratoria se han incrementado progresivamente. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 no recogía competencias migratorias; el Tratado de Maastricht de 1992 incluía la política de inmigración y asilo dentro del pilar intergubernamental, y a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997 se comunitarizó la política de inmigración y asilo, incorporándose el sistema Schengen al derecho primario de la UE⁴⁴³.

Los objetivos de la política común de inmigración son «una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas» (artículo 79.1 TFUE). La Unión también tiene competencia para establecer una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal (artículo 78.1 TFUE). Estas políticas se rigen por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, incluido el aspecto financiero (artículo 80 TFUE).

Como parte integrante del espacio de libertad, seguridad y justicia la política migratoria y de asilo es una competencia compartida con los Estados miembros [artículo 4.2.j) TFUE]. La Unión ejerce competencias en tres ámbitos: a) el control de las fronteras exteriores, b) la política común de asilo, y c) la política común de inmigración. Esta última se despliega en tres ámbitos: a) el establecimiento de instrumentos de inmigración legal; b) medidas de integración de los inmigrantes; y c) la adopción de medidas para luchar contra la inmigración ilegal. En la práctica, la prioridad de la política migratoria de la UE se ha convertido en limitar los flujos migratorios a través del control de las fronteras exteriores y la persecución de la inmigración irregular. Ello ha dado lugar a la securitización de la política migratoria y a la externalización del control de las fronteras, así como a la criminalización de la ayuda humanitaria⁴⁴⁴. Por un lado, se

⁴⁴³ Un análisis detallado del proceso de ampliación de las competencias migratorias y de asilo de la UE se encuentra en Gustavo DE LA ORDEN BOSCH: 2024, 53-75.

⁴⁴⁴ Alicia CHICHARRO: 2024, 80.

promueve la salida de los inmigrantes irregulares, a través de las políticas de retorno y readmisión. Por el otro, se intenta evitar el acercamiento al territorio europeo de inmigrantes irregulares; lo que se pretende alcanzar a través de la multiplicación de las medidas de interceptación, que suponen un proceso de externalización de los controles migratorios más allá de las fronteras de la Unión Europea. Las medidas de interceptación más importantes consisten en: 1) el control de acceso en origen; 2) la cooperación de la contención de los flujos migratorios por parte de los países de origen y tránsito⁴⁴⁵; 3) la realización de operaciones de patrullaje marítimo por parte de los países de la UE; 4) la construcción de vallas migratorias en las fronteras de la UE; y 5) la privación parcial del carácter de territorio estatal a espacios fronterizos⁴⁴⁶. El incremento de las medidas de interceptación implica un proceso de «externalización» tanto geográfica como funcionalmente: los controles migratorios se desplazan hacia el exterior de las fronteras de la Unión Europea y se encomiendan o se implican en su realización entidades ajenas o independientes de los Estados europeos, incluyendo agentes privados, agentes de terceros Estados o entidades supraestatales como Frontex⁴⁴⁷.

2.3.1. Control de las fronteras exteriores: el Acuerdo de Schengen

El TFUE garantiza la ausencia de controles a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, en las fronteras interiores [artículos 67.2 y 77.1.a)]. La eliminación de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros ha reforzado la importancia de estos controles en las fronteras exteriores⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ En este ámbito hay que mencionar los acuerdos de retorno que ha celebrado la UE con terceros Estados con base en el artículo 79.3 TFUE. Algunos son jurídicamente vinculantes, aunque también hay acuerdos no normativos. En ellos, los terceros Estados asumen la obligación de readmitir a sus nacionales cuando no cumplan las condiciones para su entrada, presencia o residencia en la Unión Europea. También establecen la obligación de admitir a nacionales de terceros Estados y a apátridas en determinadas condiciones. Sobre estos acuerdos, Juan José MARTÍN ARRIBAS: 2023.

⁴⁴⁶ Sobre la realidad de la política migratoria europea y las medidas de interceptación, Ángel SÁNCHEZ LEGIDO: 2019, 2-10.

⁴⁴⁷ Ángel SÁNCHEZ LEGIDO: 2019, 3-4.

⁴⁴⁸ Millán REQUENA CASANOVA: 2021, 322.

El control de las fronteras exteriores fue regulado por medio del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, firmado inicialmente por Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Francia y Alemania, con el fin de suprimir los controles fronterizos en sus fronteras interiores. A este acuerdo se fueron adhiriendo progresivamente otros países de la Unión Europea. España firmó la adhesión el 25 de junio de 1991⁴⁴⁹. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, el Acuerdo de Schengen forma parte del marco jurídico de la Unión Europea⁴⁵⁰. Con la firma del Acuerdo Schengen, «las fronteras externas de los Estados europeos son al tiempo las fronteras externas de los demás Estados parte en aquel Acuerdo»⁴⁵¹. En cierto sentido, las fronteras españolas se han globalizado con el Acuerdo Schengen.

En la regulación del control de las fronteras exteriores destaca el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Se ha calificado como el «instrumento central» de la gestión de las fronteras externas al establecer las normas y las condiciones para cruzar las fronteras exteriores⁴⁵².

El Código de fronteras Schengen establece que «Las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas» (artículo 5.1). También regula las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países (artículo 6) y la realización de inspecciones fronterizas (artículos 7 a 14). Según el artículo 13, «La vigilancia de las fronteras tendrá por objeto principal impedir o detectar el cruce no autorizado de la frontera, contribuir a un mayor conocimiento de la situación, atajar la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra

⁴⁴⁹ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991 (BOE de 5 de abril de 1994).

⁴⁵⁰ Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea.

⁴⁵¹ STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.C.

⁴⁵² Millán REQUENA CASANOVA: 2021, 324.

las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. También implicará la realización de análisis de riesgos. [...] toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será aprehendida y sometida a procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE [la Directiva de Retorno]». El Código de Fronteras Schengen y la Directiva 2008/115/CE otorgan «un amplio margen de autonomía a los Estados miembros» en cuanto a las medidas que pueden adoptar frente a los cruces de su frontera no autorizados⁴⁵³.

En cuanto a las fronteras interiores, permite que un Estado restablezca los controles fronterizos con carácter excepcional y durante un período de tiempo limitado, en caso de amenaza grave para el orden público o la seguridad interior (artículo 25). Estas amenazas podrán derivarse de: a) actos o amenazas terroristas y amenazas que plantea la delincuencia organizada grave; b) emergencias de salud pública a gran escala; c) una situación excepcional caracterizada por movimientos repentinos a gran escala no autorizados de nacionales de un tercer país entre los Estados miembros; o d) acontecimientos internacionales de gran magnitud o de gran relevancia.

2.3.2. La Agencia Europea de Guardia de Fronteras y Costas (Frontex)

La Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, conocida como Frontex, fue creada en 2004⁴⁵⁴. Ha sido considerada como «símbolo de la militarización» de las fronteras europeas y de la política migratoria europea⁴⁵⁵. En la actualidad se regula en el Reglamento (UE) 2019/1896

⁴⁵³ Teresa ACOSTA PENCO: 2024, 167.

⁴⁵⁴ Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. Frontex sufrió una importante reforma en 2016, por medio del Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo.

⁴⁵⁵ Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO: 2024, 300. Sobre esta cuestión, a partir de las operaciones en que ha intervenido, véase también Ainhoa RUIZ BENEDICTO: 2019.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) 1052/2013 y (UE) 2016/1624. La Agencia tiene personalidad jurídica y es independiente en la ejecución de su mandato técnico y operativo [artículo 93 del Reglamento (UE) 2019/1896, apartados 1 y 3]. Los ingresos de Frontex provienen de la Unión, de los Estados miembros y de las tasas percibidas por la retribución de sus servicios (artículo 115).

El objeto de Frontex es «garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores, con miras a gestionar esas fronteras eficientemente respetando plenamente los derechos fundamentales, y aumentar la eficiencia de la política de retorno de la Unión» (artículo 1). También contribuye a la detección, prevención y lucha contra la delincuencia transfronteriza en las fronteras exteriores (artículo 1).

Entre las funciones de Frontex se encuentran: supervisar los flujos migratorios y realizar análisis de riesgos que abarquen todos los aspectos de la gestión integrada de fronteras; supervisar las necesidades operativas de los Estados miembros en relación con la aplicación de los retornos; supervisar la gestión de las fronteras exteriores mediante funcionarios de enlace de la Agencia en los Estados miembros; supervisar el respeto de los derechos fundamentales en todas sus actividades en las fronteras exteriores y en las operaciones de retorno; asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores mediante la coordinación y organización de operaciones conjuntas o poniendo en marcha intervenciones fronterizas rápidas en las fronteras exteriores de los Estados miembros sometidos a retos concretos y desproporcionados; prestar asistencia en todas las fases del proceso de retorno (artículo 10).

El Reglamento (UE) 2019/1896 prevé que la Agencia comprenderá un «cuerpo permanente» con una capacidad de hasta 10.000 miembros de personal operativo (considerando 5 y artículo 5.2)⁴⁵⁶. Frontex tiene acceso a los sistemas de información de la UE relacionados con el cruce de fronteras y la delincuencia transfronteriza; entre ellos se encuentra la base de datos Eurodac, para el registro de huellas dactilares de personas inter-

⁴⁵⁶ El Anexo I establece que se alcance la cifra de 10.000 efectivos para el año 2027.

ceptadas al cruzar irregularmente la frontera exterior [artículo 55.7.g)]⁴⁵⁷. También se prevé que los miembros del cuerpo permanente de Frontex utilicen armas, incluyendo armas de fuego⁴⁵⁸.

Frontex puede celebrar «acuerdos de trabajo» con terceros países; acuerdos que están relacionados «con la gestión de la cooperación operativa, y podrán incluir disposiciones relativas al intercambio de información sensible no clasificada y a la cooperación en el marco de EUROSUR» (artículo 73.4). Estos acuerdos son un elemento de la política de externalización de los controles fronterizos de la UE⁴⁵⁹.

2.3.3. La Directiva de retorno

Uno de los elementos jurídicos de la lucha contra la inmigración irregular es la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Su regulación contiene elementos positivos. Reconoce el principio de no devolución (artículo 5) y establece algunas garantías procedimentales. Así, las decisiones de prohibición de entrada y expulsión han de dictarse por escrito (artículo 12.1) y se reconoce «el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno» (artículo 13.1) y la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico y asistencia lingüística (artículo 13.3). También se prevé que, durante el plazo de salida voluntaria, se tendrán en cuenta «en la medida de lo posible» el mantenimiento de la unidad familiar, la prestación de atención sanitaria, el acceso a la enseñanza básica para menores y la consideración de las necesidades especiales de las personas vulnerables (artículo 14.1).

⁴⁵⁷ Regulada en el Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) 604/2013.

⁴⁵⁸ Véanse, entre otros, el artículo 55.5.b) y el artículo 82, apartados 7 y 8. En especial, el «Anexo V. Normas relativas al uso de la fuerza, incluida la formación y el suministro, el control y el uso de armas de servicio y de equipamiento no letal, aplicables al personal estatutario desplegado como miembro de los equipos».

⁴⁵⁹ Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO: 2024, 303-304.

La Directiva prevé el internamiento de las personas que son objeto de un procedimiento de retorno. En principio, el internamiento sólo podrá adoptarse cuando no existan otras medidas menos coercitivas que tengan la misma eficacia (artículo 15.1). El internamiento ha de ser dispuesto por autoridades administrativas o judiciales y es ordenado por escrito (artículo 15.2). El plazo máximo se establece en seis meses (artículo 15.5)⁴⁶⁰. Plazo que puede ser prorrogado doce meses más, en caso de que la persona afectada no coopere o se produzcan demoras de terceros países en la obtención de la documentación necesaria (artículo 15.6). Es criticable la inclusión de este último supuesto que no depende de la voluntad de la persona afectada por el procedimiento de retorno.

Los menores no acompañados pueden ser objeto de retorno y expulsión (artículo 10) y también de internamiento (artículo 17). Al adoptar estas decisiones debe tenerse en cuenta el interés superior del niño (artículo 10.1 y 17.5). Para poder expulsarles, las autoridades deben cerciorarse de que el menor va a ser entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno (artículo 10.2). El internamiento de menores no acompañados o de familias con menores se producirá «como último recurso y ello por el menor tiempo posible» (artículo 17.1).

Según el artículo 2.2.a) de la Directiva de Retorno, los Estados miembros pueden excluir su aplicación a los nacionales de terceros países «a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro». La exclusión supone una disminución de las garantías previstas en la Directiva, ya que con base en el artículo 4.4, tras la identificación de las personas migrantes, si no se encuentran en una situación de vulnerabilidad y siempre que se respete el principio de no devolu-

⁴⁶⁰ En España el plazo máximo de internamiento es de sesenta días (artículo 246.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009).

ción, pueden ser expulsadas del Estado miembro en el que han entrado irregularmente⁴⁶¹.

2.4. *La vía jurídica de la Unión Europea para incorporarse a la globalización armada: la política común de seguridad y defensa*

La política común de seguridad y defensa (PCSD) es parte integrante de la política exterior y de seguridad común de la Unión (artículo 42.1 TUE). Las decisiones de la PESC «que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa» se adoptan por unanimidad (artículo 31, apartados 1 y 4 TUE). La regla general de adopción de decisiones en la PCSD es la unanimidad (artículo 42.4 TUE), aunque hay algunas cuestiones que se rigen por la regla de la mayoría cualificada⁴⁶². La política de defensa común se establece así por consenso de los Estados miembros⁴⁶³. Con carácter general, la PCSD, como parte de la PESC, no es controlable por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con la excepción del control del respeto del artículo 40 TUE y del control de la legalidad de las decisiones del Consejo en las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas (artículo 24.1 TUE y artículo 275 TFUE).

La PCSD ofrecerá a la UE «capacidad operativa basada en medios civiles y militares» (artículo 42.1 TUE). Incluye la posibilidad de realizar misiones fuera de la Unión (artículos 42.1 y 43 TUE)⁴⁶⁴. Y una obligación de asistencia mutua en caso de agresión armada en el territorio de un Estado miembro (artículo 42.7)⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Teresa ACOSTA PENCO: 2024, 166. Para esta autora, el régimen excepcional previsto para Ceuta y Melilla contenido en la disposición adicional décima LOEx se dicta en aplicación de la excepción prevista en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2008/115/CE (pág. 159).

⁴⁶² Se someten a mayoría cualificada algunas de las decisiones relativas a la Agencia Europea de Defensa (artículo 45.2 TUE) y a la cooperación estructurada permanente (artículo 46, apartados 2 a 4 TUE).

⁴⁶³ Sobre la importancia del consenso entre los Estados miembros en la PESC, Diego J. LIÑÁN NOGUERAS en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS: 2020, 609.

⁴⁶⁴ Sobre estas misiones, apartado 6 del capítulo 2.

⁴⁶⁵ El artículo 222 TFUE establece la denominada cláusula de solidaridad, en virtud de la cual, «La Unión y sus Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano». Con base en esta cláusula se pueden movilizar medios militares. El contenido de esta cláusula de solidaridad ha sido desarrollado en la

Esta política «incluirlá la definición progresiva de una política común de defensa de la Unión», que dará lugar a una «defensa común» (artículos 24.1 y 42.2 TUE). El desarrollo de una defensa común implicaría que la UE estableciera un sistema de defensa propio⁴⁶⁶. Sin embargo, no hay todavía un acuerdo político de los Estados para constituir esa defensa común⁴⁶⁷. La UE está promoviendo una mayor cooperación entre los Estados con el objetivo de avanzar en esta política⁴⁶⁸. A través de la Agencia Europea de Defensa (art. 42.3 TUE), la cooperación estructurada permanente (art. 46.1 TUE), el Fondo Europeo de Defensa, y la creación de un mercado europeo de la defensa⁴⁶⁹. Entre los objetivos que se pretenden alcanzar se encuentran la «autonomía estratégica» de la UE⁴⁷⁰, el aumento de la interoperabilidad y homogeneidad de las capacidades⁴⁷¹, el incremento

Decisión 2014/415/UE del Consejo, de 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad. Aunque la cláusula de solidaridad se incluye en la parte del TFUE relativo a la acción exterior de la Unión, se ha entendido que es uno de los instrumentos de seguridad de los que dispone la UE; Mariola URREA CORRES: 2016, 30.

⁴⁶⁶ Diego J. LIÑÁN NOGUERAS en Araceli MANGAS MARTÍN y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS: 2020, 611.

⁴⁶⁷ Jaume FERRER LLORET: 2021, 384. Esta defensa común se incorporaría por acuerdo unánime del Consejo Europeo y con la aceptación de los Estados miembros según sus normas constitucionales (artículo 42.2 TUE).

⁴⁶⁸ En el documento «Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea», Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, pág. 38, se afirma que para adquirir y mantener las capacidades militares «los Estados miembros tendrán que avanzar hacia la cooperación en materia de defensa como norma»; idea que se reitera en la página 38: «Se fomentará sistemáticamente la cooperación en defensa entre Estados miembros».

⁴⁶⁹ La Comunicación de la Comisión, de 30 de noviembre de 2016 «Plan de Acción Europeo de la Defensa» [COM(2016) 950 final] se basaba en tres pilares: la creación de un Fondo Europeo de la Defensa, el fomento de las inversiones en las cadenas de suministro de la defensa y el refuerzo del mercado único de la defensa (págs. 5-6).

⁴⁷⁰ «Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea», Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, pág. 16; Comunicación de la Comisión, de 30 de noviembre de 2016 «Plan de Acción Europeo de la Defensa» [COM(2016) 950 final], pág. 3.

⁴⁷¹ «Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea», Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, pág. 37; Comunicación de la Comisión «Poner en marcha el Fondo Europeo de Defensa», de 7 de junio de 2017 [COM(2017) 295 final], pág. 2. Uno de los objetivos específicos del Fondo Europeo de Defensa es fo-

del gasto militar, o el establecimiento de un mercado integrado de defensa europeo; todo ello con la finalidad de que la UE se convierta en «un actor global estratégico en el nuevo contexto geopolítico multipolar»⁴⁷². También se pretende constituir la Capacidad de Despliegue Rápido de la UE compuesta por cinco mil efectivos militares y que estará plenamente operativa en 2025; esta fuerza servirá para «responder frente a amenazas inminentes o para reaccionar rápidamente ante una situación de crisis fuera de la Unión en todas las fases del ciclo del conflicto»⁴⁷³. Respetando que algunos Estados de la UE consideran que su defensa común se desarrolla dentro de la OTAN (artículo 42.2 TUE).

El papel de la Unión en cuando al apoyo y coordinación de las iniciativas de los Estados miembros pretende reforzarse y acelerarse con el Libro Blanco sobre la defensa europea –Preparación 2030, de marzo de 2025⁴⁷⁴. Son tres las líneas principales que se plantean⁴⁷⁵. En primer lugar, se propone reducir los déficits en capacidades militares de la UE para alcanzar las capacidades necesarias para llevar a cabo todo el espectro de tareas militares. Para conseguir ese objetivo, se identifican siete áreas prioritarias⁴⁷⁶, se plantea reforzar las acciones colaborativas entre los Estados miembros, mejorar la movilidad militar y las infraestructuras de doble uso civil y militar, reforzar la protección de fronteras, simplificar y armonizar las normas y

mentar «una mayor interoperabilidad entre las capacidades de los Estados miembros» [artículo 3.2.b) del Reglamento (UE) 2021/697 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Fondo Europeo de Defensa]. Entre las acciones que pueden optar a la financiación por el Fondo se encuentran las «actividades destinadas a incrementar la interoperabilidad» [artículo 10.3.b) del Reglamento (UE) 2021/697].

⁴⁷² Todos estos objetivos son mencionados en el documento del Consejo europeo «Strategic Agenda. 2024-2029», págs. 4 y 5. También se incluye la respuesta a las amenazas emergentes o el reforzamiento de la base tecnológica e industrial de la defensa.

⁴⁷³ Documento «A Strategic Compass for Security and Defence. For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security», pág. 25 (también pág. 30).

⁴⁷⁴ «Joint White Paper for European Defence Readiness 2030», Bruselas, 19 de marzo de 2025, JOIN(2025) 120 final.

⁴⁷⁵ El Libro Blanco también se refiere al incremento del apoyo militar a Ucrania y a la mejora de seguridad por medio de la colaboración con organizaciones internacionales y con Estados socios, como la OTAN, Reino Unido, Noruega, Canadá, Turquía o India.

⁴⁷⁶ La defensa aérea y antimisiles; los sistemas de artillería; municiones y misiles; drones y sistemas contra drones; la movilidad militar; inteligencia artificial, computación cuántica y guerra cibernética y electrónica; y habilitadores estratégicos y protección de infraestructuras críticas.

procedimientos que afectan al sector de la defensa, así como crear reservas estratégicas de armamento. En segundo lugar, se fomentará la competitividad y la innovación de la industria europea de defensa. A través de pedidos de largo plazo, reduciendo las dependencias, construyendo un verdadero mercado interior de equipamiento de la defensa y apoyando la innovación disruptiva. En tercer lugar, se propone un incremento del gasto militar de forma urgente y significativa, que se articulará a través de cinco pilares. 1) El establecimiento de un nuevo instrumento financiero para apoyar las inversiones en defensa de los Estados miembros a cargo del presupuesto de la UE, con base en el artículo 122 TFUE. Su financiación podría alcanzar los 150.000 millones de euros. 2) A través de la activación coordinada de la cláusula nacional de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Por esta vía se posibilitaría que los Estados invirtieran hasta el 1,5% de su producto interior bruto, lo que podría suponer más de 800.000 millones de euros de inversión en los próximos cuatro años, dentro de los que se incluirían los 150.000 millones de euros del mecanismo señalado en el punto anterior. 3) Flexibilizando los instrumentos existentes en la UE para permitir una mayor inversión en defensa, a través del presupuesto de la Unión y de las políticas de cohesión. 4) Con aportaciones del Banco Europeo de Inversiones que podrían alcanzar los 2.000 millones de euros. 5) Movilizando capital privado.

2.4.1. La Agencia Europea de Defensa

La Agencia Europea de Defensa está prevista en el TUE (artículo 42.3). La «misión» de la Agencia es: a) contribuir a definir los objetivos de capacidades militares de los Estados miembros y a evaluar el respeto de los compromisos de capacidades contraídos por los Estados miembros; b) fomentar la armonización de las necesidades operativas y la adopción de métodos de adquisición eficaces y compatibles; c) proponer proyectos multilaterales para cumplir los objetivos de capacidades militares y coordinar los programas ejecutados por los Estados miembros y la gestión de programas de cooperación específicos; d) apoyar la investigación sobre tecnología de defensa y coordinar y planificar actividades de investigación conjuntas y estudios de soluciones técnicas que respondan a las futuras necesidades operativas; y e) contribuir a definir y, en su caso, aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del

sector de la defensa y para mejorar la eficacia de los gastos militares (artículo 45.1 TUE)⁴⁷⁷. La participación de los Estados en la Agencia Europea de Defensa es voluntaria [artículo 45.2 TUE y artículo 1.3 Decisión (PESC) 2015/1835].

La Agencia se creó en 2004, por la Acción Común 2004/551/PESC. En la actualidad se rige por la Decisión (PESC) 2015/1835 del Consejo, de 12 de octubre de 2015, por la que se determinan el estatuto, la sede y la forma de funcionamiento de la Agencia Europea de Defensa (AED). La Agencia tiene personalidad jurídica (artículo 6). Su director es el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (artículo 7.1); y su órgano de decisión es la Junta Directiva, integrada por un representante de cada Estado miembro que participa (artículo 8.1).

Según el artículo 2.1 de la Decisión (PESC) 2015/1835, la misión de la AED es «apoyar al Consejo y a los Estados miembros en su esfuerzo por mejorar las capacidades de defensa de la Unión en el ámbito de la gestión de crisis y respaldar la PESC en su situación actual y conforme vaya evolucionando en el futuro». También se establece que «La Agencia determinará las necesidades operativas, propiciará medidas destinadas a satisfacerlas, contribuirá a la definición y, si procede, a la aplicación de las medidas que puedan ser necesarias para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa, participará en la definición de una política europea de capacidades y armamento y asistirá al Consejo en la evaluación de la mejora de las capacidades militares» (artículo 2.2). Ni la misión, ni el desempeño de las funciones de la Agencia puede afectar a las competencias de los Estados miembros en materia de defensa (artículos 3.1 y 5.2).

2.4.2. Cooperación Estructurada Permanente (PESCO)

El artículo 42.6 TUE permite que determinados Estados miembros «que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes» establezcan una cooperación estructurada per-

⁴⁷⁷ Estas funciones se desarrollan en el artículo 5.3 de la Decisión (PESC) 2015/1835, entre las que se incluye respaldar la cooperación estructurada permanente [artículo 5.3.f)].

manente en el marco de la Unión⁴⁷⁸. La participación en la cooperación estructurada permanente, PESCO según sus siglas en inglés, es voluntaria para los Estados de la UE⁴⁷⁹. Para poder formar parte de la cooperación estructurada permanente los Estados han de presentar un plan nacional de aplicación⁴⁸⁰.

La PESCO fue establecida por la Decisión (PESC) 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, por la que se establece una cooperación estructurada permanente y se fija la lista de los Estados miembros participantes (artículo 1). Con la excepción de Malta, los demás Estados miembros de la UE forman parte de la PESCO [artículo 2 Decisión (PESC) 2017/2315]. Los Estados participantes «realizarán contribuciones que cumplan los compromisos más vinculantes que hayan suscrito entre ellos» (artículo 2.1)⁴⁸¹. Estos compromisos se refieren a: 1) el incremento del gasto en defensa⁴⁸², 2) la aproximación de sus instrumentos de defensa, 3) reformar la disponibilidad, la interoperabilidad, la flexibilidad y la capacidad de despliegue de sus fuerzas⁴⁸³, 4) tomar las medidas necesarias

⁴⁷⁸ Esta cooperación se rige por el artículo 46 TUE y por el Protocolo n.º 10. sobre cooperación estructurada permanente establecida por el artículo 42 del Tratado de la Unión Europea, protocolo anejo al TUE y TFUE.

⁴⁷⁹ Considerando 4 de la Decisión (PESC) 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, por la que se establece una cooperación estructurada permanente y se fija la lista de los Estados miembros participantes.

⁴⁸⁰ Estos planes han de revisarse anualmente y son objeto de evaluación; artículo 3.2 y Anexo III. Gobernanza, apartado 4.1 de la Decisión (PESC) 2017/2315.

⁴⁸¹ Los compromisos que impone la cooperación estructurada permanente se consideran de «naturaleza vinculante», Anexo I. Principios de la cooperación estructurada permanente de la Decisión (PESC) 2017/2315.

⁴⁸² Los Estados de la Unión que forman parte de la cooperación estructurada permanente se comprometen, entre otras cuestiones, a: «Aumentar periódicamente su presupuesto de defensa, a fin de alcanzar los objetivos acordados», «Aumentar progresivamente a medio plazo el gasto de inversión en defensa hasta que éste alcance el 20% del gasto total de defensa (valor de referencia colectivo)», y «Aumentar la cuota del gasto dedicado a la investigación y a la tecnologías en el ámbito de la defensa, a fin de que se acerque al 2% del gasto total de defensa (valor de referencia colectivo)» [puntos 1, 2 y 4 del Anexo II de la Decisión (PESC) 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, por la que se establece una cooperación estructurada permanente y se fija la lista de los Estados miembros participantes].

⁴⁸³ Los Estados que participan en la cooperación estructurada permanente se comprometen a desarrollar la interoperabilidad de sus fuerzas, acordando: a) una evaluación común y criterios de evaluación para el conjunto de las fuerzas del grupo de combate de la UE, acordes con las normas de la OTAN, y b) normas técnicas y operativas comunes de

para colmar las insuficiencias que se observen en el marco del mecanismo de desarrollo de capacidades y 5) participar en el desarrollo de programas comunes o europeos de equipos de gran envergadura⁴⁸⁴. También se prevé la posibilidad de que los Estados propongan proyectos de cooperación a los que pueden sumarse otros Estados (artículo 5). En la Decisión (PESC) 2018/340 del Consejo, de 6 de marzo de 2018, por la que se establece la lista de proyectos que deben desarrollarse en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente (CEP), que ha sido modificada posteriormente, se recoge la relación de proyectos (artículo 1).

2.4.3. El Fondo Europeo de Defensa

El Fondo Europeo de Defensa fue creado por el Reglamento (UE) 2021/697⁴⁸⁵. Una de las cuestiones a las que pretende hacer frente es el alto grado de fragmentación de los sistemas de armamento que existen en la UE, 178 sistemas diferentes frente a 30 en Estados Unidos⁴⁸⁶. El objetivo general del Fondo es «estimular la competitividad, la eficiencia y la capacidad de innovación de la base tecnológica e industrial de la defensa europea en toda la Unión, contribuyendo así a la autonomía estratégica de la Unión y su libertad de acción, apoyando acciones colaborativas y la cooperación transfronteriza entre entidades jurídicas de toda la Unión, en particular las pymes y las empresas de mediana capitalización, así como reforzando y mejorando la agilidad de las cadenas de suministro y de valor

las fuerzas, garantizando la interoperabilidad con la OTAN [punto 13 del Anexo II de la Decisión (PESC) 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, por la que se establece una cooperación estructurada permanente y se fija la lista de los Estados miembros participantes].

⁴⁸⁴ Anexo II de la Decisión (PESC) 2017/2315: Lista de los compromisos comunes ambiciosos y más vinculantes asumidos por los Estados miembros participantes en los cinco ámbitos establecidos en el artículo 2 del Protocolo n.º 10.

⁴⁸⁵ Reglamento (UE) 2021/697 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Fondo Europeo de Defensa y por el que se deroga el Reglamento (UE) 2018/1092. Su regulación abarca el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2027 (artículo 1).

⁴⁸⁶ Comunicación de la Comisión «Poner en marcha el Fondo Europeo de Defensa», de 7 de junio de 2017 [COM(2017) 295 final], pág. 295.

de la defensa, ampliando la cooperación transfronteriza entre entidades jurídicas y fomentando un mejor aprovechamiento del potencial industrial de la innovación, la investigación y el desarrollo tecnológico, en todas las etapas del ciclo de vida de los productos y tecnologías de defensa» (artículo 3.1)⁴⁸⁷. El presupuesto del Fondo Europeo de Defensa para el período 2021-2027 es de 9.453 millones de euros a precios corrientes (artículo 4.1). De los cuales, en principio, 3.151 millones son para acciones de investigación y 6.302 millones para acciones de desarrollo (artículo 4.2)⁴⁸⁸.

Con carácter general, el Fondo se ejecuta mediante gestión directa (artículo 8.1). Esto significa que la financiación es gestionada por la Comisión Europea. La financiación se concede a través de subvenciones, premios, contratos públicos e instrumentos financieros en el marco de operaciones de financiación mixta (artículo 8.3). Son subvencionables las «acciones que se dediquen a la creación de nuevos productos y tecnologías de defensa y a la mejora de productos y tecnologías de defensa existentes» (artículo 10.2)⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Los objetivos específicos del Fondo son:

«a) apoyar la investigación colaborativa que pueda impulsar de manera significativa el rendimiento de futuras capacidades en toda la Unión, con el objetivo de maximizar la innovación e introducir nuevos productos y tecnologías de defensa, incluidas las tecnologías disruptivas para la defensa, con el objeto de lograr la máxima eficiencia en el gasto de investigación en el ámbito de la defensa en la Unión;

b) apoyar los proyectos colaborativos de productos y tecnologías de defensa, contribuyendo así a la mayor eficiencia del gasto de defensa dentro de la Unión, logrando mayores economías de escala, reduciendo el riesgo de que se produzcan duplicaciones innecesarias y, por lo tanto, fomentando la comercialización de los productos y tecnologías de defensa europeos y reduciendo la fragmentación de los productos y las tecnologías de defensa en toda la Unión, en última instancia, dando lugar a un aumento de la normalización de los sistemas de defensa y a una mayor interoperabilidad entre las capacidades de los Estados miembros» (artículo 3.2).

⁴⁸⁸ El Fondo Europeo de Defensa consta de dos secciones, jurídicamente separadas, pero complementarias: la sección de investigación y la sección de capacidades. Los fondos de la sección de investigación proceden del presupuesto de la UE, mientras que los fondos de la sección de capacidades proceden principalmente de los Estados miembros, aunque también habrá fondos de la UE para fomentar la cooperación a través del Programa Europeo de Desarrollo Industrial en materia de Defensa. El objetivo de la sección de investigación es establecer un programa de investigación de la UE en materia de defensa y el objetivo de la sección de capacidades es promover el desarrollo conjunto y la adquisición conjunta de capacidades de defensa. Comunicación de la Comisión «Poner en marcha el Fondo Europeo de Defensa», de 7 de junio de 2017 [COM(2017) 295 final].

⁴⁸⁹ El artículo 10.3 recoge un listado de actividades con las que han de estar relacionadas las acciones financiadas.

Se excluye la financiación de acciones destinadas al desarrollo de productos y tecnologías cuya utilización, desarrollo o producción estén prohibidos por el derecho internacional; y las acciones para el desarrollo de armas autónomas letales que no permitan un control humano significativo sobre las decisiones de selección y enfrentamiento cuando lleven a cabo ataques contra seres humanos (artículo 10.6). Por regla general, la financiación se concede por medio de una convocatoria de propuestas competitiva (artículo 11.1). Se puede financiar hasta el cien por cien de los gastos subvencionables de una actividad (artículo 13.1). Las acciones realizadas en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente se pueden beneficiar de 10 puntos porcentuales adicionales de financiación [artículo 13.3.a].

Un aspecto sorprendente es que se considera que el Fondo Europeo de Defensa «contribuye a integrar las acciones por el clima en las políticas de la Unión, así como a alcanzar el objetivo general de destinar el 30% de los gastos del presupuesto de la Unión a apoyar los objetivos climáticos» [considerando 60 del Reglamento (UE) 2021/697]; y que «contribuye a integrar la acción en materia de biodiversidad en las políticas de la Unión y a alcanzar el objetivo global de destinar el 7.5% del gasto anual dentro del marco financiero plurianual 2021-2027 a los objetivos de biodiversidad en 2024 y el 10% del mismo en 2026 y 2027» [considerando 61 del Reglamento (UE) 2021/697].

2.4.4. El mercado europeo de defensa

En principio, el mercado interior de la UE también incluye los productos relacionados con la defensa. Sin embargo, con base en el artículo 346.1.b) TFUE, cada Estado miembro puede adoptar «las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad», estableciendo excepciones al mercado interior en materia de comercio de armas, municiones y material de guerra⁴⁹⁰. Este precepto fue utilizado por los Estados miembros para proteger a su industria de defensa, al no aplicar los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación de contratos de adquisición de material de defensa. En 2009 se aprobaron dos directivas que han contribuido «al establecimiento progre-

⁴⁹⁰ Antiguo artículo 296 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

sivo de un mercado europeo de la defensa»: la Directiva 2009/43/CE y la Directiva 2009/81/CE⁴⁹¹.

La Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad pretende facilitar las transferencias de material de defensa entre los países miembros de la UE. Estas transferencias están sujetas a una autorización previa (artículo 4.1). Aunque se permite que los Estados eximan de la necesidad de autorización en determinados supuestos (artículo 4.2). También se regulan distintos tipos de autorizaciones que facilitan las transferencias: las licencias de transferencias generales (artículo 5), las licencias de transferencias globales (artículo 6) y las licencias de transferencia individuales (artículo 7).

La Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, pretende introducir los principios generales de la contratación pública en este ámbito: el tratamiento igualitario y no discriminatorio de los operadores económicos así como la transparencia administrativa.

2.5. *La reforma de las normas fiscales de la UE (gobernanza económica y fiscal)*

En abril de 2024 se reformó el marco de la gobernanza económica y fiscal de la UE. Se adoptaron de tres actos legislativos. [1] El Reglamento (UE) 2024/1263 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2024, relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo; [2] el Reglamento (UE) 2024/1264 del

⁴⁹¹ Comunicación de la Comisión, de 30 de noviembre de 2016 «Plan de Acción Europeo de la Defensa» [COM(2016) 950 final], pág. 5. Según la comunicación, una mayor apertura del mercado de defensa en la UE permitirá aprovechar las ventajas de las economías de escala, haciendo que los productos europeos sean más competitivos en el mercado mundial (pág. 15). La Comisión se va a centrar en la aplicación efectiva de esas dos directivas (pág. 16).

Consejo, de 29 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; y [3] la Directiva (UE) 2024/1265 del Consejo, de 29 de abril de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

Los planes fiscales-estructurales nacionales a medio plazo van a ser «la piedra angular del marco de gobernanza económica de la Unión» [considerando 10 del Reglamento (UE) 2024/1263]. El contenido de estos planes se establece en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2024/1263. Entre otras cuestiones, ha de incluir una senda del gasto neto, las hipótesis macroeconómicas subyacentes y las medidas fiscales-estructurales previstas para demostrar su conformidad con los requisitos fiscales. También debe explicar la realización de reformas e inversiones; y cómo abordará las prioridades comunes de la Unión en relación con una transición ecológica y digital justa, la resiliencia social y económica, la seguridad energética y la creación de capacidades de defensa. Los planes fiscales-estructurales nacionales a medio plazo se dictan en el marco de las orientaciones de la Comisión [artículo 9 del Reglamento (UE) 2024/1263]. Incluyendo una trayectoria de referencia para los Estados miembros cuya deuda pública supere el 60% del PIB o su déficit público supere el 3% del PIB. Además, antes de la presentación del plan se prevé una fase de diálogo técnico con la Comisión [artículo 12 del Reglamento (UE) 2024/1263]. Estos planes tienen, en principio, una vigencia de cuatro o cinco años, en función de la duración de la legislatura en cada Estado miembro [artículo 2.6 del Reglamento (UE) 2024/1263]. Se establece un período de ajuste de cuatro años, que puede ser ampliado hasta tres años [considerando 14 y artículo 14 del Reglamento (UE) 2024/1263]. Para que se amplíe el plazo el Estado se compromete a llevar a cabo un conjunto de reformas e inversiones. Las inversiones han de responder a las prioridades de la Unión en relación con una transición ecológica y digital justa, la resiliencia social y económica, la seguridad energética y la creación de capacidades de defensa.

Los Estados también han de presentar a la Comisión un informe anual de situación [artículo 21 del Reglamento (UE) 2024/1263]. Este informe, que debe hacerse público, ha de incluir «información sobre los avances en la aplicación de la senda de gasto neto establecida por el Consejo, la ejecución de reformas e inversiones más amplias en el contexto del Semestre Europeo y, cuando proceda, la ejecución del conjunto de reformas e in-

versiones que sustentan una ampliación del período de ajuste» (artículo 21.2). Esta información será utilizada por la Comisión para la evaluación de los planes fiscales-estructurales a medio plazo y de la situación socioeconómica de los Estados.

Se establecen dos cláusulas de salvaguardia. En virtud de la cláusula general de salvaguardia se permite que los Estados miembros se desvíen de su senda de gasto neto establecida, «en caso de grave recesión económica en la zona euro o en la Unión en su conjunto, siempre que no se ponga en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo» [artículo 25.1 del Reglamento (UE) 2024/1263]. La cláusula nacional de salvaguardia posibilita que un Estado se desvíe de su senda de gasto neto establecida «cuando circunstancias excepcionales sobre las cuales no tenga ningún control el Estado miembro incidan de manera significativa en las finanzas públicas del Estado miembro de que se trate, siempre que dicha desviación no ponga en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo» [artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2024/1263]. El Libro Blanco sobre la defensa europea –Preparación 2030 invita a los Estados miembros a activar la cláusula nacional de salvaguardia ante de finales de abril de 2025⁴⁹².

Se ha revisado el procedimiento de déficit excesivo como parte de la política de supervisión, manteniéndose los umbrales de déficit público en el 3% del PIB y el de deuda pública en el 60% del PIB. Estos umbrales se aplican de una forma menos automática ya que se tiene en cuenta la situación fiscal de cada Estado miembro⁴⁹³. En este sentido, cuando la Comisión elabore el informe previsto en el artículo 126.3 TFUE ha de prestar «particular atención» a las contribuciones financieras dirigidas a reforzar la solidaridad internacional y a alcanzar las prioridades comunes de la Unión en relación con una transición ecológica y digital justa, la resiliencia social y económica, la seguridad energética y la creación de capacidades de defensa⁴⁹⁴.

⁴⁹² «Joint White Paper for European Defence Readiness 2030», Bruselas, 19 de marzo de 2025, JOIN(2025) 120 final, pág. 21.

⁴⁹³ Fernando LÓPEZ VICENTE y María DE LOS LLANOS MATEA ROSA: 2024, 4.

⁴⁹⁴ Artículo 2.3 del Reglamento (CE) 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, en su redacción dada por el Reglamento (UE) 2024/1264. También se indica que el informe de la Comisión reflejará «el aumento de la inversión pública en defensa».

Este nuevo marco otorga un mayor margen de maniobra a los Estados miembros para poner en práctica políticas anticíclicas y para adoptar medidas que reduzcan los desequilibrios macroeconómicos⁴⁹⁵. En especial, pretende favorecer las inversiones relacionadas con la transición ecológica y digital justa, la resiliencia social y económica, la seguridad energética y la creación de capacidades de defensa⁴⁹⁶. De todas estas políticas la prioridad de la Unión Europea se está situando claramente en el ámbito militar y de la industria de defensa.

3. El derecho administrativo global

La globalización jurídica ha implicado el ejercicio de funciones materialmente administrativas por parte de entidades internacionales supranacionales. Estas entidades no sólo incluyen las organizaciones internacionales formales como Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, o la Organización Mundial de Comercio. También existen organizaciones público-privadas o privadas que ejercen funciones públicas como la Organización Internacional de Normalización (ISO), la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), o la Agencia Mundial Antidopaje (WADA). Por último, existen redes transnacionales de regulación; en materia financiera se pueden mencionar, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS),

En el considerando 13 se hace mención a la inversión en defensa en los siguientes términos: «Reconociendo el aumento de las tensiones geopolíticas y los retos en materia de seguridad y la consiguiente necesidad de que los Estados miembros desarrollen sus capacidades, el aumento de la inversión pública en defensa, cuando proceda, debe considerarse un factor pertinente a la hora de evaluar la existencia de un déficit excesivo de conformidad con el artículo 126, apartado 3, del TFUE. Dicho factor podría evaluarse en relación con las medias de la Unión, las tendencias a medio plazo u otros valores de referencia pertinentes, teniendo en cuenta también las normas estadísticas relativas al momento del registro del gasto en material de defensa». Ver también el considerando 23.

⁴⁹⁵ Fernando LÓPEZ VICENTE y María DE LOS LLANOS MATEA ROSA: 2024, 3-4.

⁴⁹⁶ En materia de defensa, según la Comunicación de la Comisión, de 30 de noviembre de 2016 «Plan de Acción Europeo de la Defensa» [COM(2016) 950 final, pág. 11]: «Las contribuciones nacionales de capital a la “sección de capacidades” se tratarán como aportaciones “puntuales” con arreglo al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, lo que significa que se descontarán del esfuerzo presupuestario estructural que se espera que realicen los Estados miembros. El mismo trato se aplicará a las garantías, en la medida en que incidan en el déficit o en la deuda».

la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) y la Organización Internacional de Mercados de Valores (IOSCO)⁴⁹⁷.

En un creciente número de ámbitos administrativos –especialmente en los sectores relacionados con el riesgo, como los mercados financieros, la energía, la alimentación, la salud o el medio ambiente– ha surgido un ámbito de actuación global, que se sitúa más allá del ámbito territorial estatal, incluso más allá del ámbito de actuación de organizaciones internacionales como la Unión Europea y que se ha denominado «espacio administrativo global»⁴⁹⁸.

Se ha producido así un fenómeno de desestatalización del derecho administrativo. Desestatalización que se pone de manifiesto en que el Estado ha perdido el monopolio de la producción normativa. Se ha llegado a hablar metafóricamente de «evaporación de la estatalidad»⁴⁹⁹. Con la globalización económica y la consiguiente expansión del comercio internacional, ha surgido la necesidad de normas comunes, lo que explica la proliferación de los estándares internacionales⁵⁰⁰. Estos estándares funcionan como un instrumento de armonización internacional y son elaborados por complejas redes de regulación, públicas, privadas o mixtas. Las normas ISO son creadas por la Organización Internacional de Normalización, que es

⁴⁹⁷ Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART: 2016, 94-98, distinguen cinco tipos ideales de administraciones globales, muchas de las cuales se superponen en la práctica: 1) la Administración de las organizaciones internacionales en sentido estricto y formal, como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la Organización Mundial de la Salud; 2) la Administración de redes transnacionales cooperativas, integradas por organismos reguladores nacionales, como el Comité de Basilea; 3) la «Administración diseminada», compuesta por administraciones descentralizadas que, cada una por su cuenta, dirigen los organismos reguladores nacionales con base en un tratado, una red u otro sistema de cooperación; 4) la Administración «híbrida», que surge del acuerdo entre sujetos privados y determinados Estados, como la Comisión del *Codex Alimentarius* o la ICANN (la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números); y 5) la Administración de instituciones privadas que desempeñan funciones de regulación, como la Organización Internacional para la Estandarización (ISO) o la Sociedad para las Comunicaciones Interbancarias y Financieras Mundiales (SWIFT).

⁴⁹⁸ Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART: 2016, 92-94. Seguidos por ROSARIO LEÑERO BOHÓRQUEZ: 2020, 137.

⁴⁹⁹ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2018, 98; evaporación de la estatalidad que sería resultado tanto de la europeización del derecho administrativo, como de la internacionalización del derecho administrativo (págs. 98-99).

⁵⁰⁰ Marc TARRÉS VIVES: 2015, 140-142.

una organización internacional no gubernamental. Las principales normas ISO se refieren a la calidad industrial, la gestión medioambiental, la seguridad alimentaria y la seguridad de la información y los servicios de tecnologías de la información⁵⁰¹.

Otro ejemplo son los principios de supervisión bancaria adoptados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (conocidos como «Basilea I» de 1998, «Basilea II» de 2005, «Basilea III» de 2010, y «Basilea IV» de 2017). El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS según sus siglas en inglés) está compuesto por representantes de los bancos centrales de 13 países, entre ellos España⁵⁰². Según su Carta estatutaria, el Comité de Basilea «es el principal organismo normativo internacional para la regulación prudencial de los bancos y constituye un foro de cooperación en materia de supervisión bancaria. Su mandato es mejorar la regulación, la supervisión y las prácticas bancarias en todo el mundo con el fin de afianzar la estabilidad financiera» (artículo 1). Este Comité no se ha constituido a través de un tratado internacional vinculante⁵⁰³. Su Carta estatutaria puede considerarse como un instrumento de *soft law*. Carta estatutaria que le atribuye, entre otras actividades: «establecer y promover normas internacionales, directrices y buenas prácticas en materia de regulación y supervisión bancaria» [artículo 2.c)] y «abordar las lagunas de regulación y supervisión que planteen riesgos para la estabilidad financiera» [artículo 2.d)]. El Comité no posee potestades supranacionales atribuidas formalmente y sus decisiones, que se adoptan por consenso, no son jurídicamente vinculantes⁵⁰⁴. A pesar de ello, los integrantes del Comité incorporan en su ordenamiento jurídico los principios y recomendaciones que adopta. Uno de los compromisos que asumen los miembros del Comité de Supervisión

⁵⁰¹ Sobre ISO y sus normas, véase el apartado 5.1 del capítulo 1.

⁵⁰² A sus reuniones plenarias asisten también las autoridades nacionales de supervisión bancaria, la Comisión de la Unión Europea y el Banco Central Europeo. Sobre los miembros del Comité de Basilea, véase el artículo 4 de su Carta estatutaria.

⁵⁰³ La Carta estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea no se ha publicado en el BOE ni en el DOUE.

⁵⁰⁴ El artículo 3 de la Carta estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea establece que: «El BCBS [Comité de Basilea según sus siglas en inglés] no posee potestades supranacionales formales. Sus decisiones carecen de fuerza legal. Para llevar a cabo su mandato, el BCBS depende del compromiso de sus miembros, como dispone el Artículo 5». Las decisiones del Comité se toman por consenso (artículo 8.4) y se comunican mediante la página web del Comité o a través de comunicados de prensa (artículo 8.5).

Bancaria de Basilea es «instrumentar y aplicar las normas del BCBS en su jurisdicción nacional en el plazo establecido por el Comité» [artículo 5.e)]. El Comité puede adoptar normas (*standards*), directrices (*guidelines*) y buenas prácticas (*sound practices*), reguladas en los artículos 12 a 14 de la Carta estatutaria⁵⁰⁵.

En materia de control del comercio de armamento, hay que mencionar el Acuerdo de Wassenaar sobre Controles de Exportación de Armas Convencionales y Productos y Tecnologías de Doble Uso. El Acuerdo se basa en una Declaración Final de 19 de diciembre de 1995 y en un texto denominado Guías y Procedimientos incluyendo los Elementos Iniciales, de diciembre de 2019. Ninguna de estas decisiones ha sido publicada en el BOE por lo que debe entenderse que son instrumentos jurídicos de *soft law*. Forman parte del Acuerdo 42 países, incluyendo a la mayoría de los principales exportadores de armamento, como EEUU, Rusia, Canadá, Reino Unido, Francia o España. El Acuerdo tiene como fin «contribuir a la seguridad y estabilidad regional e internacional, promoviendo la transparencia y una mayor responsabilidad en las transferencias de armas convencionales y productos y tecnologías de doble uso, evitando así acumulaciones desestabilizadoras» (apartado I.1 Guías y Procedimientos). Se concibe como un «foro intergubernamental»⁵⁰⁶, en el que sus decisiones se toman por consenso (apartado VII:5 Guías y Procedimientos) y sus discusiones se someten a un deber de confidencialidad (apartado IX Guías y Procedimientos). Una de las decisiones que se adopta en el marco del Acuerdo de Wassenaar es la elaboración de la Lista de Productos y Tecnologías de Doble Uso y la Lista de Municiones (apartado III Guías y Procedimientos). Los productos incluidos en dichas listas se someten a una autorización administrativa para su exportación, autorización que es

⁵⁰⁵ En materia financiera también se pueden mencionar las normas contables aprobadas por la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB – International Accounting Standards Board) que es una organización internacional compuesta por entidades privadas; los acuerdos de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS – International Association of Insurance Supervisors) que es una asociación de derecho privado; o las normas de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO – International Organization of Securities Commissions) integrada por las autoridades de supervisión de los mercados de valores de distintos países. Sobre estas normas financieras transnacionales, María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA y María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ: 2010, 160-164.

⁵⁰⁶ SECRETARÍA DEL ACUERDO DE WASSENAAR: 2023, 123.

otorgada por los Estados. Pondré un ejemplo de cómo se hacen efectivas las decisiones adoptadas en el marco del Acuerdo de Wassenaar por los Estados parte. En la Lista de Municiones adoptada el 7 de diciembre de 2017 se acordó que los combustibles para aeronaves militares JP-4, JP-5 y JP-8 no se considerarían combustibles para aeronaves formulados especialmente para propósitos militares⁵⁰⁷. Por tanto, su exportación no estaría subordinada a la necesidad de obtener una autorización administrativa previa. La misma exclusión se recogió, con idénticos términos, en la Lista Común Militar de la Unión Europea, adoptada por el Consejo el 26 de febrero de 2018⁵⁰⁸. Y finalmente se incorporó exactamente igual al derecho español en la Orden ICT/697/2019, de 25 de junio, por la que se modifica el anexo I.1 del Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, aprobado por el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto⁵⁰⁹.

También se produce una desestatalización de la Administración pública, que actúa en el ámbito internacional cada vez con mayor autonomía respecto del Estado: a través de la cooperación administrativa internacional para el ejercicio de funciones públicas (policía administrativa, seguridad social, medio ambiente, derecho tributario) o por medio de la cooperación de reguladores nacionales que dan lugar a redes transnacionales de regulación (producción y aplicación de estándares internacionales)⁵¹⁰.

Ha surgido así el denominado derecho administrativo global. Con esta expresión se pretende agrupar una mezcla heterogénea de fenómenos jurídicos y no jurídicos⁵¹¹, incluyendo instrumentos normativos e instrumentos decisorios. La autorregulación normativa supranacional o el arbitraje internacional de inversiones, que se analizarán a continuación, se consideran manifestaciones del derecho administrativo global. En mi opinión, la

⁵⁰⁷ List of Dual-Use Goods and Technologies and Munitions List, de 7 de diciembre de 2017, categoría ML8.c.1, Nota 1 (página 187 del documento). Puede consultarse en <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2019/consolidated/WA-DOC-17-PUB-006-Public-Docs-Vol-II-2017-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵⁰⁸ DOUE de 15 de marzo de 2018, pág. 12.

⁵⁰⁹ BOE de 27 de junio de 2019, pág. 68615.

⁵¹⁰ Sobre las redes transnacionales de regulación, véase el apartado 3 del capítulo 1.

⁵¹¹ Una de las piezas de este derecho administrativo global son los estándares internacionales, que no son normas jurídicas sino normas sociales; véase el apartado 5 del capítulo 1.

existencia de este derecho administrativo global implica el reconocimiento de otro fenómeno de pluralismo jurídico en el ordenamiento jurídico español⁵¹².

El derecho administrativo global es marcadamente sectorial⁵¹³. Es decir, no pretende regular todos los aspectos de la vida social, sino únicamente determinadas materias de relevancia económica. Las normas supranacionales, entre las que se incluye el derecho administrativo global, surgen «para construir un espacio jurídico favorable a la actividad económica al margen del poder estatal»⁵¹⁴. En el mismo sentido se ha señalado la finalidad económica que cumplen las normas técnicas: al garantizar la compatibilidad técnica entre diferentes productos, favoreciendo la libre circulación de mercancías, al mismo tiempo que permiten una reducción de costes⁵¹⁵. Por todo ello considero que el derecho administrativo global es, en el ámbito del derecho público, un fenómeno paralelo a la nueva *lex mercatoria* en el campo del derecho privado.

En el siguiente cuadro se recogen las normas típicas del derecho administrativo global analizadas en este libro⁵¹⁶. Hay que destacar su hetero-

⁵¹² Junto con el derecho de la Unión Europea y la llamada nueva *lex mercatoria* (sobre esta última, véase el apartado 4 del capítulo 1). El derecho administrativo global puede considerarse como un fenómeno jurídico que goza de autonomía respecto al ordenamiento jurídico español. Aunque no todos los elementos que integran el derecho administrativo global gozan del mismo grado de autonomía. Así, por ejemplo, mientras que las normas ISO, aprobadas por la Organización Internacional de Normalización, tienen un fundamento autónomo, el arbitraje internacional de inversiones se basa en acuerdos internacionales negociados y ratificados por los Estados que son parte. Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 62, también considera que el derecho administrativo global es, en la realidad, un fenómeno de pluralismo jurídico. Este autor se propone «reconducir esta realidad pluralista a los esquemas del monismo» (pág. 121); para ello plantea que la integración de las normas transnacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales es una tarea que les corresponde realizar a los jueces (pág. 170 y ss).

En contra, Marc TARRÉS VIVES: 2015, 142, considera que las normas técnicas no han dado lugar a una situación de pluralismo jurídico, porque «el Estado sigue siendo el único sujeto legitimado políticamente para dictar normas vinculantes que, en su caso, pueden ser impuestas coactivamente»; este autor entiende que la existencia de las normas técnicas implica la existencia de «un ordenamiento jurídico global».

⁵¹³ Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 20 y 117.

⁵¹⁴ Según Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 35.

⁵¹⁵ Marc TARRÉS VIVES: 2015, 148.

⁵¹⁶ El espacio jurídico global no sólo está regulado por estas normas. También hay que tener en cuenta las formas clásicas, como los tratados internacionales que han dado

geneidad. Es una mezcla de instrumentos jurídico públicos de *soft law* y de normas elaboradas por sujetos privados. Dentro de estas últimas no todas tienen la misma entidad. Los códigos de conducta y los códigos de buenas prácticas, adoptados en el marco de la autorregulación regulada, son normas privadas que se aprueban en el marco definido por normas jurídicas y cuyos efectos jurídicos se establecen en las normas jurídicas que delimitan ese marco. Tienen así características híbridas, tanto privadas como públicas. Por el contrario, los estándares internacionales son normas sociales, no son normas jurídicas. Los estándares son normas privadas cuyo ámbito de actuación y sus efectos no están definidos por normas jurídicas. En algunos casos, a través de remisiones, los estándares internacionales despliegan efectos jurídicos. Pero estas remisiones no modifican la naturaleza social de estas normas privadas.

Tipología de las normas propias del derecho administrativo global

INSTRUMENTOS GLOBALES DE *SOFT LAW* DE ORIGEN PÚBLICO

- Indicadores globales públicos⁵¹⁷
- Normas aprobadas por las redes transnacionales de regulación⁵¹⁸

NORMAS GLOBALES PRIVADAS ADOPTADAS EN EL MARCO DE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA

- Códigos de conducta⁵¹⁹
- Códigos de buenas prácticas⁵²⁰

NORMAS SOCIALES PRIVADAS FRUTO DE LA AUTORREGULACIÓN

- Indicadores globales privados⁵²¹
- Estándares internacionales⁵²²

lugar al surgimiento del derecho administrativo global. Por ejemplo, los acuerdos internacionales de protección de inversiones extranjeras.

⁵¹⁷ Apartado 5.2 del capítulo 1.

⁵¹⁸ Apartado 3 del capítulo 1.

⁵¹⁹ Apartado 4 de este capítulo.

⁵²⁰ Apartado 4 de este capítulo.

⁵²¹ Apartado 5.2 del capítulo 1.

⁵²² Apartado 5.1 del capítulo 1.

Una cuestión discutida doctrinalmente es si el derecho administrativo global puede considerarse como derecho⁵²³. Hay quien lo niega, al entender que no existe un sistema jurídico global⁵²⁴. Esta línea doctrinal parece identificar lo jurídico con la pertenencia a un sistema legal⁵²⁵. Por otra parte, hay quien entiende que el derecho administrativo global sí es derecho, aunque sea de forma fragmentaria, ya que sus normas «constituyen enunciados prescriptivos recibidos por los propios sujetos obligados, y que pueden ser recibidos también en el ordenamiento jurídico del Estado si el juez que aplica la norma entiende que respetan sus propios principios constitucionales»⁵²⁶.

En mi opinión, el punto de partida debe ser señalar la importancia creciente que está adquiriendo la realidad que se pretende aprehender con la categoría de derecho administrativo global. Porque es una regulación, de carácter jurídico o social, que dirige el comportamiento de muchos sujetos

⁵²³ En su origen, en el siglo XIX, el derecho internacional no se consideraba derecho porque se entendía que no existía derecho «fuera o más allá del Estado», Bartolomé CLAVERO: 2023, 33-51 (las comillas corresponden a la página 44). Tal vez nos encontremos en una situación similar con respecto al derecho administrativo global, porque estamos en una fase inicial de su desarrollo y su surgimiento plantea importantes problemas teóricos para la dogmática jurídica.

⁵²⁴ Así, María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA: 2016, 37; quien afirma que «me parece que es posible encontrar evidencias suficientes para constatar que no existe un sistema jurídico global y que, por consiguiente, el Derecho Administrativo Global no es Derecho. O, por lo menos, no todos los sistemas normativos relevantes para el Derecho Administrativo Global son Derecho». Esta autora sí reconoce la legitimidad del análisis del derecho administrativo global desde la perspectiva del derecho público (pág. 37). En un trabajo posterior parece que esta autora ha matizado en parte su postura entendiendo que el derecho administrativo global tendría la consideración de *soft law*. En M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA: 2020, 259, afirma que «Las normas elaboradas por los organismos de normalización, las empresas multinacionales o las organizaciones deportivas internacionales mediante su capacidad de autorregulación no son, por descontado, normas jurídicas, sino que tienen la consideración de *soft law* o derecho blando».

⁵²⁵ En contra y refiriéndose al derecho administrativo global, Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 55, entiende, acertadamente a mi juicio, que «no constituir un sistema no implica que las normas supranacionales no sean Derecho».

⁵²⁶ Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 77-78 (la cita corresponde a la página 77). Este autor considera derecho en sentido objetivo «todo enunciado prescriptivo que cumple tres características: es producto de un sujeto emisor que ejerce una función normativa, atribuida o *de facto*; es recibida por la voluntad no viciada del sujeto obligado (recepción subjetiva) y es aplicable en un territorio, por ser consistente con los principios constitucionales de aquél (recepción objetiva)» (cursiva original, págs. 77-78).

a nivel internacional. Además, hay que tener en cuenta la heterogeneidad regulatoria que compone el derecho administrativo global. No me parece adecuado dar una respuesta de conjunto a si el derecho administrativo global es derecho o no lo es en su totalidad. Hay instrumentos de *soft law* de carácter público, como son las normas aprobadas por las redes transnacionales de regulación, que, en mi opinión tienen claramente un carácter jurídico. Hay instrumentos híbridos que forman parte de la autorregulación regulada, de naturaleza privada, pero a los que el ordenamiento les otorga determinados efectos jurídicos, como los códigos de conducta. Y, por último, hay normas de origen privado y que claramente no son normas jurídicas sino normas sociales, en el sentido de que su cumplimiento no está garantizado por las instituciones estatales. Únicamente la parte del derecho administrativo global compuesta por este tipo de normas sociales carecería de carácter jurídico. A pesar de ello considero que hay que destacar la función que cumplen los estándares internacionales. Desde una metodología jurídico-política como la que se plantea en este trabajo estas normas sociales tienen una gran importancia y deben ser objeto de análisis desde la perspectiva jurídica⁵²⁷. Porque son uno de los elementos normativos que conforman el espacio administrativo global⁵²⁸. Al igual que las normas de *soft law*, que carecen de eficacia vinculante, se tienen en cuenta en el análisis jurídico, lo mismo debería suceder con las normas sociales que integran el derecho administrativo global⁵²⁹. Por último, hay que tener en cuenta que los estándares internacionales pueden desplegar efectos jurídicos a través de las remisiones contenidas en los ordenamientos jurídicos estatales.

De la misma forma que se planteó la cuestión de la «fetichización» de la nueva *lex mercatoria*⁵³⁰, también se puede entender que la doctrina jurídica está fetichizando el derecho administrativo global o parte del derecho administrativo global. Ello en la medida en que este último se entiende

⁵²⁷ En este sentido, María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA: 2016, 48, destaca «la existencia de una *interconexión* cada vez más estrecha entre sistemas normativos –jurídicos y no jurídicos– de origen nacional, regional y supra/inter y trans-nacional».

⁵²⁸ He analizado estas cuestiones con algo más de detalle en el apartado 5 del capítulo 1.

⁵²⁹ Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2020, 145-149, analiza el *soft law* y las normas supranacionales; considerando que no existen diferencias conceptuales entre el *soft law* supranacional y las normas supranacionales.

⁵³⁰ Apartado 4 del capítulo 1.

como un espacio jurídico privado que regula cuestiones de interés general, ocultando que su contenido está determinado por determinados sujetos que tienen capacidad de imponerse al poder estatal en determinadas cuestiones concretas. Un derecho administrativo global que oculta la desigualdad material que existe en el espacio jurídico global y que no tiene en cuenta las relaciones de poder desiguales entre los sujetos con capacidad para emitir este tipo de derecho y los Estados del Sur global⁵³¹. El concepto de derecho administrativo global serviría así para legitimar el poder normativo de los sujetos privados no estatales más poderosos.

La expresión «derecho administrativo global» también hace referencia a la doctrina jurídica que analiza la problemática que plantea el ejercicio de funciones administrativas por entidades internacionales supranacionales⁵³². Esta problemática pone en cuestión la distinción tradicional entre la esfera interna y la esfera externa de actuación de los Estados, que tradicionalmente eran estudiadas por el derecho administrativo y por el derecho internacional público, respectivamente. El derecho administrativo global no sólo tiene una vocación descriptiva, sino que también plantea un proyecto prescriptivo⁵³³. De manera que se ha señalado que incluye un «proyecto político y normativo»⁵³⁴. Uno de sus propósitos de la doctrina del derecho administrativo global es que se apliquen a las administraciones globales los principios jurídicos propios del derecho administrativo

⁵³¹ Sobre esta crítica al derecho administrativo global, Samuel BAENA CARRILLO: 2024, 24-25.

⁵³² Sobre el derecho administrativo global, María Mercè DARNACULETA I GARDELLA: 2016, 11-50. La doctrina del derecho administrativo global surge de dos escuelas (o «proyectos», como los denomina DARNACULETA, págs. 15, 19 y 43): el «Derecho Administrativo Global» (*Global Administrative Law*) surgido en el ámbito anglosajón y el «Derecho Administrativo Internacional» (*Internationales Verwaltungsrecht*) creado en el ámbito alemán (sobre las ideas que mantienen en común y sus diferencias, véanse las páginas 14 a 19).

⁵³³ Esta dimensión normativa o prescriptiva se ha resumido como «un proyecto en el que se plantea prioritariamente qué ha de hacerse, qué criterios o principios han de presidir esta disciplina, cómo, y con base en qué valores o estándares, ha de solucionarse un determinado problema»; Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART: 2016, 125.

⁵³⁴ María Mercè DARNACULETA I GARDELLA: 2016, 31. En la página 49 lo resume de este modo: «Se trata de un proyecto normativo que pretende que el ejercicio de autoridad y de poder público a nivel supranacional se dote de las mismas garantías que son exigibles a dicho poder en el ámbito nacional respectivo».

(información, transparencia, razonabilidad, participación, control, igualdad de trato, proporcionalidad, democracia, ...). En mi opinión, dentro de esta finalidad encajan las propuestas de incorporar los valores y principios del derecho público a estos sujetos privados cuando realizan actividades de servicio público o de carácter regulatorio, dirigiendo su actuación a través de la regulación de su organización y del procedimiento de toma de decisiones⁵³⁵.

4. La autorregulación regulada. En especial la autorregulación normativa

La autorregulación se ha vinculado con la globalización, calificándola como una nueva estrategia reguladora de los poderes públicos en la que se sustituyen los instrumentos imperativos por técnicas indirectas de regulación⁵³⁶. El contexto en el que la doctrina sitúa esta figura es el tópico de una nueva relación entre el Estado y la sociedad. Y las dificultades ante las que se encuentra el Estado cuando tiene que adoptar decisiones en los ámbitos en los que se requieren conocimientos científicos altamente especializados, como son la seguridad de los productos industriales, la regulación de los mercados financieros, o los límites de la radiación electromagnética.

Dentro de la autorregulación hay que distinguir dos ámbitos. Por una parte, los sujetos y organizaciones privadas ordenan su actividad, estableciendo las normas y controles que consideran más adecuados para la consecución de sus propios fines. Esta dimensión puede desplegarse en un ámbito nacional, aunque cada vez más tiene una extensión internacional y globalizada. El otro ámbito se refiere a la regulación pública de la auto-

⁵³⁵ Así, Javier BARNES: 2015, 283-284 y 302-308. La propuesta de este autor abarca toda la actividad de servicio público y reguladora realizada por sujetos privados, lo cual incluye la actuación en el espacio administrativo global y también la actuación que realizan en el ámbito estatal. Este autor considera que el procedimiento y la organización son estrategias regulatorias «difusas» que sirven para dirigir la actividad de interés general que desarrollan los sujetos privados (pág. 303). En este aspecto coincido, aunque me parece que exagera cuando detalla los efectos concretos que tienen estas técnicas (págs. 302-305). El espacio de decisión propio que tienen estos sujetos privados sigue siendo muy amplio.

⁵³⁶ María Mercè DARNACULETA I GARDELLA: 2010, 632, 636 y 653. Siguiendo a esta autora, Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ: 2020, 147, considera que la globalización ha contribuido a la intensificación y a la expansión de la autorregulación privada.

regulación, denominada como «autorregulación regulada». Los poderes públicos pueden atribuir efectos públicos a la autorregulación privada. También pueden regular el contexto de dicha autorregulación, estableciendo los requisitos y los procedimientos que debe cumplir la autorregulación para desplegar efectos públicos. Así, por ejemplo, se pueden imponer determinadas garantías de participación, de capacidad técnica, se puede supervisar el sometimiento a dichas normas, ...

En mi opinión, la autorregulación regulada es una estrategia reguladora propia del neoliberalismo, a través de la cual se realiza y legitima una forma de privatización de la producción jurídica⁵³⁷.

El tipo de autorregulación más importante es la autorregulación normativa. En principio, las normas que se elaboran en ámbitos de autorregulación privada son normas sociales que no forman parte del ordenamiento jurídico y, por tanto, no son vinculantes. El fundamento de estas normas privadas se encontraría en la autonomía de la voluntad de las organizaciones privadas que elaboran esas normas⁵³⁸. Se han señalado tres formas de introducir estas normas de autorregulación privada dentro del ordenamiento jurídico: a) incorporación directa; b) remisión; y c) no aprobar una norma jurídica cuando existen en esa materia normas internacionales de autorregulación privada⁵³⁹. En mi opinión, habría que incluir un cuarto supuesto [d)], cuando las normas jurídico públicas promueven que entidades privadas adopten acuerdos regulatorios para determinar cómo se debe aplicar una determinada legislación y otorgan consecuencias jurídicas a dichos acuerdos regulatorios.

[a)] La incorporación directa consiste en que se aprueba una norma pública que recoge el contenido de una norma de autorregulación privada. En el sector financiero, las normas internacionales de contabilidad aprobadas por el IASB (International Accounting Standards Board –Junta

⁵³⁷ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 92, considera que la desregulación y las nuevas formas de regular «están más directamente relacionadas» con el neoliberalismo; implican una privatización de la producción jurídica al traspasarse a las empresas una parte importante del poder regulador público.

⁵³⁸ José ESTEVE PARDO: 2023, 58-59. Para este autor estas normas se caracterizan por una «marcada impronta contractual» (pág. 58). No sólo su elaboración, sino también su aceptación y aplicación se basan en la autonomía de la voluntad, ya que sólo vinculan a quienes las acepten voluntariamente.

⁵³⁹ María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA: 2015, 205-207.

de Normas Internacionales de Contabilidad) fueron incorporadas al ordenamiento comunitario por el Reglamento (CE) 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad.

[b)] La norma pública también puede hacer referencia a una norma privada, pero sin incorporar su contenido, es lo que se conoce como remisión, que puede ser estática o dinámica. En la remisión estática –o nominada– la norma jurídica se refiere a una determinada versión de la norma privada; no se tienen en cuenta las modificaciones posteriores de dicha norma privada. En la remisión dinámica, sí se reconoce eficacia jurídica a las versiones futuras de la norma remitida⁵⁴⁰. Un ejemplo de remisión estática se produce en la regulación de las ecoauditorías. El Reglamento (CE) 1221/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS). Este reglamento se remite a la norma ISO 14000, en su versión de 2004, elaborada por la Organización Internacional de Normalización (ISO)⁵⁴¹.

En ocasiones, la remisión a las normas privadas se produce en documentos técnicos elaborados por autoridades públicas. Se trata de una remisión incluida en un instrumento de *soft law*. Así, distintos documentos técnicos elaborados por la Agencia Española de Protección de Datos realizan remisiones a normas ISO⁵⁴². Por ejemplo, el documento «Esquema de

⁵⁴⁰ Sobre la diferencia entre remisión estática y dinámica puede verse Marc TARRÉS VIVES: 2003, 261-272. Doctrinalmente se acepta la remisión estática mientras que la remisión dinámica se considera un supuesto de delegación ilegítima de funciones públicas, María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA: 2015, 210.

⁵⁴¹ En su anexo II sobre los Requisitos del Sistema de Gestión Medioambiental se establece que «Los requisitos del sistema de gestión medioambiental aplicables con arreglo a EMAS son los establecidos en la sección 4 de la norma EN ISO 14001:2004».

⁵⁴² La Agencia Española de Protección de Datos tiene reconocida potestad normativa (artículo 55 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales). La Agencia ha aprobado dos normas: [1] la Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. En contraste, la Agencia ha aprobado y [2] la Instrucción 1/2021, de 2 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se establecen directrices respecto de la fun-

Certificación de Delegados de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos (Esquema AEPD – DPD)»⁵⁴³, o el documento «Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos per-

ción consultiva de la Agencia, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de esos datos, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio. En claro contraste, la Agencia ha aprobado múltiples guías en materias técnicas que deben considerarse como documentos de *soft law*. Por ejemplo, la Guía de Protección de Datos por Defecto (de octubre de 2020) o la Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos (de noviembre de 2023). Estas guías tienen su base legal en la disposición adicional decimoctava de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Otra Administración independiente a la que se otorga capacidad normativa para elaborar «guías técnicas» es la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 267.1 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión; anteriormente en el artículo 21.3 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores). La CNMV también puede «hacer suyas, y transmitir como tales, así como desarrollar» las guías que aprueben los organismos internacionales activos en la regulación y supervisión del mercado de valores (artículo 267.2 de la Ley 6/2023, anteriormente en el artículo 21.4 del Real Decreto Legislativo 4/2015). Entre las guías técnicas elaboradas por la CNMV se pueden mencionar la «Guía técnica 1/2017 sobre refuerzo de la transparencia de fondos de inversión con objetivo concreto de rentabilidad a largo plazo», la «Guía técnica 1/2022 sobre la gestión y control de la liquidez de las instituciones de inversión colectiva», o la «Guía técnica 1/2024 sobre comisiones de auditoría de entidades de interés público» (todas ellas se pueden consultar en la página web de la CNMV).

⁵⁴³ Redactado por el Área de Certificación de la Agencia Española de Protección de Datos. Versión 1.4, de 23 de diciembre de 2019. Este texto se califica como «documento» (página 4). En dicho documento se realizan varias remisiones a la norma «UNE-EN ISO/IEC 17024:2012. Evaluación de Conformidad. Requisitos generales para los organismos que realizan certificados de personas», en relación con la competencia para resolver quejas y reclamaciones, así como el procedimiento para presentarlas (páginas 5, 27 y 28). El documento de la AEPD en encuentra disponible en: <https://www.aepd.es/documento/esquema-aepd-dpd.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

La versión 1.4 fue adoptada por Resolución de la Directora de la AEPD, de 10 de enero de 2020, por la que se aprueba la modificación del Esquema de Certificación de Delegados de Protección de Datos (Esquema AEPD-DPD).

<https://www.aepd.es/documento/resolucion-aprobacion-esquema-certificacion-aepd-dpd.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

sonales»⁵⁴⁴. Aunque la remisión a normas privadas se haga en documentos de *soft law* aprobados por autoridades públicas, ello no reduce su valor orientador. Porque los operadores que actúan en ese ámbito se guían, fundamentalmente por esos instrumentos de *soft law* y por las normas jurídicas a las que aquéllos se remiten. Esto se debe a que así obtienen seguridad jurídica y porque esos documentos de *soft law* y las normas privadas son una ayuda imprescindible en cuestiones de carácter marcadamente técnico.

Otra forma de remisión se produce a través de los pliegos de prescripciones técnicas de los contratos administrativos. En algún pliego se remiten a las normas UNE, aprobadas por AENOR, y/o a normas UNE EN, elaboradas por el Comité Europeo de Normalización, en cuanto a las definiciones, denominaciones y especificaciones de los bienes que van a ser objeto de suministro⁵⁴⁵. Algún pliego hace referencia a distintas normas ISO, de la Organización Internacional de Normalización, entre la «documentación» que debe cumplirse para la ejecución del contrato⁵⁴⁶.

[c] Hay ocasiones en las que los poderes públicos deciden no aprobar una norma jurídica por la existencia de una norma de autorregulación privada internacional vigente. En este sentido, se puede mencionar la Comunicación de la Comisión sobre las agencias de calificación crediticia de 11 de marzo de 2006 (2006/C59/2), que afectaba a las normas de conducta de las agencias de *rating*. En ella, la Comisión consideró que no era necesario que la Unión Europea aprobara una norma que

⁵⁴⁴ Versión de junio de 2021. Se califica expresamente como «documento» (páginas 10 y 11). En el documento se emplean las definiciones que recogen distintas normas ISO: la «familia de normas ISO 9000» (pág. 12, nota pie 10), la norma «ISO 31000:2018 (ES) Gestión del riesgo» y la norma «ISO 31010:2019 Gestión del riesgo. Técnicas de apreciación del riesgo» (pág. 13, nota a pie 15; págs. 21, 23, 56, 74 y 106), o la norma «ISO-27001» (págs. 46 y 118).

Este documento de la AEPD puede consultarse en:

<https://www.aepd.es/documento/gestion-riesgo-y-evaluacion-impacto-en-tratamientos-datos-personales.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵⁴⁵ «Anexo III Prescripciones técnicas particulares de los materiales a emplear», del contrato «Suministro de materiales de construcción Ampliación PCZURB. Casas Altas Fase 4.1 y Fase 4.2 CENAD San Gregorio (Zaragoza). “Adecuación estación, andenes y vías de trenes en PCZURB Casas Altas”», de la Jefatura de Asuntos Económicos de la Fuerza Terrestre (número de expediente 2024/ETSAE0206/00001320E).

⁵⁴⁶ Pliego de prescripciones técnicas del contrato para la «Adquisición de programador M339 SETTER espoleta 120 mm.», de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico (número de expediente 2024/ETSAE0906/00001604E).

regulase la conducta de las agencias de *rating* ya que, desde septiembre de 2003, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO - International Organization of Securities Commissions) había aprobado un código de conducta sobre esa materia que establecía garantías adecuadas. El fracaso de la autorregulación en este ámbito, que puso de manifiesto la crisis económica de 2008, supuso la aprobación del Reglamento (CE) 1060/2009, de 16 de septiembre, sobre agencias de calificación crediticia.

[d)] Por último, en ocasiones las normas jurídico públicas promueven que entidades privadas adopten acuerdos regulatorios para determinar cómo se debe aplicar una determinada legislación y otorgan determinadas consecuencias jurídicas a dichos acuerdos regulatorios. En este sentido, se pueden mencionar los códigos de conducta en materia de protección de datos (regulados en el artículo 40 del Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea). Estos códigos de conducta pueden ser promovidos por los Estados miembros, las autoridades de control en materia de protección de datos, el Comité o la Comisión (artículo 40.1 RGPD). Son elaborados por las asociaciones y otros organismos representativos de responsables o encargados del tratamiento de datos (artículo 40.2 RGPD). La finalidad de estos códigos de conducta es «contribuir a la correcta aplicación» del Reglamento general de protección de datos (artículo 40.1 RGPD)⁵⁴⁷. Ejemplos de estos códigos de conducta son el Código de conducta de la UE en materia de protección de datos para proveedores de

⁵⁴⁷ Los códigos de conducta pueden especificar la aplicación del RGPD en cualquiera de las siguientes materias; a) el tratamiento leal y transparente; b) los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en contextos específicos; c) la recogida de datos personales; d) la seudonimización de datos personales; e) la información proporcionada al público y a los interesados; f) el ejercicio de los derechos de los interesados; g) la información proporcionada a los niños y la protección de estos, así como la manera de obtener el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela sobre el niño; h) las medidas técnicas y organizativas para garantizar el cumplimiento de la legislación, incluyendo la protección de datos desde el diseño y por defecto, y las medidas técnicas y organizativas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo; i) la notificación de violaciones de seguridad de los datos personales a las autoridades de control y la comunicación de dichas violaciones a los interesados; j) la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales; o k) los procedimientos extrajudiciales u otros procedimientos de resolución de conflictos que permitan resolver las controversias entre los responsables del tratamiento y los interesados relativas al tratamiento (artículo 40.2 RGPD).

servicios en la nube para la UE («*EU Data Protection Code of Conduct for Cloud Service Providers*»), elaborado por *Scope Europe*, una asociación sin ánimo de lucro establecida en Bélgica⁵⁴⁸. O el Código de conducta sobre protección de datos para proveedores de servicios de infraestructura en la nube («*Data Protection Code of Conduct for Cloud Infrastructure Service Providers*»), elaborado por CISPE, una asociación sin ánimo de lucro de proveedores de servicios de infraestructura en red establecida en Bélgica⁵⁴⁹. Estos dos códigos de conducta tienen carácter transnacional ya que pueden aplicarse en todo el Espacio Económico Europeo. Aunque también existen códigos de conducta en materia de protección de datos de carácter nacional⁵⁵⁰. Los códigos de conducta son vinculantes para las entidades que se adhieran a ellos (artículo 38.1 LOPD).

El RGPD atribuye determinados efectos jurídicos a la adhesión a estos códigos de conducta: puede utilizarse como elemento para demostrar la existencia de garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas (artículo 28.2 RGPD) y también puede servir de elemento para demostrar el cumplimiento de medidas para garantizar un nivel de seguridad adecuado (artículo 32.3 RGPD).

⁵⁴⁸ La Opinión 16/2021, de 19 de mayo, del Comité Europeo de Protección de Datos consideró que era conforme con el RGPD. El Código de conducta fue aprobado por la Autoridad de Supervisión de Bélgica el 20 de mayo de 2021. El texto aprobado corresponde a la versión 2.11, de diciembre de 2020. Puede consultarse en: <https://edpb.europa.eu/system/files/2024-02/eucloudcoc.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵⁴⁹ Mediante Opinión 17/2021, de 19 de mayo, del Comité Europeo de Protección de Datos, se consideró conforme al RGPD. Fue aprobado por la Autoridad de Protección de Datos de Francia en junio de 2021. El texto aprobado tiene fecha de 9 de febrero de 2021. Puede consultarse en: <https://www.codeofconduct.cloud/the-code/> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵⁵⁰ Por ejemplo, el «Código de conducta sobre tratamiento de datos en la actividad publicitaria», elaborado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), que es una asociación voluntaria sin ánimo de lucro. <https://www.aepd.es/documento/codigo-conducta-autocontrol.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

O el «Código de conducta regulador del tratamiento de datos personales en los sistemas comunes de información del sector asegurador», de 12 de abril de 2022, elaborado por UNESPA, Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, una asociación profesional de empresarios sin ánimo de lucro.

<https://www.aepd.es/documento/codigo-conducta-unespa-cc-0012-2019.pdf> (última visita el 14 de marzo de 2025).

Estos códigos de conducta son aprobados por la Agencia Española de Protección de Datos con base en el artículo 38.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En materia de protección de datos también se pueden mencionar las «normas corporativas vinculantes» (*Binding Corporate Rules*) que son elaboradas por grupos empresariales o por uniones de empresas que se dedican a una actividad económica conjunta⁵⁵¹. La aprobación de estas normas corporativas vinculantes implica que se ofrecen garantías adecuadas a la transferencia internacional de datos [artículo 46.2.b) RGPD]. De manera que posibilitan la transferencia internacional de datos fuera del Espacio Económico Europeo entre las distintas empresas que forman parte del grupo empresarial o la unión de empresas. El RGPD determina el contenido mínimo que han de tener estas normas corporativas (artículo 47.2). Formalmente son aprobadas por las autoridades públicas de control en materia de protección de datos [artículos 47.1, 57.1.s) y 58.3.j) RGPD].

El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) prevé dos instrumentos de autorregulación regulada: los códigos de buenas prácticas y los códigos de conducta. La Oficina Europea de Inteligencia Artificial debe promover la elaboración de códigos de buenas prácticas a escala de la Unión⁵⁵²; la finalidad de estos códigos de buenas prácticas es «contribuir a la correcta aplicación» del Reglamento de Inteligencia Artificial, teniendo en cuenta los planteamientos internacionales (artículo 56.1 RIA)⁵⁵³. Estos códigos han de incluir las obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general y de modelos de IA de uso general que presenten riesgos sistémicos (obligaciones establecidas en los artículos 53 y 55 RIA). Los códigos de buenas prácticas son elaborados

⁵⁵¹ El artículo 4.20 RGPD define las normas corporativas vinculantes como «las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta».

⁵⁵² La Oficina de IA se integra en la Comisión, formando parte de la Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías; artículo 1 de la Decisión de la Comisión, de 24 de enero de 2024, por la que se crea la Oficina Europea de Inteligencia Artificial (C/2024/390).

⁵⁵³ Según el considerando 117 RIA: «Los códigos de buenas prácticas deben constituir una herramienta fundamental para el cumplimiento adecuado de las obligaciones previstas en el presente Reglamento para los proveedores de modelos de IA de uso general».

por los proveedores de modelos de IA de uso general y por las autoridades nacionales. También pueden intervenir en el proceso las organizaciones de la sociedad civil, la industria, el mundo académico y otras partes interesadas pertinentes, como los proveedores posteriores y los expertos independientes (artículo 56.3 RIA). Los códigos de buenas prácticas pueden promover la aplicación efectiva de las obligaciones relativas a la detección y el etiquetado de contenidos generados o manipulados de manera artificial (artículo 50.7 RIA). Estos códigos de buenas prácticas pueden servir para demostrar el cumplimiento de las obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general (artículo 53.4 RIA) o de las obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico (artículo 55.2 RIA), en ambos casos hasta que se publique una norma armonizada.

El Reglamento de Inteligencia Artificial regula dos tipos de códigos de conducta, que deben ser fomentados por la Oficina de IA y los Estados miembros. El primer tipo son los códigos de conducta cuyo fin es fomentar la aplicación voluntaria de alguno o todos los requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo a los sistemas de IA que no son de alto riesgo, teniendo en cuenta las soluciones técnicas disponibles y las mejores prácticas del sector que permitan la aplicación de dichos requisitos. Estos códigos de conducta han de incluir mecanismos de gobernanza (artículo 95.1 RIA). El segundo tipo de código de conducta se refiere a la aplicación voluntaria por parte de los responsables del despliegue, de requisitos específicos para todos los sistemas de IA, sobre la base de objetivos claros e indicadores clave de resultados para medir la consecución de dichos objetivos (artículo 95.2 RIA). Entre los objetivos que pueden tener estos códigos de conducta del segundo tipo se encuentran: los elementos aplicables establecidos en las Directrices éticas de la Unión para una IA fiable; la evaluación y reducción al mínimo de las repercusiones de los sistemas de IA en la sostenibilidad medioambiental; la promoción de la alfabetización en materia de IA; la facilitación de un diseño inclusivo y diverso de los sistemas de IA; la evaluación y prevención de los perjuicios de los sistemas de IA para las personas vulnerables o los colectivos de personas vulnerables, así como para la igualdad de género. Ambos tipos de códigos de conducta pueden ser elaborados por proveedores o responsables del despliegue de sistemas de IA particulares y/o por las organizaciones que los representen; también puede participar cualquier parte interesada y sus organizaciones represen-

tativas, como, por ejemplo, las organizaciones de la sociedad civil y el mundo académico. Los códigos de conducta pueden comprender uno o varios sistemas de IA (artículo 95.3).

Un último ejemplo de normas adoptadas en el marco de la autorregulación regulada es el Código reforzado de buenas prácticas en materia de desinformación («*The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*»), de junio de 2022⁵⁵⁴. El Código fue elaborado por grandes empresas de plataformas digitales como Adobe, Google, Meta, Microsoft, Newtral, TikTok y Twitch. Su marco jurídico estaba formado, en principio, por distintos instrumentos de *soft law*⁵⁵⁵, con la intención de que se encuadrara en los supuestos de «corregulación» previstos en el Reglamento de Servicios Digitales de la UE [Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales], una vez que entrara en vigor⁵⁵⁶. El Código incluye 44 compromisos y 128 medidas específicas que pretenden que los proveedores de desinformación no se beneficien de ingresos publicitarios, aportar transparencia sobre los anuncios políticos, garantizar la integridad de los servicios, capacitar a los usuarios y a los investigadores, promover la actividad de los verificadores de datos, reforzar su marco de seguimiento y el compromiso de que los firmantes del Código cooperarán y coordinará su trabajo durante las elecciones.

⁵⁵⁴ Su texto se encuentra disponible en la página web <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation> (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵⁵⁵ La Comunicación de la Comisión sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea (COM/2020/790 final), la Comunicación de la Comisión sobre La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo (COM/2018/236 final) y las conclusiones del Consejo de 28 de junio de 2018.

⁵⁵⁶ El apartado h) del preámbulo del Código reforzado califica a los códigos de conducta voluntarios previstos en el Reglamento de Servicios Digitales como medidas corregulatorias (*co-regulatory measures*). En el considerando 106 del Reglamento (UE) 2022/2065 se indica que las disposiciones del reglamento sobre códigos de conducta pueden «servir de base para iniciativas de autorregulación ya establecidas a escala de la Unión», mencionando expresamente el Código de buenas prácticas en materia de desinformación. Los códigos de conducta se regulan en los artículos 45 a 47. En el artículo 47 se establece que la finalidad de los códigos de conducta voluntarios es «contribuir a la debida aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta en particular las dificultades concretas que conlleva actuar contra diferentes tipos de contenidos ilícitos y riesgos sistémicos».

Los argumentos que se emplean para justificar la utilización de la autorregulación normativa se refieren, por un lado, a la eficacia y, por el otro, a que es el único instrumento existente para regular los mercados globalizados⁵⁵⁷. La eficacia se plantea tanto desde el punto de vista económico como desde el conocimiento. Así, se señala la mayor eficiencia comparativa de la autorregulación; más rápida, simple y flexible que la regulación pública. O la disminución de costes de información, supervisión y sanción; y la reducción de costes de la modificación de normas debido a la mayor flexibilidad de los procedimientos de autorregulación. También se plantea la mayor eficacia en términos de conocimiento, ya que se entiende que son las empresas y profesionales de un determinado sector quienes mejor conocen qué cuestiones deben ser reguladas. La autorregulación se considera, además, como el instrumento que permite a los Estados intervenir en ámbitos en los que no tendrían capacidad de hacerlo por razones territoriales y de intensidad. De esta forma se puede alcanzar una mayor concreción de las normas que regulan un sector, incrementando también los controles. Así se entiende que, a través de la autorregulación regulada, el Estado condiciona los fines, objetivos y organización de las empresas, los procedimientos de producción y la conducta profesional de los operadores del mercado.

Además de reconocer sus virtudes, la doctrina también ha señalado los problemas de legitimación democrática que implica la autorregulación⁵⁵⁸. Estos problemas son más intensos en aquellos ámbitos en los que la autorregulación privada se ha globalizado, donde las posibilidades de influencia de la autorregulación regulada estatal son prácticamente inexistentes. Dentro de los aspectos cuestionables de la autorregulación privada internacional se señala que estas organizaciones persiguen fines privados, así como obtener y maximizar beneficios económicos. Sus decisiones, aunque tienen un importante componente técnico, no dejan de ser políticas. Además, existe un importante déficit de transparencia en las decisiones de las organizaciones internacionales de autorregulación, que no tienen porqué hacer públicas sus decisiones y que no suelen informar sobre cómo y cuándo se inicia el procedimiento de aprobación de sus normas. Unas organizaciones que no se encuentran sometidas a ningún tipo de control político por parte de los Estados.

⁵⁵⁷ María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA: 2010, 655 y 664-666.

⁵⁵⁸ María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA: 2015, 204-205.

5. Mecanismos internacionales de control de la actuación de los poderes públicos. En especial el arbitraje internacional de inversiones

La globalización jurídica también se manifiesta en la multiplicación de controles internacionales sobre la actuación de los poderes públicos estatales. Estos controles se establecen a través de tratados internacionales. Por tanto, a través de decisiones de los Estados que deciden someter a instancias internacionales su actuación, asumiendo así la pérdida de parte de su soberanía. En ocasiones, estos controles se llevan a cabo por tribunales internacionales. Esta tendencia tiene un origen anterior al comienzo de la globalización neoliberal. Tras la segunda guerra mundial se adoptaron acuerdos que permitían que un Estado demandara a otro Estado ante un tribunal internacional. Por ejemplo, el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, en el que se prevé que las controversias entre los Estados parte se sometan a la Corte Internacional de Justicia (artículo IX)⁵⁵⁹.

Hay convenios internacionales que no sólo prevén la resolución de controversias entre Estados sino que también reconocen la posibilidad de que individuos demanden a los Estados. Así, el Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el que se establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículos 33 y 34)⁵⁶⁰. Otros acuerdos celebrados dentro del ámbito de Naciones Unidas prevén la posibilidad de que los ciudadanos demanden a su propio Estado por la violación del convenio ante

⁵⁵⁹ El depósito del instrumento de adhesión de España al Convenio, presentado el 13 de septiembre de 1968, incluía una reserva a la totalidad del artículo IX que prevé la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia; BOE de 8 de febrero de 1969. Esta reserva fue retirada con efectos a partir del 24 de septiembre de 2009; Instrumento de aprobación de la retirada de la reserva a la totalidad del artículo IX (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia) formulada por el Estado español al depositar el Instrumento de adhesión al Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948 (BOE de 10 de septiembre de 2009).

⁵⁶⁰ El Convenio Europeo de Derechos Humanos entro en vigor para España el 4 de octubre de 1979. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE de 10 de octubre de 1979).

un Comité dependiente de Naciones Unidas. Así, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2)⁵⁶¹, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2)⁵⁶², o el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 2)⁵⁶³. Según el Tribunal Constitucional español, los dictámenes que emiten estos comités «no tienen fuerza ejecutiva directa para anular los actos de los poderes públicos nacionales»⁵⁶⁴.

En la época de la globalización se han establecido controles similares a los controles administrativos, como el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio⁵⁶⁵. Y también se ha establecido la posibilidad de que un sujeto particular demande a un Estado ante una entidad privada de arbitraje. Esto ocurre en los acuerdos internacionales de protección de la inversión extranjera, que posibilitan que las controversias entre inversores extranjeros y Estado se resuelvan ante una instancia de arbitraje internacional⁵⁶⁶. En lo que quizá sea la forma paradigmática de control privado de decisiones estatales en la globalización neoliberal.

⁵⁶¹ Comité de Derechos Humanos.

⁵⁶² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁶³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

⁵⁶⁴ STC 116/2006, de 25 de abril, FJ 4; para el TC «las ‘observaciones’ que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia». En este caso se analizaba el valor de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En sentido similar, la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7.a).

La STS 1263/2018, de 17 de julio (recurso de casación 1002/2017) FJ 7.tercera, ha reconocido que los Dictámenes de estos Comité sirven como «presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado». En este caso se trataba de un informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que había declarado que el Estado español había incumplido los derechos reconocidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁵⁶⁵ Apartado 1.1 del capítulo 2. Este mecanismo está regulado en el artículo III.3 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y su anexo 2: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

⁵⁶⁶ Apartado 5.1 de este capítulo.

Todos estos controles internacionales de la actuación de los poderes públicos nacionales forman parte del derecho administrativo global⁵⁶⁷.

5.1. *Los acuerdos de protección de inversiones de antigua generación y el arbitraje de inversiones*

La apertura del Estado a la economía globalizada multiplica la influencia del arbitraje internacional en el derecho administrativo⁵⁶⁸. A través del arbitraje internacional, se ha otorgado a entidades privadas la capacidad de controlar decisiones de los poderes públicos, de manera que estas entidades privadas ejercen funciones cuasi judiciales. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de privatización de la administración de justicia⁵⁶⁹; de gran relevancia, ya que puede condicionar las políticas públicas estatales. Estas instancias arbitrales están creando un derecho público transnacional, global, que tiene incidencia en los derechos nacionales⁵⁷⁰.

El ejemplo más destacado tal vez sea el arbitraje internacional de inversiones. A nivel global, se ha consolidado un régimen internacional de inversiones, formado por una red de tratados bilaterales y regionales para la protección de la inversión extranjera. A finales de 2023 existían en el mundo, al menos, 2.608 acuerdos internacionales de inversión en vigor⁵⁷¹. Un régimen internacional que, con escasas diferencias, comparte principios, normas y procedimientos de toma de decisiones, y cuyo principal elemento es el arbitraje de inversiones⁵⁷². Este entramado de acuerdos internacionales conforma un estrato supralegal que se impone a las legislaciones estatales. El objetivo de este marco jurídico supralegal es proteger la pro-

⁵⁶⁷ Así lo entiende José Ignacio HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: 2020b, 373.

⁵⁶⁸ Jean Bernard AUBY: 2012, 239.

⁵⁶⁹ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DE CASTILLO: 2020, 23, lo califica como «proceso de externalización de la jurisdicción y del derecho aplicable a las inversiones».

⁵⁷⁰ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DE CASTILLO: 2020, 49-50.

⁵⁷¹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO - UNCTAD: 2024, 66. Los acuerdos de inversión de antigua generación cubren el 49% de las inversiones extranjeras directas realizadas, aunque para 53 países más del 80% de las inversiones extranjeras directas están cubiertas por un acuerdo internacional de inversión de antigua generación (pág. 68).

⁵⁷² Nicolás M. PERRONE: 2018, 53.

piedad de los medios de producción de las empresas multinacionales a nivel global⁵⁷³. Estos acuerdos, además, tienen su inspiración en las propuestas neoliberales para proteger los derechos de los inversores extranjeros⁵⁷⁴.

La finalidad de los acuerdos internacionales de protección recíproca de inversiones es proteger a los inversores extranjeros del riesgo de pérdida de su inversión por acciones de los Gobiernos de los países receptores de dichas inversiones⁵⁷⁵. Ese es el único objetivo que, tradicionalmente, se recoge en estos acuerdos internacionales, denominados por la doctrina como acuerdos de protección de inversiones de antigua generación: la protección de la inversión extranjera frente a posibles medidas estatales de intervención en la actividad económica. Ello con independencia de si las medidas estatales se adoptan para proteger el medio ambiente, la salud, los derechos sociales o cualquier otro fin constitucionalmente previsto⁵⁷⁶. Los acuerdos bilaterales firmados por España, denominados Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, son un claro ejemplo de este enfoque que únicamente toma en consideración la protección de las inversiones⁵⁷⁷. En este apartado me centraré en el análisis de los tratados bilaterales y multilaterales ratificados por España. Como ya he mencionado, el conjunto de estos acuerdos conforma un estrato supralegal cuyo contenido se impone a las leyes españolas con base en el artículo 96.1 de la Constitución⁵⁷⁸.

⁵⁷³ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 78.

⁵⁷⁴ Quinn SLOBODIAN: 2021, 203-217. Quien menciona la propuesta de Código Internacional para la Protección de las Inversiones Extranjeras, presentado por la Cámara de Comercio Internacional en 1947, cuyo autor fundamental fue Michael Angelo Heilperin, así como el Proyecto de convenio sobre inversiones en el extranjero de Hermann Josef Abs y Hartley Shawcross. Ambas propuestas se basaban en un enfoque multilateral, universal. Al final acabó imponiéndose un enfoque bilateral, cuya primera materialización fue el Tratado para la promoción y protección de inversiones entre Alemania Occidental y Pakistán de 1959, muy influido por las dos propuestas mencionadas anteriormente y que sirvió de modelo para futuros tratados bilaterales de protección de inversiones.

⁵⁷⁵ Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA: 2018, 387.

⁵⁷⁶ Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DE CASTILLO: 2020, 16, quien afirma que el «objetivo unidimensional» de estos tratados es la protección de las inversiones extranjeras.

⁵⁷⁷ Los acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones firmados por España se pueden consultar en la siguiente página web: https://comercio.gob.es/es-es/inversiones_exteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/APPRIs.aspx (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁵⁷⁸ Según el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales»

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la prevalencia de los acuerdos de protección de inversiones de antigua generación «entraña riesgos para la acción climática, la transición energética y otros objetivos de sostenibilidad, lo que pone de relieve la necesidad de acelerar la reforma de los tratados existentes mediante su modificación, sustitución o rescisión»⁵⁷⁹.

La prioridad absoluta que se otorga a la protección de la inversión extranjera es, en mi opinión, marcadamente neoliberal. Políticamente, la existencia de estos acuerdos pretende reducir las obligaciones que el Estado social impone o puede imponer al capital exterior. Un capital al que se le va a garantizar su rentabilidad frente a medidas adoptadas para la protección del medio ambiente, la salud o la configuración de la economía o de las relaciones laborales.

Los acuerdos bilaterales permiten un cierto grado de control político en relación con las inversiones, a través del mecanismo de la admisión⁵⁸⁰. En España, las inversiones extranjeras directas están sujetas a autorización administrativa cuando afectan al orden público, la seguridad pública y la salud pública (artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régi-

les [...] prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». Con base en este artículo los inversores extranjeros podrían plantear, ante los tribunales españoles, que se inaplicara una norma española incompatible con el tratado internacional de protección de inversiones. Esto es algo que, en teoría, se podría plantear con base en el principio de primacía aplicativa de los tratados internacionales (sobre este principio, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2021, 105-106). En la práctica, es difícil que se produzca esta situación. Como veremos, el contenido de los tratados bilaterales de protección de inversiones es demasiado abstracto para que se plantee un conflicto claro entre dichos tratados y la legislación española. Por otra parte, en la práctica, los inversores extranjeros prefieren evitar los tribunales nacionales. Para ello, utilizan las vías arbitrales que les abren los acuerdos de protección de inversiones para solicitar una indemnización de daños y perjuicios por los cambios en la legislación nacional ante instancias arbitrales internacionales.

⁵⁷⁹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO-UNCTAD: 2023, 23-24.

⁵⁸⁰ Los tratados bilaterales incluyen una cláusula sobre la admisión de las inversiones. Por ejemplo, el artículo 2.2 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Irán, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2002 (BOE de 10 de agosto de 2004), establece que «Cada Parte Contratante admitirá en su territorio las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante de conformidad con sus disposiciones legales y reglamentarias».

men jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior)⁵⁸¹. Por tanto, el Gobierno podrá impedir las inversiones extranjeras en estos ámbitos.

Los acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones ratificados por España incluyen la regla del trato nacional, según la cual el Estado español no puede otorgar a las inversiones extranjeras y a las rentas de dichas inversiones un tratamiento menos favorable que el que otorga a las inversiones y a las rentas de nacionales españoles⁵⁸². También suelen incluir la cláusula de la nación más favorecida, lo que implica que deben reconocer a las inversiones y a las rentas de inversiones de los inversores de un Estado parte las mismas ventajas que hayan otorgado a las inversiones y a las rentas de inversiones de los inversores de cualquier tercer Estado⁵⁸³.

⁵⁸¹ Según el artículo 7 bis.2 de la Ley 19/2003 las inversiones extranjeras directas en España necesitan una autorización administrativa cuando se realizan en los siguientes sectores: a) infraestructuras críticas o terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras; b) tecnologías críticas y de doble uso, tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España; c) suministro de insumos fundamentales, en particular energía, o los referidos a servicios estratégicos de conectividad o a materias primas, así como a la seguridad alimentaria; d) sectores con acceso a información sensible, en particular a datos personales, o con capacidad de control de dicha información; y e) medios de comunicación. También se establece la posibilidad de que el Gobierno amplíe la necesidad de autorización a las inversiones extranjeras directas en otros sectores cuando puedan afectar a la seguridad pública, el orden público y la salud pública (artículo 7 bis.4). Véase también el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (artículos 14 y ss).

Esta regulación se dicta en el marco del derecho de la UE. El artículo 65.1.b) TFUE permite que los Estados miembros establezcan excepciones a la libre circulación de capitales por razones de orden público o de seguridad pública. También hay que tener en cuenta el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión. Este Reglamento permite que los Estados miembros adopten mecanismos para controlar las inversiones extranjeras directas en su territorio por motivos de seguridad u orden público (artículo 3.1). Estableciendo los factores que pueden tener en cuenta los Estados para determinar si una inversión puede afectar a la seguridad o al orden público, aunque no es una lista cerrada (artículo 4.1 del Reglamento; el artículo 7 bis.2 de la Ley 19/2003 incluye una regulación similar).

⁵⁸² Así, en el artículo 3.2 del Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 (BOE de 8 de julio de 2008).

⁵⁸³ Por ejemplo, en el artículo 3.1. del del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006 (BOE de 28 de noviembre de 2016).

Los acuerdos de protección de inversiones establecen garantías frente a las medidas de carácter expropiatorio. Estos acuerdos recogen un concepto amplio de expropiación. No sólo se aplican a las nacionalizaciones o expropiaciones directas, es decir, aquellas medidas cuya finalidad es privar de la propiedad a su titular o de alguna de las facultades que integran el contenido de dicho derecho. Sino que también incluyen las denominadas expropiaciones indirectas, que se mencionan en los acuerdos de protección de inversiones como «medidas de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación»⁵⁸⁴. Dentro de las expropiaciones indirectas se incluye cualquier medida gubernamental, cuya finalidad no es directamente expropiatoria sino la regulación de cuestiones de interés general como la protección del medio ambiente o de la salud, que cause un daño económico a los inversores. Las expropiaciones indirectas se producen como resultado de medidas administrativas o reglamentarias que privan ilegítimamente a los inversores de algún derecho o interés; sin embargo, «no está nada claro qué medidas “equivalen” a una expropiación y, por ello, dan lugar a indemnización»⁵⁸⁵. Podrían considerarse medidas equivalentes a una expropiación el rescate de concesiones, el establecimiento de medidas tributarias, la imposición de sanciones administrativas o la denegación de autorizaciones administrativas⁵⁸⁶. Las expropiaciones, en sentido amplio, sólo pueden llevarse a cabo por causa de utilidad pública y siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

⁵⁸⁴ «Medidas de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación» es el término que se utiliza en algunos acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones bilaterales acordados por España; como en el artículo 4.1. del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006 (BOE de 28 de noviembre de 2016). En el artículo 4.1 del Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 (BOE de 8 de julio de 2008) se utiliza la expresión «otras medidas semejantes de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación». Mientras que en el Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Madrid el 23 de diciembre de 1994 (BOE de 8 de marzo de 1996) se recoge el término «cualquier otra medida de características y efectos similares» a la nacionalización o expropiación (artículo 5.1).

⁵⁸⁵ Miguel BELTRÁN DE FELIPE: 2007, 20-22.

⁵⁸⁶ En el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés), se han considerado medidas equivalentes a una expropiación: no prorrogar una autorización para el funcionamiento de un vertedero (asunto Tecmed c. México) o establecer una reserva ecológica que impedía la continuación de un vertedero industrial (asunto Metalclad c. México); Miguel BELTRÁN DE FELIPE: 2007, 21-22.

No pueden realizarse de manera discriminatoria. Y debe otorgarse una indemnización de acuerdo con el valor de mercado de los bienes expropiados. Por último, se garantiza el derecho de defensa frente a la expropiación, pudiendo acudir ante los tribunales.

Los acuerdos bilaterales de protección de inversiones ratificados por España también garantizan la «libre transferencia de todos los pagos relacionados con las inversiones» (esto se conoce también como «repatriación» de beneficios)⁵⁸⁷. Esta cláusula garantiza al capital la libertad de desinversión⁵⁸⁸, reforzando así la libertad de movimientos del capital.

Una última garantía para los inversores es el establecimiento de un período de tiempo especialmente largo en el que los acuerdos bilaterales siguen teniendo efectos desde que se produce su terminación o denuncia. En los acuerdos bilaterales de protección de inversiones celebrados por España se establece que las inversiones estarán protegidas por un plazo de diez años desde que se produce la terminación de este acuerdo o desde que su denuncia surte efectos⁵⁸⁹. De esta forma se refuerza la seguridad jurídica de los inversores extranjeros.

⁵⁸⁷ Artículo VI del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Turquía, hecho en Ankara el 15 de febrero de 1995 (el artículo VI lleva por título «Repatriación y transferencia») (BOE de 24 de marzo de 1998); artículo 6 del Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 (BOE de 8 de julio de 2008); artículo 6 del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006 (BOE de 28 de noviembre de 2016).

⁵⁸⁸ Entre otras cuestiones, quedan protegidos «los beneficios, dividendos, intereses y otros ingresos legítimos» [artículo 6.1.a)] y «el producto obtenido de la venta o liquidación, total o parcial, de las inversiones» [artículo 6.1.b)] del Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 (BOE de 8 de julio de 2008). Algún acuerdo va más allá, protegiendo expresamente «el capital inicial y otros importes adicionales para mantener o ampliar la inversión» [artículo 6.1.a) del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006 (BOE de 28 de noviembre de 2016)].

⁵⁸⁹ Véase el artículo 14.4 del Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005; o el artículo 12.2. del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006.

Las garantías en favor del inversor que establecen los acuerdos de protección de inversores se aplican a través de los denominados «estándares de protección del inversor». Estos estándares funcionan como parámetros de control de toda la actividad de Estado⁵⁹⁰. El parámetro de control, o estándar, más generalizado en los acuerdos de protección de inversiones es el «trato justo y equitativo». Un parámetro que no es nada claro, ya que se puede interpretar de maneras muy diferentes⁵⁹¹. El estándar del trato justo y equitativo es el criterio básico que emplean las instituciones de arbitraje, que no suelen tener en cuenta los intereses generales que están presentes en las decisiones administrativas⁵⁹². En muy pocas ocasiones, las entidades de arbitraje aplican el principio de proporcionalidad, valorando de este modo los intereses públicos de la decisión estatal que entran en conflicto con los intereses de los inversores⁵⁹³.

Estos acuerdos internacionales de protección recíproca de inversiones, tanto los bilaterales como los multilaterales, establecen la posibilidad de acudir a procedimientos de arbitraje para resolver las controversias entre los inversores extranjeros y los Estados. Los inversores extranjeros tienen el derecho a elegir si quieren presentar su demanda ante los tribunales del Estado en el que han realizado su inversión o si prefieren acudir ante una instancia arbitral internacional⁵⁹⁴. El arbitraje es una medida para atraer al

⁵⁹⁰ José Ignacio HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: 2020b, 378.

⁵⁹¹ Miguel BELTRÁN DE FELIPE: 2007, 27-33; quien concluye que «no se sabe muy bien lo que es el estándar del trato justo y equitativo» (pág. 33).

⁵⁹² Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA: 2018, 390 y 392-393. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DE CASTILLO: 2020, 36-37, considera que esto se debe a la práctica de los tribunales arbitrales y no al contenido de los tratados de protección de inversiones.

⁵⁹³ Benedict KINGSBURY y Stephan SCHILL: 2016, 618-630.

⁵⁹⁴ Así sucede en acuerdos bilaterales de protección de inversiones que ha ratificado España. Previamente se establece que se intentará resolver la controversia de forma amistosa. Véase, por ejemplo, el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Riad el 9 de abril de 2006, cuyo artículo 11.2 establece que «Si la controversia no pudiera resolverse según lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo [este apartado se refiere a la resolución amistosa de las controversias] dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se hubiera presentado por escrito la solicitud de arreglo amistoso, podrá someterse, a elección del inversor, al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión o a arbitraje con arreglo al Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965. La elección de uno de los procedimientos previstos en este apartado supondrá la exclusión del otro».

capital internacional, ya que su régimen «está desequilibrado a favor del inversor»⁵⁹⁵. A través del arbitraje, los inversores extranjeros pueden evitar tener que acudir a los tribunales nacionales del país donde han realizado su inversión, tribunales que tradicionalmente son desfavorables a los inversores internacionales⁵⁹⁶. Los tratados de protección de inversiones establecen que los laudos arbitrales son definitivos y vinculantes para las partes; los Estados parte se comprometen a ejecutarlos según su legislación nacional⁵⁹⁷. Entre las instancias arbitrales habitualmente previstas se encuentran el Centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, así como la posibilidad de elegir un tribunal de arbitraje *ad hoc* según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁵⁹⁸. En algún tratado bilateral también se menciona la Cámara de Comercio Internacional⁵⁹⁹.

Ante la instancia arbitral, los inversores plantean una reclamación de daños, por los perjuicios económicos que consideran que les ha causado una determinada decisión de los poderes públicos del Estado donde han realizado una inversión. El objeto del arbitraje, por tanto, no es el control directo de las decisiones adoptadas por los poderes públicos sino el reconocimiento del derecho a recibir una indemnización⁶⁰⁰. Aunque sí que pueden incidir en la toma de decisiones por parte de los poderes públicos,

El mismo esquema según el cual primero se establece una vía para la resolución amigable de las controversias y posteriormente el inversor puede elegir entre acudir ante un tribunal del Estado donde realizó la inversión o ante una instancia arbitral internacional se regula en el artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía, que es un acuerdo multilateral ratificado por España.

⁵⁹⁵ Miguel BELTRÁN DE FELIPE: 2007, 42. Este autor insiste en que el arbitraje no aporta a los inversores una mayor seguridad jurídica, si ésta se entiende en sentido jurídico, sino una regulación más favorable a sus intereses.

⁵⁹⁶ Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2018a, 179 y 187.

⁵⁹⁷ Artículo XI.6 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela. Artículo 26.8 del Tratado de la Carta de la Energía.

⁵⁹⁸ Artículo 9.2 del Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005.

⁵⁹⁹ Artículo 11.2 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Islámica de Irán, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2002.

⁶⁰⁰ Martina CONTICELLI: 2020, 301.

ya que corren el riesgo de tener que hacer frente a importantes indemnizaciones si son condenados por las instancias arbitrales.

Sólo pueden acudir a este tipo de arbitraje los inversores extranjeros. Se establece así una clara desigualdad entre los inversores nacionales, que sólo disponen de los tribunales nacionales para hacer valer sus intereses, y los inversores extranjeros, quienes, además de acudir a los tribunales del Estado donde han realizado su inversión, pueden acudir al arbitraje internacional. El arbitraje de inversiones implica así un «modelo dualista de administración de justicia»⁶⁰¹. En la práctica, si las empresas nacionales han realizado sus inversiones a través de sus filiales extranjeras, sí podrán acudir al arbitraje internacional⁶⁰².

Uno de los casos recientes de arbitraje de inversiones en que España está implicada tiene su origen en la modificación del régimen regulatorio de las energías renovables, en el contexto de la crisis económica, que significó un régimen menos favorable para la inversión en este tipo de energía⁶⁰³. El Tribunal Supremo español ha considerado que esta modificación es conforme con el ordenamiento jurídico, basándose en la doctrina del «riesgo regulatorio». Según esta doctrina, los operadores privados de un sector regulado han de asumir la posibilidad de que las normas básicas de ese sector cambien, frustrándose así las expectativas que tenían los operadores fundadas en la regulación anterior.

El Tratado de la Carta de la Energía protege las inversiones extranjeras en el sector de la energía (artículo 10)⁶⁰⁴, y regula las garantías aplicables

⁶⁰¹ A la instauración de un modelo dualista de administración de justicia en el derecho económico de la globalización se refiere Pedro MERCADO PACHECO: 1999, 136. Por su parte, Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA: 2018, 386, habla de una regulación «asimétrica»: no sólo son diferentes los órganos que deciden en cada caso, tribunales nacionales y organizaciones arbitrales, sino que también aplicarán un derecho diferente en sus decisiones. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DE CASTILLO: 2020, 47, considera que los arbitrajes de inversión dan lugar a la existencia de «dos derechos paralelos en un mismo territorio y para idénticas cuestiones».

⁶⁰² Las empresas Isolux y Abengoa utilizaron a sus filiales para demandar a España ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo por las modificaciones de la regulación de las energías renovables.

⁶⁰³ Sobre este asunto, José Antonio BLANCO MOA: 2018.

⁶⁰⁴ El artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía establece: «De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras

en caso de que se expropie una inversión por un motivo de interés público (artículo 13). Establece el arbitraje internacional como una de las vías previstas para la solución de controversias entre un Estado y un inversor extranjero (artículo 26). Una de las entidades que puede actuar de árbitro es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que forma parte del Banco Mundial. Además de ante el CIADI, este artículo prevé que el procedimiento de arbitraje internacional puede celebrarse ante un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

El CIADI ha considerado que la modificación de la regulación de las energías renovables en España vulnera el principio de trato justo y equitativo garantizado en el artículo 10 del Tratado de la Carta de la Energía, ya que ha supuesto una alteración radical que ha privado del valor de inversión a los inversores⁶⁰⁵. Además, el CIADI ha entendido que dicha modificación tiene carácter expropiatorio. Por tanto, aplica el artículo 13 de la Carta de la Energía al determinar la cuantía de la indemnización por los beneficios derivados de la regulación anterior de las energías renovables que han dejado de obtener los inversores⁶⁰⁶.

En marzo de 2024, en respuesta a una pregunta parlamentaria, el Gobierno español informó que, hasta esa fecha, se habían abierto cincuenta y dos arbitrajes con base en el Tratado de la Carta de la Energía⁶⁰⁷. La cantidad

Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder, en todo momento, a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán, asimismo, de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante».

⁶⁰⁵ Al contrario, el Tribunal Supremo español entiende que no se vulnera el Tratado sobre la Carta de la Energía porque el marco normativo, en su conjunto, es favorable a los inversores.

⁶⁰⁶ HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO: 2018a, 185.

⁶⁰⁷ El Estado español consiguió una decisión favorable, en fase de arbitraje o de anulación, en catorce arbitrajes, en veinticinco laudos obtuvo una importante rebaja de la cantidad reclamada, quedando pendiente de resolución trece procedimientos arbitrales.

total reclamada ascendía a 10.640.552.045 euros, de los que se había condenado a pagar al Estado español 1.442.464.013 euros, estando pendientes de laudo 1.636.447.756 euros⁶⁰⁸. En dicha respuesta no se señalaban qué efectos había tenido sobre los arbitrajes el Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación. Este decreto ley establece un régimen excepcional por el que se garantiza una «rentabilidad razonable» del 7,398% durante el periodo 2020-2031 para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. La rentabilidad razonable establecida con carácter general para el período 2020-2025 a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos es del 7,09%. La rentabilidad excepcional del 7,398% no se aplicará cuando se inicie o se haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial basado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, incluyendo las derivadas de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y de sus normas de desarrollo. Sí se tendrá derecho a la rentabilidad del 7,398% cuando se acredite la terminación anticipada del procedimiento arbitral o judicial y la renuncia fehaciente a su reinicio o a su continuación, o la renuncia a la percepción de indemnización o compensación que haya sido reconocida como consecuencia de tales procedimientos⁶⁰⁹.

El 16 de abril de 2024, el Gobierno español ha denunciado el Tratado sobre la Carta de la Energía⁶¹⁰. Según el texto publicado en el BOE, la de-

⁶⁰⁸ Respuesta del Gobierno, de 12 de abril de 2024, a la pregunta escrita 184/005289; Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 128, de 2 de abril de 2024, pág. 127.

⁶⁰⁹ Apartado II del preámbulo y la disposición final segunda.dos del Real Decreto-ley 17/2019, por la que se introduce la disposición final tercera bis en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico. La rentabilidad razonable del 7,09% se establece en el artículo único.1 del Real Decreto-ley 17/2019.

⁶¹⁰ Denuncia por España del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, hechos en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE de 14 de mayo de 2024).

nuncia «surtirá efectos para España el 17 de abril de 2025, un año después de la fecha de recepción de la nota verbal de España por el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Portuguesa», con base en el artículo 47.2 del Tratado y el artículo 20.3 del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados. Sin embargo, la protección de inversiones estará vigente durante veinte años desde que la denuncia sea efectiva; es decir, hasta el 17 de abril de 2045. Ello con base en el artículo 47.3 TCE: «Las disposiciones del presente Tratado continuarán siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante durante un período de veinte años a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia por dicha Parte del Tratado». Tanto la Unión Europea como la Comunidad Europea de la Energía Atómica acordaron la retirada del Tratado sobre la Carta de la Energía el 30 de mayo de 2024⁶¹¹.

5.2. *Los acuerdos de libre comercio de nueva generación y la protección de inversiones*

Recientemente han empezado a adoptarse los denominados tratados de libre comercio de nueva generación, que también incluyen la protección de inversiones. Estos tratados de comercio de nueva generación no se limitan a garantizar únicamente los intereses de los inversores, ya que incluyen referencias expresas a la protección de la salud, el medio ambiente o la protección de los consumidores, entre otros objetivos políticos. Es muy escaso el número de acuerdos de este tipo ratificados por España. Uno de estos tratados de nueva generación es el CETA, el Acuerdo Económico y Comercial Global, entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra⁶¹². El CETA entró en vigor con carácter provisional el 21 de septiembre de 2017, aplicándose sólo las partes del mismo que son competencia exclusiva de la UE.

⁶¹¹ Decisión (UE) 2014/1638 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía (DOUE, serie L, de 5 de junio de 2024) y Decisión (UE) 2024/1677 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la aprobación de la retirada de la Comunidad Europea de la Energía Atómica del Tratado sobre la Carta de la Energía (DOUE, serie L, de 13 de junio de 2024).

⁶¹² DOUE, serie L, de 14 de enero de 2017.

Las inversiones se regulan en el capítulo ocho del CETA. El contenido de este capítulo es similar, en parte, a los acuerdos internacionales de protección de inversiones. Así, se establecen las garantías del trato nacional (artículo 8.6), el trato de nación más favorecida (artículo 8.7), el trato justo y equitativo (artículo 8.10.1), definiendo expresamente los supuestos en los que se incumple la obligación de trato justo y equitativo (artículo 8.10.2)⁶¹³, y la protección frente a expropiación y medidas de efecto equivalente (artículo 8.12)⁶¹⁴. La inclusión de estas definiciones detalladas pretende reducir el margen de interpretación de los sujetos que hayan de aplicar la norma y garantizar la protección de los intereses generales. De esta forma también se limitan los motivos por los que los inversores pueden demandar a los Estados⁶¹⁵.

Es destacable que el CETA establece expresamente que los inversores no se encuentran protegidos frente a las medidas adoptadas por los poderes públicos con la finalidad de alcanzar objetivos de interés general. Se limita así la protección de los inversores, lo que supone un cambio significativo respecto a los acuerdos de protección de inversiones de antigua generación. Según el artículo 8.9 del CETA:

«1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos,

⁶¹³ Según el artículo 8.10.2 CETA, «Una Parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo a la que se hace referencia en el apartado 1 en caso de que una medida o una serie de medidas constituya:

- a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;
- b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos;
- c) una arbitrariedad manifiesta;
- d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas;
- e) un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores; o
- f) una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo».

⁶¹⁴ Según el punto 3 del Anexo 8-A CETA: «Para mayor seguridad, salvo en la circunstancia excepcional de que el impacto de una medida o un conjunto de medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo, las medidas no discriminatorias adoptadas por una Parte que se conciben y se aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta».

⁶¹⁵ Jorge Luis FABRA ZAMORA y Laura Sofía GUEVARA ESPITIA: 2019, 531.

como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección»⁶¹⁶.

En cuanto a la solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados, el CETA se aparta del arbitraje para establecer un mecanismo propio⁶¹⁷. Se ha establecido un sistema de tribunales público y permanente, integrado por jueces profesionales e independientes⁶¹⁸. Las diferencias deben resolverse, en principio, de forma amistosa a través de consultas (artículo 8.19.1). Si esta vía no soluciona la controversia, los inversores podrán presentar una demanda ante un tribunal permanente establecido en el CETA⁶¹⁹ (artículo 8.23)⁶²⁰. El tribunal está formado, en principio, por quince miembros: cinco han de ser nacionales de un Estado miembro de la UE, otros cinco son nacionales de Canadá y, por último, cinco miembros más nacionales de terceros países (artículo 8.27.2)⁶²¹. También se crea un tribunal de apelación (artículo 8.28).

⁶¹⁶ Véase también el artículo 28.3, apartado 2 CETA.

⁶¹⁷ El «Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros» indica expresamente que: «El AECG [CETA] se aleja firmemente del planteamiento tradicional de la solución de diferencias en materia de inversión y crea tribunales sobre inversiones independientes, permanentes e imparciales, inspirados en los principios de los sistemas judiciales públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá, así como en los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» [punto 6, letra f)].

⁶¹⁸ Jorge Luis FABRA ZAMORA y Laura Sofía GUEVARA ESPITIA: 2019, 530-531.

⁶¹⁹ La denominación de «tribunal permanente» se recoge en el Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019 (apartado 195).

⁶²⁰ El CETA no puede invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las partes en dicho acuerdo (artículo 30.6.1 CETA). Los inversores sí pueden solicitar su aplicación directa ante el tribunal del CETA (apartado 198 del Dictamen 1/17, del TJUE, de 30 de abril de 2019).

⁶²¹ Los quince miembros del tribunal son nombrados por el Comité Mixto del CETA, formado por representantes de la UE y de Canadá (regulado en el capítulo veintiséis del CETA). El Comité Mixto puede decidir aumentar o reducir el número de los miembros

Según el Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019, sobre el capítulo 8, sección F, del CETA, el mecanismo de solución de diferencias en materia de inversores entre inversores y Estados previsto en el CETA no forma parte del sistema jurisdiccional de la UE, de sus Estados miembros o de Canadá (apartados 113 y 114). Para el TJUE, el Tribunal del CETA y el Tribunal de Apelación del CETA «ejercerán esencialmente funciones judiciales» (apartado 197)⁶²². El TJUE ha considerado que este mecanismo de resolución de diferencias no es contrario a la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión (apartados 119 a 161 del Dictamen 1/17). El Tribunal del CETA sólo tiene competencia para interpretar y aplicar el CETA, teniendo en cuenta también las normas y principios del derecho internacional (apartado 122)⁶²³. Y lo mismo sucede con el Tribunal de Apelación del CETA (apartado 133). Además, los laudos que dicten no impiden que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de la UE, ya que el Tribunal del CETA no es competente para declarar que el nivel de protección de un interés público establecido en medidas de la Unión o de sus Estados miembros es incompatible con el CETA (apartados 153 a 160).

En su laudo definitivo, el tribunal de inversiones puede: adjudicar una indemnización económica y los intereses aplicables o reconocer la restitución de la propiedad; o acordar conjuntamente ambas medidas (artículo 8.39.1 CETA). El Tribunal del CETA «no puede anular la medida impugnada o exigir la adecuación del Derecho interno de la Parte afectada con el CETA ni infligir una sanción a la Parte demandada» (apartado 144 del

del tribunal por múltiplos de tres (artículo 8.27.3 CETA). Los miembros del tribunal son nombrados por un período de cinco años (artículo 8.27.5 CETA). Por regla general, los asuntos se consideran por divisiones formadas por tres miembros del tribunal, uno de los cuales es nacional de un Estado de la UE, otro es nacional de Canadá y el último es nacional de un tercer país (artículo 8.27.6 CETA). Aunque las partes pueden acordar que el asunto sea considerado por un único miembro del tribunal, elegido al azar entre los nacionales de terceros países; si el demandante es una pequeña o mediana empresa o si la indemnización o los daños y perjuicios reclamados son relativamente bajos el demandante puede optar por esta vía (artículo 8.27.9 CETA).

⁶²² En el apartado 193 del Dictamen 1/17, el TJUE, califica al mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados del CETA como «híbrido», por presentar, además de características jurisdiccionales, otros aspectos que se basan en los mecanismos tradicionales de arbitraje en materia de inversiones».

⁶²³ Competencia restringida que se reconoce en el artículo 8.18 CETA (apartado 120) o en el artículo 8.21 CETA (apartado 132).

Dictamen 1/17 TJUE). Los laudos son vinculantes para las partes (artículo 8.41.1 CETA).

El CETA también plantea la propuesta de creación de un tribunal internacional multilateral sobre inversiones. Según el artículo 8.29 CETA: «Las Partes perseguirán, junto con otros socios comerciales, la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Al crear tal mecanismo multilateral, el Comité Mixto del CETA adoptará una decisión por la que se establezca que las diferencias en materia de inversiones con arreglo a la presente sección se decidirán con arreglo al mecanismo multilateral, y formulará las disposiciones transitorias oportunas». Este tribunal multilateral sobre inversiones podría sustituir los arbitrajes de inversiones en el futuro.

Este tipo de acuerdos de protección de inversiones en los que se tienen en cuenta intereses públicos son la excepción en el caso de España. Sigue primando el enfoque unidimensional, en el que prima la protección de los inversores extranjeros frente a las medidas estatales para alcanzar objetivos de interés general.

5.3. *El arbitraje de inversiones dentro de la UE*

La Unión Europea ha rechazado la aplicación del arbitraje de inversiones entre los Estados miembros. La Comisión considera que las decisiones de instancias arbitrales por las que se condena a un Estado miembro a indemnizar económicamente a un sujeto privado de otro Estado miembro son ayudas estatales incompatibles con el mercado interior (artículo 107.1 TFUE)⁶²⁴. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que los tratados bilaterales de inversiones entre Estados miembros vulneran la autonomía del derecho de la UE, con base en los artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Slowakische Republik y Achmea BV*)⁶²⁵.

⁶²⁴ Héctor IGLESIAS SEVILLANO: 2018b, 303-305; o los apartados 28 a 33 de la Sentencia TJUE, Gran Sala, de 25 de enero de 2022 (asunto C-638/19 P, *Micula*).

⁶²⁵ Es interesante señalar que el TJUE afirma el «carácter excepcional» de la jurisdicción del tribunal arbitral en relación con la jurisdicción de los órganos judiciales de los dos Estados firmantes del acuerdo bilateral de protección de inversiones (párrafo 45).

Para el TJUE la cuestión prejudicial es la «piedra angular» del sistema jurisdiccional de la UE cuya finalidad es «garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados (apartado 37). Según el TJUE, se vulnera la autonomía del derecho de la UE porque las instancias arbitrales internacionales pueden resolver discrepancias que se refieran a la interpretación y aplicación del derecho de la Unión; pero, al no ser órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, no están facultados para solicitar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de manera que no queda garantizada la aplicación uniforme del derecho de la Unión (apartados 59 y 60).

La Comisión Europea consideró que esta jurisprudencia también impide utilizar el arbitraje previsto en tratados multilaterales firmados por países de la UE y por terceros Estados, cuando hay un conflicto entre un inversor de un Estado miembro de la UE y otro Estado de la UE⁶²⁶. Posición que ha confirmado, como *obiter dicta*, la STJUE de 2 de septiembre de 2021, asunto C-741/19, República de Moldavia y *Komstroy LLC*, apartados 65 y 66, en relación con el Tratado sobre la Carta de la Energía. Para el TJUE, el mecanismo arbitral previsto en dicho tratado es válido en las relaciones entre Estados miembros de la UE y los inversores de terceros Estados que sean parte del Tratado sobre la Carta de la Energía; pero «la preservación de la autonomía y el carácter propio del Derecho de la Unión» impiden recurrir a instancias arbitrales cuando únicamente están implicados Estados de la UE (apartado 65). El TJUE concluye que «el artículo 26, apartado 2, letra c) [que permite acudir a una instancia arbitral], del TCE [Tratado sobre la Carta de la Energía] debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro» (apartado 66). Esta jurisprudencia está empezando a ser adoptada por

⁶²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Protección de la inversión intra-UE», de 19 de julio de 2018, COM(2018) 547 final, pág. 4, mencionando el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía. La comunicación reconoce expresamente que los inversores de países de la UE están protegidos materialmente por el derecho de la UE, pero que no tienen una protección ilimitada ya que sus derechos pueden restringirse por razones de interés público, como la protección medioambiental, la protección de los trabajadores o la lucha contra la especulación desmedida del suelo, entre otros objetivos públicos legítimos (pág. 14).

instancias arbitrales privadas, como la Cámara de Comercio de Estocolmo y algunas instancias arbitrales designadas conforme al CIADI, que han considerado que no tienen jurisdicción para resolver disputas de inversión con base en el Tratado sobre la Carta de la Energía entre un Estado miembro de la UE y una empresa con sede en la UE⁶²⁷.

El 5 de mayo de 2020 se firmó el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea⁶²⁸. El Acuerdo establece la forma en que se terminarán los tratados bilaterales de inversión previstos en el anexo A y sus cláusulas de remanencia (artículo 2), así como las cláusulas de remanencia de los tratados bilaterales de inversión enumerados en el anexo B (artículo 3)⁶²⁹. Terminación que se producirá tras la entrada en vigor del acuerdo (artículo 4.2). También se establece que las cláusulas de arbitraje previstas en los tratados bilaterales de inversión no sirven de base jurídica para nuevos procedimientos de arbitraje (artículo 5.1). El Acuerdo no afecta a los procedimientos de arbitraje concluidos, que no serán reabiertos (artículo 6)⁶³⁰. Si un Estado parte en dicho

⁶²⁷ Véase la nota de prensa de 14 de octubre de 2024 del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: «España gana dos laudos de energías renovables por falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales». https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/prensa/24.10.14_NdP.%20Espa%C3%B1a%20gana%20dos%20laudos%20de%20energ%C3%ADas%20renovables%20por%20falta%20de%20jurisdicci%C3%B3n%20de%20los%20tribunales%20arbitrales.pdf (última visita el 14 de marzo de 2025).

⁶²⁸ Publicado en el DOUE L 169, de 29 de mayo de 2020. En uno de los considerandos del Acuerdo se establece expresamente que «el presente Acuerdo se refiere a los tratados bilaterales de inversión intra-UE; y no se aplica a los procedimientos intra-UE basados en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía». El Consejo de Ministros, de 4 de agosto de 2020, aprobó la firma *ad referendum* y autorizó la aplicación provisional del Acuerdo en España a partir de ese día (BOE de 30 de septiembre de 2020). Según el Instrumento de Ratificación del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, la entrada en vigor en España se produjo el 10 de octubre de 2021 (BOE de 21 de septiembre de 2021).

⁶²⁹ Las cláusulas de remanencia se definen como «toda disposición de un Tratado Bilateral de Inversión que extiende la protección de las inversiones realizadas antes de la fecha de terminación de dicho Tratado por un período de tiempo adicional» (artículo 1.7). Ninguna de estas cláusulas de remanencia mencionadas en los artículos 2 y 3 del Acuerdo surtirán efectos jurídicos.

⁶³⁰ Por procedimiento de arbitraje concluido se entiende «cualquier Procedimiento de Arbitraje que haya finalizado con un acuerdo de conciliación o con un laudo definitivo emitido antes del 6 de marzo de 2018», siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1.7. Como ya se ha mencionado, ese día se dictó la STJUE del asunto C-284/16, *Slowakische Republik y Achmea BV*.

acuerdo, interviene en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversión, debe «solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, si fuera el caso, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir» [artículo 7.b)]. Por último, se establece un régimen transitorio en cuanto a los procedimientos de arbitraje pendientes (artículos 8 a 10).

La prohibición de acudir a instancias de arbitraje entre países de la Unión Europea no se refiere únicamente a las cláusulas de arbitraje establecidas en los acuerdos de protección de inversiones. También se refiere a los convenios arbitrales *ad hoc* que tienen el mismo contenido que las cláusulas de arbitraje previstas en los acuerdos de protección de inversiones y cuya finalidad es poder continuar un procedimiento arbitral. Esos convenios arbitrales *ad hoc* también son contrarios a los artículos 267 y 344 TFUE (STJUE de 26 de octubre de 2021, asunto C-109/20, República de Polonia y *PL Holdings Sàrl*, apartados 47 y 56).

En definitiva, en la Unión Europea sólo se mantendrá el arbitraje de inversiones frente a inversores de fuera de la Unión, pero no será posible utilizar este instrumento de resolución de conflictos cuando la controversia se plantee entre un inversor de un Estado miembro de la Unión y otro Estado de la Unión.

Conclusiones y cuestiones abiertas

En este libro se ha planteado una lectura jurídico-política de las transformaciones más importantes que ha experimentado el derecho administrativo español durante los últimos cuarenta años. Estas transformaciones se explican por la orientación que ha marcado la globalización neoliberal. La privatización y la desestatalización son los cambios estructurales de carácter material que se han producido en el derecho administrativo⁶³¹. La privatización de ámbitos de actuación que eran públicos no se limita a la prestación de los servicios públicos, también afecta a la potestad normativa. Incluso alcanza a la potestad jurisdiccional, como hemos visto en el arbitraje internacional de inversiones.

1. La importancia del derecho en la globalización neoliberal

El derecho ha sido y es un instrumento fundamental de la globalización neoliberal. Esto no debería sorprender a los juristas, debido a la po-

⁶³¹ Con carácter general, José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2006, 97, señala que la privatización y la transnacionalización son las transformaciones más importantes que ha experimentado el derecho. En sentido similar, Saskia SASSEN: 2013, 514, considera que los rasgos característicos del nuevo orden institucional que está surgiendo de la globalización son «su capacidad para privatizar lo que hasta ahora era público y desnacionalizar las autoridades y funciones que hasta ahora eran propias del Estado-nacional».

tencialidad del derecho como instrumento de dirección social, a la seguridad jurídica que aporta en el ámbito económico y a los efectos simbólicos que le otorga la sociedad a lo jurídico. En mi opinión debe destacarse este último aspecto. La dimensión simbólica de lo jurídico ha contribuido sin duda a la legitimidad del proyecto político de la globalización neoliberal, a su aceptación por parte de la sociedad.

Los instrumentos jurídicos que se han utilizado en la construcción jurídica de la globalización neoliberal han sido y son muy variados. Porque no existe un Estado mundial, ni tampoco una organización o entidad internacional con capacidad para regular todos y cada uno de los aspectos de la vida social afectados por la globalización neoliberal. Hay actores con capacidad reguladora o con capacidad de influir en la regulación que únicamente se encargan de un ámbito concreto de competencias (como el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea) o de determinados aspectos de la vida social que afectan a sus intereses (la Organización Internacional de Normalización, la Comisión Electrotécnica Internacional o el Programa para el Reconocimiento de la Certificación Forestal).

El uso del concepto de soberano supraestatal difuso sirve para poner de manifiesto la pluralidad de agentes que ejercen poder en la globalización neoliberal. Dentro del campo jurídico global, los Estados seguirán desempeñando un papel esencial porque las decisiones del soberano supraestatal difuso han de ser instrumentadas por los poderes estatales—permeables subalternos⁶³². Especialmente, en la apertura de los mercados nacionales a la economía global. Ejemplos de esta apertura son la privatización de empresas públicas y la liberalización de sectores económicos, creando nuevos mercados; así como la protección de los inversores extranjeros y el reconocimiento a éstos de la posibilidad de acudir al arbitraje internacional de inversiones. La apertura del ordenamiento jurídico español

⁶³² Juan Ramón CAPELLA: 2008, 309. En un sentido similar, aunque desde una perspectiva de análisis diferente, Saskia SASSEN: 2013, 254, considera que «la capacidad administrativa representada por el Estado nacional continúa siendo esencial para la instauración de la nueva lógica organizadora de la era global». Por su parte, Jean Bernard AUBY: 2012, 150-151, señala que el Estado sigue siendo el principal responsable de la constitución jurídica de la sociedad y del mercado; su papel es esencial en la regulación de la economía global, entre otras razones porque garantiza la seguridad jurídica. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: 2006, 22, también considera que los Estados son «los poderes conformadores más importantes» en las relaciones internacionales de ámbito mundial.

a las exigencias del soberano supraestatal difuso se ha llevado a cabo, en su mayor parte, a través de decisiones estatales, por medio de normas de derecho público, en especial de derecho administrativo o de acuerdos internacionales que inciden en este derecho.

Hay que destacar el papel que juegan las normas de *soft law*⁶³³. El *soft law* se ha convertido en un instrumento multifuncional gracias a su flexibilidad. En el ámbito internacional, posibilita la adopción de acuerdos políticos entre Estados cuando éstos no tienen suficiente voluntad para adoptar un tratado vinculante, como en el caso del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Hay organizaciones internacionales que emplean estos instrumentos para formular propuestas regulatorias, como sucede con los principios de diligencia debida de las empresas, elaborados por la ONU (los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos) y la OCDE (Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable). El *soft law* también sirve para desbordar el marco jurídico previo y adoptar decisiones que exceden lo previsto en dicho marco, vulnerando incluso la legalidad vigente. El Concepto Estratégico de la OTAN reconoce la posibilidad de que esta organización intervenga más allá de las fronteras delimitadas en el Tratado del Atlántico Norte. Además, realiza una interpretación expansiva del derecho de legítima defensa reconocido en la Carta de las Naciones Unidas. Los Estados también utilizan el *soft law* habitualmente. Por ejemplo, en España, en el ámbito de la seguridad y defensa se pueden mencionar la Revisión Estratégica de la Defensa y la Estrategia de Seguridad Nacional⁶³⁴. En ámbitos de carácter especialmente técnico también se recurre a instrumentos de *soft law*. La Agencia Española de Protección de Datos, a pesar

⁶³³ José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO: 2021b, 88, considera que en la globalización «ha crecido de forma exponencial el *soft law*».

⁶³⁴ La Estrategia de Seguridad Nacional se aprueba por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del Presidente del Gobierno, con base en los artículos 14.b) y 15.b) de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Dicha ley define la Estrategia de Seguridad Nacional como «el marco político estratégico de referencia de la Política de Seguridad Nacional. Contiene el análisis del entorno estratégico, concreta los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad de España, define las líneas de acción estratégicas en cada ámbito de actuación y promueve la optimización de los recursos existentes» (artículo 4.3). En la actualidad está vigente el Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

de tener reconocida potestad normativa, ha ejercido su poder regulatorio, fundamentalmente, aprobado documentos de *soft law*.

La construcción de la globalización neoliberal también se ha realizado por medio de instrumentos regulatorios de carácter social: los estándares internacionales, que forman parte del derecho administrativo global. En algunos casos, el contenido de los estándares internacionales despliega efectos jurídicos a través de remisiones legales de diferente tipo. Pero es un fenómeno que va más allá y que pone de manifiesto que hay ámbitos de la globalización neoliberal regulados por normas sociales elaboradas, sobre todo, por agentes económicos de ámbito transnacional.

El derecho de la globalización neoliberal se caracteriza por el pluralismo jurídico. En el territorio español no sólo se aplica el ordenamiento jurídico propio. Además del derecho de la Unión Europea, también despliegan sus efectos la nueva *lex mercatoria* y el derecho administrativo global. Cada uno de estos elementos tiene su propio origen y fuentes, así como mecanismos particulares de aplicación y sanción.

2. La globalización neoliberal como construcción asimétrica

No todos los sectores de la vida social se han visto afectados por la globalización neoliberal de la misma manera. La construcción de la globalización neoliberal ha sido asimétrica. En unos ámbitos se ha producido una mayor pérdida de soberanía y autonomía estatal que en otros. Lo que se pone de manifiesto si se tiene en cuenta las instituciones reguladoras, el tipo de instrumentos reguladores, y la capacidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento.

La dimensión económica es el ámbito prevalente y donde se ha ido más lejos, con la creación de la Organización Mundial del Comercio. El mercado global de bienes y servicios se regula por medio de tratados internacionales vinculantes, los Acuerdos de la OMC. Los acuerdos comerciales multilaterales han de aceptarse en su conjunto para poder ingresar en dicha organización. Estos acuerdos recogen las reglas básicas para la apertura de las economías nacionales al mercado global de bienes y servicios. Existe, además, un mecanismo cuasi sancionador, el sistema de solución de diferencias de la OMC, que posibilita que, en última instancia, un Estado miembro pueda imponer sanciones a otro Estado miembro.

Dentro de la globalización económica destaca el marco jurídico favorable a los intereses del capital financiero, con el reconocimiento de la libre circulación de capitales, la constitucionalización de las garantías del pago de la deuda pública y los acuerdos internacionales de protección de la inversión extranjera. Incluso el mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero se ha abierto expresamente a la participación de las entidades financieras. La lógica económica propia de los mercados se ha extendido a otros sectores. Como la instauración de mecanismos arbitrales de resolución de controversias en materia de inversión exterior, el establecimiento de vías preferentes de inmigración por razones de interés económico, o la posibilidad de llevar a cabo operaciones militares en el exterior con la finalidad de garantizar la continuidad del suministro de recursos básicos.

En materia migratoria sólo se ha llegado a adoptar una regulación mundial con carácter de *soft law*: el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular y el Pacto Mundial sobre los Refugiados. Estos instrumentos de *soft law* reconocen la primacía de la soberanía estatal y de las políticas migratorias nacionales. Tampoco se establece ningún mecanismo para imponer sanciones por incumplimiento.

En la protección de medio ambiente no se ha alcanzado un acuerdo con carácter general, ni siquiera como un instrumento de *soft law*. Aunque sí se han llegado a tratados internacionales sobre problemáticas concretas. En la protección medioambiental sigue primando la soberanía estatal. De hecho, el Acuerdo de París supone la estatalización de las políticas frente al cambio climático. No existe ningún instrumento de carácter sancionador en estos acuerdos internacionales.

En cuanto a la globalización armada, la regulación contenida en la Carta de las Naciones Unidas es bastante restrictiva sobre el uso legítimo de la fuerza. Por eso, ha dado lugar a un proceso de «desregulación jurídica de la guerra», promovido por las principales potencias militares, especialmente por Estados Unidos de América. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tiene capacidad jurídica de imponer sanciones. Otra cuestión es que el reconocimiento del derecho de veto a cinco países ha servido para instrumentalizar políticamente el funcionamiento de este órgano.

3. Elementos para definir la existencia de un paradigma neoliberal de derecho

Una cuestión adicional es si en la globalización neoliberal ha surgido una concepción jurídica intrínseca, una visión de mundo jurídica propia. Visión de mundo jurídica que se plasmaría en interpretaciones del marco jurídico en un sentido neoliberal. No pretendo responder esta cuestión, que debería ser objeto de otro trabajo, sino, más bien, apuntar algunas ideas para investigar si se ha consolidado un paradigma neoliberal de derecho.

Wendy BROWN califica al neoliberalismo como una «visión del mundo»⁶³⁵. Las concepciones de mundo pueden definirse de la manera en que lo hacía Manuel SACRISTÁN: «Una concepción del mundo no es un saber, no es conocimiento en el sentido en que lo es en la ciencia positiva. Es una serie de principios que dan razón de la conducta de un sujeto, a veces sin que éste se los formule de un modo explícito»⁶³⁶.

En mi opinión, la plasmación de las concepciones de mundo en el ámbito jurídico se pone de manifiesto a través de los paradigmas jurídicos. En otras palabras, un paradigma jurídico es la plasmación de una concepción general de mundo en el ámbito jurídico. Cuestión aparte es que la dogmática jurídica, al limitarse a la perspectiva jurídica interna, deja fuera de foco esta cuestión: la incidencia de las concepciones de mundo en el ámbito jurídico. Los paradigmas jurídicos son un instrumento analítico para poner de manifiesto la importancia de las concepciones de mundo en el trabajo de los juristas. Con ellos se destaca que la perspectiva jurídica interna es insuficiente para comprender cómo actúa en la realidad la dogmática jurídica.

Para Jürgen HABERMAS, los paradigmas jurídicos son «imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la

⁶³⁵ Wendy BROWN: 2016, 58.

⁶³⁶ Manuel SACRISTÁN: 1983, 28. SACRISTÁN continúa afirmando que «frecuentemente esos principios o creencias inspiradores de la conducta cotidiana, aunque el sujeto no se los formule siempre, están explícitos en la cultura de la sociedad en que vive. Esa cultura contiene por lo común un conjunto de afirmaciones acerca de la naturaleza del mundo físico y de la vida, así como un código de estimaciones de la conducta. La parte contemplativa o teórica de la concepción del mundo está íntimamente relacionada con la parte práctica, con el código o sistema de juicios de valor,...» (pág. 28).

producción legislativa y de la aplicación del derecho»⁶³⁷. Históricamente se pueden citar los paradigmas propios del «derecho formal burgués» y del «derecho materializado en términos de Estado social»⁶³⁸. HABERMAS propone un nuevo paradigma, el «paradigma procedimental de derecho», que intenta asegurar al mismo tiempo la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos⁶³⁹. HABERMAS señala, además, que la discusión sobre la comprensión paradigmática de un sistema jurídico es una disputa de carácter político⁶⁴⁰.

Los paradigmas jurídicos dominantes hasta ahora en el derecho público son el paradigma liberal de derecho y el paradigma social de derecho. El fundamento de ambos paradigmas se encuentra en distintas concepciones sobre la sociedad, las relaciones entre sociedad y Estado, y las funciones que le corresponden al Estado⁶⁴¹. Además, ambos paradigmas proponen distintas ideas de justicia⁶⁴².

⁶³⁷ Jürgen HABERMAS: 1998, 473.

⁶³⁸ Jürgen HABERMAS: 1998, 292.

⁶³⁹ Jürgen HABERMAS: 1998, 492-493 (por ejemplo). Este paradigma pone el énfasis en la protección de las condiciones procedimentales del proceso democrático (pág. 525, sobre esto también págs. 527-529), colocando en primer plano a la sociedad civil y al espacio público-político (pág. 531). El paradigma procedimental «se limita a señalar condiciones necesarias bajo las que los sujetos jurídicos, en su papel de ciudadanos, pueden entenderse entre sí sobre cuáles son sus problemas y sobre cómo deben ser resueltos» (pág. 531).

⁶⁴⁰ «La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de la sociedad, es en su núcleo una disputa política. En el Estado democrático de derecho esa disputa concierne a todos los implicados, no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas de un discurso de expertos desligado del espacio público-político. La justicia y la dogmática jurídica, en virtud de la prerrogativa en lo tocante a toma de decisiones y, en general, en virtud de sus experiencias y conocimientos profesionales, están implicadas de un modo privilegiado en esta disputa de interpretaciones; pero no pueden invocar su autoridad científica para imponer a los demás una comprensión de la Constitución, de la que el público de ciudadanos ha de empezar convenciéndose». Jürgen HABERMAS: 1998, 477.

⁶⁴¹ En la caracterización del paradigma liberal y del paradigma social que realizo en los párrafos siguientes, tengo muy en cuenta las características que señala Manuel GARCÍA-PELAYO: 1996, 21-40 (el entrecomillado corresponde a la pág. 27) y 123-127, en relación con los modelos del Estado liberal y del Estado social. Aunque Manuel GARCÍA-PELAYO no utiliza el instrumento de los paradigmas, considero que hace referencia a la misma problemática político-jurídica. En un sentido similar, Jürgen HABERMAS: 1998, 483-486 (también págs. 502-503).

Una explicación parecida de los paradigmas se encuentra en Gunther TEUBNER: 2000, 102. En la descripción del derecho formal, el derecho material y el derecho reflexivo, este

Así, el paradigma liberal mantiene una comprensión individualista de la sociedad, en la que ésta se entiende formada únicamente por individuos. La sociedad y el Estado se conciben como sistemas enfrentados y opuestos. Por otra parte, el Estado debe limitarse a garantizar unas condiciones mínimas de libertad y de seguridad, sin intervenir en el funcionamiento espontáneo de la sociedad que tiene lugar a través del mecanismo del mercado. De este modo, se considera que la sociedad, por sí sola, dará lugar al mejor de los órdenes posibles. La libertad es el valor más importante. En última instancia, se trata de «proteger a la sociedad del Estado», de limitar la actuación de éste, lo que se consigue a través de mecanismos jurídicos como el principio de legalidad, las declaraciones de derechos y la separación de poderes. La idea de justicia liberal se reduce a la igual distribución de derechos, sin tener en cuenta las diferentes condiciones materiales de las personas.

El paradigma social no concibe únicamente la sociedad de forma individualista, sino que también tiene en cuenta la existencia de organizaciones en las que los individuos se agrupan. Tampoco parte de la oposición entre sociedad y Estado, sino de que ambos se necesitan mutuamente para poder realizarse. Atribuye al Estado un papel de conformación social, ya que considera que la autorregulación social a través del mercado da lugar al aumento de las desigualdades. La redistribución del producto social legitima la actuación del Estado, redistribución que se lleva a cabo a través de prestaciones sociales. Desde este modelo, se propone que hay que «proteger a la sociedad por la acción del Estado», para lo cual hay que dotar al Estado de los mecanismos jurídicos adecuados. La idea de justicia que propone el paradigma social es la justicia distributiva, es decir, la justa distribución de los bienes y servicios socialmente producidos.

El neoliberalismo implica un retorno a la concepción individualista de la sociedad⁶⁴³. En este sentido se puede mencionar, en el ámbito jurídico,

autor tiene en cuenta tres dimensiones: (1) «Justificación de la norma», (2) «Funciones externas del derecho» y (3) «Estructura interna del derecho». Los modelos de derecho formal y derecho material que emplea Gunther TEUBNER, son asimilables, respectivamente al paradigma liberal y al paradigma social (págs. 102-105).

⁶⁴² Sobre los distintos criterios de justicia que propone cada paradigma, Jürgen HABERMAS: 1998, 502.

⁶⁴³ El neoliberalismo niega la existencia de la sociedad y se opone a la justicia social, Wendy BROWN: 2021, 55-85. quien centra su análisis en las ideas de Friedrich Hayek.

la sustitución de la autorización administrativa por la comunicación y la declaración responsable, así como la orientación de las políticas sociales hacia el *workfare*. No se parte de la distinción entre el Estado y la sociedad, sino de su interrelación. Por una parte, se postula la necesidad de una intervención estatal permanente en la economía y la sociedad. Una intervención que es básicamente administrativa. De hecho, se han ampliado cada vez más los ámbitos de la vida social regulados por el Estado, con una regulación más intensa que en épocas anteriores. En última instancia, lo privado se integra dentro de lo público de manera aporoblemática⁶⁴⁴.

El Estado sigue manteniendo un importante papel de conformación social. Sin embargo, cambia el sentido de su intervención. De manera que su finalidad primordial es garantizar la socialización de costes y riesgos privados mientras se asegura la privatización de los beneficios sociales y de la innovación social. El Estado se ha encargado de llevar a cabo la apertura del mercado nacional a la economía globalizada. Y también garantiza que los sujetos privados asuman un papel protagonista en la prestación de los servicios públicos. La realización de los intereses públicos se concibe como resultado de la colaboración público-privada. La teoría legitima estos cambios con la doctrina del Estado garante.

4. Sobre la vigencia del neoliberalismo y el marco jurídico de la globalización neoliberal

Nos encontramos en un periodo de transición⁶⁴⁵, por lo que es difícil hacer pronósticos sobre cómo será la evolución de la globalización neoliberal. No ha existido un único modelo de neoliberalismo, sino que históricamente se ha concretado de diferentes maneras. Aunque se ha señalado que el neoliberalismo está en crisis⁶⁴⁶, si algo caracteriza al neoliberalismo es su capacidad de adaptación a las distintas circunstancias y contextos so-

Dentro del paradigma neoliberal de derecho no desaparece la sociedad, aunque es interpretada preponderantemente como el sector empresarial privado.

⁶⁴⁴ Antonio GIMÉNEZ MERINO: 2015, 37, señala la «integración plena de lo privado dentro de lo público».

⁶⁴⁵ Sabino CASSESE: 2014, 383. La idea de que nos encontramos en una época de transición paradigmática, que se refleja de forma especial en el derecho, es central en el libro de Boaventura de SOUSA SANTOS: 2003, 13-14 (por ejemplo).

⁶⁴⁶ Quinn SLOBODIAN: 2021, 426.

sociales⁶⁴⁷. El neoliberalismo ha influido en múltiples aspectos de la vida social afectando a la regulación jurídica de estos ámbitos, dando lugar a un entramado jurídico muy amplio y complejo.

Por ello considero que, todavía, se mantiene la hegemonía del proyecto neoliberal. Es la visión de mundo que sigue orientando la mayoría de políticas públicas, porque no ha surgido un proyecto político que se oponga a la visión neoliberal con la suficiente fuerza⁶⁴⁸. Esto no impide que se hayan producido cambios significativos en las políticas de los últimos años⁶⁴⁹. El ejemplo más relevante es la respuesta a la pandemia del Covid. Pero también se han mantenido las políticas de privatización, los mercados mundiales de bienes, servicios y capitales, la financiarización de la economía o la relevancia del elemento militar como defensor de la globalización neoliberal. En mi opinión, el proyecto de rearme de la Unión Europea encaja perfectamente en el marco políticas neoliberales. Si se tiene en cuenta una visión de conjunto me parece justificado considerar que todavía nos encontramos bajo la hegemonía del neoliberalismo, aunque esta hegemonía no sea tan abrumadora como la existente entre los años noventa del siglo pasado y la crisis económica de 2008.

En este trabajo se ha puesto de manifiesto la existencia de un entramado normativo que responde al modelo de la globalización neoliberal⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ Para Manfred B. STEGER y Ravi K. ROY: 2015, 212: «No cabe duda de que estas versiones de primera y segunda oleada neoliberal están ya caducadas, pero, aun así, no es nada cierto que el neoliberalismo haya abandonado para siempre la escena mundial. Como hemos querido destacar a lo largo de estas páginas, el neoliberalismo se presenta en distintas versiones que han demostrado adaptarse muy bien a distintos contextos sociales».

⁶⁴⁸ Hay quien considera que el neoliberalismo ha perdido la hegemonía en el ámbito del discurso, lo que no impide que siga manteniendo su vigencia en la sociedad. Así, desde una perspectiva foucaultina, Javier ZAMORA GARCÍA: 2024, 293, afirma que «si algo ha probado el neoliberalismo durante estos años es que es capaz de mantener su gubernamentalidad a pesar de haber perdido la hegemonía discursiva. Gracias a la forma en que su racionalidad organiza la experiencia de una economía financiarizada, el neoliberalismo sigue operando a través de determinados ambientes que nos invitan a incorporar valores como la competencia, la eficacia o la autovaloración en nuestras conductas cotidianas».

⁶⁴⁹ William CALLISON y Zachary MANFREDI: 2023, 55, consideran que «El neoliberalismo no está en su lecho de muerte, está mutando y se está fragmentando para sobrevivir en circunstancias cambiantes, con efectos potencialmente devastadores para la vida humana y planetaria».

⁶⁵⁰ Juan Ramón CAPELLA: 2008, 14, planteaba que «La estructura adoptada por *Fruta Prohibida* presenta el derecho y el poder contemporáneos como una entidad integrada por varios estratos superpuestos».

Nuestro ordenamiento incluye así un estrato jurídico neoliberal. Este entramado será muy difícil desmontar por completo a corto y medio plazo. Lo que no impide que se produzcan cambios en alguna de sus piezas. Como ha sucedido con la flexibilización de las reglas fiscales de la Unión Europea para favorecer las inversiones públicas en políticas de protección del medio ambiente o en materia de seguridad y defensa. Cualquier proyecto de cambio social debería analizar y tener en cuenta el marco jurídico que ha impuesto la globalización neoliberal. Espero que este libro pueda contribuir a su conocimiento.

Bibliografía citada

- ACOSTA PENCO, Teresa (2024): «Control fronterizo y derechos humanos. La sustitución de los procedimientos de extranjería por la coacción directa a raíz de la crisis migratoria», en ARZOZ SANTIESTEBAN, Xabier (coord.): *La irradiación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, pág. 157 a 185.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica (2022): «Mercado, contaminación y cambio climático», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo, HUERGO LORA, Alejandro, CANO CAMPOS, Tomás (dirs.): *El patrimonio natural en la era del cambio climático. Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Oviedo 3-5 febrero 2022*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, págs. 459 a 483.
- AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto (2022): «COVID, medio ambiente y patrimonio natural: la quiebra del Derecho administrativo», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo, HUERGO LORA, Alejandro, CANO CAMPOS, Tomás (dirs.): *El patrimonio natural en la era del cambio climático. Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Oviedo 3-5 febrero 2022*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, págs. 55 a 82.
- APARICIO WILHELMI, Marco (2019): «La reforma del art. 135 CE como dispositivo de desposesión constitucional», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 95, julio de 2019, págs. 17 a 28.

- ATIENZA, Manuel (2016): «Entrevista a Juan-Ramón Capella», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, págs. 427 a 445.
- AUBY, Jean Bernard (2012): *La globalización, el Derecho y el Estado*, Global Law Press, Sevilla.
- BACHOUÉ PEDROUZO, Géraldine (2024): «Frontex, solidaridad y derechos fundamentales. Reflexiones libres sobre una Agencia siempre en la tormenta», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 128-II, enero-abril 2024, págs. 295 a 311.
- BAENA CARRILLO, Samuel (2024): «La colonialidad del Derecho administrativo global: una crítica interdisciplinaria desde el Sur global», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 10, págs. 7 a 32.
- BALANYÁ, Belén, DOHERTY, Ann, HOEDEMAN, Olivier, MA'ANIT, Adam y WESSELIUS, Erik (2002): *Europa, S.A. La influencia de las multinacionales en la construcción de la UE*, Icaria, Barcelona.
- BALLESTEROS MARTÍN, Miguel Ángel (2016): *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Ministerio de Defensa, Madrid.
- BANCO MUNDIAL (2020): *World Development Report 2020: Trading for Development in the Age of Global Value Chains*, Washington.
- BAÑO LEÓN, José María (2014): «Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada “better regulation”», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167 (julio-septiembre 2014), págs. 23 a 44.
- BARNES, Javier (2015): «La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y procedimiento», en DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè, ESTEVE PARDO, José y SPIECKER, Indra (eds.): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, págs. 281 a 312.
- BARTEL, Fritz (2024): *El triunfo de las promesas rotas. El fin de la Guerra fría y el auge del neoliberalismo*, Lengua de Trapo y Círculo de Bellas Artes, Madrid.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (2007): «¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas al margen de la LRJAPYAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna»; *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 16, págs. 1 a 46.
- BLANCO MOA, José Antonio (2018): «La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 10, págs. 132 a 148.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl y GARCÍA LUENGO: Javier (2008): «Los actos administrativos transnacionales», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, págs. 9 a 29.

Bibliografía citada

- BOURDIEU, Pierre (1999): «La mano izquierda y la mano derecha del Estado», en BOURDIEU, Pierre: *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Anagrama, Barcelona, págs. 11 a 22.
- BOURDIEU, Pierre (2000): «La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico», en BOURDIEU, Pierre: *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, págs. 165 a 223.
- BOURDIEU, Pierre (2003): «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva», *Jueces para la democracia*, núm. 47, págs. 3 a 5.
- BOURDIEU, Pierre (2014): *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, Anagrama, Barcelona.
- BRABAZON, Honor (2018): «Introduction. Understanding neoliberal legality», en BRABAZON, Honor (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, Oxon, págs. 1 a 21.
- BROWN, Wendy (2016): *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Malpaso, Barcelona.
- BROWN, Wendy: (2021): *En las ruinas del neoliberalismo. El ascenso de las políticas antidemocráticas en Occidente*, Traficantes de Sueños y Futuro Anterior / Tinta Limón, Madrid.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo (2023): «El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular cuatro años después», *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. 50(1), págs. 31 a 41.
- CALLISON, Willian y MANFREDI, Zachary (2023): «Teorizar el neoliberalismo mutante», en CALLISON, Willian y MANFREDI, Zachary (ed.): *Neoliberalismo mutante. Gobierno del mercado y ruptura política*, Lengua de Trapo, Madrid, págs. 9 a 55.
- CAPELLA, Juan Ramón (2005): «Límites de la democratización capitalista», en CAPELLA, Juan Ramón: *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, tercera edición revisada, págs. 63 a 68.
- CAPELLA, Juan Ramón (2007): *Entrada en la barbarie*, Trotta, Madrid.
- CAPELLA, Juan Ramón (2008): *Fruta prohibida. Una aproximación histórica-teorética al estudio del derecho y el estado*, Trotta, Madrid.
- CASSESE, Sabino (2014): *Derecho administrativo: historia y futuro*, Global Law Press – INAP, Sevilla.
- CHICHARRO, Alicia (2024): «Solidaridad a la carta y seguridad reforzada como coordenadas de la política de migración en la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 128-II, enero-abril 2024, págs. 59 a 89.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio (2021): «¿La declaración responsable como nuevo paradigma del control en el ámbito urbanístico?», *Anuario de Derecho Municipal 2020*, núm. 14, págs. 135-166.

- CLAVERO, Bartolomé (2023): *Derecho de la sociedad internacional*, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO - UNCTAD (2023): *Informe sobre las inversiones en el mundo 2023. Invertir en energía sostenible para todos. Panorama general*, Publicaciones de Naciones Unidas. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_overview_es.pdf (última visita el 14 de marzo de 2025).
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO - UNCTAD (2024): *World Investment Report 2024. Investment facilitation and digital government*, Publicaciones de Naciones Unidas, Nueva York. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2024_en.pdf (última visita el 14 de marzo de 2025).
- CONTICELLI, Martina (2020): «La aplicación del Derecho en un contexto global», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis; MARTÍN DELGADO, Isaac y MEIX CERECEDA, Pablo: *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, págs. 275 a 309.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2016): «El impacto del Derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, mayo-agosto 2016, págs. 103 a 120.
- DARDOT, Pierre; GUÉGUEN, Haud; LAVAL, Christian y SAUVÊTRE, Pierre (2024): *La opción por la guerra civil. Otra historia del neoliberalismo*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè y SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2010): «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, págs. 139 a 177.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè (2010): «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (dirs.) *Derecho de la regulación económica. Vol. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, págs. 631 a 667.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè (2015): «Autorregulación normativa y derecho en la globalización», en DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè, ESTEVE PARDO, José y SPIECKER, Indra (eds.): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, págs. 197 a 216.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè (2016): «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, núm. 199, págs. 11 a 50.

- DARNACULLETA GARDELLA, M. Mercè (2020): «La producción de normas en un mundo global», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis; MARTÍN DELGADO, Isaac y MEIX CERECEDA, Pablo: *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, págs. 245 a 273.
- DAVIS, Kevin E., KINGSBURY, Benedict y ENGLE MERRY, Sally (2012): «Indicators as a Technology of Global Governance», *Law & Society Review*, volumen 46, número 1, 2012, págs. 71 a 104.
- DAVIS, Kevin y KINGSBURY, Benedict (2014): «Indicadores como intervenciones: obstáculos y expectativas al apoyar iniciativas de desarrollo», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 25, julio-diciembre de 2014, págs. 473 a 542.
- DE BELLIS, Maurizia: «Las redes reguladoras transnacionales diez años después de la crisis: caracteres y problemas», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, MARTÍN DELGADO, Isaac y MEIX CERECEDA, Pablo (dirs.): *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, págs. 159 a 195.
- DE LA HUCHA CELADOR, Fernando (2018): «Artículo 135», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.): *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*, Tomo II, BOE, Madrid, págs. 922 a 949.
- DE LA ORDEN BOSCH, Gustavo: (2024): *El derecho de asilo ante la criminalización de la migración en las fronteras. Un estudio sobre el Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DE CASTILLO, Tomás (2020): «Tratados de inversión y mutación del derecho público: ¿derecho público transnacional?», *Revista de Administración Pública*, núm. 212, págs. 13 a 54.
- DE LA SERNA SANDOVAL, Cristina (2017): «Control de la inmigración en la vía pública: cuando el color de piel es la frontera», en LÓPEZ-SALA, Ana María y GODENAU, Dirk (coords.): *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, págs. 75 a 96.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2013.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2018): *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid.
- DURÁN ARROYO, Alicia (2018): «El nuevo reglamento de protección de datos personales. Análisis de su eficacia en la determinación de su ámbito territorial y los remedios en caso de tratamiento ilícito», *Revista Jurídica de la UAM*, núm. 37, págs. 415 a 440.

Bibliografía citada

- ESTEVE PARDO, José (2012): «La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa», en NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (dir.): *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, Cizur Menor, págs. 29 a 42.
- ESTEVE PARDO, José (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid.
- ESTEVE PARDO, José (2015a): *El Estado garante: idea y realidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- ESTEVE PARDO, José (2015b): «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, mayo-agosto 2015, págs. 11 a 39.
- ESTEVE PARDO, José (2023): *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (2006): *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (2007): «Ciencia Política», en TORRES DE CERQUEIRA, Daniel y FRAGALE FILHO, Roberto (coordinadores): *O ensino jurídico em debate. O papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*, Millennium Editora, Campinas, págs. 219 a 237.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (2008) «Que no te den gobernanza por democracia», *mientras tanto*, núm. 108-109, págs. 33 a 49.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (2013): «Crisis de la democracia en Europa», *Oxímora. Revista Internacional de Ética y Política*, número 3, otoño de 2013, págs. 8 a 22.
- ESTÉVEZ ARAÚJO: José Antonio (2021a): «Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal», en ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Trotta, Madrid, págs. 23 a 67.
- ESTÉVEZ ARAÚJO: José Antonio (2021b): «Las transformaciones jurídicas de la globalización neoliberal», en ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Trotta, Madrid, págs. 69 a 122
- FABRA ZAMORA, Jorge Luis y GUEVARA ESPITIA, Laura Sofía: «El Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (CETA)», en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (dirs.): *Constitucionalizando la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 501 a 548.
- FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa (2019): «El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos humanos», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 38, págs. 1 a 34.

Bibliografía citada

- FARIA, José Eduardo: (2001): *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María, LÓPEZ BARRERO, Esther y MANERO SALVADOR, Ana (2009): «La Evolución histórica y estructura de la OMC», en COLLANTES GONZÁLEZ, José Luis (dir.): *Derecho Internacional económico y de las inversiones internacionales. Primera parte*, Palestra, Lima, págs. 491 a 528.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María (2018): «Los nuevos objetivos y compromisos climáticos del Acuerdo de París», en BORRÀS PENTINAT, Susana y VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola: *El Acuerdo de París sobre el cambio climático; ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida? Análisis jurídico y perspectivas futuras*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 99 a 123.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María (2023): «Compromisos internaciones en materia del medio ambiente: la conmemoración de los 50 años de Derecho internacional del medio ambiente en el contexto de una triple crisis ambiental», en GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, JORDANO FRAGA, Jesús, LOZANO CUTANDA, Blanca y NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (coords.), *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de políticas ambientales 2023*, Boletín Oficial del Estado, págs. 17 a 50.
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, Donato (2018): *Historia de la Unión Europea: de los orígenes al Brexit*, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- FERNÁNDEZ PONS, Xavier (2021): «Auge y crisis de la Organización Mundial del Comercio», en BADIA MARTÍ, Ana M. y HUICI SANCHO, Laura (dirs.): *Las organizaciones internacionales en el siglo xxi*, Marcial Pons, Madrid, págs. 189 a 226.
- FERRER LLORET, Jaume (2021): «Lección 14. La política exterior y de seguridad común», en FERRER LLORET, Jaume (director): *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 369 a 390.
- FOUCAULT, Michel (2016): *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Akal, Tres Cantos.
- FRYDMAN, Benoit (2018): *Breve manual práctico de derecho global*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (2014): «Actos de autoridad y potestades administrativas», en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y JINESTA LOBO, Ernesto (dirs.): *El Derecho administrativo en perspectiva. En homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ediciones RAP, Buenos Aires, págs. 289 a 329.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge (2012): «La reforma del artículo 135 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, págs. 31 a 66.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel: (1996) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

Bibliografía citada

- GERSTLE, Gary (2022): *The Rise and Fall of the Neoliberal Order. America and the World in the Free Market Era*, Oxford University Press, Nueva York.
- GIMÉNEZ MERINO, Antonio (2015): «De la excepcionalidad persistente a la normalización de la plutocracia», en ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio y MESSINA, Giovanni (editores): *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid, págs. 27 a 39.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel M.: (2019): «El Banco Central Europeo», en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (dirs.): *Constitucionalizando la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1031 a 1055.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis J. y ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA: Paz (2008): *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2018): «Notas sobre Administraciones públicas y conflictos sobre inversiones exteriores», en VVVV: *Entre tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano*, Marcial Pons, Madrid, págs. 381 a 394.
- GONZÁLEZ LAYA, Arancha (2010): «Introducción: globalización y Derecho. Una visión desde la Organización Mundial del Comercio», en PONCE SOLÉ, Juli: *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP - Marcial Pons, Madrid, págs. 15 a 32.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio (2021): *Neoliberalismo y castigo*, Bellaterra, Manresa.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara (2010): «La transmisión de derechos de emisión y sus derivados», *CEFlegal. Revista práctica de derecho*, núm. 117, págs. 15 a 50.
- GONZÁLEZ VEGA: Javier A. (2001): «Los atentados del 11 de septiembre, la operación “libertad duradera” y el derecho de legítima defensa», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, págs. 247 a 271.
- GORDILLO FERRÉ, José Luis (1999): «Del Derecho ambiental a la ecologización del Derecho», en CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (director): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 307 a 340.
- GORDILLO, José Luis (2008): *Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría*, Trotta, Madrid.
- GORDILLO: José Luis (2015): «Tres notas sobre la evolución del *ius ad bellum* en la posguerra fría», en ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio y MESSINA, Giovanni (eds.): *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid, págs. 127 a 136.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2020): *De la legítima defensa en el ciberespacio*, Comares, Granada.
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid.

Bibliografía citada

- HARVEY, David (2013): *Breve historia del neoliberalismo*, Akal, Madrid.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2020a): «La redención del Derecho Administrativo en la post-pandemia», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 20, págs. 39 a 63.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2020b): «El Derecho administrativo global como fuente de Derecho en el arbitraje internacional de inversiones», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, MARTÍN DELGADO, Isaac y MEIX CERCEDA, Pablo: *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, págs. 367 a 394.
- IGLESIAS SEVILLANO, Héctor (2018a): «Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala Tercera, Sección Tercera, de 21 de junio de 2017», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, págs. 173 a 193.
- IGLESIAS SEVILLANO, Héctor (2018b): «El arbitraje internacional como camino hacia una justicia jurídico-pública global», *Revista de Administración Pública*, núm. 206, págs. 291 a 318.
- IGLESIAS SEVILLANO, Héctor (2020): *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, Aranzadi, Cizur Menor.
- IZQUIERDO SANS, Cristina (2018): «Artículo 13», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.): *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*, Tomo I, BOE, Madrid, págs. 275 a 287.
- KINGSBURY, Benedict (2014): «Editorial. Indicadores y derecho», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 25, diciembre de 2014, págs. 9 a 16.
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B. (2016): «El surgimiento del Derecho Administrativo Global», en KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B.: *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla, págs. 87 a 151.
- KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan (2016): «El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad, y el emergente Derecho Administrativo Global», en KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B.: *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla, págs. 575 a 649.
- KINGSBURY, Benedict, DONALDSON, Megan y VALLEJO, Rodrigo (2016): «El Derecho Administrativo Global y la democracia deliberativa», en KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B.: *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla, págs. 687 a 708.

- LAVAL, Christian y DARDOT, Pierre (2015): *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Gedisa, Barcelona.
- LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario (2020): «Los sujetos del Derecho Público global», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, MARTÍN DELGADO, Isaac y MEIX CERECEDA, Pablo (dirs.): *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, págs. 115 a 157.
- LEÓN ACOSTA, Miguel (2023): «El ejercicio del *ius puniendi* por sujetos privados. A propósito del artículo 107.4 de la Ley 6/2011 de Movilidad de la Comunidad Valenciana», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, págs. 1 a 54.
- LESSENICH, Stephan (2019): *La sociedad de la externalización*, Herder, Barcelona.
- LIMIA, Giuseppe (1973): *Principios de teoría e ideología del derecho*, Debate, Madrid.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2007): «La evolución democrática de la defensa nacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, págs. 11 a 48.
- LÓPEZ-SALA, Ana María y GODENAU, Dirk (2017a): «El estudio del control migratorio en España», en LÓPEZ-SALA, Ana María y GODENAU, Dirk (coords.): *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, págs. 5 a 28.
- LÓPEZ-SALA, Ana María y GODENAU, Dirk (2017b): «Delegando el control migratorio. Una aproximación a las dinámicas del *outsourcing* en España», en LÓPEZ-SALA, Ana María y GODENAU, Dirk (coords.): *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, págs. 197 a 223.
- LÓPEZ VICENTE, Fernando y DE LOS LLANOS MATEA ROSA, María (2024): «El Semestre Europeo 2024 y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia», *Boletín Económico del Banco de España*, 2024/T4.
- LORENTE, Miguel Ángel y CAPELLA, Juan Ramón (2009): *El crack del año ocho. La crisis. El futuro*, Trotta, Madrid.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2022a): «La ciencia y el derecho ante el cambio climático», *Journal of human security and global law*, núm. 1, págs. 31 a 66.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2022b): «Evolución y principios del Derecho ambiental de la Unión Europea», en LOZANO CUTANDA, Blanca y ALLI TURILLAS, Juan Cruz: *Administración y legislación ambiental*, Dykinson, Madrid, 12ª edición, págs. 179 a 210.
- MACHO CARRO: Alberto (2020): «La intervención de la UE frente a las consecuencias económicas de la pandemia de Covid-19 y su articulación jurídica», en BIGLINO CAMPOS, P.; DURÁN ALBA, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, págs. 1 a 22.

Bibliografía citada

- MANERO SALVADOR, Ana, LÓPEZ BARRERO, Esther y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María (2009a): «El comercio de mercancías en la OMC: análisis de los acuerdos», en COLLANTES GONZÁLEZ, José Luis (dir.): *Derecho Internacional económico y de las inversiones internacionales. Primera parte*, Palestra, Lima, págs. 529 a 575.
- MANERO SALVADOR, Ana, LÓPEZ BARRERO, Esther y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María (2009b): «La regulación de otros sectores comerciales en la OMC», en COLLANTES GONZÁLEZ, José Luis (dir.): *Derecho Internacional económico y de las inversiones internacionales. Primera parte*, Palestra, Lima, págs. 577 a 605.
- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2020): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, décima edición.
- MARTÍN ARRIBAS, Juan José: (2023): «Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE: entre la legitimidad y la utilidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 45, junio de 2023, págs. 1 a 30.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (2013): «Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante “sin papeles”: ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales», en VV.AA.: *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1025 a 1054.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita y otros (2015): «Rechazos en frontera»: ¿fronteras sin derechos? *Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana* (disponible en <https://eprints.ucm.es/29379/>, última visita el 14 de marzo de 2025).
- MARTÍNEZ MAÍLLO, Fernando (2018): «El principio de independencia en la estructura del Banco Central Europeo», *Revista Universitaria Europea*, núm. 29, julio-diciembre 2018, págs. 133 a 154.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2003): «La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas. Un acercamiento desde el derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, págs. 235 a 263.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2006): *La declaración de guerra en el ordenamiento jurídico español (Un mecanismo para el control jurídico de la participación del Estado español en conflictos armados)*, Dykinson, Madrid.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2008): «La guerra de Afganistán: una guerra también contra el derecho», *mientras tanto*, núm. 108-109, págs. 91 a 106.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2009): «¿Se han legalizado las “guerras de agresión” en España?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, págs. 91 a 116.

- MELERO ALONSO, Eduardo (2013): «El nuevo modelo de gestión de los servicios públicos del agua en la Comunidad de Madrid. La privatización de la financiación de Canal de Isabel II Gestión S.A.», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 281, págs. 151 a 198.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2015): «El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las “expulsiones en caliente”): un supuesto de derecho administrativo del enemigo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, págs. 401 a 433.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2018a): «Las identificaciones policiales con perfil racial o étnico como instrumento de control migratorio: derecho administrativo del enemigo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193, págs. 243 a 274.
- MELERO ALONSO, Eduardo: (2018b): «El “derecho administrativo del enemigo” como categoría general de análisis del derecho administrativo», en JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier (dir.): *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 389 a 410.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2021): «El Derecho administrativo español en el campo de poder globalizado», en ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Trotta, Madrid, págs. 371 a 402.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2023): «TEDH y expulsiones en caliente: el criterio de la propia conducta y la creación judicial de derecho administrativo del enemigo», en RUDA GONZÁLEZ, Albert (dir.): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del VI Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepin, Madrid, págs. 728 a 739.
- MERCADO PACHECO, Pedro (1999): «El “Estado comercial abierto”. La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en CAPELLA, Juan Ramón (coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, págs. 125 a 158.
- MERCADO PACHECO, Pedro (2005): «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?», en CANCIO MELIÁ, Manuel (ed.): *Globalización y derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9*, UAM – BOE, Madrid, págs. 127 a 150.
- MINISTERIO DE DEFENSA (2000): *Libro Blanco de la Defensa 2000*, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid.
- MINISTERIO DE DEFENSA (2003): *Revisión Estratégica de la Defensa*, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid.
- MINISTERIO DE DEFENSA (2022): *Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN. Madrid, 29 de junio de 2022*, Ministerio de Defensa, Madrid.

Bibliografía citada

- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA (2021): *Estrategia de Seguridad Nacional 2021. Un proyecto compartido*.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2023): «Lección 15. Procedimientos administrativos», en VELASCO CABALLERO, FRANCISCO y DARNACULLETA GARDELLA, M. Mercè (dirs.): *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, págs. 367 a 394.
- MORENO GONZÁLEZ, Gabriel (2019): *Estabilidad presupuestaria y Constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009): «Fundamentos e instrumentos jurídicos de regulación económica», en MUÑOZ MACHADO, Santiago y ESTEVE PARDO, José (dirs.): *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, págs. 15 a 244.
- NAREDO, José Manuel (2010): *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*, Siglo XXI, Madrid.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2012): «La administración comprobadora: defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos», en NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (dir.): *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, Cizur Menor, págs. 99 a 128.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2018): «El demediado derecho a un medio ambiente adecuado», en PENDÁS, Benigno (dir.): *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 2465 a 2481.
- OLIN WRIGHT, Eric (2018): *Construyendo utopías reales*, Akal, Tres Cantos.
- OLIVAS CABANILLAS, Enrique (2006): *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid.
- ORTEGA BERNARDO, Julia (2017): «El acto administrativo transnacional en el Derecho europeo del mercado interior», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 188, págs. 81 a 124.
- PALACIOS LLERAS, Andrés (2018): «Neoliberal law and regulation», en BRABAZON, Honor (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, Oxon, págs. 61 a 76.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2012): «Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España», en BARNES, Javier (Editor): *Innovación y reforma en el Derecho administrativo 2.0*, INAP – Global Law Press, Sevilla, págs. 379 a 611.

Bibliografía citada

- PAREJO ALFONSO, Luciano (2016): *Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. (2023): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (1989): «Análisis del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la defensa», *Tiempo de paz*, núm. 13, primavera 1989, págs. 14 a 36.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (2003): «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV (2003) 1, págs. 187 a 204.
- PERRONE, Nicolás M. (2018): «Neoliberalism and economic sovereignty. Property, contracts, and foreign investment relations», en BRABAZON, Honor (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, Oxon, 2018, págs. 43 a 60.
- POMED SÁNCHEZ, Luis y VELASCO CABALLERO, FRANCISCO (2004): «Inmigración y policía administrativa de seguridad», en REMIRO BROTONS, Antonio y MARTÍN CAPDEVILLA, Carmen (eds.): *Movimientos migratorios y derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 7*, UAM - BOE, Madrid, págs. 135 a 184.
- PONCE SOLÉ, Juli (2021), «El fracaso de la administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, págs. 1 a 40.
- POZO MARÍN, Alejandro (2018): «Repensar las operaciones militares en el exterior. El caso español», en CALVO RUFANGES, Jordi (coord.): *Políticas de seguridad para la paz. Otra seguridad es posible y necesaria*, Icaria, Barcelona, págs. 88 a 103.
- PRATS I CATALÀ, Joan (2005): *De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- RECIO ANDREU, Albert (2009): «La crisis del neoliberalismo», *Revista de Economía Crítica*, núm. 7, primer semestre de 2009, págs. 96 a 117.
- REQUENA CASANOVA, Millán (2021): «Lección 12. El espacio de libertad, seguridad y justicia», en FERRER LLORET, Jaume (director): *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 319 a 343.
- RIPOL CARULLA, Santiago (2016): «Aplicación territorial del Reglamento», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (director): *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, págs. 77 a 95.

Bibliografía citada

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2018): «Criterios para la ordenación de las relaciones internormativas (jerarquía, competencia, prevalencia, supletoriedad y primacía aplicativa). A los cuarenta años de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978»; en BARNES, Javier; GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás; ORTEGA CARBALLO, Carlos; y RODRÍGUEZ PUÑAL, Elicia (coords.): *Entre tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano*, Marcial Pons, Madrid, págs. 97 a 123.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2021): *Sistema de fuentes del Derecho administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- RUIZ BENEDICTO, Ainhoa (2019): *Custodiar la fortaleza. El papel de FRONTEX en la militarización y securitización de los flujos migratorios en la Unión Europea*, Centro Delàs de Estudios por la Paz.
- SACRISTÁN, Manuel (1983): «La tarea de Engels en el “Anti-Düring», en SACRISTÁN, Manuel: *Sobre Marx y marxismo. Panfletos y materiales I*, Icaria, Barcelona, págs. 24 a 51.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo (2020): «El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 2, págs. 161 a 205.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2019) «Externalización de controles migratorios *versus* derechos humanos», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 37, págs. 1 a 24.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: Luis Ignacio (1989): «El Convenio sobre Cooperación para la Defensa entre España y EE.UU.», en CAJAL, Máximo y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio: *El Convenio sobre Cooperación para la Defensa entre España y EE.UU.*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 21 a 64.
- SARMIENTO, Daniel y CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier (2021): «Capítulo 10. La europeización del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Jose María, DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel y ARROYO JIMÉNEZ, Luis (coords.): *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 743 a 776.
- SARMIENTO, Daniel: (2022): *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, cuarta edición.
- SASSEN, Saskia (2007): *Una sociología de la globalización*, Katz Editores, Buenos Aires.
- SASSEN, Saskia (2013): *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, Madrid.

Bibliografía citada

- SCHMIDT-ASSMANN: Eberhard (2003): *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, INAP – Marcial Pons, Madrid.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2006): «La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 171, págs. 7 a 34.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard (2012): «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en BARNES, Javier (Editor): *Innovación y reforma en el Derecho administrativo 2.0*, INAP - Global Law Press, Sevilla, págs. 21 a 140.
- SECRETARÍA DEL ACUERDO DE WASSENAAR (2023): «Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies», en OMC: *International export regulations and controls. Navigating the global framework beyond WTO rules*, Ginebra, págs. 122 a 129.
- SIEGEL: Thorsten (2016): *Europeización del Derecho Público. Marco de condiciones y puntos de interacción entre el Derecho europeo y el Derecho (administrativo) nacional*, Marcial Pons, Madrid.
- SLOBODIAN, Quinn (2021): *Globalistas. El fin de los imperios y el nacimiento del neoliberalismo*, Capitán Swing, Madrid.
- SLOBODIAN, Quinn: (2023): *El capitalismo de la fragmentación. El radicalismo de mercado y el sueño de un mundo sin democracia*, Paidós, Barcelona.
- SOLANES, Ángeles (2010): «Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, págs. 77 a 102.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de (2003): *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de (2005): «Los procesos de globalización», en SOUSA SANTOS, Boaventura de: *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005, págs. 235 a 310.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de: (2009): *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid.
- STEGER, Manfred B. y ROY, Ravi K. (2015): *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid.
- STEGER, Manfred B. (2023): *Globalization. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford.
- STEWART, Richard (2016): «Los mecanismos de ejecución y cumplimiento de la regulación transnacional en un mundo globalizado», en KINGSBURY,

Bibliografía citada

- Benedict y STEWART, Richard B.: *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla, págs. 651 a 685.
- STREECK, Wolfgang (2016): *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, Katz, Móstoles.
- TARRÉS VIVES, Marc (2003): *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TARRÉS VIVES, Marc: (2015): «El papel de la normalización internacional en el contexto de la seguridad y el comercio de productos», en DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè, ESTEVE PARDO, José y SPIECKER, Indra (eds.): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, págs. 137 a 153.
- TEUBNER, Gunther (2000): «Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno», en BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther: *La fuerza del derecho*, Siglo del Hombre, Santafé de Bogotá, págs. 81 a 152.
- URUEÑA, René (2014): «Indicadores, derecho internacional y el surgimiento de nuevos espacios de participación política en gobernanza global», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 25, julio-diciembre de 2014, págs. 543 a 583.
- URREA CORRES, Mariola (2016): «Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad tras los atentados de París: la respuesta europea frente al terrorismo internacional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 57, enero-marzo 2016, págs. 13 a 34.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2022): «El Ingreso Mínimo Vital desde la óptica del Derecho público: sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 5, 2022, págs. 115 a 141.
- VEITCH, Kenneth (2018): «Law, social policy, and the neoliberal state», en BRABAZON, Honor (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, Oxon, págs. 77 a 91.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2019): «Reformas en la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo», en ARROYO GIL, Antonio y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María: *Reformas necesarias. Un nuevo impulso a la modernización del Estado. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 23*, UAM – BOE, Madrid, 2019, págs. 107 a 143.
- VENCE, Xavier (2014): *Crisis y fracaso de la Unión Europea neoliberal. Una alternativa soberanista y democrática*, Eneida, Madrid.
- WACQUANT, Loïc: (2010): *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona.

Bibliografía citada

- WAHL, Rainer (2013): *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid.
- ZAMORA GARCÍA, Javier (2024): *Brillar para existir. Neoliberalismo y marca personal en la era de las redes sociales digitales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

GRACIAS POR CONFIAR EN NUESTRAS PUBLICACIONES

Al comprar este libro le damos la posibilidad de consultar gratuitamente la versión ebook.

Cómo acceder al ebook:

- ☞ **Entre en nuestra página web**, sección Acceso ebook
(www.dykinson.com/acceso_ebook)
- ☞ **Rellene el formulario** que encontrará insertando el código de acceso que le facilitamos a continuación así como los datos con los que quiere consultar el libro en el futuro (correo electrónico y contraseña de acceso).
- ☞ Si ya es **cliente registrado**, deberá introducir su **correo electrónico y contraseña habitual**.
- ☞ Una vez registrado, **acceda a la sección Mis e-books de su cuenta de cliente**, donde encontrará la versión electrónica de esta obra ya desbloqueada para su uso.
- ☞ Para consultar el libro en el futuro, ya sólo es necesario que se identifique en nuestra web con su correo electrónico y su contraseña, y que se dirija a la sección Mis ebooks de su cuenta de cliente.



CÓDIGO DE ACCESO

Rasque para ver el código

Nota importante: Sólo está permitido el uso individual y privado de este código de acceso. Está prohibida la puesta a disposición de esta obra a una comunidad de usuarios.



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales

La globalización neoliberal ha tenido una gran influencia en el ámbito jurídico. En este libro se analizan las transformaciones más relevantes que ha provocado en el derecho administrativo. Estos cambios se han producido tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ámbito supranacional; este último está formado por el derecho de la Unión Europea y por el espacio jurídico global.

En cuanto a los sectores de actividad afectados, la influencia de la globalización neoliberal en el derecho administrativo no se limita a la regulación de la economía (privatizaciones de empresas públicas y de servicios públicos, establecimiento de Administraciones independientes, sustitución de la autorización administrativa por la declaración responsable o la comunicación previa). Incluye también la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria. Otros ámbitos que se han visto afectados son la prestación por desempleo y las rentas mínimas de inserción, el derecho del medio ambiente, la regulación de los derechos de las personas extranjeras y la defensa y la seguridad.

El espacio jurídico global se regula, entre otros instrumentos, por el denominado derecho administrativo global. Este derecho es una mezcla heterogénea de elementos jurídicos y de normas sociales que carecen, en principio, de carácter jurídico, como es el caso de los estándares internacionales. Uno de los ámbitos más importantes en los que se desarrolla el derecho administrativo global son los acuerdos de protección de las inversiones extranjeras y el arbitraje internacional de inversiones que se establece en dichos acuerdos.

