

Journal of
Human Security
and Global Law

THE
H
S

2

Seguridad humana y derecho de la competencia: fundamentos geoeconómicos de la Unión Europea*

Human security and antitrust: Geo-economic foundations of the European Union

Alejandro Rubio González
Doctor en Derecho. Abogado del Estado
Director de Asesoría Jurídica de Navantia, SA, SME



© del autor

Recepción: 5/9/2023
Aceptación: 1/10/2023

Resumen

El objeto de este artículo es poner de manifiesto el alcance geoeconómico del derecho de la competencia como instrumento para garantizar la paz social y, en definitiva, la seguridad humana. Los fundamentos geoeconómicos de la Unión Europea son una prueba de la relación entre los dos aspectos. En el presente artículo se analiza el alcance político del derecho de la competencia en los Estados Unidos, así como el redescubrimiento de Louis Brandeis y la crítica actual al paradigma del bienestar del consumidor por parte del movimiento neobrandeisiano. Se estudia de qué modo el enfoque brandeisiano incidió en la posición de los Estados Unidos en relación con los cárteles alemanes durante la Segunda Guerra Mundial y la postguerra. En particular, se explica cómo fue implantado en Europa tras la Segunda Guerra Mundial en el marco de la reconstrucción del continente y cómo ello ha garantizado el período de paz y prosperidad más dilatado de la historia de Europa.

Palabras clave: Unión Europea; derecho de la competencia; mercado interior; cárteles; nazismo; Segunda Guerra Mundial; bienestar del consumidor

Abstract

The purpose of this article is to highlight the geo-economic scope of antitrust as a tool for ensuring social peace and, ultimately, human security. The geo-economic foundations of the European Union are a proof of the relationship between antitrust and human

* Las opiniones aquí expresadas son estrictamente personales y solo comprometen al autor.

security. The political scope of antitrust in the United States is analysed, as well as the rediscovery of Louis Brandeis and the current critique of the consumer welfare paradigm by the Neo-Brandeisian movement. It studies how the Brandeisian approach impacted on the position of the United States in relation to German cartels during World War II and the postwar period. In particular, it explains how antitrust was implemented in Europe after World War II as part of the reconstruction of the continent, and how it has ensured the longest period of peace and prosperity in the history of Europe.

Keywords: European Union; Competition Law; Internal Market; Cartels; Nazism; II World War; Consumer Welfare

1. Introducción

El objeto de este artículo es poner de manifiesto el alcance geoeconómico del derecho de la competencia como instrumento para garantizar la paz social y, en definitiva, la seguridad humana. De esta manera desarrollaremos dos de los enfoques más originales del pensamiento del profesor Manuel Ballbé. Por un lado, el valor político y cívico del principio de la competencia más allá de los postulados dominantes propios de la Escuela de Chicago. Esta aproximación original en la doctrina española e inspirada en la Escuela de Harvard anticipó en más de dos décadas el movimiento neobrandeisiano. Por otro lado, el concepto de seguridad humana tal y como ha sido elaborado en el marco de las Naciones Unidas, es decir, una noción integral de seguridad vinculado al desarrollo de las personas y a la garantía del desarrollo de las capacidades y de las libertades del ser humano.

Los cambios acaecidos en la situación política y económica del mundo en los últimos setenta años han afectado a la concepción que tenemos del Estado y a las funciones que se le deben atribuir en la ordenación de la convivencia. En cierta medida, la globalización económica ha supuesto revisar los conceptos tradicionales de poder y de derecho, así como las relaciones entre el poder público y el poder privado. Este fenómeno demuestra que las relaciones entre la economía y el derecho, como técnica de control del poder, son bidireccionales.

De esta manera, una de las premisas básicas de las investigaciones del doctor Ballbé era la importancia de la economía para explicar las decisiones políticas y jurídicas. En definitiva, la incidencia del aspecto económico en la soberanía del Estado y la seguridad humana. Este aspecto es una de las claves, poco exploradas en la bibliografía española, que explican el proceso de integración europea y la lógica que ha permitido que, desde su inicio, hayan desaparecido los conflictos armados en el

ámbito continental. Como señala Barnard, «la fuerza impulsora detrás de la Unión Europea es, y siempre ha sido, la consolidación de un sistema de postguerra de cooperación e integración entre los Estados que hiciese el conflicto armado paneuropeo inconcebible» (Barnard, 2010: 29).

Ya el filósofo Bertrand Russell manifestó, en su conocido ensayo *El poder: Un nuevo análisis social*, que el poder económico no es más que una derivación del poder político y militar (Russell, 2010: 112 y s.). De esta manera, los cambios a los que hemos aludido han alterado el equilibrio geopolítico tal y como se venía entendiendo tradicionalmente. Como advirtió la economista Susan Strange en uno de sus trabajos más conocidos, «las fronteras territoriales de los estados ya no coinciden con la extensión ni con los límites de la autoridad política sobre la economía y la sociedad» (Strange, 1996: IX).

Fabio Bassan, en su monografía sobre el derecho de los fondos soberanos, apunta que «no existen campos de juego políticos y económicos separados donde los estados y las compañías operan respectivamente. De manera creciente, las corporaciones transnacionales regulan los mercados en los que participan, y los estados participan en los mercados económicos (tanto nacionales como internacionales) como operadores. Ambos hacen un uso político de su poder financiero tratando de influir en el mercado en el que operan» (Bassan, 2011: 3). En suma, un análisis económico basado en un mero enfoque cuantitativo no permite aprehender en su conjunto la realidad subyacente a los procesos económicos. Citando de nuevo a Bertrand Russell, «la economía, como ciencia separada, es irreal y engañosa si se la toma como una guía práctica. Es un elemento —un elemento muy importante, es verdad— en un estudio más amplio: la ciencia del poder» (Russell, 2010: 126).

En este contexto, los Estados ya no se limitan a ejercer las formas tradicionales de poder público, sino que han pasado a participar en los mercados en pugna por el poder económico. Eduardo Olier, en su manual sobre geoeconomía, advierte que «una de las principales “armas” comerciales de los Estados son las empresas. Y, muy fundamentalmente, las empresas globales. Es aquí donde nacen las reclamaciones en las que, detrás de los conflictos empresariales, aparece la fuerza de los Estados» (Olier, 2011: 165). Se ha superado la tradicional distinción entre empresas públicas y empresas privadas, ya que no se limitan al ámbito interno, sino que se trata de actuar más allá de las fronteras nacionales. Como señalan Padrós y Cocciolo:

[...] los Estados, participando o interviniendo en una empresa, pueden extender su capacidad de regulación más allá de las fronteras nacionales. Así que la corporate regulation se transforma en un instrumento indirecto de market regulation. Entonces, separar de forma tan simple lo público de lo privado [...]

tiene muchos límites. La intervención pública económica y la participación pública en las empresas plantean numerosos y complejos desafíos. (Padrós y Cociolo, 2010: 155)

Por un lado, han aparecido grandes acumulaciones de riqueza en poder de ciertos Estados que se han movilizadado en el mercado en forma privada, bien a través de fondos soberanos de inversión, bien a través de empresas de titularidad estatal. Por otro lado, especialmente en el ámbito de las tecnologías vinculadas a la red, han aparecido importantes conglomerados empresariales que, aun cuando sean de capital privado, tienen una intensa relación política con sus Estados de origen (Mazzucato, 2013). Por ello, se ha hablado de la aparición de un nuevo capitalismo de Estado vinculado a estos fenómenos.

Aun así, los problemas que se plantean en la actualidad tienen mucho en común con el problema político que generaban las grandes acumulaciones de riqueza privada a principios del siglo XX. Esa concentración de poder económico privado motivó el surgimiento en los Estados Unidos del derecho de la competencia tal y como lo concebimos en los albores del siglo pasado. Como advirtió reiteradamente el profesor Ballbé, es imprescindible conocer el derecho norteamericano para entender el fenómeno de la globalización, pero sin caer en el error de reducir la americanización al enfoque neoliberal. Una de sus aportaciones más atinadas a la doctrina española fue reivindicar la tradición progresista americana y recorrer la evolución intelectual que se inauguró con la campaña New Freedom de Wilson, continuó con el New Deal de Roosevelt y culmina con un Estado administrativo y regulador (Ballbé, 2007).

La tradición progresista norteamericana y su concepción del derecho de la competencia informó de manera decisiva la creación de las Comunidades Europeas en la postguerra. En efecto, como recordaba el profesor Ballbé, el Estado administrativo y regulador norteamericano fue el modelo en que se basó la creación de la Unión Europea, tanto en el plano institucional como en el regulatorio. El ejemplo más ilustrativo era, a su juicio, el derecho antitrust norteamericano, que no es propiamente un derecho mercantil, sino un derecho administrativo de la competencia. Y concluía que ello bebe de la tradición política y jurídica del federalismo económico y en el principio de que no hay democracia política sin democracia económica. En efecto, el principio de fragmentación y equilibrio del poder económico propio del antitrust americano es, a su modo de ver,

[...] la plasmación del principio constitucional federal de *checks and balances* en el ámbito de la economía. La americanización del derecho de la competencia se evidenció en Europa puesto que, con la derrota del nazismo, como señaló Garrigues, «los soldados americanos llevaban en sus mochilas la Sherman Act

de 1890», porque siempre entendieron que el nazismo y la concentración del poder político no eran más que el resultado de una previa concentración de poder económico a través de los cárteles alemanes. (Ballbé, 2007: 217-218)

En definitiva, los fundamentos geoeconómicos de la Unión Europea son una prueba de la relación entre el derecho de la competencia y la seguridad humana. Para acometer el análisis, este trabajo se va a estructurar en tres partes. Para empezar, partiremos del alcance político del derecho de la competencia en los Estados Unidos y su valor constitucional. A continuación, veremos cómo incidió este enfoque en la Segunda Guerra Mundial y la posición de los Estados Unidos en relación con los cárteles alemanes. Finalmente, explicaremos cómo fue implantado en Europa tras la Segunda Guerra Mundial en el marco de la reconstrucción del continente y los albores de la Guerra Fría y cómo ello ha garantizado el período de paz y prosperidad más dilatado de la historia de Europa.

2. El valor político del derecho de la competencia

Una de las aportaciones más originales del doctor Ballbé a la doctrina española fue la de subrayar que el principio de competencia, aunque quizá haya sido analizado de una manera más exhaustiva por la economía, es ante todo un principio cívico y político. Así, afirmaba:

Aunque es palmario que en la actualidad estamos totalmente dominados por el concepto económico de la competencia, se trata de recuperar también el valor político-jurídico que fue la antesala de ese concepto económico. En palabras de propio Stigler, premio Nobel de Economía: «aunque no hay duda de que la competencia, y de forma más general la rivalidad, tiene una historia enormemente más larga en la literatura política que en la económica, sin embargo, ha sido objeto de un análisis teórico y empírico más extenso en la economía. (Ballbé, 1998: 107)

Es un error identificarlo con las corrientes neoliberales y asociarlo indefectiblemente a la privatización. De esta manera, el doctor Ballbé advertía:

[...] la lucha antimonopolios no es una lucha neoliberal, sino social. La principal finalidad del derecho de la competencia no es la eficiencia de las empresas, sino la protección de los ciudadanos. Como ha señalado Garrigues, «la legislación antimonopolio refleja una lucha paradójica contra la libertad, en favor de la libertad». (Ballbé, 1998: 115).

Por ello, afirmaba lo siguiente:

[...] la explicación de por qué la competencia ha sido uno de los principios más denostados y poco comprendidos de la Europa Occidental se halla en la visión limitada que se ha dado a la competencia como concepto puramente económico. Precisamente, el valor de la competencia, hoy tan en boga en la economía, proviene de un ámbito que sobrepasa a esta disciplina y que tiene su fundamento en la historia de la lucha por la democracia pluralista y el Estado de Derecho constitucional. (Ballbé, 1998: 107)

En efecto, la monopolización por los economistas del principio de competencia ha llevado a que se perciba como una manifestación de los principios neoliberales y privatizadores, lo que no se relaciona con los orígenes históricos y filosófico-políticos de este principio. Sin embargo, el paradigma dominante en el derecho de la competencia descansa en los postulados de la Escuela de Chicago, cuyo representante más autorizado es Robert Bork, quien plasmó sus pensamientos en su obra *The antitrust paradox* y se ha ido convirtiendo en la corriente dominante desde finales de la década de 1970.

A juicio de Bork (1993), el principal objetivo del derecho de la competencia debe ser promover el «bienestar del consumidor», y la principal forma de lograr ese objetivo era promover la «eficiencia empresarial». Robert Bork construye sus razonamientos a favor de un cambio en el derecho de la competencia sobre cuatro premisas. En primer lugar, sostiene que el único objetivo del derecho de la competencia debe ser promover el «bienestar del consumidor». En segundo término, el único medio claro para lograr este fin de bienestar del consumidor es promover la eficiencia. A continuación, sostiene que el derecho de la competencia es de naturaleza totalmente técnica. Finalmente, afirma que la única manera de entender cómo hacer cumplir la ley «con rigor lógico» es aumentar en gran medida el papel de la economía —y del economista— en la aplicación de la ley (Lynn, 2017: 7).

Los postulados de Bork fueron ya contestados desde el primer momento por autores como Robert Pitofsky (Pitofsky, 1979) y Louis B. Schwartz (Schwartz, 1979). Pitofsky no dudaba en señalar:

[...] es mala historia, mala política y mala ley excluir ciertos valores políticos en la interpretación del derecho de la competencia. Por «valores políticos» entiendo, en primer lugar, el temor a que una concentración excesiva de poder económico genere presiones políticas antidemocráticas y, en segundo lugar, el deseo de mejorar la libertad individual y empresarial reduciendo el margen dentro del cual la discrecionalidad privada de unos pocos en la esfera económica controle el bienestar de todos. Una tercera y principal preocupación política

es que si se permite que el sector de libre mercado de la economía se desarrolle bajo normas de competencia ciegas a todo lo que no sean preocupaciones económicas, el resultado probable será una economía tan dominada por unos pocos gigantes corporativos, que será imposible que el Estado no desempeñe un papel más intrusivo en los asuntos económicos. (Pitofsky, 1979: 1051)

Aun reconociendo que la aplicación de valores políticos no podía ser ilimitada, concluía afirmando:

[...] la tendencia a utilizar un enfoque exclusivamente económico en el análisis antimonopolio excluye importantes consideraciones políticas que en el pasado han sido consideradas relevantes por el Congreso y los tribunales. Consideraciones tales como el temor a que una excesiva concentración de poder económico fomente presiones políticas antidemocráticas, el deseo de reducir el margen de discrecionalidad privada de unos pocos para aumentar la libertad individual, y el temor a que sea necesaria una mayor intrusión gubernamental si la economía está dominada por unos pocos, pueden y deben incorporarse de forma factible a la ecuación antimonopolio. Aunque las preocupaciones económicas seguirían siendo primordiales, ignorar estos factores no económicos sería ignorar las bases de la legislación antimonopolio y el consenso político por el que se ha apoyado la defensa de la competencia (Pitofsky, 1979: 1075).

Como indicábamos más arriba, el paradigma dominante en la actualidad no se compadece con un análisis histórico basado en la gestación filosófica y política del principio de competencia. A juicio de Ballbé:

[...] el principio de la competencia se ha ido gestando históricamente como un principio político, constitucional y jurídico, antes que económico. Su implantación en la economía ha sido el resultado de una previa lucha contra el monopolio en otros ámbitos no económicos del sistema social. Se trata, por tanto, de analizar la génesis tanto de la cultura de monopolio como de su antitética, la cultura en favor de la competencia. Veremos, pues, que la génesis en la lucha contra el monopolio tiene su embrión en la lucha contra el monopolio religioso, posteriormente contra el monopolio político (el absolutismo y el centralismo) y finalmente contra el monopolio económico. (Ballbé, 1998: 107)

El principio de competencia ha sido una pieza esencial de la consolidación del sistema democrático moderno basado en el pluralismo. De esta manera, Ballbé subrayaba:

[...] aunque el término monopolio se asocia ahora automáticamente a la economía, históricamente la lucha contra el monopolio ha tenido un componente político y cultural. El germen del sistema democrático reside en la lucha contra

la concentración del poder. Es desde esta perspectiva histórica como se puede comprobar que la lucha por la democracia comienza por la lucha contra el monopolio en cualquiera de sus vertientes, aunque en ocasiones sólo se ha puesto énfasis en el monopolio político concretado en el Estado absolutista y la concentración de todos los poderes y funciones —ejecutivo, legislativo y judicial— en el monarca. (Ballbé, 1998: 111)

En definitiva, el principio de competencia se construye desde el liberalismo político, sobre la base de que la correlación entre la concentración del poder político, del religioso y del económico y la necesidad de controlarlos, como se plasma ya en las *Cartas de Catón*, de Gordon y Trenchard (Ballbé, 1998: 113). Así, el principio de competencia se gesta en Inglaterra con el movimiento de los *levellers* durante el período de la Revolución inglesa y la Guerra de los Tres Reinos, que se desencadenaron durante el reinado de Carlos I. Quizá el pensador más representativo de esta corriente sea James Harrington. En palabras de Ballbé:

[...] lo que se manifiesta diáfananamente en Harrington —que va a tener una influencia eminente en la Revolución americana— es la correlación que existe entre poder económico y régimen autoritario, es decir, concentración del poder político. Para Harrington, las formas de gobierno dependen de la distribución de la propiedad: «si un hombre es propietario único de un territorio, o sobrepasa al pueblo, por ejemplo, en tres cuartas partes, su régimen es la monarquía absoluta. Si unos pocos o una nobleza con el clero son los dueños de la tierra, o sobrepasan al pueblo en igual proporción, surge el equilibrio gótico y el régimen es la monarquía mixta —como la de España—. Y si todo el pueblo es dueño de la tierra, o la tiene tan dividida entre los ciudadanos que ningún hombre o ningún grupo de hombres, dentro del círculo de los pocos, deshacen tal equilibrio, entonces el régimen sin intervención de fuerza es una república o comunidad. (Ballbé, 1998: 112)

Es decir, el concepto de competencia no surge sobre la base de razonamientos de eficiencia económica, sino que este principio se alumbró sobre los valores y los razonamientos políticos y jurídicos. Se trata de los mismos valores y argumentos que dan forma al pensamiento democrático moderno. Es más, como justifica Ballbé, un pensador jurídico clave en este período como es Sir Edward Coke no dudó en justificar la prohibición de los monopolios en los derechos y las libertades garantizados constitucionalmente por la Carta Magna, el Common Law (Ballbé, 1998: 114).

Este análisis histórico-filosófico queda corroborado si atendemos a la historia legislativa de los Estados Unidos. Como afirma Manuel Ballbé, la lucha contra la concentración del poder económico, y por tanto del

establecimiento de una competencia empresarial, ha sido uno de los puntos más relevantes de la historia social y popular de la sociedad americana. Este principio, insiste Ballbé, sigue manteniendo relevancia constitucional, aunque no se incluyó en la Constitución federal, porque, al igual que los derechos fundamentales, estaba reconocido en las constituciones estatales como atribución propia de los Estados (Ballbé, 1998: 116-117).

No se puede negar la utilidad de los postulados de Bork para la modernización del derecho de la competencia, dotarlo de seguridad jurídica y eliminar ciertas incoherencias y contradicciones en su aplicación (Crane, 2014). Ahora bien, en la actualidad el fenómeno de los gigantes tecnológicos ha obligado a someterlo a revisión. Esta revisión ha venido en denominarse *movimiento neobrandeisiano*, en la medida en que remonta sus raíces intelectuales en el pensamiento de Louis D. Brandeis, un abogado de Boston que prestó sus servicios como juez del Tribunal Supremo de 1916 a 1939¹. Sus representantes más conocidos son Tim Wu, profesor de la Universidad de Columbia, y Lina Khan, profesora de la misma Universidad y en la actualidad presidenta de la Comisión Federal de Comercio.

Como decíamos, el resurgimiento de las concepciones políticas del derecho de la competencia asociadas a Louis Brandeis tiene como detonante el fenómeno de los gigantes tecnológicos. Así, en un trabajo referido a Amazon, Lina Khan razona que, en el caso de las plataformas tecnológicas, un enfoque basado en el bienestar del consumidor a través del nivel de precios es insuficiente:

Mi argumento es que, para calibrar la competencia real en el mercado del siglo XXI —especialmente en el caso de las plataformas en línea—, es necesario analizar la estructura y la dinámica subyacentes de los mercados. En lugar de vincular la competencia a un conjunto limitado de resultados, este enfoque examinaría el propio proceso competitivo. La idea que anima este marco es que el poder de una empresa y la naturaleza potencialmente anticompetitiva de ese poder no pueden entenderse plenamente sin tener en cuenta la estructura de una empresa y el papel estructural que desempeña en los mercados. La aplicación de esta idea implica, por ejemplo, evaluar si la estructura de una empresa crea ciertos conflictos de intereses anticompetitivos; si puede aprovechar las ventajas del mercado entre distintas líneas de negocio; y si la estructura del mercado incentiva y permite conductas depredadoras. (Khan, 2017: 717)

1. Un resumen ejecutivo de los postulados sobre los que descansa esta escuela puede verse en Khan (2018: 131-132).

Por ello aboga por no considerar de manera incondicionada un resultado concreto y por analizar la estructura y el proceso del mercado:

En la práctica, la adopción de este enfoque implicaría la evaluación de una serie de factores que dan una idea de la neutralidad del proceso competitivo y la apertura del mercado. Entre estos factores figuran: (1) las barreras de entrada, (2) los conflictos de intereses, (3) la aparición de guardianes o cuellos de botella, (4) el uso y control de los datos, y (5) la dinámica del poder de negociación. Un enfoque que tomara en serio estos factores implicaría una evaluación de cómo está estructurado un mercado y si una sola empresa ha adquirido suficiente poder para distorsionar los resultados de la competencia: ¿En qué sectores opera una empresa y cómo interactúan estos sectores? ¿La estructura del mercado crea o refleja dependencias? ¿Ha surgido un operador dominante que actúe como guardián y corra el riesgo de distorsionar la competencia? (Khan, 2017: 717)

Tim Wu califica la situación de una nueva «edad dorada» similar a la que se vivió a principios del siglo xx. Por eso no duda en titular su ensayo como la maldición de la grandeza evocando una de las obras de referencia de Louis Brandeis. Como recuerda Wu, Brandeis era un abogado de los negocios que no resultaba ajeno al papel que desempeñan las empresas en la sociedad. Todo lo contrario, elogiaba a las empresas que crecían y construían riqueza para sus socios, sus clientes y la comunidad. Era el modelo que había vivido durante su infancia en Louisville y que representaba su padre, y consideraba que era el ideal de una economía en democracia. Sin embargo, en su cruzada contra Morgan y el ferrocarril de New Haven, desarrolló una profunda desconfianza contra la nueva clase de monopolio corporativo que se estaba implantando en los Estados Unidos. Detrás de sus discursos y las grandes promesas, las investigaciones de Brandeis sugerían que New Haven estaba construyendo su monopolio mintiendo a los inversores, sobornando a los políticos y pagando a periodistas y académicos (Wu, 2018: 36).

Brandeis tenía un alto concepto ético de la democracia y la economía, que no podían limitarse a maximizar la riqueza y elegir a los gobernantes. El «ideal» de la democracia, debería ser «el desarrollo del individuo para su propio bien y el bien común». En palabras de Tim Wu:

[...] este punto de vista tenía importantes implicaciones sobre cómo debían ser la nación y sus leyes. Una nación digna era aquella que servía de caldero para el carácter y el autodesarrollo, aquella que «nos obliga a esforzarnos por el desarrollo del individuo». Y lo que es más importante, Brandeis no creía que ese crecimiento personal fuera algo que ocurriera sin más: Creía que requería las condiciones adecuadas. Como él decía: «El “derecho a la vida” garantizado

por nuestra Constitución» debe entenderse como «el derecho a vivir, y no meramente a existir». Para vivir, los hombres deben tener la oportunidad de desarrollar sus facultades; y deben vivir en condiciones en las que sus facultades puedan desarrollarse de forma natural y saludable. (Wu, 2018: 38-39)

Una de las notas características del pensamiento de Brandeis era que la libertad industrial, junto con la libertad política y religiosa, eran consustanciales a la democracia efectiva. Por ello, Wu puntualiza:

Lo que Brandeis observó es algo que a menudo ignoramos. Nos gusta hablar de libertades en abstracto, pero para la mayoría de la gente, el sentido de la autonomía está más influido por las fuerzas privadas y la estructura económica que por el gobierno. Para muchos, si no para la mayoría, las condiciones de trabajo determinan gran parte de la vida: cuestiones tan básicas como la duración de la jornada laboral, la amenaza de despido, el acoso o los malos tratos de un jefe y, en algunos empleos, cuestiones tan fundamentales como la seguridad personal o el acceso a un cuarto de baño. Más allá del trabajo, nuestra vida cotidiana está profundamente condicionada por cuestiones económicas como el alquiler, el acceso al transporte o a los comestibles y el seguro médico, incluso más que cualquier libertad abstracta. Por eso Brandeis veía la libertad real como la libertad frente a la coacción pública y privada.

Brandeis consideraba que una economía dominada por las grandes empresas tendía a una cierta inhumanidad. Temía que trabajar en una gran empresa pudiera despojar al pueblo estadounidense de su carácter: «Mucho más grave que incluso la supresión de la competencia es la supresión de la libertad industrial, de hecho, de la condición humana misma». Llegó a detestar la creciente cultura estadounidense del exceso de trabajo, ya fuera autoinfligido, como en el caso del abogado privado, o más amenazador, en la creciente clase de grandes empresas que hacían trabajar a sus empleados más allá de los límites de la resistencia humana. Como escribió una vez sobre las condiciones opresivas y las largas jornadas de trabajo en las nuevas empresas industriales, amenazaban con crear «una vida tan inhumana que haría infinitamente preferible nuestra antigua esclavitud negra». (Wu, 2018: 40-41)

Ello implica que, como hemos advertido más arriba, el derecho de la competencia haya que concebirlo con relevancia constitucional. Es decir, el derecho de la competencia forma parte del sistema de pesos y contrapesos, en este caso para controlar las acumulaciones de poder privado que pueden comprometer el equilibrio del sistema democrático. Las normas del derecho de la competencia sirven como un instrumento de control del poder privado, de impedir el crecimiento de corporaciones monopolísticas que pudieran comprometer el poder de control del gobierno legítimamente elegido (Wu, 2018: 54).

En definitiva, Wu retoma el enfoque de Brandeis en un ejercicio para captar la dinámica del proceso competitivo y retorna a la regla original de la *rule of reason*, para así armonizar la estructura económica con el sistema democrático. Los textos constitucionales suelen limitarse a contemplar el control del poder público. Ahora bien, ello no debe obviar dos factores. Por un lado, la posibilidad de que un poder privado concentrado pudiera llegar a rivalizar con el público, esto es, de empresarios con más influencia que los funcionarios del Gobierno. Por otro lado, que una criatura artificial creada por la ley, la corporación, pudiera tener una protección política superior a la de los seres humanos reales. Por eso la lucha por la democracia, ahora al igual que en la era progresista, debe centrarse en el poder privado, tanto en su influencia sobre el Gobierno como en su unión con él. Al proporcionar controles sobre el monopolio y limitar la concentración privada de poder económico, el derecho de la competencia puede mantener y apoyar una estructura económica diferente de la existente. Puede dar a los humanos una oportunidad de luchar contra las corporaciones y liberar el proceso político del gobierno invisible de estas (Wu, 2018: 138).

Es más, centrándonos en el objeto de nuestro estudio, este enfoque permite explicar el énfasis de la política de los Estados Unidos de imponer el principio de competencia en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. Como advirtió Ballbé, el establecimiento de una unión y un derecho europeo más activo en el establecimiento de normas antimonopolio y que favorezcan la competencia, es uno de los pilares del desarrollo de una Europa unida y a la vez plural (Ballbé, 1998: 120). Este extremo no puede explicarse si se sigue el paradigma de que el fin del derecho de la competencia es el bienestar del consumidor. Así, al criticar a Bork, Schwartz no solo analiza los precedentes legislativos, sino que, como queremos hacer con este trabajo, pone especial énfasis en la imposición de la normativa de defensa de la competencia por parte de los Estados Unidos a Alemania y Japón tras la Segunda Guerra Mundial. De este modo, señala que la motivación de la política de descarteización era política: crear centros de poder alternativos que no pudieran ser fácilmente agrupados y controlados por regímenes autoritarios (Schwartz, 1979).

En la misma línea, Tim Wu recuerda la relación entre el ascenso de Hitler al poder y los conglomerados industriales alemanes en industrias claves. Menciona expresamente la empresa de armamento Krupp, la de ferrocarriles e infraestructuras Siemens y, sobre todo, el cártel químico de I. G. Farben. Así mismo, señala que veinticuatro ejecutivos de Farben fueron juzgados por crímenes de guerra en Núremberg, por practicar la esclavitud humana en los territorios ocupados, entre otros delitos; además, I. G. Farben fue objeto de una escisión al estilo estadounidense

en nueve empresas, entre ellas tres grandes: Bayer, Hoechst y Base (Wu, 2018: 80).

3. Los cárteles alemanes y la Segunda Guerra Mundial

En la actualidad suele olvidarse que la puesta en marcha del proyecto europeo se enmarca en un contexto histórico y político muy determinado, de manera que está mediatizada por lo que se ha dado en denominar *la cuestión alemana*. La cuestión alemana pone de manifiesto las tensiones geopolíticas y económicas entre Alemania y Francia, así como la situación de Alemania al inicio de la Guerra Fría.

La inclusión de la defensa de la competencia como parte del proyecto europeo aparece desde el primer momento y tiene como antecedente la Declaración de Potsdam. Como consecuencia de la situación de Alemania bajo el régimen nazi, en la Conferencia de Potsdam, antes de cualquier otra solución, se convino que los objetivos de la ocupación de Alemania por los aliados eran su desmilitarización, desnazificación, democratización y descartelización. Con referencia a esta última, Giuliano Marengo ha concluido que

[...] la presión americana fue decisiva para el nacimiento del derecho moderno de la competencia en Europa (*moderno* se utiliza aquí en sentido amplio para describir un sistema en el que los cárteles están en principio prohibidos y la prohibición se toma en serio). Esta presión explica por sí sola la inserción de las reglas de competencia en el Tratado de París. También fue un factor en la adopción de la ley alemana de competencia. Y el precedente representado por el Tratado de París, junto con el natural afán alemán de que la disciplina que estaban a punto de imponerse a sí mismos se extendiera a todo el mercado común, explican las disposiciones sobre competencia del Tratado de Roma. (Marengo, 2002: 303)

El profesor Ballbé, al analizar el valor político del principio de competencia, subrayó la correlación entre el poder económico y los regímenes autoritarios, la concentración del poder político» (Ballbé, 1998: 112). En este sentido, Marengo advierte que «el Nacional Socialismo no solo era incompatible con la idea americana de democracia política, sino con las concepciones económicas americanas de libre comercio y competencia» (Marengo, 2002: 282). En particular, en relación con el régimen nazi, Ballbé puntualiza:

[...] tradicionalmente se ha podido comprobar cómo las dictaduras se han basado en una concentración del poder económico. Los cimientos de los regí-

menes autoritarios han sido siempre los monopolios, que traducían el mismo esquema de concentración del plano político al económico. El presidente de la autoridad de defensa de la competencia alemana (*Bundeskartellamt*) expresó de forma magistral el sustrato económico de la dictadura nazi: «En definitiva, se aposentó una concentración sin precedentes tanto en la industria como en el comercio, la empresa y la banca. Ya antes de 1933 apenas si había competencia en la mayoría de los mercados, porque la autonomía privada estaba ya completamente carcomida y vaciada. Así, también en la economía se presentaban fáciles las cosas a los nazis. El 15 de julio de 1933 éstos promulgan una ley de formación de cárteles obligatorios que sustancialmente venía a corresponder por completo a los deseos de la Asociación Nacional de la Industria Alemana. Queda suprimido el último resto de la competencia. La economía deja de estar al servicio de la satisfacción de las necesidades humanas y es utilizada para implantar un imperio en menosprecio del hombre y la libertad». (Ballbé, 1998: 119)

En el caso de los Estados Unidos, como consecuencia de las restricciones a la inversión extranjera existentes tras la Primera Guerra Mundial, la inversión se canalizó en ese país a través de cárteles internacionales a gran escala. Así sucedió especialmente en los sectores que se podrían considerar estratégicos, como el químico, el del acero, el del petróleo y el del gas, el de los equipos eléctricos y el de los instrumentos de precisión (Graham y Marchnick, 2006: 119). La Depresión provocó que se redujera mundialmente la demanda de productos industriales y desencadenó una sobrecapacidad productiva en todos los sectores. Para conservar su cuota de mercado, las empresas se vieron obligadas a adoptar una estrategia basada en la reducción de precios, lo que, en sectores con altos costes fijos, suponía que aquellos cayeran por debajo del coste medio.

Se trataba en definitiva de circunstancias propicias para la adopción de prácticas colusorias, coordinar la fijación de precios y supervisar las actividades de la competencia. Por ello, como destacan Graham y Marchnick, la inversión extranjera directa que de hecho se hizo en los Estados Unidos en la década de 1930 simplemente tenía por objeto la creación de puestos de observación para verificar el cumplimiento de los acuerdos (Graham y Marchnick, 2006: 15). La presencia de estos cárteles se reveló, según hemos anticipado, como un riesgo para la seguridad nacional. Así, la historiadora Mira Wilkins señala:

[...] durante la Guerra, los responsables políticos habían concluido que las empresas alemanas y el Estado alemán eran lo mismo. El Fiscal General Francis Biddle había advertido al Comité Kilgore en verano de 1944 que «cuando los nazis pierdan, estas firmas alemanas anunciarán sin duda que la guerra no fue su elección ya que son solo empresas comerciales». Había advertido que «una

paz con Alemania que deje esas compañías intactas asegurará otra guerra contra nosotros». Después de la Primera Guerra Mundial, los americanos habían buscado garantizar que ningún activo alemán se devolviera a su propietario original, una resolución que se desvaneció en los años 20. Inicialmente, los estrategas querían asegurarse que no se repitiera la reanudación de la presencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial. (Wilkins, 2004: 577)

En este contexto, la aplicación de las normas de defensa de la competencia se reveló como un instrumento decisivo para controlar la inversión de las empresas de los países del Eje en los Estados Unidos. De manera muy gráfica, el historiador Robert F. Maddox ha calificado la lucha contra los cárteles internacionales como la «Guerra dentro de la II Guerra Mundial» (Maddox, 2001). En esta lucha, como se desprende de la cita de Wilkins, los principales instrumentos fueron el Departamento de Justicia, en el que se constituyó la Sección de Guerra Económica, y la investigación que se instruyó por el Comité Kilgore en el Senado. Las investigaciones oficiales tras el estallido de la Segunda Guerra Mundial descubrieron

[...] diversas formas en las que los acuerdos de cárteles internacionales entre empresas estadounidenses y extranjeras trabajaban para socavar la preparación del esfuerzo bélico e implicaban espionaje industrial. Estos acuerdos, que reflejaban los objetivos de política exterior y militar de Alemania y Japón, suponían una amenaza para el éxito del esfuerzo bélico. Los investigadores expusieron cómo I. G. Farben funcionaba como un órgano del régimen nazi no solo para perjudicar a Estados Unidos y sus aliados, sino para ayudar en la planificación y ejecución de los esfuerzos de conquista nazis. Otras empresas alemanas, como Zeiss y Bosch, desempeñaron un papel similar en esta guerra económica. El gobierno japonés utilizó los grandes monopolios familiares, *zaibatsu*, para impulsar sus esfuerzos militares. Si las empresas estadounidenses trataban con empresas japonesas, en realidad estaban tratando con el gobierno japonés. Los acuerdos tipo cártel entre empresas japonesas y estadounidenses proporcionaron a Japón tecnología y procesos estratégicos para la producción de gasolina de aviación de 100 octanos antes de que esta información se pusiera a disposición de las empresas estadounidenses. Los japoneses también pudieron obtener información sobre los envíos de petróleo a Pearl Harbor. Las empresas estadounidenses incluso ofrecieron sugerencias sobre cómo eludir el embargo de la Administración Roosevelt. (Maddox, 2001: IX)

De esta manera, la aplicación sistemática de las normas antitrust se inició con anterioridad a la entrada de los Estados Unidos en la guerra. Así, en 1939 el Departamento de Justicia ejerció acciones contra Allied Chemical Dye y 41 empresas extranjeras por la realización de prácti-

cas anticompetitivas en la fijación del precio del nitrógeno. En los años siguientes, el número de casos en los que el Departamento de Justicia inició investigaciones y ejerció acciones creció exponencialmente.

El Departamento de Justicia, dirigido por el Fiscal General Francis Biddle², creó en 1942 la Sección Económica de la División Antitrust, que fue transferida a la División de Guerra el 28 de agosto de 1943 y adoptó el nombre de Sección de Guerra Económica. Sus funciones principales eran recopilar información industrial, preparar informes sobre organizaciones industriales enemigas o controladas por el enemigo y ayudar a que esta información estuviera disponible para su uso en los esfuerzos de guerra económica de los Aliados³. Entre los juristas que prestaron sus servicios en esa unidad podemos destacar a Thurman Arnold, que publicó dos obras de obligada referencia⁴. También debemos referirnos por su valoración crítica de la descartelización de Alemania a James S. Martin, que denunció que no se llevó a cabo totalmente por razones de conflictos de intereses que surgieron con ocasión del inicio de la Guerra Fría (Martin, 1950).

Por su parte, en el Congreso se efectuaron diversas investigaciones a fin de aclarar la incidencia de los cárteles en la seguridad nacional. A principios de 1941 el Comité Especial para la Investigación del Programa de Defensa Nacional, presidido por el entonces Senador Harry S. Truman, inició sus trabajos y puso de manifiesto que las potencias del Eje habían desviado, a través de prácticas restrictivas de la competencia, la producción de materias primas necesarias para el programa de defensa. Entre 1941 y 1942 se celebraron las sesiones relativas al control de patentes por los cárteles del Comité de Patentes, presidido por el senador Homer T. Bone (denominado por ello Comité Bone). A su vez, entre 1943 y 1945, en el seno del Subcomité sobre Movilización Técnica y Científica del Comité de Asuntos Militares, presidido por el senador Harley M. Kilgore (llamado Comité Kilgore), se celebraron las sesiones

2. Sobre su política respecto al régimen nazi y la competencia, pueden citarse sus discursos *War and Democracy*, pronunciado el 26 de mayo de 1942 en el Lasalle College; *Cartels: An approach to the problem*, pronunciado el 23 de febrero de 1944 en el Harvard Club de Nueva York, e *International Cartels*, pronunciado el 7 de abril de 1945 ante la Foreign Policy Association.

3. Entre los objetivos de la Sección de Guerra Económica estaban 1) descubrir y analizar importantes conexiones entre empresas europeas y el control de estas empresas por los alemanes; 2) analizar los medios por los cuales el control alemán podría ser eliminado; 3) examinar los problemas legales que podrían surgir debido al uso de conexiones entre empresas por el gobierno alemán como medio de espionaje y guerra económica; 4) analizar los acuerdos interempresariales entre empresas extranjeras y estadounidenses para determinar sus efectos sobre el comercio y el intercambio comercial en Estados Unidos, y 5) examinar el efecto de los acuerdos de cártel entre empresas extranjeras sobre el comercio y la estructura empresarial de América Latina y otros países.

4. Véanse Thurman W. ARNOLD (1940), *The Bottlenecks in Business*, Nueva York, Reynal & Hitchcock, y Thurman W. ARNOLD (1942), *Democracy and Free Enterprise*, Norman, University of Oklahoma Press. También es de sumo interés su biografía: Spencer WEBER WALLER (2005), *Thurman Arnold: A biography*, Nueva York, NYU Press.

relativas a las prácticas de los cárteles y seguridad nacional. En sus conclusiones el comité Kilgore señaló:

Casi inmediatamente, como consecuencia de esta sacrílega alianza entre Hitler y los cartelistas, los planes de Alemania para la guerra económica, dirigidos en última instancia a la dominación del mundo, se expandieron. El Gobierno alemán se convirtió en un socio silencioso en muchos acuerdos de cártel entre conglomerados alemanes, americanos, británicos, franceses y de otros países con los que la industria alemana había establecido relaciones de cártel. Bajo la cobertura de los acuerdos de cártel, Alemania penetró en la economía de otros países, incluidos los Estados Unidos. Usando a sus socios o filiales, los industriales alemanes construyeron una red que puso en peligro la producción de otros países, obtuvo divisas para Alemania, reunió inteligencia económica y difundió propaganda nazi⁵.

De esta manera, como concluye Maddox:

[...] la aparición de la cuestión de los cárteles internacionales durante la II Guerra Mundial puso de manifiesto que la cuestión antimonopolio, aunque estaba en un segundo plano en el frente interno, resurgiera como resultado de las actividades de la Sección de Guerra Económica del Departamento de Justicia y del Comité Kilgore. Esta exposición de las actividades de cárteles y monopolios ayudó a los que creían que los grandes intereses corporativos de Alemania y Japón utilizaban estos acuerdos para promover los intereses militares de Alemania y Japón. Por lo tanto, la cuestión pasó a formar parte del debate político de posguerra sobre los objetivos de descartelización y desconcentración que se incluyeron en las directivas de Ocupación relativas a Alemania y Japón. (Maddox, 2001: 219)

En este contexto se entiende que en la Conferencia de Potsdam se conviniera que entre los objetivos de la ocupación de Alemania por los Aliados estuviera su descartelización. Ahora bien, como advierte Marenco, aunque tenían poderes directos de intervención en Alemania, el objetivo de los americanos era más ambicioso: «a través del punto de apoyo de Alemania, al ser Alemania el país más industrializado del continente, toda Europa sería reconstruida siguiendo el modelo americano de capitalismo» (Marenco, 2002: 282). En este sentido, no puede dejarse de subrayar que nuestro propio país no permaneció ajeno a las exigencias

5. «Findings and recommendations», en *Cartels and National Security: Report from the Subcommittee on War Mobilization to the Committee on Military Affairs, United States Senate, Pursuant to S. Res. 107, a Resolution Authorizing a Study of the Possibilities of Better Mobilizing the National Resources of the United States*, United States, Congress, Senate, Committee on Military Affairs, U.S. Government Printing Office, 1944, 7.

norteamericanas de descartelizar la economía. Como certeramente apunta Padrós, se aprueba la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (Padrós, 2022: 53).

En el caso de Alemania, para empezar, el Alto Mando americano en la Alemania ocupada ordenó la descartelización de la industria alemana prohibiendo los cárteles y su desconcentración, ejecutando así una dispersión de la propiedad y del control de la misma. Las otras potencias ocupantes se asociaron a este programa a través del Acuerdo de Potsdam de 2 de agosto de 1945. Cada zona de ocupación tenía su propia normativa, pero la americana y la británica eran muy similares. Por su parte, aunque la legislación francesa contenía una mera declaración de ilegalidad de cualquier concentración excesiva de poder económico, se interpretó en la práctica como una prohibición general de los cárteles y las concentraciones. Tras la creación de la Bizona en enero de 1947, con efectos a 10 de noviembre de 1948, la Ley n.º 75, de reorganización de las industrias alemana del carbón y del acero, estableció la desconcentración y la descartelización de estas industrias. Tras la creación de la República Federal de Alemania el 23 de mayo de 1949, la Ley n.º 75, fue sustituida por la Ley n.º 27 de 16 de mayo de 1950 de la Alta Comisión Aliada. Aunque estas medidas encontraron resistencia en el mundo empresarial alemán, los altos funcionarios alemanes las acogieron influidos por el ordoliberalismo de la Escuela de Friburgo (Marengo, 2002: 283-284).

Pues bien, es en este contexto en el que se inicia el proceso de integración europeo, precisamente sobre la base de las dos industrias antes mencionadas mediante la constitución de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. Como recuerda Wu:

Fue durante el mismo periodo cuando la Comunidad Europea (predecesora de la Unión Europea) adoptó su propio sistema antimonopolio, o de competencia, siguiendo el modelo de la Ley Sherman estadounidense. Al igual que en Estados Unidos, también estaba respaldado no solo por la sensación de que la ley facilitaría el desarrollo económico, sino también por la creencia de que acabar con los monopolios y prohibir los cárteles era esencial para la gobernanza democrática, el florecimiento humano y la prevención de un retorno al despotismo de los años treinta y cuarenta. Las nuevas leyes europeas encontraron apoyo en un movimiento intelectual, los ordoliberales, originalmente una escuela alemana que se había enfrentado a la represión durante la era nazi por su creencia en las libertades económicas. Las creencias ordoliberales coincidían estrechamente con las de los neobrandesianos, comprometidos con el libre mercado dentro de un sólido marco social, político y moral. Al igual que Thurman Arnold, Estes Kefauver y otros estadounidenses, los ordoliberales creían que los verdaderos orígenes del totalitarismo nazi eran las concentraciones de

poder económico que comenzaron con Bismarck. En este sentido, el derecho europeo de la competencia estuvo ligado, desde el principio, al compromiso con la democracia y la libertad humana. (Wu, 2018: 82)

4. El derecho de la competencia como pilar del mercado interior

Con estos antecedentes se puede entender, como advierte Martin, que el objetivo económico de la política de competencia europea, esto es, una competencia sin distorsiones, no se estableció como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar el objetivo último de la integración política, no solo la integración económica (Martin, 2007: 5). A nuestro modo de ver, este aspecto es una de las claves, poco exploradas en nuestro país, que explica el proceso de integración europea y la lógica que ha permitido que, desde su inicio, hayan desaparecido los conflictos armados en el ámbito continental.

En efecto, el proceso de integración al que responde este ordenamiento se enmarca en unas circunstancias políticas y económicas determinadas, sin las cuales no es posible entender su contenido, su evolución ni su finalidad. Transcurridos más de setenta años desde la firma del Tratado de París, se tiende a olvidar que el proceso de construcción europea está informado por una estrategia muy precisa y de profundo calado político (Torres Espinosa, 2008: 730). A ello contribuye indudablemente la singular naturaleza del proceso, que, como ha destacado Baquero, conduce a que no pueda hablarse en sentido propio de un texto constitucional, sino de «momentos constitucionales», el primero de los cuales es, precisamente, la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero:

La constitución de la Comunidad Europea se ha ido formando y sigue formándose a través de sucesivos momentos constitucionales (según expresión de Bruce Ackerman) protagonizados esencialmente por los Estados. El primero fue la firma en París del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951). Los momentos sucesivos son bien conocidos. En un futuro cercano el proceso podría completarse con una constitución más perfecta y estable. Por el momento, la Comunidad sólo cuenta con un conjunto heterogéneo de materiales constitucionales. (Baquero, 2002: 79)

Por ello, como sugiere Torres Espinosa:

[...] no debemos dejar de subrayar la relación directa entre el plan que inspiró la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y la dirección

que el proceso de integración ha seguido desde entonces. Ello explica que el caso europeo sea la historia de una teoría que ha sido fiel y exitosamente llevada a la práctica. (Torres Espinosa, 2008: 715)

En este ejercicio resulta imprescindible remontarse a ese primer momento constitucional para poder apreciar la significación del proceso en su justa medida. No puede explicarse la lógica del sistema sin el contexto geopolítico ni geoeconómico en el que se inicia el proceso constitucional. Solo tras este análisis se puede apreciar en su conjunto la estrategia subyacente en el denominado Plan Schuman, articulada, por un lado, sobre la base de un marco institucional en que ha cristalizado la Unión Europea y, por otro, en el papel del «mercado interior», incluyendo de manera expresa la política de competencia como instrumento del proceso de integración.

Con referencia al contexto geopolítico y económico, resulta imprescindible no olvidar que el primer paso del proceso de construcción europea se produjo en un momento muy preciso: el final de la Segunda Guerra Mundial y el inicio de la Guerra Fría. Pese a ello, hoy tiende a olvidarse que la puesta en marcha del proyecto europeo está mediatizada por lo que se ha dado en denominar *cuestión alemana*, señaladamente las históricas tensiones geopolíticas y económicas entre Alemania y Francia y la situación de Alemania tras la guerra. Sin embargo, como puntualiza Torres Espinosa, la actual Unión Europea no podría entenderse sin la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, y para entender su creación es preciso tener en cuenta la rivalidad franco-alemana (Torres Espinosa, 2008: 740-741). No en vano, como recuerda la historiadora francesa Régine Perron, «la primera Comunidad europea vio la luz sobre la base de dos industrias fundamentales para toda economía, la del carbón y la siderurgia. En efecto, hemos olvidado prácticamente que el carbón era aún al final de la Segunda Guerra Mundial la primera fuente de energía mundial» (Perron, 1997: 53). De hecho, el control de la producción del carbón y del acero en la Cuenca del Ruhr era uno de los focos de tensión entre Alemania y Francia desde mediados del siglo XIX.

De la misma manera, Perron advierte además de las peculiaridades del mercado del carbón, al que no podría aplicarse el modelo de mercado perfecto, ya que intervienen numerosas distorsiones, tanto de orden económico como político (Perron, 1997: 53). Por ello, el problema no se circunscribía al mero control político de una región determinada, sino que también estaba sobre la mesa el control que los cárteles habían ejercido sobre estas materias primas. El historiador Mark Gilbert advierte que, antes de 1939, un cártel de productores alemanes había impedido a Francia la compra del carbón que necesitaba para alimentar su propia industria del acero (Gilbert, 2012: 25).

Todo ello, unido a la experiencia de los Estados Unidos en la guerra económica y judicial contra los cárteles alemanes, explica que en la Conferencia de Potsdam, antes de cualquier otra solución, se hubiera convenido que los objetivos de la ocupación de Alemania por los Aliados eran su desmilitarización, desnazificación, democratización y descartelización.

Como hemos señalado anteriormente, en la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, Alemania pasó a ser un país ocupado por las cuatro potencias vencedoras, que, sin embargo, no tenían ninguna noción clara de cuál sería el destino del país (Gilbert, 2012: 24). No solo había unos evidentes intereses contrapuestos entre la Unión Soviética y los Aliados, sino que, dentro de estos, Francia tenía unos objetivos que no coincidían con los de los Estados Unidos y el Reino Unido. El problema del carbón y del acero, particularmente en lo relativo al control de la cuenca del Ruhr, estuvo presente desde el primer momento en la mesa de negociaciones (Torres Espinosa, 2008: 716-717).

Sin embargo, la puesta en práctica del Acuerdo de Potsdam no fue ni sencilla ni definitiva. Por un lado, comenzaron a aflorar las tensiones con la Unión Soviética que conducirían a la Guerra Fría. Por otro, era preciso dar respuesta a la preocupación que suscitaba en Francia la reorganización de Alemania.

En cuanto a la primera cuestión, las tensiones ente el Reino Unido y los Estados Unidos, por un lado, y los soviéticos, por otro, desembocaron en la creación de la Bizona que integraba las zonas de ocupación británica y americana. Estas tensiones se trataron de aplacar durante el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores celebrado en Londres en noviembre y diciembre de 1947. Sin embargo, la reunión resultó un fracaso y no se alcanzó ningún acuerdo respecto del pacto de paz con Austria y Alemania (Gilbert, 2012: 24-25).

En este contexto era necesario garantizar el control occidental sobre Alemania. No obstante, eso no se conciliaba con la postura que venía manteniendo el Gobierno francés. Francia estaba convencida de que la única manera de evitar una nueva amenaza militar alemana era privarle de la capacidad de realizar una actuación independiente. Ello pasaba por retirar el control de la cuenca del Ruhr y atribuirlo a una instancia internacional. No obstante, a la vista de la situación con la Unión Soviética, Francia aceptó cambiar su orientación y aceptar la política angloamericana con respecto a Alemania. Se trataba de frenar la naciente amenaza que constituía el incipiente poder soviético para Europa Occidental y, por extensión, para la propia Francia (Gilbert, 2012: 25). Precisamente, el precio que exigió Francia por ese cambio fue el Acuerdo del Ruhr (Gilbert, 2012: 25-26), que fue formalizado, de manera suscrita por Estados Unidos, el Reino Unido, Francia y los países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), el 28 de abril de 1949 (Torres Espinosa, 2008: 217).

Desde el primer momento el acuerdo presentaba graves dificultades y no satisfacía plenamente ni a los americanos ni a los franceses ni a los alemanes (Gilbert, 2012: 26). El Plan Schuman es, en cierta medida, un instrumento para salvar esas limitaciones. Como destaca Torres Espinosa:

[...] este acuerdo creó la Autoridad Internacional del Ruhr, integrada por los seis países indicados más Alemania Occidental. Su objetivo era garantizar que «los recursos del Ruhr no serán utilizados en el futuro para el propósito de la agresión». Sin embargo, a pesar de sus amplias facultades formales, dicho órgano se limitó a «determinar la cantidad de carbón que sería exportado por Alemania Occidental», sobre bases comerciales y no de reparación de los daños de guerra causados. Hasta aquí, todo hacía suponer que se iba a repetir lo acontecido después de la Primera Guerra. Pero no, para entonces los franceses habían ya concebido una novedosa estrategia de integración para Europa: el llamado Plan Schuman. Este importante plan provocaría el nacimiento de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la disolución de la Autoridad del Ruhr en febrero de 1953. (Torres Espinosa, 2008: 717-718)

Es en este contexto en el que se produce la Declaración Schuman, que, como hemos indicado, constituye el primer momento constitucional de la Unión Europea. En ella el Gobierno francés propone «que se someta el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y de acero a una Alta Autoridad común, en una organización abierta a los demás países de Europa». La Declaración continuaba señalando que «la puesta en común de las producciones de carbón y de acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas».

En esta línea, Baquero indica:

[...] como se ha dicho, el primer «momento constitucional» de la Comunidad fue el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Dicho Tratado y los momentos sucesivos tienen su punto de partida en la declaración de Robert Schuman, a la sazón ministro francés de Asuntos Exteriores, hecha pública el 10 de mayo de 1950, víspera del décimo aniversario de la invasión de los Países Bajos, Bélgica y Francia por parte de Alemania. La declaración francesa invitaba a Alemania y otros Estados europeos a unir sus producciones de carbón y acero a fin de dar un primer paso hacia «una Federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz». La paz habría de ser garantizada mediante la creación de una solidaridad de hecho entre los miembros de tal federación, lo que haría una nueva entre Francia y Alemania «no sólo

impensable, sino materialmente imposible». La declaración afirmaba además que «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto [une construction d'ensemble]: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho» (empezando por sectores económicos clave, como la producción de carbón y acero). (Baquero, 2002: 85-86)

De ahí que Torres Espinosa indique que el objetivo del Plan Schuman era político más que económico, es decir, buscó dar una solución económica a un problema esencialmente político: la prevención de una nueva guerra por la vía de la integración económica y política de Europa (Torres Espinosa, 2008: 721). Como señala Gilbert, bajo el alto tono moral de la declaración subyacía el interés nacional francés y conciliarlo con la decisión americana de hacer de Alemania un aliado en la Guerra Fría. Lo que hizo Monnet fue favorecer un acuerdo con Alemania Occidental cuando aún era débil y usando la Alta Autoridad propuesta para garantizar la existencia de una relación de equilibrio industrial entre los dos países (Gilbert, 2012: 28).

Por tanto, ya desde el primer momento se aprecia una lógica en el proceso que está vinculada a la salvaguardia de la libertad, la seguridad y los valores democráticos. Esta lógica se despliega sobre la base de dos pilares, uno de índole institucional y otro de naturaleza económica. El primero se plasma en el diseño de una arquitectura institucional sin precedentes en el derecho internacional. El segundo, dentro de ese marco institucional, se refleja en el aspecto económico como cauce para convertir la rivalidad geoeconómica en una dinámica de integración y solidaridad.

Dejando al margen el marco institucional, el otro pilar en que se basa la lógica del proceso es la creación de un mercado común como cauce para convertir la tensión geoeconómica en una dinámica de integración y solidaridad. En este punto se aprecia igualmente una línea coherente que se remonta al primer momento constitucional. Baquero destaca lo siguiente:

[...] la orientación económica del proyecto de integración también estaba clara desde el principio. El último párrafo de la declaración aclaraba que, «en contraste con los carteles internacionales, que están dirigidos a dividir y explotar los mercados nacionales mediante prácticas restrictivas y el mantenimiento de altos rendimientos, la organización propuesta asegurará la fusión de los mercados y la expansión de la producción». Ello implica ya la necesidad de controlar los comportamientos de las empresas mediante normas de competencia e impedir el proteccionismo estatal mediante la garantía de la libre circulación de los factores económicos pertinentes. La declaración Schuman, reproducida casi al pie de la letra en el preámbulo del Tratado de París de 1951, constituye

un documento constitucional esencial, pues contiene los valores y los principios fundamentales de carácter tanto político como económico del proceso de integración europea. Los mismos pasarán a la sustancia del Tratado de París, influirán en el informe Spaak y acabarán integrándose en el Tratado de Roma. (Baquero, 2002: 86-87)

Es decir, los dos pilares sobre los que se construye el derecho constitucional económico de la Unión, las libertades de circulación y la libre competencia, aparecen en los textos constitucionales desde el primer momento. Por ello, se puede afirmar con Baquero que:

[...] desde el punto de vista económico, la orientación del derecho constitucional económico comunitario se ha venido basando en «los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia», expresión que encontramos en disposiciones del Tratado tan importantes como los artículos 4, 98 y 105. Tal expresión hay que ponerla en relación con las normas de libre circulación —que tratan de abrir y mantener abiertos los mercados, libres de todo proteccionismo— y las de competencia —que se dirigen a asegurar la libre competencia en tales mercados—. Otras políticas pueden basarse en principios diferentes, pero hoy por hoy operan, por así decirlo, en los intersticios de la orientación básica de «economía de mercado abierto y de libre competencia». Esta orientación básica del derecho constitucional comunitario viene completada con el derecho secundario, en el que las instituciones de la Comunidad gozan de un margen de maniobra amplio pero limitado. (Baquero, 2002: 120)

En la actualidad, el artículo 3, apartado 3 TUE, señala que «la Unión establecerá un Mercado Interior». El concepto de Mercado Interior aparece recogido en el artículo 26, apartados TFUE, según el cual el «Mercado Interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados».

Siguiendo a Mortelmans, podemos decir que la creación del Mercado Interior es un proceso dinámico tal y como se aprecia si se traza su evolución en el tiempo (Mortelmans, 1998: 102). Históricamente se puede apreciar una evolución normativa sobre la base de los conceptos de mercado común, mercado único y mercado interior, lo que nos obliga a detenernos brevemente en las posibles diferencias entre los tres conceptos.

Recuerda Barnard, la creación de un mercado común se encontraba en el centro del proyecto de la Comunidad Europea (ahora Unión Europea). El artículo 2 CEE (actualmente derogado) decía que la Comunidad tenía como cometido la creación de un mercado común, y una de las actividades de la Comunidad enunciadas en el artículo 3 CEE (actualmente derogado) fue la supresión, entre los Estados miembros, de los obstácu-

los a la circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (Barnard, 2010: 10).

Conforme al artículo 8 CEE, el Mercado Común se establecería entre los seis Estados miembros originales a partir del 1 de enero de 1970. Como señalan Lenaerts y Van Nuffel:

[...] de acuerdo con el artículo 8 CEE, el mercado común debía establecerse durante un período transitorio de 12 años. Este periodo podría ampliarse, en determinadas circunstancias, a un máximo de 15 años. El Consejo decidió que la primera de las tres etapas de transición se había completado el 31 de diciembre de 1961. La segunda y tercera etapas terminaron de forma automática, con el resultado de que el período de transición había terminado el 31 de diciembre de 1969. El crecimiento económico durante los primeros años de la Comunidad produjo resultados aún más rápidos; por medio de las llamadas «decisiones» de aceleración de 12 de mayo de 1960 y de 15 de mayo de 1962, los Estados miembros han introducido la unión aduanera antes de lo que se había previsto. Por decisión del Consejo de 26 de julio de 1966, la unión aduanera para los productos industriales se puso en marcha a partir del 1 de julio de 1968, un año y medio antes de la expiración del período transitorio previsto en el artículo 14 CEE. (Lenaerts y Van Nuffel, 2011: 199)

Sin embargo, el proceso de liberalización no se culminó en su totalidad antes de que expirara el período transitorio. El impulso se paralizó con ocasión de la parálisis institucional que convencionalmente se ha denominado *euroesclerosis* por la supuesta crisis institucional en que estuvo sumida la Comunidad desde mediados de los años sesenta hasta los años ochenta. Sin embargo, como ha advertido Awesti, no resulta acertado calificar la experiencia de los años 70 como de estancamiento. El proceso de integración continuó de otra manera, siguiendo la dinámica institucional que subyace en la Integración Europea (Awesti, 2009: 50). En efecto, desde el punto de vista institucional existe un efecto muy importante que podríamos llamar *positivo* y nos permite apreciar el papel histórico del Tribunal de Justicia en el proyecto europeo.

Cuando en el período que se ha dado en denominar *euroesclerosis* las otras instituciones se mostraron incapaces de seguir avanzando en el proyecto del Mercado Común, el Tribunal de Justicia puso los cimientos de los principios que hoy configuran el Derecho de la Unión y sentaron las bases de lo que luego sería el Mercado Interior (Awesti, 2009: 48). Nos estamos refiriendo a los principios de efecto directo⁶, primacía⁷ o reconocimiento mutuo⁸. Con estas resoluciones el Tribunal de Justicia

6.. Sentencia Van Gend en Loos, 26/62, EU:C:1963:1.

7. Sentencias Costa/E.N.E.L., 6/64, EU:C:1964:34, y Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49.

8. Sentencias Dassonville, 8/74, EU:C:1974:82, y Rewe, 120/78, EU:C:1979:42.

puso los cimientos para que en la década de 1980 la Comisión Delors estuviera en condiciones de completar el mercado interior. Incluso historiadores como Gilbert han puesto de relieve la importancia histórica del Tribunal de Justicia en este proceso (Gilbert, 2012: 111-116).

En este contexto señala Mortelmans que el proceso continuó con la presentación del libro blanco *La realización del Mercado Interior* en 1985, combinando una estrategia de desregulación con otra de re-regulación (Mortelmans, 1998: 104). Según Barnard, por motivos de presentación, el Acta Única reagrupó las cuatro libertades en el renombrado *mercado interior o mercado único* y fijó el plazo en el que debía conseguirse en 1992 (Barnard, 2010: 12). Estos dos autores coinciden en señalar que, desde el punto de vista jurídico, se pueden considerar los conceptos de mercado común, mercado interior y mercado único como sinónimos (Mortelmans, 1998: 107; Barnard, 2010: 12). Ahora bien, desde el punto de vista histórico y político, tienen las connotaciones que acabamos de describir.

Por lo que se refiere a la competencia, como ya hemos visto, tras el Tratado de Lisboa, en la actualidad el articulado de los Tratados no contiene referencia alguna a la libre competencia como elemento sustancial del mercado interior⁹. Ahora bien, ello no puede hacernos olvidar su importancia en el funcionamiento del mercado interior como instrumento de integración. En particular, el Protocolo n.º 27 sobre mercado interior y competencia señala expresamente que «el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia». Los señores de los Tratados siguieron concibiendo la competencia como uno de los pilares del mercado interior, ya que, como advierten Lenaerts y Van Nuffel:

Aunque, por razones políticas, esta referencia ya no figura en los Tratados, se desprende del Protocolo sobre el mercado interior y la competencia que se ha adjuntado al Tratado de Lisboa que el mercado interior incluye un régimen que garantice que la competencia no será falseada. Un mercado interior en el que las fronteras internas no impiden el libre comercio no quedaría intacto si las fronteras interiores se mantuvieran o se reintrodujeran por la acción de las empresas o de los Estados miembros. Eso podría ocurrir si una empresa tuvie-

9. La supresión de la referencia a la competencia se debió a la intervención de la delegación francesa en la elaboración del Tratado de Lisboa. En el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se expresó la competencia como un objetivo por derecho propio. Nicolas Sarkozy se opuso, argumentando que la creencia en los méritos de la competencia se había convertido en dogmática. Tras las negociaciones que condujeron al Tratado de Lisboa declaró: «Hemos obtenido una importante reorientación de los objetivos de la Unión. La competencia ya no es un objetivo de la Unión, o un fin en sí misma, sino un medio para servir al mercado interior».

ra una posición dominante en un mercado en particular, cuando las empresas formen cárteles o cuando un mismo Estado miembro pusiese en marcha una empresa o concediera la ayuda a sus propias empresas. (Lenaerts y Van Nuffel, 2011: 197)

Por ello, podemos afirmar que el cambio es más aparente que real. En efecto, el artículo 51 del Tratado de la Unión Europea establece que los Protocolos de los Tratados forman parte integrante de los mismos, por lo que el propio Tribunal de Justicia ha señalado que el mercado interior incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia¹⁰. En efecto, la competencia sigue siendo un elemento sustancial del mercado interior, ya que, como ha subrayado Ballbé, «el establecimiento de una Unión y un derecho europeo más activo en el establecimiento de normas antimonopolio y que favorezcan la competencia, es uno de los pilares del futuro desarrollo de una Europa unida y a la vez plural» (Ballbé, 1998: 120).

El principio de competencia sigue teniendo relevancia constitucional en los Tratados, ya que, como advierte Baquero:

[...] la estructura básica del derecho constitucional económico comunitario (libre circulación + competencia) se basa en una distribución normativa de la materia tratada según la división entre lo público y lo privado. Esta separación, sin embargo, no corresponde totalmente a la estructura real de la economía, sino a una división ideal de los actores y sus responsabilidades correspondientes con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito económico. El derecho comunitario ha debido adaptarse, a través de la jurisprudencia y la legislación, a unas realidades económicas que no cuadran con la rígida división entre lo público y lo privado (pensemos, por ejemplo, en la economía mixta, en la intervención pública en la economía, la llamada economía concertada, el proceso de privatización y sus distintos grados de intensidad o el fenómeno de la regulación privada). (Baquero, 2002: 24-25)

Un enfoque meramente formalista que separara los dos ámbitos comprometería gravemente el efecto útil de estas normas. Además, este enfoque fragmentario no se compadecería con la aproximación histórica que hemos delimitado anteriormente. Igualmente, desde el punto de vista conceptual, este enfoque adolecería de una visión limitada de la competencia como concepto puramente económico, que desconoce lo que Ballbé denomina «el valor político-jurídico que fue antesala de ese concepto» (Ballbé, 1998: 107). La competencia y las libertades de circula-

10. Sentencias *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 20; *Comisión/Italia*, C-496/09, EU:C:2011:740, apartado 60, y *Comisión/España*, C-610/10, EU:C:2011:740, apartado 126.

ción son parte sustancial del mercado interior como instrumento para aliviar las tensiones geopolíticas y económicas. En palabras de Baquero, este enfoque está plenamente justificado, ya que

Los actores privados pueden tener un interés en fragmentar los mercados para obtener mayores beneficios en detrimento de los consumidores. Los Estados pueden intentar restringir la competencia de forma injustificada para proteger a ciertas empresas, con independencia de su nacionalidad. La economía presenta además situaciones mixtas en las que los elementos públicos y privados no se distinguen con facilidad. En muchos casos, un formalismo excesivo en la interpretación de los campos personales de aplicación daría al traste con la efectividad de las normas. (Baquero, 2002: 155)

De ahí que, como hemos indicado, la inclusión de defensa de la competencia como parte del proyecto europeo aparece ya en la Declaración Schuman, tiene como antecedente la Declaración de Potsdam y obedece a la situación de Alemania bajo el régimen nazi. Por lo demás, como hemos visto, este planteamiento entronca con la tradición norteamericana y, frente a lo que entiendan ciertos autores, tiene relevancia constitucional. En este mismo sentido, Baquero advierte lo siguiente:

Siguiendo a Hayek, no parece acertado distinguir tajantemente entre autonomía económica y política, pues es difícil distinguir acciones económicas de acciones políticas. Además, si la constitución es el resultado de ciertas condiciones socioeconómicas, que conducen a un grupo de personas a autolimitarse según ciertas normas y principios, puede ser importante garantizar desde la propia constitución la subsistencia de las condiciones económicas que la hicieron posible. De otro modo, el derecho constitucional corre el riesgo de verse reducido a la protección de derechos de carácter procesal, sin tener en cuenta la sustancia del orden social y económico que producen. Acaso pueda afirmarse que la protección de derechos políticos de participación y de las minorías son tareas constitucionales más importantes y urgentes. Pero ello no debe implicar que deba ignorarse la dimensión económica de la constitución. La autonomía política presupone un grado de autonomía económica, sin la cual la democracia sería ilusoria. Dado que los derechos civiles y políticos están indisolublemente ligados a los derechos económicos y sociales, todos ellos merecen una protección efectiva, aunque sea según niveles distintos de protección. (Baquero, 2002: 77)

En definitiva, Baquero puntualiza:

[...] un derecho constitucional económico que se limitase a controlar las actuaciones públicas no garantizaría la autonomía individual, que podría ser cercenada por otros particulares o grupos económicos privados. El derecho de la com-

petencia, que normalmente tiene una forma legislativa pero en sistemas como el comunitario tiene una naturaleza constitucional, se dirige precisamente a controlar el ejercicio del poder económico privado. (Baquero, 2002: 77)

En conclusión, desde sus inicios, el proceso de integración europea aparece vinculado a la seguridad nacional de los distintos Estados que participan en él y al mantenimiento de la paz aliviando rivalidades geoeconómicas que puedan desencadenar conflictos. Ello explica la estructura del proceso de integración sobre la base de dos pilares: las libertades fundamentales y la libre competencia. Se trataba de evitar los condicionantes políticos y económicos que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial.

En esta tesitura, el enfoque basado en el bienestar del consumidor a través de los precios es algo relativamente reciente en el Derecho de la Unión Europea. Como apunta Florian Kraffert, no fue hasta comienzos del siglo XXI cuando la Comisión adoptó un enfoque siguiendo los postulados de la Escuela de Chicago, pasando de un enfoque basado en la estructura competitiva del mercado a otro basado en la eficiencia y los beneficios de los consumidores (Kraffert, 2020: 82 y s.). De ahí que se haya empezado a abrir paso en la Unión Europea de una corriente doctrinal que aboga por redescubrir el valor político de la competencia.

De hecho, Foster y Thelen, en un artículo reciente, advierten que, en la medida en que el modelo europeo de derecho de la competencia hunde sus raíces en el proceso que hemos descrito, el modelo europeo responde en esencia a los postulados de una competencia regulada diseñados por Brandeis. De manera muy expresiva advierten:

Aunque dista mucho de ser perfecto, el régimen de competencia de la UE encarna algunas de las características fundamentales del sistema que Brandeis concibió y defendió. En particular, el sistema administrativo de gestión económica de la UE, más proactivo y flexible, permite a los administradores expertos distinguir entre formas sanas (que fomentan la competencia) y las nocivas (que la destruyen), y actualizarlas continuamente en función de los nuevos acontecimientos. Así pues, el Derecho de competencia de la UE permite una buena cooperación, especialmente entre competidores más pequeños, al tiempo que ayuda a proteger la coordinación entre estas empresas enmarcando la competencia en un conjunto de normas que limitan las formas agresivas de competencia y los comportamientos explotadores de las empresas dominantes que pondrían en peligro la libertad económica de los grupos de productores más pequeños. (Foster y Thelen, 2023: 30)

Por ello, en los próximos años asistiremos a un debate sobre el redescubrimiento de los valores cívicos del principio de competencia. Ello per-

mitirá recuperar legitimidad a la Unión Europea frente a la opinión pública europea, volviendo a poner en el centro al ciudadano, que es una noción más amplia que la del mero consumidor. Además, permitirá afrontar los retos de las nuevas agregaciones de poder económico asociadas a los nuevos gigantes tecnológicos y, lo que es más importante, al capitalismo de Estado proveniente de terceros Estados a través de sus empresas. Solo de esta manera la Unión Europea podrá seguir siendo fiel a sus valores fundacionales y garantizar la paz y la prosperidad de sus ciudadanos como hasta ahora.

5. Conclusión

Con este trabajo hemos demostrado la relevancia política del principio de competencia para garantizar la libertad de los ciudadanos y su influencia en el proceso de construcción europea, tal y como ya había razonado Manuel Ballbé en sus trabajos. Desde esta perspectiva puede afirmarse que el derecho de la competencia es un instrumento esencial para garantizar la seguridad humana, entendida como un concepto integral vinculado al desarrollo humano y a la garantía del desarrollo de las capacidades y libertades de las personas. Esta noción hunde sus raíces en la tradición progresista americana, que se inauguró con la campaña New Freedom de Wilson, continuó con el New Deal de Roosevelt y culmina con un Estado administrativo y regulador.

En los Estados Unidos se está produciendo un redescubrimiento de esta tradición aplicada al derecho de la competencia que se inspira en el pensamiento de Louis D. Brandeis, juez del Tribunal Supremo americano y abogado. El pensamiento de Brandeis concebía la democracia como un instrumento para el desarrollo del individuo para su propio bien y el bien común. Desde esta óptica, el derecho de la competencia tiene relevancia constitucional como medio para garantizar el equilibrio de poderes dentro de la comunidad, evitando que poderes privados alcancen una relevancia económica que les permita interferir en el desarrollo de la comunidad. Esta tradición se remonta a los ideales no solo de los padres fundadores y la Revolución Americana, sino que, en última instancia, se remota a los pensadores que sirvieron de soporte intelectual a la Revolución Inglesa.

Este enfoque permite redescubrir el proceso de integración europea y su valor axiológico más allá del puramente económico. El derecho de la competencia ha estado presente en el derecho de la Unión desde la Declaración Schuman con un motivo político claro. Se introdujo por la influencia de los norteamericanos como consecuencia del papel decisivo de los cárteles alemanes en el régimen nacionalsocialista. Su finalidad es,

como la de todo el mercado interior, establecer una solidaridad de hecho que haga inviable un nuevo conflicto bélico en el continente. Desde el punto de vista político, forma parte de un proyecto que puede considerarse un éxito en la persecución de este objetivo.

Por influencia del pensamiento de la Escuela de Chicago, a principios del siglo XXI se impuso en las instancias políticas europeas el criterio de que la única finalidad del derecho de la competencia es promover el bienestar del consumidor. Sin embargo, las actuales circunstancias propician que, como en Estados Unidos, se redescubra la trascendencia política del derecho de la competencia. La influencia en la economía de las grandes corporaciones surgidas con la globalización, especialmente los gigantes tecnológicos y las empresas estatales vinculadas a terceros Estados, no puede afrontarse exclusivamente con un derecho de la competencia basado en el bienestar del consumidor. No se trata de abandonar este enfoque, sino de enriquecerlo tomando como centro al ciudadano como concepto integral.

Este cambio de paradigma no es puramente doctrinal, sino que tiene un alcance práctico y político. Para empezar, es un modo de revitalizar el proceso de integración ante la opinión pública europea y poner al ciudadano en el centro de una política esencial de la Unión. La ciudadanía europea podría percibir un mensaje que le permitiera apreciar que la Unión garantiza su libertad y seguridad frente a los poderes económicos. Desde un punto de vista más profundo, permitiría apreciar que el proyecto europeo hunde sus fundamentos filosóficos y políticos en el liberalismo, la ilustración y el humanismo, entendidos no solo como el resultado de la Revolución Francesa, sino también de las revoluciones atlánticas en su conjunto, incluyendo la tradición política anglosajona. La promoción de la libertad, la seguridad y el desarrollo del individuo son el fruto de un esfuerzo colectivo de los pensadores europeos, que, como punto común, siempre han entendido que el progreso de la humanidad pasa por entender que el derecho está al servicio del hombre.

Referencias bibliográficas

- AWESTI, Anil (2009). «The Myth of Eurosclerosis: European Integration in the 1970s». *L'Europe en Formation*, 353-354.
- BALLBÉ, Manuel (1998). «La competencia como principio vertebrador del sistema pluralista». En: *Anuario de la competencia 1997*. Madrid y Barcelona: Marcial Pons.
- (2007). «El futuro del derecho administrativo en la globalización: Entre la americanización y la europeización». *Revista de Administración Pública*, 174.

- BAQUERO CRUZ, Julio (2002). *Entre competencia y libre circulación: El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- BARNARD, Catherine (2010). *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press.
- BASSAN, Fabio (2011). *The Law of Sovereign Wealth Funds*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar.
- BORK, Robert H. (1993). *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*. Nueva York: The Free Press.
- CRANE, Daniel A. (2014). «The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy». *Antitrust Law Journal*, 79(3).
- FOSTER, Chase y THELEN, Kathleen (2023). *Brandeis in Brussels: Regulated competition and Economic Coordination in the European Union*. Julio de 2023. Disponible en SSRN.
- GILBERT, Mark (2012). *European integration: A concise story*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers.
- GRAHAM, Edward M. y MARCHNICK, David M. (2006). *U.S. National Security and Foreign Direct Investment*. Washington DC: Institute for International Economics.
- KHAN, Lina (2017). «Amazon's Antitrust Paradox». *The Yale Law Journal*, 126(3).
- (2018). «The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate». *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3).
- KRAFFERT, Florian (2020). «Should EU competition law move towards a Neo-Brandeis approach?». *European Competition Journal*, 16(1), 55-96.
- LENAERTS, Koen y VAN NUFFEL, Piet (2011). *European Union Law*. 3.^a ed. Londres: Sweet & Maxwell.
- LYNN, Barry C. (2017). *The consumer welfare standard in antitrust: Outdated or a harbor in a sea of doubt? Testimony before the senate committee on the judiciary: subcommittee on antitrust, competition, and consumer right*. Open Markets Institute
- MADDOX, Robert Franklin (2001). *The war within World War II: The United States and International Cartels*. Westport: Praeger.
- MARENCO, Giuliano (2002). «The birth of modern competition law in Europe». En VON BOGDANDY, A.; MAVROIDIS, Petros C.; MÉNY, Yves (eds.). *European Integration and International Co-ordination: Studies in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*. La Haya y Nueva York: Kluwer Law International.
- MARTIN, James S. (1950). *All honorable men*. Boston: Little, Brown and Company.
- MARTIN, Stephen (2007). «The Goals of Antitrust and Competition Policy». *Purdue CIBER Working Papers*, 48.
- MAZZUCATO, Mariana (2014). *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Sector Myths*. Londres: Anthem Press.
- MORTELMANS, Kamiel (1998). «The Common Market, the Internal Market and the Single Market: What's in a Market?». *Common Market Law Review*, 35(1).
- OLIER, Eduardo (2011). *Geoeconomía: Las claves de la economía global*. Madrid: Prentice Hall.

- PADRÓS, Carlos (2022). *Una nueva mirada a la política pública de defensa de la libre competencia y el mercado: A propósito de la US President Executive Order 14036 de 9 de julio de 2021, «Promoting Competition in the American Economy»*. Jueces para la democracia, 103.
- PADRÓS, Carlos y COCCIOLO, Endrius (2010). «La doctrina del TJCE sobre las acciones de oro: Entre la construcción del mercado interior y los retos de la intervención pública en los mercados globales. Reflexiones acerca de la STJCE de 26 de marzo de 2009, asunto C-326/07». *Revista Española de Derecho Europeo*, 33.
- PERRON, Régine (1997). «La signification de la CECA de 1945 à 1958». *Journal of European Integration History*, 3(2).
- PITOFISKY, Robert (1979). *Political Content of Antitrust*. *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4).
- RUSSELL, Bertrand (2010). *El poder: Un nuevo análisis social*. Barcelona: RBA.
- SCHWARTZ, Louis B. (1979). «Justice and Other Non-Economic Goals of Antitrust». *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4).
- STRANGE, Susan (1996). *The retreat of the state. The diffusion of power in the world economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TORRES ESPINOSA, Eduardo (2008). «La Comunidad Europea del Carbón y del Acero: Un exitoso y aún inacabado experimento institucional». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 8.
- WILKINS, Mira (2004). *The history of foreign investment in the United States 1914-1945*. Cambridge: Harvard University Press.
- WU, Tim (2018). *The Curse of Bigness: Antitrust in the new Gilded Age*. Nueva York: Columbia Global Reports.

La influencia norteamericana en el derecho de la UE: en qué se parecen y en qué se diferencian los ordenamientos jurídicos a ambos lados del océano Atlántico

The American Influence on EU Law: Similarities and Differences in Legal Orders on Both Sides of the Atlantic Ocean

Carlos Padrós Reig

Catedrático (Ac) de Derecho Administrativo. Universitat Autònoma de Barcelona
Exletrado del Tribunal Constitucional



© del autor

Recepción: 22/9/2023
Aceptación: 11/10/2023

Resumen

Algunas de las instituciones jurídicas que se adoptan en el derecho europeo actual traen causa del ordenamiento legal y la organización administrativa norteamericana. Sin embargo, ni se copia todo ni lo importado funciona de manera igual en ambos continentes. En el plano constitucional se observa una fuerte convergencia o fertilización del modelo USA en la UE, en tanto que ambos utilizan el mercado como forma de integración. Por el contrario, en el plano administrativo existe una notable divergencia, al adoptar la UE un modelo de administración indirecta, donde los Estados son los responsables de la aplicación de las políticas supranacionales. Paradójicamente, la integración supranacional europea ofrece un nivel menor de autonomía para los Estados que el que hubieran garantizado unos Estados Unidos de Europa.

Palabras clave: federalismo; integración europea; cláusula de comercio; primacía; preemption; administrative commandeering; aplicación administrativa de políticas federales

Abstract

Some of the legal institutions that operate in European law today derive from North American legislation and its administrative structures. However, not everything is a copy nor do they work in the same way on both continents. At the constitutional level,

there is a strong convergence with or influence of the US model in the EU, since both use commerce as a tool for integration. In contrast, at the administrative level, there is notable divergence, as the EU adopts an indirect administrative model under which member states are responsible for enforcing supranational policies. Paradoxically, supranational European integration offers a lower level of autonomy for member states than would have been guaranteed by a United States of Europe.

Keywords: federalism; European integration; commerce clause; supremacy; preemption; administrative commandeering; enforcement of federal policies

1. Introducción

Puede fácilmente suscribirse la afirmación de que el DUE se inspira de forma muy relevante en el ordenamiento jurídico de los EE. UU. No en balde, terminada la Segunda Guerra Mundial, los aliados que se comprometen a reconstruir el viejo continente intentan establecer las bases que prevengan una nueva confrontación bélica. A ello se destinan dos importantes instituciones: la prevención de la concentración económica (liberalismo económico y derecho antimonopolios) y la prevención de la tiranía (división vertical de poderes y sistema de administración conjunta). Ambas características son propias del ordenamiento legal norteamericano.

Para adentrarse en la elaboración de un estudio científico en ciencias sociales es importante recabar información acerca de las soluciones adoptadas para problemas similares por parte de otros ordenamientos. De este modo se amplía el campo de análisis con elementos normativos nuevos y con herramientas institucionales ya experimentadas en otros ordenamientos. Sin embargo, para la utilización del derecho comparado como metodología de investigación, debemos tener claro qué es lo que se compara y cuál es el nivel de comparación. Evidentemente, resulta que los trasplantes legales pueden producir rechazo por parte del ordenamiento receptor. Comprender las experiencias comparadas significa tener un adecuado conocimiento del sistema jurídico que se estudia, porque las mismas soluciones no operan de forma igual en todos los sistemas. Por ello, mediante el derecho comparado no se trata tanto de copiar las soluciones de otros ordenamientos, sino de analizar cómo un contexto legal ha reaccionado ante un determinado problema social. No basta con importar el federalismo, sino que hay que examinar cómo responde cada ordenamiento a su recepción.

Estas son algunas de las enseñanzas que transmitía mi maestro Manuel Ballbé, quien se preocupó siempre por profundizar en la utili-

dad última de los mecanismos legales y en la comprensión profunda de los ordenamientos. El derecho positivo puede ser contingente, pero no los problemas de ordenación social que lo fundamentan. No es casualidad que se trajera de su estancia como *visiting scholar* en la Harvard Law School su fascinación por el federalismo americano y que trasladara a Europa y al derecho global algunas de las lecciones¹.

En definitiva, algunas de las instituciones jurídicas que se adoptan en el derecho europeo actual traen causa del ordenamiento legal y la organización administrativa norteamericana. Sin embargo, ni se copia todo ni lo importado funciona de manera igual en ambos continentes. Para refutar la proposición analizaremos cuatro aspectos que nos parecen relevantes: la cláusula de comercio como mecanismo de integración económica; la relación entre ordenamiento legal nacional y supranacional (principios de *preemption* y primacía); las relaciones entre niveles administrativos, y el principio de dotación o suficiencia financiera de las políticas públicas que deban desarrollarse. En los dos primeros aspectos se observa una fuerte convergencia o fertilización del modelo USA en la UE. Por el contrario, en los dos segundos hay una notable divergencia. Terminamos con unas breves reflexiones conclusivas y una lista de fuentes bibliográficas que puedan servir para profundizar un tema cuya enorme dimensión resulta aquí apenas esbozada preliminarmente.

Para no llevar al lector a engaño debemos aclarar que aquí no se pretende realizar una exposición erudita y completa que, sin duda, merecería cada uno de los temas, sino una visión conjunta del proceso de exportación de los mecanismos de la distribución vertical de poderes. Hay tantos federalismos como sociedades lo adoptan como forma organizativa de la comunidad política. E incluso dentro de cada modelo, la evolución a lo largo del tiempo no es ni lineal ni unidireccional. Lo que aquí se quiere destacar es el resultado de la influencia en ambos continentes y la disparidad entre los planos político (distribución de competencias) y administrativo (aplicación de las normas).

2. La Commerce Clause²

El artículo I, sección 8 de la Constitución norteamericana reconoce la competencia del Congreso federal para establecer y recaudar impuestos, así como aranceles y derechos de aduanas; también para tomar dinero prestado a crédito. Junto con esta previsión relativa a la financiación

1. Aunque de notable complejidad expositiva, véase M. Ballbé (2007).

2. Quien más —y mejor— estudió el tema en la doctrina patria es I. Borrajo Iniesta (1986).

interior y exterior, se afirma la competencia para regular el comercio interestatal, así como con el comercio con las naciones extranjeras y con las tribus indias.

Existe una evidente conexión entre la capacidad federal de regulación del comercio y el establecimiento de impuestos y de financiación vía empréstitos si lo primero no fuera suficiente. En la temprana andadura (1776-1789) de la recién estrenada independencia norteamericana, los Estados vivieron una fuerte recesión económica. Algunos de ellos aprobaron leyes que liberaban a los deudores domésticos del pago de las deudas. Ello era especialmente perturbador cuando los acreedores eran de fuera de cada uno de los Estados. La regulación estatal beneficiaba a las industrias locales a costa de perjudicar claramente a los inversores de fuera que no podían votar. Los Estados también erigieron una gran variedad de barreras comerciales para proteger sus propios negocios frente a las empresas competidoras de los Estados vecinos. Con estas normativas proteccionistas el Congreso federal no podía celebrar acuerdos comerciales creíbles con potencias extranjeras abriendo mercados para productos estadounidenses, pues no se podía garantizar la justa reciprocidad en la apertura de los mercados en ese momento regulados y controlados por los Estados.

El resultado de todo ello fue una recesión económica a nivel nacional que, con razón o sin ella, se atribuyó a las políticas proteccionistas promulgadas por los congresos estatales elegidos democráticamente. En 1787, el descontento político con la situación económica llevó a la convocatoria de la famosa Convención Constitucional de Filadelfia.

La nueva Constitución tenía como objetivo terminar con las leyes de quita de las deudas (cláusula de contratos del artículo I, sección 10, que prohibía a los Estados «perjudicar las obligaciones de los contratos»). Para abordar el segundo problema —las barreras comerciales interestatales y la incapacidad de celebrar acuerdos comerciales—, se incluyó en el artículo I sección 8, la llamada *cláusula de comercio*, que, como hemos visto, otorga al Congreso el poder «para regular el comercio con naciones extranjeras, y entre varios Estados, y con las tribus indias». Transferir el poder de regular el comercio interestatal al Congreso federal presenta una doble dimensión: interna: la creación de una zona de libre comercio entre los diversos Estados, y externa: la sustitución del poder de regular el comercio internacional de los Estados, lo que permitió al presidente norteamericano negociar, y al Congreso federal aprobar, tratados para abrir mercados extranjeros a productos fabricados en Estados Unidos³.

3. La competencia sobre el comercio internacional también otorgó al Congreso el poder de abolir —como externalidad positiva— el comercio de esclavos con otras naciones, lo que se hizo efectivo el 1 de enero de 1808.

Desde el momento fundacional hasta hoy, el significado de la cláusula de comercio ha ido evolucionando en la doctrina de la USSC (Barnett, 2001)⁴. En la sentencia *Estados Unidos v. Darby* 312 U. S. 100 (1941), se fija que «el poder del Congreso sobre el comercio interestatal no se limita a la regulación del comercio entre los Estados». El Tribunal explicó que «si bien la fabricación no es en sí misma comercio interestatal, el envío interestatal de bienes manufacturados sí afecta al comercio, y la prohibición de tal envío por parte del Congreso es indudablemente una regulación del comercio». En definitiva, la cláusula de comercio interestatal abarcaba entonces también las regulaciones estatales sobre la producción de bienes y su efecto económico general. El cambio, como es fácil adivinar, resulta fenomenal. En los años del New Deal se produjo otra destacable ampliación cuando la Corte falló que el comercio incluía «un negocio como los seguros», que durante un siglo se había considerado únicamente un tema de regulación estatal⁵. Se ampliaba, pues, el ámbito objetivo no solo a los bienes (productos manufacturados o no), sino también a los servicios⁶. Los tribunales han permitido el crecimiento moderno de los poderes regulatorios del Congreso al adoptar una lectura expansiva de la cláusula para otorgar al Congreso competencias sobre una amplia gama de actividades económicas intraestatales con un «efecto sustancial» en el comercio interestatal. Como el lector comprenderá, el potencial expansivo de la cláusula se presentaba como prácticamente ilimitado.

En este último sentido, la competencia sobre el comercio se extiende tanto a aquellas actividades estatales que afectan al comercio interestatal como al ejercicio de la competencia del Congreso sobre el mismo fenómeno, en cuanto al regularlo hace uso de un medio constitucionalmente apropiado para el logro de un fin federal legítimo. De este modo, un poder negativo se transformó en positivo. «Cualquiera que sea su motivo y propósito, las normas sobre el comercio que no infrinjan alguna prohibición constitucional están dentro del poder plenario conferido al Congreso federal por la cláusula de comercio» (opinión del juez Stone en *McCulloch v. Maryland* 17 US 316 [1819]). El Tribunal Supremo amplió el poder del Congreso sobre el comercio interestatal, de tal manera que le dio poder sobre el conjunto de la economía nacional.

Por otro lado, si es cierto que la cláusula de comercio faculta al Congreso para aprobar leyes federales, también lo es que supone un límite

4. La sentencia que abre la puerta a una construcción expansiva de la Commerce Clause se puede situar en 1937: *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corp.* 301 US 1, 57 S. Ct. 615.

5. *Estados Unidos c. South-Eastern Underwriters* 322 U.S. 533 (1944).

6. Un paso similar puede verse en Europa con la aprobación de la DSMI (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior). Nótese como la extensión se produce en EE. UU. después de más de un siglo y medio, mientras que en Europa tiene lugar al cabo de cincuenta años. Pese a que no reparamos en esa perspectiva diacrónico-comparada, la integración europea puede calificarse de espectacularmente rápida.

la autoridad estatal para regular el comercio. Como contrapeso a la anterior construcción, en *Southern Pacific Co. v. Arizona* 325 U.S. 761 (1945), el Tribunal Supremo falló que, en ausencia de una contradicción entre legislación federal y legislación estatal, serían los Estados los competentes para regular las cuestiones de dimensión puramente local (cláusula residual en favor de los Estados). Para ello, se estableció la regla del triple test:

1. Intensidad: que la ley estatal, en su propósito o efecto, no discrimine ni interfiera excesivamente con el comercio interestatal.
2. Uniformidad: que la regulación sobre el comercio en cuestión no requiera de una regulación nacional o uniforme.
3. Equilibrio: que el interés del Estado en la regulación de dicho asunto no se vea superado por el interés del Gobierno federal. Se trataría, en este último caso, de una ponderación entre intereses contrapuestos⁷.

A diferencia de la doctrina clásica, que generalmente se aplica en áreas donde el Congreso ha actuado, la llamada *cláusula de comercio durmiente* (Dormant Commerce Clause) puede justificar una prohibición de ciertos tipos de normas estatales o locales, incluso cuando no exista una legislación relevante del Congreso. Aunque la cláusula de comercio nace como una afirmación de las competencias del Congreso federal y no como un límite explícito a la autoridad de los Estados, la USSC también expandió esa misma cláusula para enjuiciar leyes estatales que restrinjan indebidamente el comercio interestatal, incluso en ausencia de legislación del Congreso, es decir, donde el Congreso está inactivo. Esta interpretación negativa o latente de la cláusula de comercio impide que los Estados adopten medidas proteccionistas y preserva así un mercado nacional de bienes y servicios (*Tenn. Wine & Spirits Retailers Association v. Thomas*, 139 S. Ct. 2449, 2459 [2019]).

La doctrina judicial del Tribunal Supremo ha identificado dos principios que precisan de forma moderna el análisis de la cláusula de comercio durmiente en Dakota del Sur (*v. Wayfair, Inc.*, 138 S. Ct. 2080, 2090-2091 [2018]):

1. No discriminación: los Estados no pueden, en principio y sujeto a ciertas excepciones, adoptar normas que discriminen entre ellos en el comercio interestatal.
7. En el caso se discute la constitucionalidad de una ley de Arizona que limitaba a un máximo de sesenta el número de vagones de mercancías que podían componer un tren. El conflicto se encontraba, pues, entre la seguridad de transporte (Arizona) y los costes y la eficiencia del transporte nacional (compañía ferroviaria Southern Pacific).

2. No obstaculización o restricción: los Estados no pueden tomar medidas que, aunque sean neutrales en apariencia, y por tanto no discriminatorias, tengan como efecto restringir indebidamente el comercio interestatal.

La amplitud del significado de la palabra *comercio* gira, en gran parte, sobre los propósitos que uno atribuye a la propia cláusula y a la Constitución americana en su conjunto. En la convención constitucional de Filadelfia en 1787, se resolvió que el Congreso podría «legislar en todos los casos [...] en los que los Estados sean incompetentes por separado, o en los que la armonía de los Estados Unidos pueda quebrarse por el ejercicio de la legislación individual». Esta competencia última fue trasladada a la enumeración de poderes en el artículo I, sección 8, que fue aceptado como un mecanismo funcional por la Convención sin mucha discusión. Los defensores de una lectura expansiva afirman que el poder de regular el comercio debería extenderse a cualquier problema que los Estados no puedan resolver por separado. Quienes apoyan una lectura más restringida observan que la Constitución tiene como objetivo restringir, además de empoderar, al Congreso, y la lectura más amplia del poder del comercio se extiende mucho más allá de lo que imaginaron los redactores. Resulta, en definitiva, la traslación al comercio del debate más general entre nacionalistas (federalistas) y antifederalistas.

En la década de 1990, la cuestión empieza a experimentar cierta revisión. En los casos *US v. Lopez* 514 U.S. 549 (1995) y *US v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000), el Tribunal limitó esta enorme autoridad reguladora federal sobre la actividad económica intraestatal. Por primera vez en más de 50 años, el Tribunal Supremo anuló una ley federal por exceder la competencia del Congreso bajo la cláusula de comercio (Ballbé y Martínez, 2003). En *Estados Unidos v. López*, se dictaminó que la Gun-Free School Zones Act (1990), que prohibía la posesión de un arma de fuego en un radio cercano de una escuela, era inconstitucional, porque la medida «no regula una actividad comercial ni contiene un requisito que la posesión esté conectada de alguna manera con el comercio interestatal». En similar sentido, en *United States v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000), la Corte sostuvo que la cláusula de comercio no permitía tampoco al Congreso crear y regular un recurso civil federal —es decir, un fundamento para realizar demandas civiles en tribunales federales— por actos de violencia de género como parte de la Ley de violencia contra la mujer (1994).

Más recientemente, en el caso de la controvertida atención médica de *NFIB v. Sebelius* 567 U.S. 519 (2012), la mayoría de los jueces determinaron que una norma que obligara a una persona a participar en la actividad económica de suscribir una póliza de seguro de salud quedaba

fuera de los poderes del Congreso en virtud de la cláusula de comercio⁸. «El mandato individual no puede ser confirmado como un ejercicio del poder del Congreso bajo la cláusula de comercio», escribió el actual presidente del Tribunal Supremo, John Roberts. «Esa cláusula autoriza al Congreso a regular el comercio interestatal, no a ordenar a los individuos a que participen en él.» Además, «si el Congreso pudiera regular todo lo que los ciudadanos hacen o no hacen en base al impacto que ello tiene sobre el comercio interestatal, el principio de poderes enumerados y limitados conferidos al Congreso por los Estados, quedaría sustancialmente vacío de contenido».

En definitiva, tras casi dos siglos de expansión⁹, la cláusula de comercio como mecanismo de justificación de las políticas federales parece empezar a ofrecer síntomas de agotamiento¹⁰.

A diferencia de EE. UU., Europa no se construye como una comunidad política (pueblo), sino como una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos (Estados) (Weiler, 1995). No hay una intención federalista en el modelo de integración EU. En cambio, las dos experiencias sí se asemejan en el hecho de que no hay una lógica previa planificada ni pensada. Ni geográficamente (cuantos Estados formarán parte de la UE) ni funcionalmente (qué competencias deberán ejercerse a nivel central europeo) puede afirmarse según un diseño preconcebido, lo que da lugar a la conocida imagen de la Europa de *bits and pieces*, es decir, de pequeños pasos funcionales¹¹. Fue, desde luego, el enfoque más posibilista y práctico, pues no se hubiera podido alcanzar un acuerdo de máximos desde un principio. Europa experimenta, y aquello que funciona (en el sentido de servir al interés de los ciudadanos) se legitima como parte de la integración¹².

8. El popularmente conocido como Obamacare.

9. Abarcarían desde *Gibbons v Ogden* 22 US 1 (1824) hasta la actualidad.

10. El maestro García de Enterría, en su prólogo al libro de I. Borrajo Iniesta (1986), nos advierte del carácter dinámico y cambiante de las instituciones del federalismo: «El federalismo no es en parte alguna, ni aun en aquellos países que los establecieron más precozmente, un tema simple y resuelto de una vez por todas. El federalismo es un principio de articulación de dos centros de poder, y esa articulación, aunque formalizada en una estructura determinada por la Constitución, no puede ser más que dinámica en correlación con los cambios del equilibrio real que suscita necesariamente la evolución de las necesidades colectivas y sus formas de satisfacción, así como de todo el entorno político y social. Por ello [...] lo que será inadecuado será buscar en él soluciones definitivas para nuestros propios problemas, porque resulta que tampoco esas soluciones son fórmulas cerradas y permanentes [...]». El mismo autor del libro prologado define el federalismo como «una realidad extremadamente compleja, mal comprendida por los mismos que viven en él, lo crean con sus acciones y lo estudian. La complejidad es el producto exponencial de número y variedad institucional de organizaciones que lo componen, de la fluidez e informalidad de las relaciones entre ellas, y de su continuo proceso de evolución de modo descentralizado y asistemático. El sistema estatal resultante ha sido acertadamente caracterizado como gobierno mediante caos y cooperación» (ibídem, p. 9).

11. Expresión clásica en D. Curtin (1993 y 2020).

12. Véase como ejemplo la compra conjunta de vacunas para la pandemia SARS-CoV2 o la compra conjunta de armamento para prestar ayuda militar a Ucrania tras la invasión rusa. Pese al aplauso general, ambas acciones carecen, a nuestro entender, de un claro y explícito soporte competencial.

Al final tenemos un sistema europeo que se integra progresivamente a través del derecho y el libre mercado mediante una cláusula teleológica o finalista: todo aquello que sea necesario para garantizar un mercado único europeo en el que puedan circular personas, bienes, servicios y capitales. Nótese que el TUE establece que, para la realización de los valores europeos, se encarga a la UE el establecimiento de un mercado interior. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados (art. 3.6. TUE). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros (art. 4.1. TUE). Ello implica una competencia general que debe ejercerse de acuerdo con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (art. 5.1. TUE), respetando la estricta atribución de competencias.

El potencial expansivo (centralizador) de esta integración europea es extraordinario, a semejanza de cómo hemos visto que se ha construido la Commerce Clause norteamericana hasta tiempos recientes¹³. Basta analizar la ingente jurisprudencia TJUE que analiza las «divergencia(s) entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros», susceptibles de falsear las condiciones de competencia en el mercado interior (ex. art. 114 TFUE). Este cometido, sin embargo, escapa a nuestras posibilidades.

Como pone de manifiesto Gutierrez-Fons, puede ser que tanto la Commerce Clause como la cláusula de mercado único UE sean susceptibles de unas interpretaciones judiciales no siempre suficientemente precisas para garantizar una distribución vertical de poderes estable y predecible. Para ello, harían falta otros instrumentos como puede ser el mayor peso del proceso político o la aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, en una especie de segundo nivel de control sobre el ejercicio de las competencias (Gutierrez-Fons, 2014: 96).

En nuestra opinión, la irrupción del principio de subsidiariedad en el TUE no solo significa que la UE debe actuar únicamente cuando ciertas cosas puedan hacerse mejor desde el nivel europeo, sino que —constitucionalmente— se articula que las instancias comunitarias no deben ser el único actor en la búsqueda de soluciones mejores que sean más adecuadas a las necesidades de los ciudadanos. Como se ha destacado, la subsidiariedad «significa reconocer la premisa de que no existe ningún nivel de organización que sea apropiado para desempeñar todas las

13. Puede verse una interesante comparación entre USSC y TJUE en G. Haibach (1999: 155-167). El autor concluye que el análisis de la evolución histórica en ambos continentes demuestra cuán difícil es establecer criterios abstractos para determinar la frontera entre normas nacionales estatales legítimas y normas nacionales estatales contrarias al comercio. En este sentido, la resultante sería un descarnado casuismo. Cfr. M. Poiars Maduro (2002).

tareas que requiere una organización social. El principio, en definitiva, resulta una guía para determinar qué funciones debe desempeñar el Estado» (Trachtman, 1993: 99). El diseño constitucional de la Unión Europea se asienta, pues, al menos sobre dos pilares: las instituciones comunitarias centrales y los Estados así como sus respectivos ordenamientos jurídicos, de forma análoga a la teoría del federalismo dual (Young, 2002; Ballbé y Martínez, 2003).

La consagración de la subsidiariedad en el derecho comunitario originario constituye un espaldarazo a la integración diversa y plural que formulara Cappelletti (1985) en su día¹⁴. Para Buchanan, el nuevo modelo comunitario supone definitivamente la superación del modelo intervencionista centralizado para establecer «una unión federal europea con garantías constitucionales que impedirán el surgimiento de una Europa monolítica, como unidad política central. Las unidades nacionales existentes no serán reducidas al estatus de distritos administrativos provinciales» (Buchanan, 1993: 244). De este modo, la subsidiariedad permitiría recuperar la descentralización sin recaer en el intergubernamentalismo y en las posiciones proteccionistas y autárquicas de cada Estado, cuestión que precisamente quiere superar la integración europea (Weiler, 1991). De forma similar, Trachtman apunta lo siguiente:

[...] el principio de subsidiariedad indica que una determinada política se debe abordar en el nivel de la sociedad desde donde se pueda realizar de forma más efectiva. Como consecuencia de esto, se requiere una competencia vertical continua entre los diferentes niveles de gobierno para determinar cuál de ellos responde a una mayor efectividad reguladora. (Trachtman, 1993: 100)

Esta formulación introduce un criterio, en cierta forma norteamericano, para la asignación de competencias concurrentes entre la Comunidad y los Estados, como es el de la efectividad. Si previamente hemos afirmado que no existe un solo centro de poder que sea capaz de desarrollar satisfactoriamente todas las tareas encomendadas, el principio de subsidiariedad significa introducir el factor eficacia como legitimador de la asunción de competencias. Por ello, esta especie de examen

14. La introducción del principio de subsidiariedad en el derecho comunitario primario, que tanta literatura ha generado, significa, entre otras cosas, el reconocimiento de un doble poder, como así expuso el entonces presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, al indicar que la subsidiariedad es la base para reconciliar el Estado y los niveles inferiores de organización con la sociedad transnacional. «Me encuentro a menudo invocando el federalismo como método, *con adición* del principio de subsidiariedad. Lo veo como la forma de reconciliar lo que para muchos es irreconciliable: la emergencia de una Europa unida y la lealtad a la nación de uno mismo; la necesidad de un poder europeo capaz de afrontar los problemas de nuestra era y la absoluta necesidad de preservar nuestras raíces en el marco de nuestros Estados y regiones» Conferencia del que fuera presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, en la inauguración del 40 año académico del Colegio de Europa de Brujas (Bélgica), 1987.

competitivo entre distintos niveles de gobierno —europeo, estatal o regional— para demostrar que pueden ejercer mejor una determinada competencia va a significar un incentivo para elaborar una regulación de calidad y no extralimitarse en una regulación únicamente centrada en los intereses nacionales particulares. Al contrario, una regulación deficiente y oportunista por parte de los Estados lo que provocaría sería que la UE ejerciera su competencia para la protección del mercado (Ballbé y Padrós, 1997).

La proclamación en el Tratado de la Unión del principio de subsidiariedad ha vendido a consolidar lo que ya se aplicaba tímidamente para las competencias genuinamente UE, como es la no centralización absoluta de las facultades reguladoras en la Administración de Bruselas:

La subsidiariedad se ha considerado como un nuevo principio que permite una redistribución de poderes entre las cada vez crecientes competencias de la Comunidad, la pérdida de jurisdicción por parte de los Estados Miembros y el no reconocimiento de entidades regionales como actores políticos en la CEE. Este concepto sugiere pues que se dejará mayor libertad de elección a los reguladores locales o nacionales para regular ciertas áreas, que quedarán por tanto sujetas a las condiciones de competencia, sin una autoridad centralizada. (Reich, 1992: 889).

Llegados a este punto, puede concluirse apreciando las notables similitudes entre el mecanismo norteamericano de federalización (Commerce Clause) y el mecanismo europeo de integración (Single Market Clause). Ambos utilizan la cuestión del comercio entre Estados como parámetro de examen de la competencia del poder central y, de forma simétrica, de los límites de las regulaciones locales. Al final, el grado de realización del mercado —cuestión de difícil medición objetiva— dependerá también de cada comunidad política y de cómo se perciben las barreras legales existentes. Mientras que el sistema norteamericano está esencialmente destinado a garantizar la apertura interna de los mercados estatales, el proyecto europeo utiliza la integración económica como un medio para alcanzar una finalidad política. Mientras que en EE. UU. existe una mayor movilidad y diversidad, los parámetros europeos son notablemente distintos¹⁵.

15. «Cuando se considera en sí misma, la gobernanza del mercado único de Europa puede parecer bastante incompleta. Las barreras permanecen dentro de ella, especialmente en los servicios. Incluso cuando se establecen reglas estrictas para la apertura, los productos nuevos y las regulaciones de los Estados miembros reintroducen desafíos continuamente. Sin embargo, esta impresión cambia profundamente en comparación con los Estados Unidos. Aunque gran parte del discurso académico y político supone que el joven mercado único de Europa aún debe estar alcanzando el viejo esfuerzo estadounidense por el comercio interestatal, de hecho, Europa ya tiene reglas más estrictas y sistemáticas para la apertura interna de lo que los estadounidenses jamás han considerado. EEUU mantiene muchas barreras interestata-

3. El mecanismo federal de *preemption*

Si la cláusula de comercio actúa como mecanismo constitucional de fundamentación de competencias federales, la *preemption*, en cambio, refiere a un sistema de resolución de conflictos entre normativas existentes (federales y estatales). Dicho en otras palabras, el diseño constitucional de los Estados Unidos de América permite al Congreso federal legislar sobre materias que afecten al comercio interestatal. Cuando se duda de la correcta atribución de una regulación sobre un determinado sector material, se examina si el poder de la federación queda cubierto por la cláusula de comercio.

La *preemption*, sin embargo, presupone la existencia de dos normas igualmente válidas desde el punto de vista de la atribución. Como no pueden aplicarse simultáneamente dos normas distintas, se necesita una cláusula de aplicación. En este sentido, la *preemption* es la regla que hace prevalecer el derecho federal sobre el estatal cuando ambos concurren sobre un determinado aspecto. De manera algo simplista podemos pensar que la Cláusula de Comercio refiere a la atribución de una competencia, mientras que la *preemption* tiene que ver con el ejercicio de la misma, donde el ordenamiento federal siempre goza de una mayor potencia normativa (principio de supremacía)¹⁶. Nótese como el principio de subsidiariedad europea se lee siempre como una regla para el ejercicio de la competencia doblemente atribuida. Así pues, el binomio formado por la Commerce Clause y la Preemption de los EE. UU. en la UE equivaldría a la cláusula de mercado y a la subsidiariedad / proporcionalidad, puesto que la primacía va implícita en la misma existencia del derecho de la Unión Europea.

Para Gardbaum (1994), estudioso clásico del tema, la *preemption* va estrechamente ligada a la voluntad del Congreso. Puesto que este tiene la capacidad de hacer prevalecer su norma, debería hacerlo de manera explícita. El examen de la *preemption* se sitúa, pues, en la voluntad

les que la UE ha eliminado o mitigado, desde estándares de bienes hasta calificaciones profesionales, regulación financiera y contratación pública. En una perspectiva comparativa, el logro político del Mercado Único es especialmente sorprendente, dado que las reglas de la UE se extienden a subunidades mucho más sólidas y heterogéneas que las de los EEUU (o cualquier otra federación nacional). Al mismo tiempo, esta observación minusvalora las renuncias políticas que implica el proyecto de Europa. Sin las condiciones facilitadoras del idioma común o la identidad entre diversas subunidades, es plausible que Europa necesite reglas especialmente estrictas para lograr ganancias en los flujos económicos transfronterizos. Pero esto también implica que tales ganancias económicas en Europa tienen un costo especialmente alto en términos de autonomía local y democracia» (Parsons y Smith, 2022: 5).

16. Para distinguir entre los conceptos de primacía y supremacía en relación con la inserción del ordenamiento UE en el sistema constitucional español, véase Declaración TC 1/2004, de 13 de diciembre (BOE núm. 3 de 4 de enero de 2005). Requerimiento sobre tratados internacionales 6603-2004, formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

expresa del Congreso de hacer prevalecer su norma sobre las estatales. Lo anterior no ha sido óbice para reconocer también la *preemption* implícita, es decir, aquella por la cual la regulación material del Congreso resulta de tal intensidad y densidad que arrincona materialmente a la estatal. Cases (1995: 450) identifica tres tipos de supuestos:

- La regulación federal es tan amplia que obliga a concluir que el Congreso federal ha querido «ocupar» todo el espacio normativo, impidiendo cualquier actuación a los Estados.
- La justificación de la norma federal es un interés nacional de tal entidad que prevalece la propia regulación de los Estados. Es decir, la norma federal persigue un interés colectivo de tal entidad que debe prevalecer sobre los intereses (legítimos pero parciales) de los Estados.
- El objetivo federal es lograr una regulación uniforme en todo el territorio, lo que excluye, *per se*, la capacidad estatal para legislar.

Con la expansión de la cláusula de comercio que hemos explicado, la *preemption* federal ha resultado ciertamente más incisiva. Es decir, cuantas más materias regula el poder federal, más casos aparecerán donde se duda de cuál debe ser la norma aplicable. El lector puede fácilmente intuir que la resolución de los casos será una cuestión de grado y ello quedará en manos de los tribunales. A lo largo de la jurisprudencia de la USSC se han utilizado criterios textualistas u originalistas (Scalia) o criterios contextualistas (la Constitución como texto vivo y adaptable como propone Sunstein). Lo cierto es que resulta difícil destilar un solo canon aplicable universalmente a los casos de *preemption* de las leyes federales sobre las estatales.

En *Cipollone v. Ligget Group Inc.* 505 U.S. 504 (1992), un caso famoso en la lucha contra las industrias tabaqueras, el Congreso había legislado para obligar a las empresas a incorporar etiquetas de advertencia en las cajetillas de tabaco que indicaran su carácter adictivo y pernicioso para la salud. Más allá del fondo del caso, lo que resulta de nuestro interés es el razonamiento sobre la capacidad de la Federación para imponer su normativa a los Estados. El Tribunal falla a favor de la prevalencia del derecho federal y constata la existencia de una voluntad expresa del Congreso que resulta superior a la potencial ambigüedad o a la falta de claridad del texto legal.

En definitiva, el Tribunal Supremo puede construir la *preemption* siguiendo dos criterios: la voluntad y la intensidad del texto. En los casos donde la voluntad no es expresada de manera meridianamente clara, el Tribunal puede recurrir aún a la interpretación contextual que garantice el objetivo federal. En cambio, en *National League of Cities v.*

Usery 426 U.S. 833 (1976), el llamado Tribunal Rehnquist restringió en cierta manera ese poder federal casi ilimitado.

A pesar de lo anterior, puede observarse como, en general, los tribunales de justicia pueden estar mal preparados para ejercer una función de evaluación de los objetivos de una determinada política pública. Los tribunales son órganos especializados en la interpretación de los textos legales, pero no en cambio para el examen comparativo de las políticas que se articulan con esas normas. Dicho inconveniente debería traducirse en una interpretación estricta de la capacidad de *preemption* de las normas estatales. Los tribunales deberían exigir una voluntad expresamente manifestada y la articulación de un interés federal superior. De otro modo, una construcción amplia de la *preemption* reduce a los Estados a meros distritos administrativos y anula en cierto modo la idea de los poderes reservados al nivel estatal por la Constitución.

Sea como fuere, podemos concordar con Martin cuando afirma:

[...] pocas veces los tribunales, en el análisis de la *preemption*, han tenido en cuenta los objetivos funcionales del sistema federal. Esta omisión es significativa si tenemos en cuenta que este principio del federalismo tiene una trascendencia especial en el ámbito administrativo (*regulatory*). Uno de los objetivos del federalismo es permitir que los Estados y las agencias reguladoras locales sirvan de laboratorios para la puesta en funcionamiento de regulaciones innovadoras. Este propósito se ve necesariamente frustrado si se impone un criterio uniforme. [...] Si no se modifican los tests a partir de los cuales se examina la *preemption*, este equilibrio no tendrá lugar. Incluso parece que en el campo de la *preemption* los tribunales hayan renunciado a los principios constitucionales en favor del pragmatismo. (Martin, 1992)

Finalmente, hay que señalar que existen también supuestos de *preemption* administrativa donde el legislador federal delega a las agencias federales la capacidad ejecutiva sobre programas federales. Los ejecutivos estatales se ven, con ello, desplazados. Estos casos son especialmente visibles en los conflictos relativos a políticas ambientales. Volveremos más adelante sobre este asunto.

En la UE resulta indiscutible la existencia del principio de primacía del derecho de la UE sobre los derechos nacionales. Mientras que en el sistema de los EE. UU. —como hemos visto con muchos matices— existe una presunción general contraria a la *preemption* federal que debería exigir una voluntad federal netamente expresada, en la UE el sistema es el inverso: la *preemption* y la capacidad comunitaria de desplazar las normas domésticas nacionales es el principio (Cross, 1992). Esta es la clásica doctrina Simmenthal (STJCE de 9 de marzo de 1978. As. C-106/77). La primacía del derecho de la UE se aplica respecto a cual-

quier tipo de fuente y afecta tanto al poder legislativo nacional como a la aplicación administrativa de las normas. Y también a actos nacionales adoptados con posterioridad a la medida europea.

En las competencias concurrentes entre los Estados y la UE, la existencia de norma europea desplaza siempre y automáticamente a las leyes estatales. No se convierte a la competencia central en exclusiva y la primacía puede ser reversible, pero resulta indubitada la prevalencia de la norma europea sobre la estatal mientras coexistan.

La cuestión es de tal entidad que mereció la aprobación de una declaración relativa a la primacía del DUE, incluida en el TFUE que recoge los trabajos de la Conferencia Intergubernamental y del Dictamen del servicio jurídico del Consejo:

Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (*Costa/ENEL*, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia¹⁷.

Aunque no podemos profundizar ahora en ello, conviene destacar que para Arena (2018), la *preemption* norteamericana y la primacía europea son principios gemelos.

4. La prohibición del *administrative commandeering*

Los ámbitos competenciales indiferenciados o flexibles que hemos visto en el apartado anterior encajan perfectamente en las definiciones tradicionales del llamado *federalismo dual cooperativo*. Sin embargo, «los partidarios de la teoría del federalismo cooperativo se inclinaron hacia una democracia unitaria descentralizada en la que el poder de decisión es detentado por el Gobierno nacional y la implementación sería el terreno de los Estados y los gobiernos locales» (Kincaid, 1991: 108).

En esta especie de deriva, el Gobierno nacional trata a los Estados y a los gobiernos locales como unidades administrativas subordinadas, asignándoles las responsabilidades de ejecución de sus políticas federales. Nos hallaremos entonces ante un sistema centralista de hecho y en

17. Declaración n.º 17 relativa a la primacía.

una manifestación desnaturalizada que difumina los valores genuinos de pluralismo y la diversidad, a la vez que se transformaría el federalismo cooperativo en federalismo coercitivo o recentralizador. En puridad, un verdadero sistema de reparto territorial del poder plural debe implicar un cierto grado de independencia política de sus unidades administrativas. Como afirma Elazar, «en el momento en que aquellos que gobiernan actualmente conciben el sistema federal americano como una pirámide con niveles federales, estatales y locales, han abierto la puerta a la transformación del federalismo cooperativo en federalismo coercitivo» (Elazar, 1965).

La doctrina actual de la USSC reafirma la idea de las unidades político-administrativas separadas. Si las decisiones políticas dejan de ser un asunto que concierna a varios gobiernos negociando en plano de igualdad para conseguir unos objetivos comunes y se convierten en un sistema jerárquico donde se distribuyan distintas funciones entre distintos niveles de gobierno escalonados, nos hallaremos muy lejos de la formulación de un régimen federal. Es la doctrina conocida como la prohibición del *administrative commandeering*.

En la sentencia *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 US 528 (1985), se afirmó que la décima enmienda establece que las competencias no expresamente atribuidas al Congreso federal por la Constitución quedan reservadas a los Estados. En el caso, se trataba de determinar si la extensión de la Fair Labor Standards Act a los salarios de una autoridad local de tráfico que recibía financiación federal suponía una vulneración de su ámbito competencial. El tribunal de instancia consideró que el Gobierno local gozaba de soberanía en este asunto de su competencia y que no podía ampararse la regulación federal en la cláusula de comercio. Sin embargo, el Tribunal Supremo revocó la doctrina y afirmó la extensión federal.

En cambio, unos años más tarde, en *Printz v. US* 521 US 898 (1997)¹⁸, el Tribunal abandonó la construcción basada en la exigencia de claras intenciones del Congreso federal para establecer un límite infranqueable: con independencia de los mecanismos de relación política intergubernamental entre niveles de gobierno, y de la voluntad del nivel federal, el Congreso federal no puede eludir (*circumvent*) la prohibición del *administrative commandeering*. En el caso se examinan las obligaciones que la Handgun Violence Prevention Act de 1993 (conocida como Brady Act) imponía a los Estados.

La normal federal pretendió establecer un sistema administrativo de investigación federal previa a la venta de armas a través de un procedi-

18. Antes incluso de 1997 podemos destacar la sentencia *New York v. US* 505 US 144 (1992). Tanto la sentencia *New York* como la *Printz* pueden verse en detalle en Ballbé y Martínez (2003).

miento rápido que permitiera conocer los antecedentes de los compradores. La norma dispone que este procedimiento centralizado y uniformizado para todos los Estados Unidos debía realizarlo directamente la Administración federal. El plazo máximo para que se pusiera en funcionamiento esta red de información y antecedentes se fijó para el 30 de noviembre de 1998. Sin embargo, mientras se ponía en marcha dicho sistema de investigación, la Ley establece una serie de medidas transitorias provisionales encomendadas a los agentes de policía de los cuerpos estatales y locales (Chief Law Enforcement Officer o CLEO).

El Tribunal (por 5 votos a 4, ponente juez Antonin Scalia) abandonó la construcción hasta aquel momento deferente con el poder del Congreso para afirmar que los Estados no pueden ser meramente el instrumento de actuación administrativa de la federación. «Los constituyentes rechazaron el concepto de un gobierno centralizado que pudiera actuar por encima y a través de los Estados, y a la vez diseñaron un sistema en el cual el Estado y la federación podrían ejercer una autoridad concurrente sobre los ciudadanos.» El Gobierno federal ni puede aprobar directrices que obliguen a los Estados a afrontar determinados problemas ni directamente mandar sobre los funcionarios estatales para que estos apliquen (*administer or enforce*) un programa federal. «No importa el tipo de política pública que se trate ni el examen de los costes y beneficios de las medidas; esas órdenes directas son esencialmente incompatibles con nuestro sistema de soberanía dual.»

La gran innovación de este diseño federal reside en la afirmación de dos capacidades administrativas, una estatal y otra federal, cada una protegida de cualquier incursión por parte de la otra. Se trata de un sistema legal sin precedentes en forma y fondo, establecido sobre dos órdenes de gobierno, cada uno con sus propias relaciones directas.

Una aplicación reciente de la doctrina *anticommandeering* puede verse también en *Murphy v. NCAA* Docket 16-476 584 US (Amar, 2018). En una votación de 6 a 3 cuyo ponente fue el juez Samuel Alito, el tribunal falló que la disposición de la Professional and Amateur Sports Protection Act (PASPA) que prohíbe la autorización estatal de apuestas deportivas viola la doctrina *anticommandeering* bajo la Décima Enmienda a la Constitución, tal como se interpretó en *Nueva York v. Estados Unidos*, 505 U.S. 144 (1992) y *Printz v. Estados Unidos*, 521 U.S. 898 (1997). Según la sentencia, «el Congreso no puede simplemente “mandar sobre el proceso legislativo de los Estados obligándolos directamente a promulgar y hacer cumplir un programa federal”».

El Tribunal enfatiza que no hay una diferencia significativa entre ordenar al poder legislativo estatal que promulgara una nueva ley o prohibirle que lo hiciera. La disposición federal contra la autorización prevista en la Ley PASPA violaba el principio, porque ordenaba específica-

mente lo que un Estado podía y no podía hacer. El Tribunal declaró que cumplir con la regla *anticommandeering* es importante, porque sirve como una de las garantías estructurales de la libertad de la Constitución, promueve la correcta asignación de cada responsabilidad política y evita que el Congreso traslade los costos regulatorios a los Estados.

Como hemos visto, la reformulación del federalismo cooperativo no llegaría a eliminar la centralidad federal, sino que la trasladaría a los despachos y a los pasillos de los burócratas, distorsionando así sus manifestaciones públicas y su efectividad.

El sistema que ha funcionado en la Unión Europea hasta nuestros días se podría encuadrar dentro de esta visión de la cooperación burocrática y de difuminación de la pluralidad política. Efectivamente, el sistema administrativo de la UE se separa radicalmente del modelo americano. En primer lugar, esconde una cierta indefinición de las misiones específicas de ejecución del derecho comunitario con términos como *mise en ouvre*, *enforcement*, *implementation* o *administration*. Conviene, pues, como primera característica, retener la necesidad de una definición funcional de lo que deba entenderse por administración comunitaria: «es administración pública comunitaria aquel órgano o institución que ejercita funciones típicamente administrativas, y en particular, las de ejecución normativa, ejecución material y control o supervisión» (Estella de Noriega, 2000: 101). Ello incluye a la Comisión y al Consejo¹⁹, pero, esencialmente, a las administraciones públicas nacionales, a quienes corresponde, de acuerdo con este sistema comunitario de Administración indirecta, la aplicación ordinaria del derecho comunitario.

En segundo lugar, la Unión Europea no es un Estado y, por lo tanto, parece obligado efectuar ciertas prevenciones en torno a la idea de un derecho administrativo europeo. Los tratados originarios presentan fuertes características del modelo de control o modelo anglosajón, ya que:

19. El aspecto ejecutivo comunitario tiene un carácter dual. Efectivamente, si analizamos el artículo 202 del TCE (hoy derogado y sustituido en su casi totalidad por los nuevos artículos 290 y 291 del TFUE), resulta que se atribuye tanto al Consejo como a la Comisión las competencias de ejecución. Esta disposición supone la regulación a nivel de derecho primario de la doble articulación del poder ejecutivo comunitario tanto en la Comisión como en el Consejo. A pesar de que ordinariamente se considera la Comisión como el ejecutivo, de la dicción del precepto resulta que la atribución primaria del poder ejecutivo reside en el Consejo (conjunto de los ejecutivos nacionales) y que este podrá atribuir a la Comisión una especie de ejecución delegada. Además, se permite la reserva de ejecución en quien es el titular primero (el Consejo). Este precepto refiere a los actos de Consejo, pero no en cambio a los actos que la misma Comisión adopte por ella misma. Con ello aparece la posibilidad de un ejercicio ejecutivo doble de la Comisión: directo para aquellos actos propios y delegado para los actos del Consejo. Ni que decir tiene que la disposición hace referencia a lo que después se ha conocido como *procedimiento de comitología*, por el que el Consejo puede reintergubernamentalizar la potestad ejecutiva delegada a la Comisión. No es esta la sede adecuada para profundizar en este peculiar sistema de competencia ejecutiva delegada.

1. No duplica las estructuras nacionales (administración indirecta), sino que se trata de un modelo de «mandar hacer» o modelo regulatorio, muy distinto del modelo francés.
2. Se da una gran importancia al derecho creado por el juez (*judge made law*). Ello no es óbice, sin embargo, para que exista una cierta actividad administrativa donde la aplicación de normas y políticas públicas es realizada básicamente por tres sujetos —situados por orden de relevancia—: las administraciones públicas nacionales; el Consejo UE (no en vano son los ejecutivos nacionales reunidos en sede europea), y la Comisión europea (que es administración pero no poder ejecutivo)²⁰.

Jean Monnet enunció con toda naturalidad la teoría del *administrative commandeering* en Europa: «sería suficiente con algún centenar de funcionarios europeos para poner en funcionamiento a los millares de expertos nacionales y para hacer cumplir los fines de los Tratados a las empresas y a los Estados» (Monnet, 1985). Las administraciones nacionales experimentan una suerte de desdoblamiento funcional (*double casquette*). En esos casos, la Administración española se convierte en administración comunitaria y aplica el procedimiento administrativo español.

En definitiva, coincidimos con Moreno Molina (2000: 146) en la enumeración recapitulativa de las singularidades del ejercicio de la potestad ejecutiva en la UE:

1. El derecho comunitario no distingue o no regula separadamente la Administración directa (UE) de la indirecta (EEMM).
2. En la práctica, la gran mayoría de normas de derecho comunitario son aplicadas por las administraciones nacionales.
3. Aunque estas dos formas o sistemas de ejecución del acervo comunitario son idealmente diferenciables con nitidez, en la práctica no se desarrollan casi nunca de forma pura, autónoma y desconectada (administración mixta o multinivel)²¹.

20. Ballbé y Martínez explican con claridad la dependencia del modelo administrativo europeo de su origen como derecho internacional: «[...] una de las razones por las que los Estados de la Unión Europea tienen el monopolio de aplicar en su interior el derecho europeo sin que pueda inmiscuirse una Administración supranacional europea [...] se basa en que, originariamente, el Tratado de Roma se veía como un tratado internacional. Por tanto, en este inicial proceso europeo se reproducían las tradicionales normas y prácticas del derecho internacional como la aplicación por el propio Estado del derecho derivado del tratado internacional, sin injerencias de otra Administración exterior. Es decir, el Estado suscribía un Tratado, pero la condición *sine-qua-non* era que el propio Estado era el encargado de aplicarlo en su país y ni se planteaba la posibilidad de crear una nueva Administración *ad hoc* supraestatal para hacerlo cumplir o supervisar su cumplimiento» (Ballbé y Martínez, 2003: 199).

21. Para una distinción entre los conceptos de administración dual y administración integrada, véase Schneider (2008).

En otro orden de cosas, «llama la atención la falta de una clara división de competencias y funciones entre la Administración comunitaria *stricto sensu* y las administraciones nacionales, al menos en lo que se refiere a la ejecución del derecho comunitario. En este sentido, la carencia de una deseada eficacia en la función administrativa de control y ejecución del derecho comunitario no resulta ajena a la falta de una separación horizontal y vertical clara entre el papel de la Comisión y el de las administraciones nacionales. Sin embargo, el análisis de la jurisprudencia del TJCE nos permite aventurar una conclusión con vocación general: el deber de ejecutar y mantener la aplicación del derecho comunitario, aunque atribuido a los Estados miembros por el Tratado, no excluye la competencia de la Comunidad, lo que la convertiría en un área de poderes compartidos pero quedando la intervención de los Estados miembros limitada por las condiciones establecidas en el propio derecho comunitario. En otras palabras, la libertad de acción y el poder de aplicación de estos viene condicionada a que no exista ninguna normativa comunitaria que lo contradiga» (Gil Ibáñez, 2000: 184-185)²².

El sistema de administración comunitaria se basa, pues, en un modelo de administración indirecta, en la que el brazo ejecutor de las políticas no es la propia Comisión, sino cada uno de los ejecutivos nacionales. El modelo de organización administrativa comunitaria se aparta del que tradicionalmente se ha seguido en EE. UU. En el modelo comunitario, las políticas de ejecución directa son las menos (por ejemplo, la política de defensa de la competencia), mientras que la administración nacional es también administración comunitaria. Como afirma Cassese:

[...] la ejecución de las normas no se produce en sede comunitaria porque la comunidad es una organización pública de ejecución indirecta. Como ha afirmado uno de los padres fundadores, la Comunidad no ejecuta; hace que se ejecute. En general, la Comunidad opera a través de los órganos administrativos nacionales de los Estados miembros. Se produce entonces un fenómeno de coadministración. (Cassese, 1991: 770)

Ello incide todavía más tanto en la intensa penetración del derecho comunitario dentro del derecho nacional, como en un sistema difuso de asignación de responsabilidades por el éxito o el fracaso de determinadas políticas²³.

22. En este sistema de Administración indirecta dinámica existen ciertos principios de relación entre administraciones cuya finalidad sería cohesionar esta pluralidad de administraciones nacionales con la necesaria aplicación uniforme del derecho: cooperación, subsidiariedad, lealtad federal y efecto útil.

23. Al escribir estas páginas aparece la noticia de la preparación, por parte del Gobierno de España, de un proyecto de ley sobre paridad que obligaría tanto a la confección de listas electorales igualitarias entre hombres y mujeres (sistema cremallera) como a una represen-

La arquitectura institucional europea, como colofón, presenta otro preocupante problema de legitimidad democrática. Solo de forma reciente (1992) el poder legislativo de la UE lo conforman tanto el Parlamento europeo como el Consejo de la Unión (ejecutivos nacionales reunidos en sede europea). Antes de la codecisión y su generalización en el procedimiento legislativo ordinario, resulta que el Consejo de Ministros de la UE, es decir, los representantes de los ejecutivos nacionales con rango de ministro, actuaban como órgano legislativo de la UE. Dado que las normas europeas pueden requerir para su efectiva implementación de actividad legislativa nacional (trasposición de directivas), resulta que el ejecutivo nacional acababa mandando —por medio del derecho europeo— sobre el parlamento nacional, con lo que se producía una clara subversión de la tradicional escala de legitimidad democrática hacia una disimulada pero cuestionable legitimidad burocrática.

5. Los *unfunded mandates*

Como hemos visto, en el sistema administrativo de los EE. UU. la Administración federal no puede, en principio, dar órdenes a las estatales. Existen sin embargo ejemplos donde pueden concurrir tanto la voluntad explicitada del Congreso federal como una mayor preponderancia del interés federal sobre el estatal. El *administrative commandeering* no constituye, pues, una prohibición absoluta.

En aquellos casos donde la Administración estatal actúe como brazo ejecutor de una política federal, se exige la dotación de fondos presupuestarios para poder desarrollar ese cometido. En otras palabras, si los Estados han de actuar finalmente por mandato de la Administración federal, la norma debe prever la correspondiente asignación económica para costear los medios humanos y materiales que el Estado deba emplear en ello. Esta relación de dotación o suficiencia económica en terminología española se conoce en EE. UU. como la prohibición de los *unfunded mandates* o ‘financiación para competencias impropias’.

Generalmente, la patología de los *unfunded mandates* puede presentarse en leyes, reglamentos o reglas federales que imponen actuaciones administrativas a los Estados sin incluir los fondos necesarios para garantizar su cumplimiento. Si bien muchos programas federales crea-

tación mínima del 40% de mujeres en los consejos de administración de las empresas y otros centros de decisión. Esta normativa, que se comunica públicamente como una iniciativa del Gobierno, no es más que la obligación normativa que deriva de la aprobación europea de la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas (DO L-315/44 de 7 de diciembre de 2022), cuya trasposición es obligada en todos los ordenamientos nacionales antes de final de 2024.

dos por el Congreso incluyen financiación para los Estados, no siempre es así. Los costes ocultos de implementación pueden convertirse en una carga para los gobiernos estatales (y locales) en sus esfuerzos por administrar los programas federales. O, en otros casos, los fondos federales pueden demostrarse insuficientes a medida que los estos cambian o se reducen. Ya que los *unfunded mandates* obligan a los Estados a hacer algo y gastar sus propios recursos para hacerlo, la controversia afecta plenamente al sistema federal de distribución de competencias en los Estados Unidos.

De forma lógica, la conflictividad de la situación aumenta cuantitativamente de forma paralela al aumento de los programas federales:

Durante las décadas de 1960 y 1970, las relaciones intergubernamentales se volvieron cada vez más tensas, ya que el Congreso promulgó más de 500 nuevos programas regulatorios federales que afectaron a los gobiernos estatales y locales. Muchos de estos programas promovían objetivos sociales nobles, que iban desde la calidad del agua potable hasta la eliminación de la discriminación racial, pero venían con reglas detalladas, burocracias y fórmulas para igualar y distribuir fondos. Aún más importante, llegaron sin fondos federales directos, por lo que las autoridades administrativas estatales y locales tuvieron que pagar la mayor parte de los costos de sus propios presupuestos. (Cole y Comer, 1997: 103)²⁴

Si bien el modelo de transferencia de fondos para la ejecución de los programas federales respeta el control local y estatal y, por lo tanto, la soberanía sobre las decisiones políticas, con el cambio a fines de la década de 1960 el Gobierno federal empezó a obligar a los estados y localidades a cumplir. No se trata ya solo de administrar fondos federales, sino de ser mero brazo ejecutor de determinadas políticas, sin capacidad de incidir en su configuración.

Junto con ello —crecimiento de las políticas federales y de las regulaciones de las numerosas agencias— existen también ejemplos de desconexión entre la financiación y el programa federal. Este puede ser el caso de los fondos federales para autopistas. En la *National Minimum Drinking Age Act* (1984), por ejemplo, la ley federal vinculó la transfe-

24. En parte como respuesta a este cambio en la estructura del federalismo estadounidense, el presidente Reagan creó un grupo de trabajo en particular sobre las competencias no financiadas. Reagan señaló específicamente el coste de la regulación para las empresas estadounidenses, ya que las regulaciones gubernamentales imponen una enorme carga sobre las empresas grandes y pequeñas en los Estados Unidos, desalientan la productividad y contribuyen sustancialmente a crear nuestros problemas económicos actuales. Cortar la maraña de regulaciones irracionales y sin sentido requería un estudio cuidadoso, una estrecha coordinación entre las agencias y las oficinas de la estructura federal y una revisión general del sistema de financiación de las políticas. Por todo ello se estableció una *Presidential Task Force on Regulatory Relief*.

rencia de fondos para reparaciones de carreteras a un requisito de edad mínima para beber determinado por el Gobierno federal. A pesar de que la 21.^a Enmienda reconoce a los Estados la competencia sobre bebidas alcohólicas, la creciente dependencia de los Estados de los fondos federales condicionó que todos ellos finalmente aprobaran sucesivas leyes que elevaban la edad para consumir alcohol al mínimo de veintiún años, requisito exigido por el Gobierno federal. No hay, pues, una conexión lógica entre los fondos del programa federal (mantenimiento de carreteras) y la exigencia federal (edad mínima de consumo de alcohol a los 21 años).

En este contexto, el Congreso aprobó la Unfunded Mandate Reform Act (UMRA) en 1995. Su objetivo legislativo, expresamente explicitado en el preámbulo de la Ley, era frenar la práctica de imponer mandatos federales no financiados a los gobiernos estatales y locales; fortalecer la cooperación entre el Gobierno federal y los gobiernos estatales y locales; así como atajar la imposición, en ausencia de una consideración completa por parte del Congreso, de mandatos federales a los gobiernos estatales sin la financiación adecuada. Todo ello constituía una forma encubierta de imponer prioridades gubernamentales esenciales de un nivel de gobierno a otro. Los proyectos normativos deberían incluir (cuando implicaran un coste superior a los 50 millones de dólares) una evaluación por parte de la Congressional Budget Office. Igualmente, se dotaba de jurisdicción a los tribunales federales, que estarían autorizados a obligar a las agencias a cumplir con las nuevas responsabilidades descritas en la Ley²⁵.

La doctrina del Tribunal Supremo ha respaldado la capacidad de los gobiernos estatales para oponerse a leyes o reglamentos con los que están de acuerdo, si no tienen los fondos para implementar. La oposición frontal al contenido de determinadas políticas que los Estados pueden considerar inconstitucionales tiene también en la cuestión de la dotación un argumento para combatir su efectividad²⁶. Más difícil es, en cambio, examinar la suficiencia de los fondos en relación con los costes administrativos, puesto que examinar la adecuación de la financiación implicaría a los tribunales en cuestiones de política pública que deben dejarse en manos de los poderes legislativo y ejecutivo. Cuando un mandato federal es impugnado ante un tribunal, solo la naturaleza estruc-

25. La reforma de la UMRA se llevó a tramitación parlamentaria por la Unfunded Mandates Information and Transparency Act of 2020. 117 Congreso. Texto del proyecto disponible en <<https://www.govinfo.gov/app/details/BILLS-116s3689is>>. El último trámite fue su envío al Senado el 2 de febrero de 2021. La iniciativa ha decaído.

26. Esta cuestión tiene un espectro más amplio si consideramos tanto la Spending Clause del Gobierno federal como la recaudación federal y estatal de impuestos. Se entrecruzan, pues, argumentos estrictamente competenciales con argumentos relativos al correcto reparto de la financiación en un sistema compuesto. Cfr. Northrop (1997).

tural del mandato, no la adecuación de su financiación, debe dictar si la norma se reputa constitucional o menos (*Reno v. Condon* 528 US 141 (2000)). La jurisprudencia que hemos analizado hasta ahora comparte el criterio inicial de enjuiciamiento: una norma federal que proporciona incentivos financieros para que un Estado adopte una política en particular puede no ser válida si el incentivo es «tan coercitivo como para pasar el punto en el que “la presión se convierte en compulsión”» (*South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 211 [1987]).

En la UE, la cuestión no es objeto de discusión por el sistema de administración indirecta que hemos explicado antes. Las administraciones nacionales son las encargadas de manera natural de la aplicación y la ejecución de las políticas europeas. No en balde, entre los criterios de adhesión a la UE está el respeto al ordenamiento legal en su conjunto y «la capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, incluida la capacidad para poner en práctica de manera eficaz las normas, los estándares y las políticas que forman el acervo comunitario». De los tres criterios de Copenhague²⁷ los más conocidos son el llamado *criterio político* («instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de derecho y el respeto por los derechos humanos») y el llamado *criterio económico* («existencia de una economía de mercado en funcionamiento y capacidad de hacer frente a la presión competitiva y a las fuerzas del mercado dentro de la UE»). No se repara suficientemente en la necesidad de demostrar en las negociaciones de ingreso la capacidad administrativa nacional para aplicar las políticas de la UE, ya que estas conllevan unos medios y un coste.

Resulta evidente que las capacidades administrativas de un Estado deben tenerse en consideración en los procesos de adhesión con un doble objetivo:

1. Garantizar la capacidad de aplicación efectiva de las políticas de la UE y conjurar así el peligro de una administración hueca o de una distancia insalvable entre el derecho y su aplicación a la realidad.
2. Garantizar una aplicación mínimamente uniforme entre los varios países que conforman la UE, de manera que los medios materiales y humanos puestos a disposición de la ejecución del derecho de la UE no hagan variar los resultados finales.

27. Fijados por primera vez en el Consejo Europeo de Copenhague en 1993. Documentación disponible en <<https://www.consilium.europa.eu/media/21221/72925.pdf>>. Curiosamente, el criterio administrativo no aparece en el texto de dichas conclusiones y solo muy vagamente en las Conclusiones del Consejo Europeo de Madrid de 1995, en una escueta referencia a la necesidad de «crear las condiciones para una integración progresiva y armoniosa de estos Estados gracias especialmente al desarrollo de la economía de mercado, a la adaptación de sus estructuras administrativas y a la creación de un entorno económico y monetario estable». Véase <https://www.europarl.europa.eu/summits/mad1_es.htm#intro>.

Demasiadas veces limitamos el análisis del derecho administrativo a una sola de sus manifestaciones, como es la producción normativa o la reglamentación destinada a regir la ordenación de un determinado sector. El derecho administrativo, a nuestro modo de ver, es, sin embargo, una disciplina mucho más amplia que debe abarcar lo que en terminología anglosajona se denomina *law enforcement*, es decir, la actividad misma de aplicación de las normas. Esta autolimitación en el análisis doctrinal puede provocar, de una parte, imágenes desfiguradas sobre la presencia real del derecho y la Administración en un determinado sector o puede incluso llegar a frustrar las previsiones que ese mismo derecho efectúa sobre una determinada materia. Contemplar el derecho administrativo de un modo estático, solo como un conjunto de normas, olvidando la actividad de la Administración, nos puede llevar a la paradoja de la «Administración hueca», según la terminología del profesor Ballbé (1998). Así, resulta que no basta con la elaboración de disposiciones de carácter general adecuadas y de calidad para regular aspectos propios del derecho europeo, sino que hace también falta contar con unos servicios administrativos presentes, profesionales y responsables para que vigilen la aplicación del mismo. Y este cometido, en Europa, corresponde a los Estados.

6. Conclusiones

De lo explicado hasta aquí se puede apreciar una notable similitud entre el derecho económico federal, con la enorme capacidad competencial del centro (EE. UU. y UE) en materia de comercio. Esta fuerza expansiva potencialmente ilimitada tiene en el caso americano el contrapeso de las relaciones federales con las administraciones públicas estatales que ejecutan las leyes. Ello, en contraste, no es así en la UE, donde ambas vertientes (competencial y administrativa) presentan un fuerte componente centralizador.

Para el primer aspecto, tanto la cláusula de comercio norteamericana como la cláusula de mercado único sustituyen los mecanismos estáticos de distribución constitucional de competencias. Como explica Borrajo:

[...] la cláusula de comercio ya no es fuente de división de poderes sobre la economía entre Federación y Estados, sino principio ordenador en la composición de las leyes que los dos niveles de la Unión dictan en la normación del comercio [...]. La división de competencias pierde su capacidad para resolver los conflictos entre esferas normativas. Ya no ofrece un parámetro de validez de las normas, federales y estatales, que regulan el comercio. Si existe un conflicto entre ellas, los tribunales no pueden acudir a una solución brindada por la división

federal de poderes trascendente a las normas mismas, sino que han de hallar una solución inmanente a las normas en conflicto. La prevención y una doctrina relativista de los efectos negativos de la cláusula de comercio durmiente asumen el papel que la antigua jurisprudencia reservaba a la distribución constitucional de poderes. (Borrajo Iniesta, 1986)

Según nuestro parecer, en este aspecto, la experiencia norteamericana se ha trasladado íntegramente al modelo de integración europeo y a las relaciones entre legislación estatal y DUE, con los principios de cláusula de mercado y primacía. En ambos ordenamientos se parte de una atribución competencial limitada para el centro (cláusula de atribución ex. art. 5 TUE y competencia residual a favor de los Estados ex Décima Enmienda de la Constitución) y de una construcción ampliamente finalista de las competencias subsidiarias (art. 308 TFUE) o de la Necessary and Proper Clause (art. II. Sección 8 de la Constitución). Este paradigma legal ha sido ampliamente superado por la doctrina judicial²⁸.

Pese a que el ordenamiento americano no persigue la armonización normativa europea y permite un mayor grado de diversidad entre Estados, ambos ordenamientos comparten un papel preeminente de la construcción judicial de la integración. Tanto la USSC como el TJUE se erigen en motores de la federalización.

La idea de que la Constitución (los Tratados) sirve de base para la organización de una entidad política nacional se encuentra en el fundamento de la actitud histórica del TS de EEUU que ha facilitado la progresiva concentración de poder en la Federación. [...] A este respecto, cabe recordar que históricamente la falta de claridad del reparto de competencias ha beneficiado la expansión del poder federal. (De Miguel Asensio, 2006: 18)

Sin embargo, mientras observamos que el modelo de atribución competencial es bastante parecido, el administrativo o de ejecución de las políticas por parte de los distintos niveles es completamente distinto. La centralización federal norteamericana se contrapesa con un sistema administrativo dual, donde la federación no puede ordenar a los aparatos administrativos estatales la ejecución de sus políticas. Existe una neta separación entre niveles administrativos que pueden actuar con-

28. Para DE MIGUEL (2006) se trata de una mera ficción. «Como consecuencia de la evolución social y técnica, los tribunales consideran que un creciente número de actividades afectan al comercio interestatal y, por lo tanto, pueden quedar sometidas a la legislación federal, de manera que el comercio meramente interno o intraestatal —sometido solo a la regulación de los Estados— tiende a desaparecer y el control por los Estados de sus economías depende en gran medida de la inactividad o del consentimiento federal, condicionado por la presión política y por criterios económicos, al margen de las limitaciones constitucionales» (ibídem, p. 8).

juntamente si existe el acuerdo cooperativo entre ellos (y la correspondiente asignación económica), pero no puede imponerse. La centralización normativa se compensa con la descentralización aplicativa. En la UE la potencia expansiva de la cláusula de mercado y su consecuencia federalizante se acompaña de un sistema administrativo igualmente centralista. Como pusieran de relieve Ballbé y Martínez: «en la actualidad existe un doble ordeno y mando desde Bruselas, es decir, sobre la legislación nacional y sobre la ejecución administrativa dentro del Estado» (Ballbé y Martínez, 2003: 198).

Los Estados miembros son los aparatos administrativos del derecho de la UE. No hay prácticamente un sistema de administración directa europea y las políticas públicas que derivan de la normativa europea son aplicadas por las administraciones nacionales con sus propios medios. Por ello resulta tan importante el requisito administrativo de adhesión, es decir, que los Estados candidatos dispongan de suficiente capacidad administrativa para garantizar la aplicación del derecho.

Con ello, el ordenamiento europeo, sin ser un Estado, es doblemente centralista. En otras palabras, en EE. UU. el poder normativo de la federación debe equilibrarse con el respeto a la autonomía administrativa de los Estados, mientras que en Europa la UE ejerce su poder tanto en lo que refiere a las normas como a su aplicación administrativa. La integración supranacional coloca tanto a los parlamentos como a los aparatos administrativos nacionales en una posición de clara subordinación. Paradójicamente, la integración supranacional europea ofrece menos garantías para los Estados que unos Estados Unidos de Europa.

Referencias bibliográficas

- AMAR, V. D. (2018). «“Clarifying” Murphy’s Law: Did Something Go Wrong in Reconciling Commandeering and Conditional Preemption Doctrines?». *Supreme Court Review*, 299-346.
<<https://doi.org/10.1086/703561>>
- ARENA, A. (2018). «The twin principles of primacy and preemption». *Oxford Principles of European Union Law*, I, 300-348.
- BALLBÉ, M. (1998). «La Administración Hueca». *El Periódico* (16 de octubre).
- (2007). «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización». *Revista de Administración Pública*, 174.
- BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R. (2003). *Soberanía dual y Constitución integradora: La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*. Barcelona: Ariel.
- BALLBÉ, M. y PADRÓS, C. (1997). *Estado competitivo y armonización europea: Los modelos norteamericano y europeo de integración*. Barcelona: Ariel.

- BARNETT, R. E. (2001). «The Original Meaning of the Commerce Clause». *University of Chicago Law Review*, 68, 101.
- BERMANN, G. A. (1995). «European Community Law from a US Perspective». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 4.
- BORRAJO INIESTA, I. (1986). *Federalismo y unidad económica: La cláusula de comercio de la Constitución de EE.UU.* Madrid: INAP.
- BUCHANAN, J. M. (1993). «Una perspectiva americana de la oportunidad constitucional de Europa». *Hacienda Pública Española*, 124.
- CAPPELLETTI, M. (1985). «Foreword». En: *Integration Through Law*, vol. I, libro 1. Nueva York.
- CASES PALLARÉS, L. (1995). *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- CASSESE, S. (1991). «Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione». *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991/3.
- COLE, D. H. y COMER, C. S. (1997). «Rhetoric, Reality, and the Law of Unfunded Federal Mandates». *Stanford Law and Policy Review*, 8.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2019). Report: 45825. Federal Preemption: A Legal Primer. July 2019. Disponible en <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R45825.pdf>>.
- COOTER, R. D. y SIEGEL, N. S. (2010). «Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section 8». *Stanford Law Review*, 63(1).
- CROSS, E. D. (1992). «Preemption of member State law in the European Economic Community: A framework for analysis». *Common Market Law Review*, 29(3), 447-472.
- CURTIN, D. (1993). «The constitutional structure of the Union: A Europe of bits and pieces». *Common Market Law Review*, 30(1).
- (2020). «From a Europe of bits and pieces to a union of variegated differentiation». *EUI Working Paper, EUI RSCAS, 2020/37, European Governance and Politics Programme*. Disponible en <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/67047>>.
- ELAZAR, Daniel J. (1965). «The Shaping of Intergovernmental Relations in the Twentieth Century». *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 359(1), 10-22.
<<https://doi.org/10.1177/000271626535900103>>
- ESTELLA DE NORIEGA, A. (2000). «La Administración pública comunitaria». En: AA. VV. *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- GARDBAUM, S. A. (1994). «The Nature of Preemption». *Cornell Law Review*, 79(4).
- GIL IBÁÑEZ, A. (2000). «El déficit de aplicación administrativa del Derecho comunitario: Características, principales causas y algunas posibles soluciones». En: QUADRA SALCEDO, T. de la y ESTELLA DE NORIEGA, A. *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión: Las respuestas del Tratado de Amsterdam*. Madrid: BOE y UCIII.
- GUTIÉRREZ-FONS, J. A. (2014). «Transatlantic adjudication techniques: The Commerce Clause and the EU's internal market harmonization clause in perspective». En: FAHEY, Elaine y CURTIN, Deirdre (eds.). *A Transatlantic*

- Community of Law: Legal perspectives of the relationship between EU and US legal orders*. Cambridge UP, 69-101.
- HAIBACH, G. (1999). «The interpretation of article 30 of the EC Treaty and de “dormant” commerce clause by the European Court of Justice and the US Supreme Court». *International and Comparative Law Quarterly*, 48(1).
- KINCAID, J. (1991). «The competitive challenge to cooperative federalism: A theory of federal democracy». En: D. A. KENYON y J. KINCAID. *Competition among states and local governments*. Washington, DC: The Urban Institute Press.
- MARTIN, C. R. (1992). «Preemption if the Age of Local Regulatory Innovation: Fitting the formula to a different kind of conflict». *Texas Law Review*, 70(7), 1841.
- MIGUEL ASENSIO, P. A. de (2006). «Diversidad jurídica y unidad de mercado: El sistema federal de EEUU y la Unión Europea». *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 20, 41-69. Disponible en <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/6904/>>.
- MONNET, J. (1985). *Memorias*. Madrid: Banco Hispano-Americano. Club Siglo XXI. Prólogo de Felipe González Márquez.
- MORENO MOLINA, A. M. (2000). «La Administración pública de los Estados Miembros como Administración comunitaria: Referencia a la situación española». En: AA. VV. *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- NORTHROP, Patricia T. (1997). «The constitutional insignificance of funding for federal mandates». *Duke Law Journal*, 46, 903-930.
- PARSONS, C. y SMITH, A. (2022). «The ‘completeness’ of the EU single market in comparison to the United States». *Single Market Economy Papers 2022*. Disponible en <https://single-market-economy.ec.europa.eu/publications/completeness-eu-single-market-comparison-united-states_en>.
- POIARES MADURO, M. (2002). *We the Court: The European Court of Justice and the European economic constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- REICH, N. (1992). «Competition among legal orders: A new paradigm of EC Law?». *Common Market Law Review*, 29(1).
- SANDALOW, S. y STEIN, E. (eds.) (1982). *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- SCHNEIDER, J. P. (2008). «Estructuras de la Unión administrativa europea». En: F. VELASCO CABALLERO y J. P. SCHNEIDER (2008). *La unión administrativa europea*. Madrid: Marcial Pons, 30-32.
- SCHÜTZE, R. (2006). «Supremacy without pre-emption?: The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption». *Common Market Law Review*, 43(4), 1023-1048.
- STABILE, S. J. (1995). «Preemption of State Law by Federal Law: A task for Congress or the Courts». *Vilanova Law Review*, 40(1).
- TRACHTMAN, J. P. (1993). «International Regulatory Competition, Externalization and Jurisdiction». *Harvard International Law Journal*, 34(1).
- VELASCO CABALLERO, F. y SCHNEIDER, J. P. (2008). *La unión administrativa europea*. Madrid: Marcial Pons.

- WEILER, J. H. H. (1991). «The transformation of Europe». *Yale Law Journal*, 100.
- (1995). «Does Europe Need a Constitution?: Demos, Telos and the German Maastricht Decision». *European Law Journal*, 1(3).
- YOUNG, E. (2002). «Protecting Member State Autonomy in the European Union: Some Cautionary Tales from American Federalism». *New York University Law Review*, 77(1).

Cómo la corrupción amenaza a la seguridad humana

How corruption threatens human security

Claudia Escobar Mejía

Doctora en Derecho Pluralístico. Universitat Autònoma de Barcelona
Centennial Fellow de Georgetown University
Radcliff Fellow de Harvard University
Distinguished Visiting Professor de la Schar School of Policy and Government
George Mason University (USA)



© de la autora

Recepción: 16/9/2023
Aceptación: 1/10/2023

Resumen

Este ensayo explora cómo la corrupción representa una amenaza significativa para la seguridad humana en múltiples dimensiones: económica, política, personal y comunitaria. Al corroer la confianza en las instituciones, socavar el estado de derecho y facilitar otras formas de criminalidad, la corrupción impacta negativamente en la calidad de vida de las personas y en la cohesión social. En países donde la corrupción es sistémica, como Guatemala, se observa una conexión directa entre la prevalencia de prácticas corruptas y la vulnerabilidad de los ciudadanos, desde los riesgos que enfrentan en carreteras mal mantenidas hasta la recepción de atención médica inadecuada. La corrupción judicial es un subconjunto insidioso de la corrupción política, ya que socava el último recurso que la gente podría tener para buscar justicia y protección. Combatir la corrupción no es solo una cuestión ética o legal, sino también una necesidad imperante para mejorar la seguridad humana. Requiere un enfoque integral que abarque desde políticas de transparencia y rendición de cuentas hasta la participación activa de la sociedad civil y los medios de comunicación. Solo así se puede empezar a reconstruir la confianza en las instituciones y mejorar la seguridad humana para todos. El ensayo brinda una visión general sobre el impacto de la corrupción en la seguridad económica, política, personal y comunitaria. También analiza niveles y tipos de corrupción, con énfasis en la corrupción sistémica y judicial. Examina el caso de Guatemala para ilustrar los efectos de la corrupción en la seguridad humana. Finalmente, argumenta que la independencia judicial es fundamental para empoderar a los tribunales en la lucha contra la corrupción y la protección de los derechos humanos.

Palabras clave: corrupción judicial; seguridad humana; corrupción sistémica; independencia judicial; Guatemala

Abstract

This essay explores how corruption represents a significant threat to human security across multiple dimensions: economic, political, personal and community. By eroding trust in institutions, undermining the rule of law and enabling other forms of criminality, corruption negatively impacts people's quality of life and social cohesion. In countries where corruption is rampant, such as Guatemala, there is a direct connection between the prevalence of corrupt practices and the vulnerability of citizens, from the risks they face on poorly maintained roads to receiving inadequate healthcare. Judicial corruption is an especially insidious subset of political corruption, as it undermines the last recourse people may have to seek justice and protection. Combating corruption is not just an ethical or legal matter, but an urgent necessity to improve human security. It requires a comprehensive approach encompassing policies for transparency and accountability, as well as the active participation of civil society and the media. Only then can we begin rebuilding trust in institutions and enhancing human security for all. This essay provides an overview of corruption's impacts on economic, political, personal and community security. It also analyses levels and types of corruption, with a focus on systemic and judicial corruption. The case of Guatemala is examined to illustrate corruption's effects on human security. Finally, it argues that judicial independence is essential to empower courts to fight corruption and protect human rights.

Keywords: judicial corruption; human security; systemic corruption; independence of judiciary; Guatemala

1. Introducción

Nos encontramos en un momento histórico sin precedentes, caracterizado por amenazas colosales a la seguridad y al bienestar de los seres humanos. En un mundo ideal, cada individuo debería gozar del ejercicio libre de sus derechos humanos, en un entorno que garantizara su seguridad a nivel económico, político, social y sanitario. Lamentablemente, en la realidad contemporánea esta visión se asemeja más a una utopía que a una meta alcanzable. Las amenazas a la seguridad humana son multifacéticas, y van desde crisis sanitarias globales como la pandemia del coronavirus hasta conflictos armados que desestabilizan regiones enteras y ejercen impactos globales.

La pandemia de covid-19 nos ha servido para recordarnos de manera cruda y universal nuestra vulnerabilidad colectiva. Al igual que las guerras, su efecto negativo trasciende las fronteras geográficas y pone de manifiesto lo interconectadas que están nuestras vidas y nuestros sistemas. Sin embargo, hay una «pandemia» menos visible pero igualmente corrosiva que amenaza cada pilar de la seguridad humana: se trata de la corrupción. Esta plaga insidiosa, al igual que un cáncer en el cuerpo

social, se puede tratar y, en algunos casos, revertir, siempre que se tomen medidas efectivas. Pero cuando se deja sin control, la corrupción tiene el potencial de degradar y, en última instancia, destruir las instituciones y las estructuras que permiten que una sociedad funcione en un estado de paz y seguridad.

En centros de debate importantes y en instituciones académicas que estudian la corrupción, existe un consenso acerca de que este fenómeno ejerce un impacto devastador no solo en el aspecto económico, sino también en la seguridad humana, un elemento esencial para el desarrollo integral y sostenible de cualquier país. La seguridad humana no solo implica la ausencia de conflictos armados o violencia, sino que también conlleva el respeto de todos los derechos humanos. Sin embargo, estos derechos son vulnerados de distintas maneras cuando prevalece la corrupción. Esta afecta a la seguridad económica mediante el desvío de recursos; a la seguridad política, al corroer las instituciones democráticas, y a la seguridad personal y comunitaria, al disminuir la eficacia de los servicios de justicia y seguridad pública. Una sociedad que tolera la corrupción genera un ambiente de inseguridad para sus ciudadanos, lo que obstaculiza su pleno desarrollo y viola sus derechos fundamentales. Según el Banco Mundial, la corrupción es el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social, ya que prácticas como el soborno distorsionan el estado de derecho y debilitan las instituciones clave para el crecimiento y el bienestar de la población. En este contexto, los países más prósperos destinan millones de dólares en proyectos de ayuda a naciones menos desarrolladas. Sin embargo, esta asistencia podría ser mucho más efectiva, o incluso innecesaria, si los gobernantes de estos países fueran honestos, competentes y respetuosos en referencia a la seguridad y los derechos humanos de sus ciudadanos.

De acuerdo con Manuel Ballbé (2006a, 2006b), uno de los referentes contemporáneos en la materia, la seguridad humana abarca mucho más que la mera ausencia de violencia o conflicto armado; es una cuestión integral que implica garantizar un estado de bienestar en el que las personas puedan vivir con dignidad, libres de miedo y necesidades. Ballbé argumenta que el enfoque tradicional de la seguridad, centrado en la protección del Estado, debe evolucionar hacia una perspectiva más humana y multidimensional, que tenga en cuenta la pluralidad de factores que influyen en la vida de los individuos. Incluye una variedad de dimensiones como la seguridad económica, política, alimentaria, de salud y personal, todas ellas fundamentadas en el respeto integral de los derechos humanos. Sin embargo, estos derechos se ven comprometidos cuando la corrupción se arraiga en las estructuras sociales y políticas de una nación.

En este contexto, la corrupción emerge no solo como un fenómeno aislado que afecta a la eficiencia administrativa o al erario público, sino también como una amenaza sustancial que erosiona cada uno de los pilares sobre los que se sustenta la seguridad humana. Con este enfoque, derivado de la influencia de Manuel Ballbé, este ensayo busca explorar cómo la corrupción impacta de manera directa e indirecta en la seguridad humana, deteriorando las instituciones y perpetuando sistemas de injusticia y desigualdad. La premisa es simple pero profunda: sin abordar la corrupción de raíz, cualquier esfuerzo por garantizar la seguridad humana será, en el mejor de los casos, incompleto y, en el peor, inútil.

2. Seguridad humana

El concepto de seguridad humana fue popularizado principalmente a través del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD) en su Informe sobre Desarrollo Humano de 1994. Según esta visión, la seguridad humana implica la protección de las «libertades fundamentales», es decir, la libertad de vivir con dignidad, libre de miedo y de necesidad.

La seguridad humana se descompone en varias dimensiones interrelacionadas, incluyendo, pero no limitadas a:

- Seguridad económica: acceso a recursos básicos, empleo y bienestar económico general.
- Seguridad alimentaria: acceso a alimentos en cantidad y calidad suficientes.
- Seguridad en salud: acceso a atención médica y protección contra enfermedades.
- Seguridad ambiental: acceso a un medio ambiente sano y protección contra desastres naturales o provocados por el hombre.
- Seguridad personal: protección contra violencia física, incluida la violencia de género, crimen y guerra.
- Seguridad comunitaria: protección contra tensiones y conflictos sociales o intercomunitarios.
- Seguridad política: derechos humanos, buena gobernanza y acceso a la participación en los procesos políticos.

Este enfoque multidimensional tiene como objetivo identificar y abordar las causas subyacentes de la inseguridad y la vulnerabilidad a nivel individual y comunitario, y no solo tratar sus síntomas. Propone que la seguridad debe centrarse en las personas y en sus comunidades, más que en el territorio del Estado o en sus estructuras institucionales.

La seguridad humana busca un desarrollo centrado en las personas, que garantice que ellas tengan las oportunidades y los recursos necesarios para vivir con dignidad, y se centra en eliminar las amenazas a la libertad, la paz y la justicia.

3. Impacto de la corrupción en la seguridad humana

En términos de seguridad económica, la corrupción socava la equidad y la justicia, desviando recursos que deberían destinarse a programas de desarrollo y servicios sociales básicos como la educación y la salud. Cuando los fondos públicos se desvían por corruptelas, el impacto económico se extiende más allá de las arcas del gobierno, lo que afecta directamente a las personas más vulnerables y limita las oportunidades de desarrollo individual y comunitario.

En el ámbito político, la corrupción erosiona la confianza en las instituciones y la legitimidad del sistema democrático. Esto crea un entorno en el que los derechos civiles y políticos pueden ser fácilmente comprometidos, lo que lleva a una desestabilización y a un ciclo de inseguridad que impide el desarrollo político sostenible. En una sociedad donde la corrupción es rampante, el contrato social —la confianza y la cooperación entre el Gobierno y los ciudadanos— se rompe, lo que puede desencadenar inestabilidad y conflictos.

La seguridad personal y comunitaria también están en juego. La corrupción dentro de las fuerzas del orden y en el sistema judicial significa que la seguridad física de los ciudadanos no se puede garantizar de manera efectiva. En este contexto, tanto el crimen organizado como delitos menores pueden proliferar, exacerbando las condiciones de inseguridad y generando un círculo vicioso donde la falta de seguridad y la corrupción se retroalimentan.

Finalmente, la corrupción también socava la seguridad de la comunidad, al fomentar la desigualdad y la exclusión social, lo que lleva a tensiones y conflictos dentro de la comunidad. La lucha por recursos limitados, exacerbada por la corrupción institucional, puede polarizar a grupos comunitarios y exacerbar tensiones étnicas, religiosas o sociales.

Una sociedad que permite la corrupción está minando activamente su propia seguridad humana. La vulneración de derechos humanos que resulta de la corrupción institucionalizada crea un ambiente de inseguridad que afecta a todos los aspectos de la vida, impidiendo el pleno desarrollo tanto individual como colectivo. En un mundo cada vez más interconectado, la importancia de abordar la corrupción como una amenaza directa a la seguridad humana se vuelve más urgente que nunca.

4. Niveles y clases de corrupción

En términos jurídicos, la corrupción es el indebido intercambio de favores entre quien desempeña un cargo y quien gestiona algún negocio relacionado con las funciones de aquel (Bohórquez y Bohórquez, 2007: 763, tomo I). Pero es un fenómeno complejo que puede estar relacionado con múltiples delitos, como el tráfico de influencias, el abuso de poder, el cohecho, el nepotismo, los conflictos de intereses, la obstrucción de justicia, etc.

De acuerdo con Transparencia Internacional¹, una organización global que se dedica a combatir la corrupción, el fenómeno de la corrupción consiste en el abuso del poder para beneficio propio². El concepto elaborado por TI no hace referencia directa al corruptor, pero está implícito que en la práctica se aprovechan tanto el funcionario público como el individuo corruptor. Para dicha organización, la corrupción se puede clasificar en distintos niveles, según la cantidad de fondos perdidos y el sector en el que se produzca, puede diferenciarse entre corrupción a menor escala (*petty corruption*), gran corrupción (*grand corruption*) y corrupción política. Esta diferenciación ayuda a entender la magnitud y el impacto del problema.

4.1. Corrupción a menor escala

Este tipo de corrupción se produce a un nivel más bajo y suele implicar a pequeños montos de dinero. Es la que afecta directamente a la población en su vida cotidiana. Se refiere a prácticas como sobornar a un oficial de policía para evitar una multa o pagar a un empleado público para acelerar un trámite. Aunque los montos de dinero suelen ser pequeños, el impacto acumulativo de este tipo de corrupción puede ser significativo y contribuye a aumentar la desconfianza en las instituciones públicas.

4.2. Gran corrupción

Este tipo de corrupción implica grandes sumas de dinero y suele ocurrir a niveles más altos del Gobierno o en grandes empresas. Estos actos de corrupción tienen el poder de moldear leyes, reglamentos y políticas

1. «Transparency International». *Transparency.org* (14 de octubre de 2019). <<https://www.transparency.org/>>.
2. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. Transparencia Internacional, 2009. <<https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Guía-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupción.pdf>>.

públicas para beneficiar a unos pocos a expensas de la mayoría. El impacto de la gran corrupción es enorme y puede contribuir al subdesarrollo, la desigualdad y la inestabilidad política.

4.3. *Corrupción política*

Este es un tipo de gran corrupción que se da en el ámbito político y que afecta a la toma de decisiones en el más alto nivel. Involucra prácticas como el clientelismo, el nepotismo y el patrocinio de intereses especiales. Este tipo de corrupción puede tener un impacto significativo en la gobernabilidad y la formulación de políticas y, por lo tanto, en la vida de la población.

En algunos casos, los actos relacionados con la corrupción política atentan contra los derechos fundamentales, pues limitan el derecho a la libertad, la seguridad, la salud, la educación y la justicia, entre otros. Aunque no siempre es posible identificar directamente a los afectados por la corrupción, cada vez hay más conciencia de que existe un vínculo directo entre la corrupción y la violación sistemática de los derechos humanos (Tablante y Morales, 2018).

Hay situaciones en las que se puede apreciar con claridad cómo la apropiación indebida de fondos públicos, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito como efecto del soborno afectan directamente a derechos fundamentales como la vida, la salud, la justicia, la propiedad, la seguridad y muchos otros. En la opinión de Kumar, en la medida en que el problema de la corrupción se examina como un asunto de derechos humanos, se produce un enfoque novedoso e importante que garantiza que el buen gobierno sea un objetivo de la Administración pública (Raj Kumar, 2011: 212).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su resolución 1-18 sobre Corrupción y Derechos Humanos³, plantea una visión integral sobre cómo la corrupción erosiona la estructura democrática y social de las naciones. La CIDH señala que la corrupción afecta de manera directa a los derechos humanos y obstaculiza el desarrollo sostenible; su alcance va más allá de un mero acto ilícito, puesto que debilita las instituciones democráticas y fomenta la impunidad y la desigualdad. Además, resalta el impacto especialmente severo que ejerce la corrupción en grupos ya discriminados, como las personas en situación de pobreza, mujeres, pueblos indígenas, afrodescendientes, migrantes y personas privadas de libertad. La CIDH también muestra una preocupación creciente por los ataques contra aquellos que se atreven a inves-

3. <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>>.

tigar y a denunciar actos de corrupción, incluidos funcionarios, periodistas y defensores de los derechos humanos. Para enfrentar este flagelo, la resolución propone una serie de recomendaciones articuladas en torno a cuatro ejes principales: 1) fortalecer la independencia y la capacidad de los sistemas de justicia; 2) garantizar la libertad de expresión y el acceso a la información; 3) proteger los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y 4) fomentar la cooperación internacional. Estas recomendaciones incluyen medidas específicas como la protección a operadores de justicia, la transparencia en los procesos judiciales y la adopción de políticas contra la corrupción con un enfoque centrado en los derechos humanos.

Los países que enfrentan los casos más graves de corrupción suelen ser también aquellos con los mayores índices de subdesarrollo y violencia (Ruiz-Healy, 2019). Estos lugares a menudo carecen de un verdadero Estado de derecho (Rodríguez Vásquez, 2012). No hay separación de poderes y las instituciones de justicia son inefectivas, como se observa en Guatemala, Nicaragua y Venezuela. En tales contextos, los sistemas judiciales no solo fallan en resolver la conflictividad social, sino que, en algunos casos, incluso sirven para encubrir la corrupción o perseguir a quienes denuncian las irregularidades gubernamentales y se oponen a regímenes autoritarios. Son situaciones extremas en las que la corrupción no fue atajada de manera oportuna. Según Naciones Unidas, los países del norte de Centroamérica —El Salvador, Honduras y Guatemala— constituyen una de las subregiones más violentas del mundo, y sus índices de desarrollo son altamente preocupantes.

4.4. Corrupción judicial

La corrupción judicial podría considerarse un tipo de corrupción política, especialmente si se relaciona con la influencia política sobre el sistema judicial para obtener resultados favorables en casos legales, nombramientos de jueces con conexiones políticas o incluso políticas judiciales que protegen a funcionarios corruptos. Sin embargo, también podría argumentarse que la corrupción judicial es una categoría separada que merece su propio análisis, dadas las implicaciones específicas y altamente perjudiciales que tiene para el Estado de derecho, la justicia y la democracia.

En el análisis de la corrupción judicial como una categoría propia, el enfoque se dirige hacia el funcionamiento interno del sistema judicial y sus actores principales, como jueces, fiscales y abogados. Para abordarla, hay que establecer cómo estos individuos pueden ser susceptibles a prácticas corruptas que comprometen la integridad de las decisiones

legales, afectan a la equidad en el acceso a la justicia y socavan la confianza pública en el sistema judicial como un todo.

Los métodos de corrupción en este contexto son variados y pueden ir desde sobornos directos para influir en el resultado de un caso, hasta formas más insidiosas de influencia, como el nepotismo en el nombramiento de jueces o fiscales, o incluso la extorsión y las amenazas contra los profesionales del derecho para cambiar el curso de un juicio. Estos actos de corrupción no necesariamente tienen que provenir de fuentes políticas, sino que también pueden surgir de intereses empresariales, criminales, o incluso de la presión social y cultural.

Otra dimensión importante a considerar es cómo la corrupción judicial puede crear un ciclo vicioso. Por ejemplo, si los jueces son corruptos y sus decisiones son influenciadas por sobornos o conexiones personales, esto podría animar a los fiscales y a los abogados a participar en prácticas corruptas, pues pueden percibir que la justicia no puede alcanzarse por medios legítimos. Esto, a su vez, fomenta un ambiente en el que la corrupción se normaliza, lo que socava la integridad de todo el sistema judicial.

La corrupción judicial representa una amenaza profunda y sistemática para la integridad de cualquier sistema democrático. Cuando se cuestiona la imparcialidad y la integridad de jueces, fiscales y otros agentes del sistema de justicia, se socava todo el tejido del Estado de derecho y la certeza jurídica que debe prevalecer en una sociedad democrática. La corrupción en este nivel puede tener efectos devastadores en la sociedad, ya que compromete la justicia en casos que van desde delitos menores hasta crímenes graves y violaciones de derechos humanos.

En un escenario donde la corrupción judicial es prevalente, se erige una especie de *wild west* ('oeste salvaje') jurídico, un ámbito donde las leyes son relativas y la autoridad está condicionada por la coacción, el soborno o el abuso de poder. En lugar de un sistema de justicia que funcione como un árbitro imparcial y un pilar de la democracia, se tiene una estructura que puede ser manipulada por aquellos con más recursos, influencia o, simplemente, con la voluntad de romper las reglas para su propio beneficio.

El resultado puede llegar a la anarquía, dependiendo de cómo se manipule al poder judicial corrupto. Por ejemplo, en Haití, país con instituciones débiles y alta corrupción judicial, se crea un ambiente de anarquía (véase el artículo publicado en *Vanguardia* y referenciado en la bibliografía), donde no solo se desestima la ley, sino que también se perpetúan ciclos de violencia e inseguridad. En el otro extremo, la corrupción judicial puede ser una herramienta del autoritarismo, utilizada para legitimar regímenes opresivos y silenciar a la oposición, como ha ocurrido en la dictadura nicaragüense (Cuadra Lira, 2022).

El embajador español Javier Rupérez, quien fue asistente del secretario general y director ejecutivo del Comité Contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, afirmó que la impunidad es un caldo de cultivo para el terrorismo. Según él, las condiciones socioeconómicas en algunos países latinoamericanos, particularmente en Centroamérica, crean un entorno propicio para el surgimiento de grupos terroristas, los cuales podrían desencadenar violencia y caos (Rupérez, 2017).

Por todo esto, combatir la corrupción judicial es una necesidad imperante para cualquier sociedad que aspire a gozar de un sistema democrático sano. Este esfuerzo no solo implica reformas dentro del sistema de justicia, sino también una transformación cultural que refuerce la transparencia, la integridad y la responsabilidad como valores centrales. De lo contrario, el costo no es solo el dinero perdido a través de sobornos o veredictos manipulados, sino también la erosión de la confianza pública, sobre la cual se construye todo Estado democrático.

La corrupción sistémica y la corrupción judicial están intrínsecamente entrelazadas, formando un círculo vicioso que socava la integridad del Estado y fomenta una cultura de impunidad. Los jueces son la última muralla contra la corrupción, son quienes pueden parar los actos de gran corrupción, pero cuando existe corrupción sistémica, también el sistema judicial la padece. A los niveles de corrupción establecidos por Transparencia Internacional hay que agregar otro nivel, que es el más difícil de combatir: *la corrupción sistémica*. Esta se configura cuando el sistema de normas, instituciones y políticas públicas está diseñado para favorecer la corrupción, tal como describe Sarah Chayes en el caso de Honduras (Chayes, 2017). Si un país enfrenta niveles endémicos de corrupción sistémica, el sistema judicial no queda inmune. Al contrario, se convierte en un engranaje más de una maquinaria estatal diseñada para el saqueo y el abuso de poder. En un entorno así, la corrupción judicial se configura como un síntoma inevitable y devastador de un sistema corroído en su núcleo. En estos casos, no existen instituciones capaces de enfrentar la rapiña de los funcionarios corruptos, ya que todo el sistema funciona para el saqueo del Estado. Es necesario señalar que esto no implica que no haya funcionarios honestos en la Administración pública, pero, aunque los haya, se encuentran de manos atadas y prefieren callar porque carecen de herramientas para combatir la corrupción o tienen temor de hacerlo, debido a las posibles represalias graves que podrían padecer ellos o sus familias. Por lo tanto, la lucha contra la corrupción sistémica debe incluir un esfuerzo concertado para reformar y fortalecer la justicia, a fin de que esta pueda cumplir su función vital como pilar de un Estado de derecho genuino y democrático.

5. El caso de Guatemala

Guatemala es un país donde la corrupción ha alcanzado niveles preocupantes, puesto que no solo afecta a la gobernabilidad y a la estabilidad institucional, sino también a la vida cotidiana de sus ciudadanos. Según Transparencia Internacional, en su Índice de Percepción de la Corrupción (véase el artículo publicado en *Transparency.org* y referenciado en la bibliografía), en los últimos años, Guatemala ha sido consistentemente clasificado en posiciones que denotan altos niveles de corrupción. Este flagelo ha permeado diversas instituciones públicas, desde el sistema de justicia hasta los sectores de salud y transporte, lo que ha contribuido a la desigualdad social, a la pobreza extrema y a la desnutrición crónica, así como al deterioro de los servicios básicos. La corrupción en Guatemala no solo mina la confianza pública en las instituciones gubernamentales, sino que también pone en peligro el desarrollo sostenible y el bienestar de sus habitantes, y ello genera pérdida de vidas humanas. No faltan ejemplos que demuestran cómo este flagelo puede ejercer un impacto mortal. En septiembre de 2022, una mujer y su hija sufrieron un destino fatal cuando su vehículo cayó en un socavón de más de treinta metros de profundidad en la carretera interamericana; en esencia, la tierra se las tragó (véase el artículo publicado en *La Nación* y referenciado en la bibliografía). Este trágico incidente se debió a la falta de mantenimiento de la carretera, responsabilidad del Ministerio de Comunicaciones y Obras Públicas, una entidad notoria por sus altos niveles de corrupción. Al menos cinco ministros (Del Águila, 2020) de cuatro gobiernos han sido investigados por casos de corrupción de ese ministerio.

En la última década, diversos casos de corrupción en Guatemala salieron a la luz gracias al esfuerzo conjunto de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG⁴) y la Fiscalía Especial contra la Impunidad (FECI). Este notable trabajo fue el resultado de un acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y la República de Guatemala, con el objetivo de erradicar las redes de corrupción y las estructuras criminales que asolaban las instituciones del país. Este experimento logró sacar a la luz pública el preocupante nivel de corrupción en Guatemala, implicando a los principales partidos políticos en prácticas ilegales y financiamiento ilícito. Los últimos tres presidentes del país incluso enfrentaron cargos criminales. Un caso especialmente notorio ocurrió en 2015, cuando el presidente Otto Pérez Molina, la vicepresidenta Roxana Baldetti y todo su gabinete se vieron obligados a renunciar tras quedar expuestos en un caso de corrupción fiscal conocido como «La Línea»⁵.

4. <<https://www.cicig.org/>>.

5. *Caso La Línea*. <<https://www.cicig.org/casos/caso-la-linea/>>.

Sin embargo, en 2019 la CICIG fue expulsada del país, lo que dio lugar al resurgimiento de una coalición criminal conocida como «Pacto de Corruptos»⁶, compuesta por exmilitares violadores de derechos humanos, políticos corruptos, empresarios deshonestos y grupos de crimen organizado. Esta alianza retomó el control de las instituciones de justicia y buscaba dismantlar los avances logrados durante el período en que las personas más poderosas fueron juzgadas y debían rendir cuentas ante la ley.

En años recientes, Guatemala ha pasado de ser una democracia emergente a una cleptocracia, en la que el sistema judicial se convierte en cómplice de alianzas criminales entre políticos corruptos, crimen organizado y grupos económicos poderosos.

En el contexto guatemalteco, el sistema judicial no es un ente aislado, sino parte integral de una red más grande de corrupción y criminalidad. Con una tasa de impunidad superior al 90%, se ha creado un ambiente que fomenta el crimen organizado y, por ende, una amplia gama de actividades ilegales. El Departamento de Estado de Estados Unidos ha reconocido que, además del narcotráfico, hay redes dedicadas al tráfico de personas, armas y otras actividades ilícitas⁷. Esto se suma a las vastas redes de corrupción y a los abogados criminales conocidos como *abogánsters*, que facilitan el robo de propiedades y negocios.

En septiembre de 2021, el Departamento de Estado de EE. UU. identificó a la fiscal general de Guatemala, Consuelo Porras, como persona corrupta y la sancionó por obstruir investigaciones criminales⁸, incluyéndola añadida a la lista de actores corruptos y antidemocráticos conocida como Lista Engel. Sin embargo, el presidente de Guatemala Alejandro Giammattei la reeligió como fiscal en 2022. Este es solo un ejemplo de cómo los altos funcionarios judiciales están implicados en prácticas corruptas, muchos de los cuales han sido nombrados en la misma lista.

La captura del sistema judicial no se trata de un caso aislado, sino de un proceso bien planificado, estructurado y diseñado para capturar a las instituciones judiciales. Primero se apoderaron de la Corte Suprema, después promovieron la elección de una fiscal general corrupta y finalmente colocaron jueces sumisos en el Tribunal Constitucional. Varios jueces y fiscales han tenido que exiliarse (Arroyo y Laborde,

6. *Pacto de Corruptos*. <<https://www.prensalibre.com/tema/pacto-de-corruptos/>>.

7. *Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs: Guatemala summary* (8 de febrero de 2019). United States Department of State. <<https://www.state.gov/bureau-of-international-narcotics-and-law-enforcement-affairs-work-by-country/guatemala-summary/>>.

8. *Designación de la fiscal general María Consuelo Porras Argueta de Porres por participar en hechos significativos de corrupción y consideración de otras designaciones* (17 de mayo de 2022). United States Department of State. <<https://www.state.gov/designacion-de-la-fiscal-general-maria-consuelo-porras-argueta-de-porres-por-participar-en-hechos-significativos-de-corrupcion-y-consideracion-de-otras-designaciones/>>.

2021) por su labor destacada en la lucha contra la corrupción, mientras otros enfrentan falsas acusaciones de delitos y hasta detenciones arbitrarias⁹, como es el caso de la exfiscal Virginia Laparra declarada como presa de conciencia por Amnistía Internacional¹⁰.

Tomar el control del poder judicial fue el primer paso para el retroceso de Guatemala hacia la dictadura de la corrupción. Luego la alianza criminal que controla las instituciones judiciales quiso silenciar a los medios de comunicación independientes y perseguir a los defensores de los derechos humanos y a los líderes de la sociedad civil. La represión de estos grupos refleja el debilitamiento de las instituciones civiles y judiciales, similar a lo que se observó cuando Hugo Chávez asumió el poder en Venezuela y bajo la dictadura de Daniel Ortega en Nicaragua: al tomar el control del Poder Judicial y socavar las instituciones sociales, todo lo demás colapsa.

Para erradicar la corrupción y la impunidad en Guatemala, se requiere una reforma judicial exhaustiva que incluya la modernización de los procesos de nombramiento, evaluación y disciplina de jueces y fiscales. Además, se deben modificar los procedimientos judiciales para hacerlos más eficientes y transparentes. Sin cambios estructurales, Guatemala será una cleptocracia sin frenos ni contrapesos.

Como puede verse, Guatemala constituye un caso emblemático que ilustra cómo los niveles de corrupción ejercen un impacto directo en la seguridad humana. En este país centroamericano, la corrupción sistémica ha penetrado profundamente en diversas esferas de la vida pública, desde el sistema de salud hasta la infraestructura y la administración de justicia. Las consecuencias para la seguridad humana son alarmantes y multifacéticas.

En el ámbito de la seguridad económica, la corrupción drena recursos vitales que deberían destinarse a programas de desarrollo y bienestar social. Esto ejerce un efecto en cascada sobre la pobreza y la desnutrición, puesto que limita las oportunidades de un futuro mejor para la población. Por ejemplo, la desnutrición crónica afecta a cerca del 50% de los niños en el país (UNICEF, 2023), una estadística que no se entiende sin considerar los niveles de corrupción en el sistema de salud y en las instituciones encargadas de la distribución de recursos.

En cuanto a la seguridad política, la corrupción contribuye a la erosión de las instituciones democráticas. En los últimos años, diversos presidentes y altos funcionarios han enfrentado cargos de corrupción, y

9. Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Detenciones Arbitrarias. Opinión número 24/2023. <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/detention-wg/opinions/session96/A-HRC-WGAD-2023-24-AEV.pdf>>.

10. <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2023/02/guatemala-presa-de-conciencia-virginia-laparra-cumple-un-ano-detenido-arbitrariamente-en-la-carcel/>>.

la expulsión de organismos como la CICIG ha dejado un vacío en la lucha contra la corrupción y la impunidad (WOLA, 2019). Todo ello socava la confianza pública en las instituciones y amenaza la estabilidad política del país.

La seguridad personal y comunitaria también se ve amenazada cuando la corrupción alcanza a la policía y al sistema judicial. Esto limita la capacidad del Estado para proteger a sus ciudadanos de crímenes violentos y genera un clima de impunidad donde proliferan otras formas de violencia e inseguridad. Casos de corrupción en el sistema de salud han tenido como resultado directo la pérdida de vidas humanas, como en el caso de contrataciones de servicios de diálisis inadecuados en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, conocido como Negociantes de la Salud (Marroquín y Pitán, 2023), por el que fue condenado Gustavo Alejos, exsecretario de la presidencia del Gobierno de Álvaro Colom.

En Guatemala la corrupción no es un problema aislado, sino un fenómeno que permea varios niveles de la sociedad y el Estado, y que impacta gravemente en la seguridad humana en sus diferentes dimensiones. Esta corrosión de la seguridad humana revela cómo la corrupción y la vulneración de derechos humanos están intrínsecamente ligadas, lo que convierte en más urgente que nunca abordar la raíz de estos problemas sistémicos (Cordero, 2023).

6. Conclusión

En conclusión, la corrupción representa una amenaza significativa para la seguridad humana en múltiples dimensiones: económica, política, personal y comunitaria. Al corroer la confianza en las instituciones, socavar el imperio de la ley y facilitar otras formas de criminalidad, la corrupción impacta negativamente en la calidad de vida de las personas y en la cohesión social. En países donde la corrupción es rampante, como Guatemala, se observa una conexión directa entre la prevalencia de prácticas corruptas y la vulnerabilidad de sus ciudadanos, desde los riesgos que enfrentan en carreteras mal mantenidas hasta la recepción de atención médica inadecuada.

La corrupción judicial, un subconjunto particularmente insidioso, es especialmente dañina, ya que socava el último recurso que la gente podría tener para buscar justicia y protección. No se trata solo de un tema de fondos desviados o de acuerdos ilícitos, sino también de la degradación del tejido social y del contrato social mismo. Cuando las instituciones encargadas de aplicar la justicia son vistas como corruptas, la desconfianza se instala, y ello compromete la seguridad de la comunidad en su conjunto.

Para que la justicia pueda combatir la corrupción, se debe garantizar la independencia judicial. Los jueces deben estar blindados de la influencia de otros poderes: políticos, económicos o de cualquier otra índole. Se debe buscar la efectiva separación de poderes; especialmente, el poder político debe estar lo más alejado posible de las designaciones judiciales. Si los políticos tienen la facultad de nombrar a los jueces, seguramente privilegiarán designaciones de personas que los protejan de cualquier señalamiento o que compartan su visión ideológica.

En los procesos de nombramiento y designación de funcionarios dentro del sector de la justicia, se deben respetar los principios de independencia judicial¹¹ reconocidos a nivel internacional. Toda elección debe ser meritocrática, privilegiando la experiencia, los conocimientos y, sobre todo, la honorabilidad de los cargos en la Administración de justicia.

La transparencia es un elemento indispensable en los procesos mediante los cuales se designa a los funcionarios judiciales. También es importante la estabilidad en el cargo, es decir, los jueces, magistrados o fiscales no deben ser removidos con facilidad. Solo cuando incumplen su deber y se ha llevado a cabo un proceso legítimo para su destitución pueden ser removidos de su función judicial.

Los jueces, por su parte, están obligados a actuar con independencia e imparcialidad, cumpliendo con los principios de independencia judicial promovidos por Naciones Unidas y el Sistema Interamericano. Además, es conveniente que quienes ejercen una labor jurisdiccional o de investigación hagan declaración de intereses. Es oportuno conocer las afiliaciones y los intereses de quienes trabajan por la justicia.

Otro tema que debe estar presente cuando se trata de proteger a la judicatura de influencias indebidas es la seguridad de los funcionarios, especialmente de quienes tienen a su cargo procesos relacionados con el crimen organizado o la corrupción. Estos funcionarios y sus familias deben estar blindados contra cualquier ataque a su seguridad. La seguridad de los jueces o de los fiscales no debe tomarse a la ligera (véase el artículo publicado en *El Universo* y referenciado en la bibliografía). Sobran ejemplos alrededor del mundo de funcionarios judiciales —fiscales y jueces— que, al enfrentarse a las mafias, fueron atacados y murieron por defender la justicia, como sucedió en Italia, Colombia, México y muchos otros lugares.

Combatir la corrupción, por lo tanto, no es solo una cuestión ética o legal, sino una necesidad imperante para mejorar la seguridad humana. Requiere un enfoque integral que abarque desde políticas de transparencia y rendición de cuentas hasta la participación activa de la socie-

11. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>>.

dad civil y los medios de comunicación. Solo entonces podremos empezar a reconstruir la confianza en nuestras instituciones y mejorar la seguridad humana para todos.

Referencias bibliográficas

- ÁGUILA, J. P. del (2020). «CIV: Cinco exministros de cuatro gobiernos están señalados por corrupción». *Prensa Libre* (20 de octubre). Recuperado de <<https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/civ-cinco-exministros-de-cuatro-gobiernos-estan-senalados-por-corrupcion/>>.
- ARROYO, L. y LABORDE, A. (2021). «Washington, la capital de la justicia guatemalteca en el exilio». *El País* (16 de agosto). Recuperado de <<https://elpais.com/internacional/2021-08-16/washington-la-capital-de-la-justicia-guatemalteca-en-el-exilio.html>>.
- BALLBÉ, M. (2006a). «Seguridad humana: Del Estado anómico al Estado regulador». En: HOOD, C. et al. *El Gobierno del riesgo*. [Prólogo.] Barcelona: Ariel.
- (2006b). «El nuevo concepto de seguridad». En: FERNÁNDEZ, P. *Seguridad humana*. Barcelona: Ariel.
- BOHÓRQUEZ, Luis F. y BOHÓRQUEZ, Jorge I. (2007). *Diccionario jurídico colombiano*. Tomo I. Bogotá: Editora Jurídica Nacional.
- CHAYES, S. (2017). *When Corruption Is the Operating System: The Case of Honduras*. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace.
- CORDERO, Á. (2023). «La corrupción en Guatemala, un problema sistémico que salpica a la clase política». *France 24* (24 de junio). Recuperado de <<https://www.france24.com/es/programas/historia/20230624-la-corrupci%C3%B3n-en-guatemala-un-problema-sist%C3%A9mico-que-salpica-a-la-clase-pol%C3%ADtica>>.
- CUADRA LIRA, E. (2022). «Nicaragua es una dictadura al desnudo». *The Washington Post* (19 de mayo). Recuperado de <<https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/05/19/nicaragua-dictadura-daniel-ortega-murillo-chamorro-presos-politicos-autoritarismo/>>.
- «El Índice de Percepción de la Corrupción 2022 revela altos niveles de corrupción, criminalidad organizada e inestabilidad en las Américas». *Transparency.org* (31 de enero de 2023). Recuperado de <<https://www.transparency.org/es/press/2022-corruption-perceptions-index-cycle-corruption-organised-crime-instability-americas>>.
- «Guatemala: Encuentran los cuerpos de la madre e hija que cayeron con su auto en un enorme socavón». *La Nación* (30 de septiembre de 2022). Recuperado de <<https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/guatemala-encuentran-los-cuerpos-de-la-madre-e-hija-que-cayeron-con-su-auto-en-un-enorme-socavon-nid30092022/>>.
- «Haití ¿Inmerso en la anarquía y perdiendo su poder? Este es el panorama». *Vanguardia* (30 de enero de 2023). Recuperado de <<https://www.vanguardia.com>>.

- com/mundo/haiti-inmerso-en-la-anarquia-y-perdiendo-su-poder-este-es-el-panorama-AJ6209406>.
- MARROQUÍN, C. P. y PITÁN, E. (2023). «Gustavo Alejos debe pagar reparación digna tras haber sido condenado en el Caso Negociantes de la Salud». *Prensa Libre* (16 de junio). Recuperado de <<https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/gustavo-alejos-debe-pagar-reparacion-digna-tras-haber-sido-condenado-en-el-caso-negociantes-de-la-salud/>>.
- NACIONES UNIDAS (1994). *Informe sobre el desarrollo humano 1994*. México: Fondo de Cultura Económica. Recuperado de <hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1994escompletonostatspdf.pdf>.
- RAJ KUMAR, C. (2011). *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*. Nueva Delhi: Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. (2012). *Estado de Derecho y Corrupción*. Lima: IDEH-PUCP. Recuperado de <<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-julio.pdf>>.
- RUIZ-HEALY, E. (2019). «A menor corrupción, mayor bienestar». *El Economista* (agosto). Recuperado de <<https://www.eleconomista.com.mx/opinion/A-menor-corrupcion-mayor-bienestar-20190819-0004.html>>.
- RUPÉREZ, J. (2017). *Political Violence and Terrorism in Latin America*. [Discurso.] Washington DC: Hudson Institute.
- «Seguridad para los jueces especializados». *El Universo* (4 de diciembre de 2022). Recuperado de <<https://www.eluniverso.com/opinion/editoriales/seguridad-para-los-jueces-especializados-nota/>>.
- TABLANTE, C. y MORALES, M. (eds.) (2018). *Impacto de la Corrupción en los Derechos Humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf>>.
- UNICEF (2023). «En Guatemala el 46,5% de los niños sufre desnutrición crónica», María Claudia Santizo, Oficial de Nutrición en UNICEF Guatemala (24 de agosto). Recuperado de <https://www.unicef.es/noticia/en-guatemala-los-ninos-sufre-desnutricion-cronica-maria-claudia-santizo-oficial>>.
- UNODC (2019). *Los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Recuperado de <https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf>.
- WOLA (2019). *Los hechos: El legado de la CICIG en la lucha contra la corrupción en Guatemala* (27 de agosto). Recuperado de <<https://www.wola.org/es/analisis/los-hechos-el-legado-de-la-cicig-en-la-lucha-contra-la-corrupcion-en-guatemala/>>.

Data Retention in Labour Law

Retención de datos en el derecho laboral

Lela Janashvili

PhD. Professor of Tbilisi State University
President of the Georgian Personal Data Protection Service



© the author

Reception: 11/10/2023
Acceptance: 28/10/2023

Abstract

The age of information has a massive impact on society. New possibilities including search engines, sensor networks, security agencies, marketers and highly accessible databases require multiple and careful legal frameworks that will help to protect personal data on an advanced level. Its protection is a subject of comprehensive analysis that requires the assessment of multiple international or domestic legislation. Multiple perspectives regarding the protection of personal data in the employment context make the subject more important as it's crucial to make a proper assessment in order to determine the differences in between the visions of legislators as all of them are trying to do their best in order to protect the personal data but they still have many dissimilarities. This paper analyses the differences in European and Georgian Legislation and determines the main aspects of data retention in labour law. European treaties, directives and domestic law of Georgia might carry certain similarities and values but every aspect carries lots of important outcomes from the perspective of data protection that needs to be properly addressed.

Keywords: Personal Data Protection; Employment regulations; European Directives; General Data Protection Regulation; Georgian Legislation; Law of Georgia on Personal Data Protection of Georgia

Resumen

La era de la información tiene un impacto masivo en la sociedad. Nuevas posibilidades, incluyendo motores de búsqueda, redes de sensores, agencias de seguridad, profesionales del marketing y bases de datos altamente accesibles, requieren múltiples y cuidadosos marcos legales que ayuden a proteger los datos personales a un nivel avanzado. Su protección es un tema de análisis integral que requiere la evaluación de numerosas leyes internacionales o nacionales. Las diversas perspectivas sobre la pro-

tección de datos personales en el contexto laboral hacen que el tema sea aún más importante, ya que es crucial realizar una evaluación adecuada para determinar las diferencias entre las visiones de los legisladores, puesto que todos están haciendo un gran esfuerzo para proteger los datos personales, pero aún existen muchas discrepancias. Este artículo analiza las diferencias entre la legislación europea y la georgiana y determina los principales aspectos de la retención de datos en el derecho laboral. Los tratados, directivas y leyes nacionales europeas y de Georgia pueden tener ciertas similitudes y valores, pero cada aspecto conlleva muchas consecuencias importantes desde la perspectiva de la protección de datos que deben abordarse adecuadamente.

Palabras clave: protección de datos personales; regulaciones laborales; directivas europeas; Reglamento General de Protección de Datos; legislación georgiana; ley de Georgia sobre la protección de datos personales

1. Introduction

A variety of challenges that come with the process of digital transformation have brought into sharper focus the modern institutional role of data protection authorities in relation to the right to privacy and personal data protection. Although numerous scientific studies (Tikkinen-Piri and Rohunen, 2018; Fuster, 2014; European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018; Safari, 2016) and regulations¹ have been published in recent years regarding the importance of personal data protection, this protection cannot be perceived separately from other legal institutions, as they are interconnected and work together to create a greater legal climate. It is also important to note that the legal frameworks of certain topics tend to change over time, under the influence of various key factors: culture, economics, politics, religion, etc. (Khubua, 2015). A different arrangement of a certain issue is often based on the relevant standard in a particular country, which in turn is formed according to the existing challenges.

It would therefore be reasonable to undertake comparative-legal research into employment relationship policies and their legal framework, as well as into data retention, based on the comprehensive analysis and assessment of European and Georgian legal systems.

1. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023); Convention 108 +, Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data. Available at: <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf> (Accessed: 13 August 2023); Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/introduction/enacted> (Accessed: 5 July 2023); California Consumer Privacy Act of 2018. Available at: <<https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>> (Accessed: 10 August 2023).

As Georgia is not a part of the European Union (EU), there are obviously multiple differences in legal provisions. Thus, it requires a discreet assessment to clarify different positive and negative tendencies.

Although the EU is an alliance, when regulating employment-related legal matters, it does not prescribe specific laws that must be followed by its members. Rather, it defines various directives that set the minimum standards for member states of the Union to meet in their national legislation.² When regulating a similar subject, as an independent state, Georgia issues a special organic law that must be taken into account and has a mandatory character. For instance, an organic law – the Labour Code of Georgia – governs labour relations in Georgia.³

In the EU, personal data protection is primarily governed by the General Data Protection Regulation (GDPR),⁴ whereas in Georgia the Law of Georgia on Personal Data Protection is the main legally binding document regulating these matters.^{5, 6}

Georgia is striving to obtain candidate country status to the European Union, and while there are lots of differences even between the laws of the member countries, Georgian legislation still carries many similarities to its European counterparts in terms of core values, especially when it comes to recognising and protecting human rights. These values are the main driving factor that helps and encourages a non-member country such as Georgia to precisely identify existing problems and find rationally correct legal solutions. This goal has more or less been achieved, and along with these values, there are currently a number of concrete similarities at the legislative level. An excellent example of

2. Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. Articles (288; 289; 290; 291). Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/the-european-union-s-secondary-law.html>> (Accessed: 10 August: 2023).
3. Organic Law of Georgia. Available at: <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/1155567?publication=23>> (Accessed: 11 August: 2023).
4. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023). The Act makes provision for the processing of personal data and was enacted in 2018.
5. Law of Georgia on Personal Data Protection. Available at: <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/1561437?publication=23>> (Accessed: 7 August: 2023). In Georgia, personal data protection is regulated by an overarching legislative act, the Law of Georgia on Personal Data Protection, which was enacted in 2011. The Law regulates the processing of personal data by public and private institutions and law enforcement bodies. In general, the Georgian model of personal data protection legislation is similar to the European one, where domestic and international regulations envisage the functioning of the law applicable to all sectors under the so-called “umbrella” legislation. Furthermore, Georgia is a party to the Council of Europe’s “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data”, and to an “Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows”.
6. It is important to note that we find entries regarding the issue of personal protection in a number of regulatory acts of Georgia. For instance: The Code on the Rights of the Child; and the Law of Georgia On the Protection of Consumer Rights.

this is the recently adopted Law of Georgia on Protection of Personal Data,⁷ which, almost equally, provides all the significant mechanisms for the protection of human rights defined by the General Data Protection Regulation. The phrase “almost equally” should not be considered to suggest a legislative weakness, as this is a comprehensive continuous process similar to the European Union’s own legal drafting.⁸

Considering this change, it will be appropriate to assess the subject under discussion.⁹

2. Lawfulness of Data Processing in Labour Law

The General Data Protection Regulation applies to organisations that are established in the EU as well as organisations that operate outside the EU but offer goods or other services to, or monitor the behaviour of, individuals in the EU.¹⁰ Article 6 of the GDPR identifies six grounds for lawful processing of personal data. If none of them apply to a particular processing activity, there will simply be no acceptable justification for a person to process the data of others (Gonzalez and de Hert, 2019).

It is clear that these requirements apply to the relationships that are formed within the scope of labour law,¹¹ during pre-contractual, contractual or even post-contractual relationships between employers and employees.

Data processing begins at the very first moment of communication between an employer and an employee who wishes to apply for a vacant position. Any kind of information that is mentioned by applicants about themselves in any application that is sent is considered to be their personal data.¹² Article 4(1) states that: “Any information relating to an

7. The new Law of Georgia was adopted on the third reading by the Parliament of Georgia on 14 June 2023. Available at: <<https://parliament.ge/legislation/18184>>. Law of Georgia on Personal Data protection. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0>> (Accessed: 19 August: 2023).

8. “Working Party was aware of the need to conduct a deep analysis of the concept of personal data. Information about current practice in EU Member States suggests that there is some uncertainty and some diversity in practice among member states as to important aspects of this concept, which may affect the proper functioning of the existing data protection framework in different contexts.” Opinion 4/2007 on the concept of personal data, Article 29, Data protection working party, 01248/07/EN WP 136. Available at: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf>.

9. New Law of Georgia on Personal Data Protection. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0>> (Accessed: 19 August: 2023).

10. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023). Article 2. Material scope.

11. In the case of Georgian legislation – The Labour Code of Georgia.

12. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023). Article 4.(1). Definitions. New Law of Georgia on Personal Data Protection. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0>> (Accessed: 19 August: 2023). Article 3.a. Definitions.

identified or identifiable natural person” should be considered to be personal information.¹³ The commentary on the same Article 4(1) states that if data are not personal, their processing is not subject to data protection law (Kuner, Bygrave and Docksey, 2021). Both of these statements shall be taken into account simultaneously to correctly understand the scope of the law to be applied to the situation.

According to the General Data Protection Regulation, the six legal grounds for processing data are:

1. Consent of the data subject;¹⁴
2. The necessity for the performance of a contract;¹⁵
3. The necessity for compliance with a legal obligation of the controller;¹⁶
4. The necessity for protecting vital interests of the data subject or other persons;¹⁷
5. The necessity for performing a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority;¹⁸
6. The necessity for the legitimate interest of the controller or other third party.¹⁹

These six legal grounds are not just requirements set by the General Data Protection Regulation, but they serve as a legal basis by enumerating six possible grounds for processing activities (Gonzalez and de Hert, 2019).

Similar legal grounds are also stipulated in the Law of Georgia on Personal Data Protection.²⁰ In addition to these requirements, it is important to pay attention to the data processing itself. From the perspective of the model of human activities, particular authors mention the importance of modelling the workflows as a sequence of steps that uses certain resources in input and produces corresponding outcomes. It is clarified that such workflows consist of two parts: (i) the plan to do something; (ii) the concrete sequence of actions that were actually performed (Palmirani et al., 2016).

13. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023). Article 4.(1). Definitions.

14. Data Protection Act 2018, c. 12. article 6(1(a)).

15. Data Protection Act 2018, c. 12. Article 6(1(b)).

16. Data Protection Act 2018, c. 12. Article 6(1(c)).

17. Data Protection Act 2018, c. 12. Article 6(1(d)).

18. Data Protection Act 2018, c. 12. Article 6(1(e)).

19. Data Protection Act 2018, c. 12. Article 6(1(f)).

20. Law of Georgia on Personal Data protection. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0>> (Accessed: 19 August: 2023). Article 5.a. Grounds for data processing.

Such an approach helps to distinguish the plan from the actual execution, which helps to ensure a better approach from the perspective of the general principles of General Data Protection Regulation.

3. Key Principles of European Data Protection Law

The General Data Protection Regulation sets out the following principles governing the processing of personal data:

1. Lawfulness, fairness and transparency;
2. Purpose limitation;
3. Data minimisation;
4. Data accuracy;
5. Storage limitation;
6. Integrity and confidentiality.²¹

The first time similar principles were introduced for EU states was in 1995, in the Data Protection Directive, also known as DPD.²²

These principles provide multiple positive outcomes that are worth noting. They help define important rights relating to data protection, including the individual's right to know and acknowledge how their data is being used. They also enable individuals to access their data and even request that any existing inaccuracies are corrected.²³

They are also the main safeguard for the individual's right to privacy, as they establish a strong legal framework to ensure that personal data is handled in a respectful way. It is essential for organisations to abide by these principles as this greatly helps to build trust with customers, partners and organisations, because they have more possibilities to avoid legal issues, extra fines and reputational damage. It also has a huge positive impact on innovation since it encourages sharing and spreading ideas and starting new businesses, as they are aware of the strong legal mechanism that helps to protect their data during the development process. The existence of such principles is directly related

21. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023). Article 4.(1). Principles relating to processing of personal data.

22. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *Official Journal of the European Communities*, No. L 281/31. Article 6. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>> (Accessed: 21 August: 2023).

23. This statement relates to the right to be forgotten. This is a very important and comprehensive model which has also been taken by courts at the national level – including in Germany. Fabbrini F. and Celeste E. (2020).

to building trust and confidence as they play a crucial role in the digital era. Civil relationships would not have evolved over time if they did not have reliable legislation to support this process.

The importance of such a requirement is not a novelty for the EU member states. The Data Protection Act 1998 implemented Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and also on the free movement of such data (Middleton and Smith, 2003). Section 4(4) of the 1998 Data Protection Act states similar principles that were mentioned earlier, including the security measures, which is also significantly important in employment relationships.

Labour law is not separated from other legal branches from the perspective of technological development, and the same principles that govern other fields are also relevant here. For example, it is essential to actively apply the same principles in the case of employment relationships. But time after time, it becomes more advanced as technological development isn't only used by citizens, but also by entities that have been authorised by public authorities and which are responsible for monitoring and recording communication. It is therefore important to systematically develop and improve different methods that have been used previously in order to achieve the goal (Zubik, Podkowik and Rybski, 2021). This topic has been a massive subject of review for decades, and generates concern for a similar reason – new information and communication technologies that establish new possibilities for data collection (Blanchette and Johnson, 2011).

Employers must determine the scope of processing of personal data in advance, and the processing must always have a legitimate purpose. According to the principles of personal data protection, after collecting the data, employers are obliged to ensure its security and confidentiality. It must be noted that employers often process sensitive types of information, such as special category data relating to criminal records, health conditions, race or ethnicity. Therefore, it is always important that they carry out all the necessary measures to make sure that the information obtained from such data processing remains secure and confidential. The protection of personal data is important in labour relations so as not to deter the legal balance between employees and employers. Personal data should not be collected from third parties unless there is an appropriate legal basis and, where required by the law, employees must be duly informed. The law establishes specific rules, principles, frameworks and security measures that must be observed when processing personal data. Collection, storage, use and distribution of data in violation of these rules constitutes a violation of the law and may become the basis for administrative liability. One of the basic prin-

ciples of data processing is proportionality and adequacy, which implies that data should be processed to the minimum extent necessary for achieving a specific legitimate purpose. The processed data must always be relevant for a specific purpose.²⁴ During every operation of processing, it is important to carefully determine the storage period for personal data. Personal data must be stored only for the period necessary for the purpose for which it was collected/processed.²⁵ Accordingly, employers must only store the information which is necessary within the context of the relevant labour relations.

4. Data Processing in Labour Relations

Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union²⁶ not only establishes the right to the protection of personal data, but also defines the core values associated with it. According to the charter, the processing of personal data must be fair, carried out for specific purposes, with the consent of the person concerned or on legitimate grounds established by the law. “People should have access to and the ability to correct their personal data, and the right to personal data protection should be monitored by an independent body.”²⁷

The importance of personal data protection in labour relations is certainly high, so as not to deter the balance between the rights of employees and those of employers. Data protection governs the processing operations affecting the personal data of employees, as well as of candidates for employment starting from the very beginning of their pre-contractual relationships. Both the European and the Georgian legislations establish specific rules, principles, frameworks and security measures that must be observed when processing personal data. Collection, storage, use and distribution of data in contravention of these rules may constitute a violation of the law and become the basis for administrative liability.

Data retention, or record retention, is exactly what it sounds like — the practice of storing and managing data and records for a designated period of time.

24. Law of Georgia on Personal Data Protection. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0>> (Accessed: 19 August: 2023). Article 4.

25. Law of Georgia on Personal Data Protection. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0>> (Accessed: 19 August: 2023). Article 4.

26. Convention for the protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg 28.1.1981. Available at: <<https://rm.coe.int/1680078b37>> (Accessed: August 1: 2023).

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&rid=5>> (Accessed: August 1: 2023).

27. Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 8.

There are any number of reasons why a business might need to retain data: to maintain accurate financial records, to abide by local, state and federal laws, to comply with industry regulations, to ensure that information is easily accessible for eDiscovery and litigation purposes, and so on. To fulfill these and other business requirements, it is imperative that every organisation develop and implement data retention policies.²⁸

Given the subordinate nature of the employee-employer relationship, the employee is economically dependent on the employer and is the so-called “weaker party”. This relationship between the parties is reflected in personal data processing by employers. In particular, in some cases the employee agrees against their will to provide the employer with information about themselves that may not be relevant to the employment relationship between parties at all. And this is in direct proportion to the shortcomings of the employer’s legitimate purpose in the course of data processing, and implies an abuse of their position. Protecting the confidentiality and security of personal data gained about an employee and processing the data only for lawful purposes in full compliance with the principle of proportionality and legal requirements represents the basic prerequisite for a bona fide employment relationship. Thus, all employers at any stage of the employment relationship must strike a fair balance between the employee’s right to privacy and the legitimate interests of the employer in processing their data.²⁹

Given the volume of personal data processed by the employer, there are usually several people involved in the data processing. They use the information obtained by the employer for the purposes of employment relationships within the scope of their duties. In addition, employers often process personal data through various electronic systems.³⁰ It should be noted that more than one person may have access to electronic systems. Consequently, if adequate organisational and technical measures are not taken to protect data confidentiality, there may be an increased risk of inadvertent or improper personal data processing.

Thus, the protection of personal data within the employment relationship is a particular priority for the Georgian data protection supervisory authority – the Personal Data Protection Service of Georgia.³¹ This is why the Personal Data Protection Service has implemented a number of activities that have contributed to providing employees with

28. <<https://www.intradyn.com/data-retention-policy/>> (Data Retention Policy 101: Best Practices, Examples & More).

29. Case of *Barbulescu v. Romania* GC, [2017] ECHR App. No. 61496/08, §§ 116-123.

30. Article 29 Data Protection Working Party, WP 249 Opinion 2/2017 on Data Processing at Work, 2017.

31. For further information about the powers, values and missions of the Personal Data Protection Service of Georgia, see the official web-page: <<https://personaldata.ge/en>>.

information about the legal requirements for processing employees' personal data and to raising public awareness.

4.1. *Types of Data*

In the course of an employment relationship employers may collect various types of personal data for contractual, security, professional development or other legitimate purposes. Labour relations are regulated by specific legislation, which may sometimes oblige the applicants to provide certain requested documents containing their personal data. However, there may be cases where only the consent of the data subject is used as a basis for data processing.

Collecting personal data from employees may include obtaining any document or information sufficient for identifying a person, or which relates to them. For example, employers may collect a copy of an ID card, an autobiography, an email address, a phone number, a photograph, information about previous work experience, bank account details and various other types of information relating to their present or future employees.

Information is usually requested directly from the employees themselves, but it may also be obtained from third parties. There may be occasions when a person voluntarily provides the employer with their personal data, such as when adding extra information or documents to their CV.

4.2. *Georgian Perspective*

There may be certain labour relationships where collecting special categories of data is also deemed to be legitimate. The Law of Georgia on Personal Data Protection includes a list of special categories of data.³² The content of this list is identical to Directive 95/46/EC of the European Parliament and Council.³³ According to Georgian law, special categories of data refer to information about a person's racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, membership of professional associations, health and sex life, information relating to a criminal conviction, administrative imprisonment, application of a pre-

32. Law of Georgia on Personal Data Protection, Article 2(b).

33. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal of the European Communities, No. L 281/31. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>>. (Accessed: 21 August: 2023).

ventive measure to a person, the conclusion of a settlement agreement with a person, diversion, and recognition as a victim of a crime, as well as biometric and genetic data that allows identification of an individual based on the listed characteristics. Before signing an employment contract, employers often require a potential employee to present a certificate of their criminal record and a health certificate, both of which contain special categories of data about the person. As for the European legislation, Article 9(1) of the General Data Protection Regulation defines special categories of personal data as personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health, or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation. The health-related data may be collected later during the employment period as well, for example when certain health conditions interfere with employees performing their obligations.

5. Storage of Personal Data by the Employer

Storage of personal data may serve the purpose of effective performance of legal and contractual obligations. It is important that information is collected in accordance with the principles of reasonableness, legality and legitimacy. In an employment relationship, the processing of personal data is carried out for the purposes of concluding contracts, providing services, paying compensation, fulfilling contractual obligations, reviewing reports, carrying out various contractual relationships, employment, and direct marketing, as well as fulfilling obligations determined by the legislation governing the company's operation.

During the period of employment, employers generally have the right to collect and process certain personal data of their employees for lawful purposes. This may include information such as contact information, salary information, etc. The specific retention period for the collected data may vary from country to country due to national legislation, but it is generally considered acceptable to retain such data for as long as necessary for the employment relationship. Following the termination of an employment relationship, there are often legal requirements regarding how long certain work-related data must be retained. For example, documents relating to financial matters may need to be retained for a certain number of years to comply with tax laws. As already mentioned, the duration may vary depending on the law.

Special categories of data, such as medical records or criminal records, should have stricter retention obligations. Employers may need to delete

or securely archive such data after a certain period of time, or when it is no longer needed. The retention period will depend on the purpose for which the data was collected and often also on whether the employee has consented to the processing and to what extent. If data is collected with the employee's consent for a specific purpose, it should not be retained beyond the purpose for which it is needed. The introduction of data protection regulations such as the General Data Protection Regulation in the European Union has had a significant impact on data protection in employment relationships. Under the General Data Protection Regulation, employers are required to process the personal data of employees lawfully, fairly and transparently, as well as to have a legal basis for processing. They must also adhere to the principles of data minimisation and purpose limitation, which means that data should be retained no longer than necessary for the purposes for which it was collected.³⁴ It is also important to note that employees have the right to demand correction or deletion of information and data stored about them.

5.1. Personal Data Protection in Employment Relationships – Analysis of Georgian Practice

Violations of the requirements of the Law of Georgia on Personal Data Protection have been identified in personal data processing within the scope of employment relationships, in both the public and the private sector. Given the variety of ways and forms of data processing that are possible, processing of employees' personal data by employers remains one of the key challenges. In most instances, the data processing violations relate to a conflict between the legitimate interests of employers and that of employees. Thus it is important to strike a fair balance between the right to privacy of employees and the legitimate interests of employers. The cases examined by the Personal Data Protection Service clarify that there have been certain irregularities and shortcomings in data processing in the area of employment relations. and in order to eradicate them, it is expedient to consider the following recommendations:

- Cases were identified in which employers obtained and disclosed data, including the special categories of data, to a greater extent than necessary to fulfil legitimate purposes. Data controllers must act on the principle of minimising the amount of data processed, and must maintain a fair balance between the legitimate purpose of data processing, the privacy of the data subject and

34. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023).

the right to protection of personal data in the course of personal data processing. This means that the form of data processing chosen by the data controller must be adequate, necessary and effective to achieve the legitimate purpose of data processing. At the same time, the data must only be processed to the minimum extent possible that will enable the data controller to achieve the relevant legitimate purpose;

- Cases were revealed in which an employer processed the employee's personal email without a proper legal basis. Communicating with others is a guaranteed human right that allows the individual to determine the time, content and addressee of the communication, and to expect that this communication will be protected against interference from outsiders. Data processing during private communication is a gross intrusion into the privacy of the data subject. Thus, in each case, in order to process data in accordance with the requirements of the law, the data controller must clearly define the legal basis provided by the Law of Georgia on Personal Data Protection, and follow the principles enshrined in the same law with absolute precision. This will ensure a fair balance between the employee's right to privacy and the legitimate interests of the employer;
- The processing of biometric data (fingerprints) of employees without any legitimate purpose was found to have taken place during personal data processing within employment relationships. It is crucial to highlight that the law imposes high standards for the processing of biometric data, allowing such processing only when it is necessary to achieve the purpose(s) specified by the law. This necessity must arise when other means or methods are inadequate, or when a disproportionate effort would be required to achieve the same objective.
- An employer was found to have processed the special categories of data of current or former employees for a longer period of time than was necessary to achieve the purpose of data processing. When processing data, institutions are obliged to clearly establish the legal purpose and specific timeframe required to achieve the designated legal objective. Once the specified timeframe has elapsed and the objective has been attained, the data must be deleted in accordance with the legal requirements.
- In specific instances, video surveillance was found to have taken place in locker rooms and hygiene areas, and thus the processing of the personal data of employees by the institutions involved. Locker rooms and hygiene areas, depending on their function, should be considered to be particularly private spaces. Thus, monitoring the

data subject in such a space is unreasonable for any purpose. In addition, when introducing video surveillance in workplaces, it is essential for institutions to implement the surveillance only in exceptional cases, and after informing all employees in writing;

- In the course of personal data processing within the framework of employment relations, data controllers were found to have failed to take the appropriate organisational and technical measures for the prevention of unauthorised access to personal data. This failure exposes the risk of unlawful disclosure of personal data pertaining to job applicants, current employees and former employees. In order to ensure data security, data controllers must urgently take appropriate organisational and technical measures that will limit to a maximum the possibility of access to data;
- As part of the inspections and investigations of the Personal Data Protection Service of Georgia, it was singled out that in a number of cases the electronic systems through which the personal data of job applicants and current and former employees were processed did not record all the actions carried out on the data.³⁵

6. Conclusion

Ensuring the lawfulness of personal data processing in labour relations is one of the most difficult tasks that employer organisations are faced with. For this reason, it is important that employers establish specific internal policies and regulations that promote good practice of data processing. Any person within the organisation who has access to the personal data of employees is obliged to protect its confidentiality. Effective internal control mechanisms must be created to detect violations of legislation on the protection of personal data (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018).

Even in the context of employment, an employee retains the right to privacy,³⁶ which places an obligation on the employer to undertake all requisite measures for safeguarding the employee's private life. In addition, in order to raise the standard of data processing in the employment relationship, it is important for the employer to effectively manage each instance of processing of an employee's data and protect the confidentiality and security of the information obtained, as well as ensuring a fair balance between the employer's legitimate interest and the employee's right to privacy.³⁷

35. Personal Data Protection Service of Georgia, 2022. 2022 Activity Report of the Personal Data Protection Service of Georgia, 48-60.

36. Case of Antovic and Mirkovic v. Montenegro, [2017] ECHR App. No. 70838/13, §§ 40-43.

37. Case of Lopez Ribalda and others v. Spain GC, [2019] ECHR App. Nos. 1874/13, 8567/13, § 116.

It is worth noting that the processing of data in employment relations is governed by the general legislation of the European Union on the protection of personal data. It should also be noted that there is a regulation³⁸ that regulates the processing of personal data by European institutions specifically in the context of employment. The General Data Protection Regulation refers to employment relationships in Article 9(2), according to which the processing of personal data is permitted in the performance of the duties of a data processor or data subject or in the exercise of specific rights in the field of employment. In accordance with the General Data Protection Regulation, employees must be given an opportunity to clearly inspect the data which they voluntarily consent to be processed and/or stored, as well as the purposes for such storage. Before requesting consent, employers should inform employees about their rights and the retention period for the data. If a violation of the security of personal data of employees creates an increased risk for human rights and freedoms, employers are obliged to notify the employees whom it may concern. According to Article 88 of the Regulation, EU member states have the right to lay down specific rules to protect the rights and freedoms of individuals in the context of employment in relation to personal data.³⁹

A good example is the *Worten* case,⁴⁰ which concerns the recording of daily earned time and rest periods, which are personal data. National legislation obliged the employer to disclose this information to government agencies that monitored working conditions. As a result, these agencies gained access to the relevant personal data of an employee.

However, on the other hand, access to the data was necessary for the relevant control and/or supervisory authority to monitor the legality of working conditions. The processing of personal data for employment purposes must be subject to certain principles and restrictions both in the public and private sectors. Adhering to these principles includes, for example, ensuring transparency and consultation with employees before installing workplace monitoring systems.⁴¹

38. Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data. Available at: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0177e751-7cb7-404b-98d8-79a564ddc629/language-en>> (Accessed: August 2: 2023).

39. Data Protection Act 2018, c. 12. Available at: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>> (Accessed: 4 July 2023). Article 89.

40. *Copland v. the United Kingdom*, No. 62617/00, 2007. *Worten – Equipamentos para o Lar SA v. Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT)*. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-79996&filename=CASE%20OF%20COPLAND%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.docx&logEvent=False>> (Accessed: 3 August: 2023).

41. European Commission, Recommendation CM/Rec(2015)5 of the Committee of Ministers to member states on the processing of personal data in the context of employment.

Bibliographical references

- BLANCHETTE, J. and JOHNSON, D. (2011). “Data Retention and Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness”. *The Information Society: An International Journal*, 18, 7.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE (2018). *Handbook on European data protection law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Available at: <<https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-data-protection-law-2018-edition>> (Accessed: August 1: 2023).
- FABBRINI, F. and CELESTE, E. (2020). “The Right to be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders”. *German Law Journal*, 21(1), 55-65.
<<https://doi.org/10.1017/glj.2020.14>>
- FUSTER, G. (2014). *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Brussels: Springer Science & Business.
- GONZALEZ, E. and de HERT, P. (2019). “Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data—an analysis of GDPR provisions and principles”. *ERA Forum*, 19, 597-621.
<<https://doi.org/10.1007/s12027-018-0546-z>>
- GREENLEAF, G. (2018). “‘Modernised’ Data Protection Convention 108 and the GDPR”. *UNSW Law Research Paper*, 19(3).
- KHUBUA, G. (2015). *Theory of Law*. Tbilisi: Meridiani.
- KUNER, C., BYGRAVE L. and DOCKSEY C. (2021). *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary. Update of Selected Articles*. In: Article 4(1): 22-27. Brussels and Oslo: Oxford University Press.
- MIDDLETON, R. and SMITH, H. (2003). “Data retention policies – data protection considerations”. *Computer Law & Security Report*, 19, 216.
- PALMIRANI, M., MARTONI, M., ROSSI, A., BARTOLINI, C. and ROBALDO, L. (2016). “PrOnto: Privacy Ontology for Legal Reasoning, conference paper”. *International Conference on Electronic Government and the Informational Systems Perspective*, p. 6.
- SAFARI, B. (2016). “Intangible privacy rights: How Europe’s GDPR will set a new global standard for personal data protection”. *Seton Hall L. Rev.*, 47, 809.
- TIKKINEN-PIRI, C. and ROHUNEN, A. (2018). “EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies”. *Computer Law & Security Review*, 34(1), 134-153.
- ZUBIK, M., PODKOWIK J. and RYBSKI R. (2021). “European Constitutional Courts towards Data Retention Laws”. *Law Governance and Technology Series. Issues in Privacy and Data Protection*, 45, 28.

Modern Georgian corporate law in the mirror of European law. General review of the reform

La moderna ley corporativa de Georgia en el espejo del derecho europeo. Revisión general de la reforma

Irakli Burduli
PhD. Professor of Law
Tbilisi State University. Georgia



© del autor

Reception: 29/09/2023
Acceptance: 01/10/2023

Abstract

One of the obligations under the Georgia-EU Association Agreement was to undertake reforms of Georgian corporate law. Since 1 January 2022, Georgia has had a new corporate law, which is built on a regulatory function. From the point of view of law policy, it is based upon the regime of dispositional arrangement, though regulation of joint-stock companies constitutes an exception. Saturation of modern Georgian corporate law with legislative norms is the best way to overcome corporate impasses. As a result of the recent reform, the new corporate law contributes to the foreseeability and predictability of the corporate-legal relationships, which at once should provide more confidence for both foreign and domestic investors. The norms contained in the present reform are also equipped with a didactic function, which is especially necessary for the post-Soviet corporate economy.

Keywords: Georgian corporate law reform; EU harmonization of corporate regulation; Business judgement rule; Limited and Joint-Stock companies

Resumen

Una de las obligaciones del Acuerdo de Asociación entre Georgia y la Unión Europea era llevar a cabo reformas en la ley corporativa de Georgia. Desde el 1 de enero de 2022, Georgia cuenta con una nueva ley corporativa basada en una función regulatoria. Desde la perspectiva de la política legal, se fundamenta en el régimen de disposición, aunque la regulación de las sociedades anónimas constituye una excepción. La saturación de la moderna ley corporativa georgiana con normas legislativas es la mejor manera de superar los obstáculos corporativos. Como resultado de la reciente reforma, la nueva ley corporativa contribuye a la previsibilidad y predictibilidad de las

relaciones corporativas legales, lo que a su vez debería brindar más confianza tanto a inversores extranjeros como nacionales. Las normas contenidas en esta reforma también están dotadas de una función didáctica, lo cual es especialmente necesario para la economía corporativa postsoviética.

Palabras clave: reforma de la ley corporativa de Georgia; armonización de la regulación corporativa con la UE; regla de juicio empresarial; sociedades de responsabilidad limitada; sociedades anónimas

1. Introduction and the paradigm of the policy of law

Since the dissolution of the Soviet Union, Georgian corporate law has undergone numerous amendments. These changes may be roughly divided into three major stages,¹ most notably the period following the signing of the Association Agreement between Georgia and the EU. This agreement significantly altered corporate law in Georgia, with work on it commencing in 2015.² One particular section of the Association Agreement is devoted to corporate law and its approximation to the supranational law of the European Union, which was established as one of the political-legal obligations of the agreement. This means that the guiding principles and binding directives shall be necessarily incorporated into national law by virtue of the reform, and national law must comply with them. Several aims are achieved in this manner: (1) The Georgian legal system (in this area) will obtain unified modern European characteristics, based on the major ground that is recognized by EU law, and will approximate thereto; and what is most important politically and legally, it will fulfill obligations deriving from the Association Agreement relating to approximation of the law. It may be assumed that legal “expansion” will be followed by economic growth,³ because a proper corporate legal system which recognizes European standards and principles of implementation and protection of (internal) rights and duties at the legislative level will attract the interest of European investors to make capital investments in Georgian enterprises; (2) The legal regulation of intra-corporate relations

1. Regarding the (hypothetical) periodical differentiation to date, see: Burduli (2013, 2018) and Burduli et al. (2016).
2. This is when the first draft of the “Law of Georgia on Entrepreneurs” was drawn up by the group of experts (Chanturia, Papuashvili, Jugheli, Burduli). It was worked on by the Ministry of Justice in the following years, improvements were made, and it was finally introduced to the Parliament of Georgia for adoption in 2022.
3. Compare: Burduli (2019a).

will fill a lot of gaps⁴ which cannot be categorized as “deliberate errors” (Gschnitzer, 1992) on the part of the legislator and which will provide business entities with an opportunity to avoid possible disputable situations and resolve their problems. This is necessary for the proper functioning and management of enterprises and the effective realization of the rights and duties of their partners. In addition, a well-formed legal system with its dispositional or imperatively defined legal norms will empower judges, which is vitally important in the fair resolution of disputes, especially in the case of a country that does not belong to the common law system but to the continental European law family.

Accordingly, as a result of the reform, emphasis is placed on the model of corporate law regulation, which forms an independent legal matter in this field.⁵ This is especially noticeable in joint-stock company law,⁶ where the advantage is moving from the so-called “Self-Enforcing Model”⁷ – i.e. a self-regulating model – to an essentially regulated one, which, as noted above, is based not only on approximation to the corporate law of the European Union, but also on domestic needs.⁸

2. Systemic breakdown of the law and several issues from the general part of the law

The primary source of corporate law in Georgia is the Law of Georgia on Entrepreneurs (hereafter “Law on Entrepreneurs”), which was adopted in the early 1990s.⁹ In order for the law to be able to fulfill its purpose – to be an effective regulation of corporate relationships in the country – it must meet several important criteria, among others: it must be based on the requirements for a well-ordered and reasonable system, it must perform the function of prediction and foreseeability in society, and it must be stable.¹⁰ Legal stability determines the stability of other social spheres. Substantial, unsystematic and frequent changes make the law ineffective, which can be considered a prerequisite for the formation of a nihilistic attitude in society towards certain laws. This aspect is charac-

4. There is also a scientific opinion regarding the need to reform modern Georgian corporate law, which focuses on turning to legal corporate law: Lazarashvili (2013) and Chanturia (2015a).

5. Notably: Burduli (2021).

6. With its narrow meaning.

7. On the self-enforcing model and its advantage see: Chanturia (2009).

8. For example, regarding the didactic function of legislation (law) from this point of view: Chanturia (2015a, 2015b). On the superiority of the regulation model, see: Burduli (2019b).

9. For details on the history of its creation, see: Chanturia (1996).

10. Since its adoption in Georgian private law, the Civil Code has maintained its stability the best, despite a number of essential changes: Zarandia (2019).

teristic in the recent history of the Law on Entrepreneurs.¹¹ The breakdown of the unified system, the presence of regulatory deficits and the complete corrosion¹² of the separation of organizational-legal forms at the legislative level underlined the need to draft a new law.¹³ Accordingly, the main goals of the new edition of the law were to eliminate marginal differences in the typological nature of business entities;¹⁴ to bring the norms into a logical system; to enrich it with normative provisions regulating (internal) corporate relations; and to bring the law into compliance with the relevant directives of the European Union.

3. Predominantly dispositional nature of law and freedom of statutory autonomy

From the point of view of legal policy, the current law refuses the (previously existing) character of full deregulation and lays the ground for a (re-)regulated regime in some cases. With this, statutory corporate law has returned to Georgia,¹⁵ which is undoubtedly welcome. This, of course, does not mean giving up private autonomy and freedom of contract,¹⁶ which are vital to the relationship between partners, to the business entity, and to the management of the enterprise. In its expression of the principle of the freedom of statutory autonomy on the one hand, and regulatory deficit and neutralizing shortcoming regulating the relationship on the other, for the most part the law is based on the so-called default rule, i.e. dispositional regulation.¹⁷ This means that in the absence of the silence of the charter and best practice, the function of the regulator is carried out by legal norm, which will also contribute to the further development of the autonomy of the charter itself.¹⁸

11. Georgian scientists have expressed a critical opinion on this more than once: Chanturia (2015c, 2016), Lazarashvili (2013), Burduli (2019c). See also Explanatory note of the draft pp. law: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4962987?fbclid=IwAR3HYFK5dWLF6vpxHx3ZWNIX_FqMzC3nBWAKTBNKTFY-IIgshLNeMm4agqA&publication=0>, 111 and following.

12. For example: Makharoblishvili (2011).

13. In 2015, with the financial support of Germany (GIZ) and the USA (ProLoG), a group of experts was created to develop a new edition of the Law of Georgia on Entrepreneurs. Within a few months, it submitted the initial version of the draft law to the Ministry of Justice of Georgia. After processing, review and discussion in the target groups of society, the law was presented to the Parliament of Georgia in the spring of 2021, and in the fall of the same year it was adopted within three readings. It became effective from January 1, 2022.

14. About the non-existent legislative dichotomy of entrepreneurial entities: Kiria (2011).

15. This implies the regulation of the mentioned field by the laws established by the state.

16. About the statutory autonomy and the objective correlation of legislative regulation, see: Chanturia (2015b).

17. Exceptions are the regulatory norms of the Civil Code (Article 1, paragraph 4 of the Law), due to incorporation with the European directives on the one hand, and to the peculiarities of this legal form itself, on the other.

18. In this regard, Chanturia's position is completely acceptable: Chanturia (2015b: 562 and following).

Therefore, it is necessary to determine a golden mid-point between excessive regulation of the relationship on the one hand, and situations of corporate deadlock caused by disorder on the other. The deregulated regime has its economic effect; however, the economic aspect of the issue cannot be discussed without its relationship with the legal reality. At the time of deregulation, there should be a developed judicial practice, a high level of education of lawyers, and a developed jurisprudence (best practice) in the country. The frequent unsystematic changes in the legislation, which had been generally characteristic of Georgian corporate legislation since the beginning of the 1990s, created many legal dead ends. This created a feeling of nihilism among investors, and a sense of mistrust towards the law.¹⁹

The mechanism for neutralizing this was to establish a lawful normative regime in post-Soviet Georgia, although it should be taken into account that the regulation of the socio-economic sphere should not be overloaded with “multiple laws” (Zoidze, 2005). As Zoidze notes:

The abundance of laws (norms) is not the best solution to organize life. Before the legislator develops a law, he must find out whether the legislative regulation is necessary. Maybe other kinds of social norms would deal better with the subject of interest. (Zoidze, 2005: 19-20)

Zoidze concludes that where the customary norms work well, it is possibly excessive to overload it with legislative norms (Zoidze, 2005).

However, the specifics of corporate relations must be taken into account, and their novelty in the Georgian context. The customary norms were nonexistent in this sphere.²⁰ Neither could judicial best practice function as a regulatory mechanism. Therefore, we should agree with Chanturia’s thesis, that in such cases the legislation must take the burden of the “educational” function, establishing normative provisions for regulating corporate relations.²¹ Hence, the state’s approach must be directed towards the creation of an adjustable regime, which generally means interference of the state in the market structure or the correction of market results. The traditional motivation for this is the realization of economic-political goals based on public interest.²² However, this does not mean a “usurping” of the regulation of legal rela-

19. A regulatory legal regime may not necessarily stand at the forefront of liberal law. “It is possible to implement liberalization at the same time as regulation.” Djibuti (2015).

20. The specificity of the modern business-corporate relationship is discussed, otherwise such norms certainly existed in Georgian commercial law. For an overview see: Burduli (2007).

21. For example: corporate management (enterprise control), which in the modern sense is completely foreign to the old Georgian commercial law. See: Chanturia (2006).

22. Let’s say, the regulation of the capital market, which ensures its functioning and the protection of investors at the legal level.

tions and the unjustified restriction of the free area. “Freedom must be preserved even in the reality regulated by the law [...]. If there is no necessity, we can refrain from legal intervention there. Society can drown in a sea of unnecessarily excessive laws.” (Zoidze, 2005) Besides, it should be noted that the law is saturated with provisions, which not only (literally) have a regulatory function, but also a clarifying one.²³ This makes the corporate-legal relationship even more clear and predictable, which will certainly make its modest contribution to the development of the corporate economy.

4. The issue of organizational management and the legal transplant of the business judgment rule

Issues relating to the management and representation of enterprises are interestingly formulated in the law. It can be said that in this regard, the law eliminates many problems, which in practice are related to the perception of the governing body of a business entity, its function and tasks, its representative competence in relation to third parties, and no limits/restriction of representative authority (Article 41 and following). More clarity is introduced regarding the scope of actions of an enterprise’s directors and the issue of establishing responsibility. There is an attempt to provide a specific catalog of fiduciary duties, as detailed as possible, and particular components of the duty of care and duty of loyalty are regulated. The general standard of care established by Georgian judicial practice over the last decade²⁴ is reflected in Article 51 of the law, which is followed by the peculiar legal transplant of the American so-called business judgment rule,²⁵ which excludes liability of directors towards the company in the event of their unsuccessful activity and damage to the business entity, if the director could reasonably be assumed to have acted on the basis of sufficient and reliable information in favor of the business entity’s interests, independently and without a conflict of interest or without the influence of other persons.

The US prudent man rule standard,²⁶ as a legal maxim for the actions of a director,²⁷ is used precisely in Article 52 of the Law of Georgia on Entrepreneurs. As for the duty of loyalty, which is not covered

23. For example, Article 8, first paragraph of Article 9 of the law, etc.

24. See Founding decisions of the Supreme Court of Georgia: Supreme Court of Georgia No. 687-658-2016 of November 6, 2018, No. As-766-766-2018 of June 10, 2019, No. As-112-105-2017, No. -2014, decisions No. As-1158-1104-2014.

25. Regarding the definition of the institution, there is also Georgian language literature: Chanturia (2006); Zurabiani (2020); Maisuradze (2011).

26. See, for example, *Hoye v. Meek*, 795 F.2d 893 (10th Cir. 1986).

27. For example, the Model Business Corporation Act 2016 Revision, section 8.30.

by the doctrine of business judgment, this is presented in the form of three provisions included in it: prohibition of competition (Article 53), prohibition of misappropriation of business opportunity (Article 54. Business opportunity doctrine), and conflict of interest, which is provided independently only in the legal form of the joint-stock company (Article 208).

These clear provisions established by the law on the one hand encourage directors to make bolder and freer decisions, so that they have a better idea of the scope of their actions and the scope of their responsibility, and, on the other hand, protect them from intra-corporate disputes (derivative) and from lawsuits filed by potential third parties.

5. Law of business corporations

Georgian corporate law underwent the most amendments in 2008, when the total liberal approach towards business entities was developed. It especially affected the most widespread type of business organization in Georgia, the limited liability company (LLC). This type of legal entity was left without any legal regulation.²⁸ This created legal and economic gaps,²⁹ due to the fact that 95% of the share of the corporate economy comes from here. The obligation to implement European directives does not apply to LLCs, except for certain exceptions, but based on the analysis of practical problems and legal policy, it was decided to regulate them in detail as much as possible.

The primary task for the working group of the draft law was to outline the distinguishing features between two types of corporation – LLCs and Joint Stock Companies (JSCs) – at the legislative level. The main manifestation of this is the dispositional nature of the majority of norms applicable to LLCs and their complete statutory autonomy. However, it should also be noted that the capital structure of the LLC has approximated to the JSC, which should open the way for it to be financed through the capital market.

It can be said that the LLC is a transitional legal form between a personal type company without a synergistic financing effect and a joint-stock company carrying the function of connecting classical capital. This should produce its economic effect. In this regard, the law provides for a peculiar flexible structure of capital. Unlike JSCs, the so-

28. In the special part of the current law, only five articles are devoted to it, which, it can be said, leaves this organizational form almost without regulation.

29. And this is confirmed by the “evaluation of economic effect the future law” carried out on the draft law. See part of the explanation card of the draft Law on Entrepreneurs: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4962987?fbclid=IwAR3HYFK5dWIF6vpxHx3ZWNIX_FqMzC3nBWAKTBNKTFY-IlgshLNeMm4agqA&publication=0>.

called “*intangibilité du capital*” system is rejected; however, mandatory norms for the preservation of property, and restrictions on property distribution and dividend issuance are imposed in order not to jeopardize the satisfaction of creditors’ demands and the achievement of the company’s goal. Simply, unlike JSCs, where issuing dividends to shareholders is tied to the concept of binding net profit, issuing dividends in LLCs will be possible even if the balance of the enterprise is positive and the company still has some assets to distribute as dividends. In addition, dividend distribution, in principle, is possible at any time, in the form of annual or interim distribution.

The law has regulated in detail the cases of concession of the share in both legal forms, more precisely cases of voluntary and forced concession. In this sense, the law is more similar to the regulation of the German LLC law, where a distinction is made between voluntary or forced (mainly known as amortization) surrender of share and so-called caduceus (Article 139). The latter means the exclusion of partners from the company due to non-fulfillment of the contribution or its untimely fulfillment.

However, the disputed proceedings are replaced by non-disputed proceedings, which means that if the internal corporate procedure is followed, expulsion of partners from the company will not require an appeal to the court. The dogmatic reason for this change lies in the violation of the main obligation of the partner based on the share: at this time, due to the non-synallagmatic nature of the contribution agreement between the inferent and the business entity, the requirements related to the non-made contribution remain in force. As for another case, which provides for the exclusion of a partner from a company as a result of causing damage, this will be done through a lawsuit, as the current Georgian court practice shows.

Another important point: amortization means removing a share. In this case, the procedure is directed directly to a certain class of the entity’s share, after which it is canceled. In the case of caduceus, the sanction, along with legal liability, bears corporate liability, is directed against the partner himself, which leads to his expulsion from the enterprise. In such a case, unless something else is established by the company charter or a separate decision of the partners, the share is not withdrawn. It will either be distributed to other partners or will be transferred to the ownership of the business entity as a result of its further alienation or withdrawal.

What also makes the LLC different from the JSC is the so-called partnership, that is, the binding of the governing body, or rather, the directors, to the decisions of the partners. The concept of fulfilling the instructions of the partners, depending on the instructions (Article 124,

paragraph 2 of the draft, paragraph 37,³⁰ although not literally, but as a result of a teleological interpretation) is excluded in the form of JSC, and the basis for this exclusion is Article 203 of the Act, which in this case is paragraph 76 of the German Stock Act. The first paragraph is a legal transplant. The board (*Vorstand*), i.e. the governing body (director), in our understanding, manages the business entity under its own responsibility. The principle of horizontality of bodies is strengthened in the law of the JSC, which excludes the concept of subordination of bodies. LLCs differ from JSCs in this way as well: the control system of the JSC enterprise, i.e. corporate management, is built on the so-called principle of enumerability. This is especially noteworthy in the dualistic system, where the obligations of the general assembly of shareholders (*Hauptversammlung der Aktionäre*) and the supervisory board (*Aufsichtsrat*) are regulated in detail. What is not included in their authority is the prerogative of the activity of the governing body.

6. Conclusion

Since 1 January 2022, Georgia has had a new corporate law, which is built on a regulatory function and formed as an area of statutory law. From the point of view of law policy, it is based on the regime of dispositional arrangement, although the exception is the regulation of the joint-stock company. The latter is based on the spirit of paragraph 23 section 5³¹ of the German Stock Act, and is characterized by mandatory reservations. Saturation of modern Georgian corporate law with legislative norms is the best way to overcome corporate impasses. This process fills the vacuum regulating the relationship, although there is a large place given to statutory autonomy.

As a result of the recent reform, the law contributes to the foreseeability and predictability of the corporate-legal relationship, which instills more confidence in the (foreign or domestic) investor towards Georgian business. The containing norms are also equipped with a didactic function, which is especially necessary for the post-Soviet corporate economy. Modern (Western European) norms teach the participants of corporate relations the extent of their behavior and the justification of their actions. Following the reform, Georgian corporate law has been brought into compliance with supranational corporate law of Europe, and in this respect is fully close to it. This is a prerequisite for the fulfillment of the Association Agreement signed with the European Union (in this area).

30. In German law it is called *Weisungsrecht / Weisungsgebundenheit*. On the institution, see among others: Beurskens (2022) and Casper (2021).

31. So called *Satzungsstrenge* (Statutory stiffness)

Bibliographical references

- BEURSKENS, M. (2022). In: Noack, Servatius and Haas (Eds.), *GmbH-Gesetz*, Komm., 23. Aufl., 2022, §37 Rn. 35, 36.
- BURDULI, I. (2007). "Development of Entrepreneur Law in Germany and in Georgia". *Law Journal "Justice"*, 1, 72-99.
- (2013). *Gesellschaftsrecht in Georgien und seine Entwicklungstendenzen*. Institut für Osteuropäisches Recht der Universität Kiel, Kieler Ostrechts-Notizen, 1/2013, 16. Jahrgang, 28-35.
- (2018). *Nekrorezeption in Transformationsgesellschaften (Am Beispiel des postsowjetischen georgischen Unternehmensrechts) in: Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag – Dogmatik im Dienste von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung*. Köln: Carl Heymanns, 3-15.
- (2019a). "Modern Georgian Corporate Law Facing Constant Reform Process: The Stillborn Process and Georgia". In: *Essays on the History of Law and Political Thought*, Book IV. Tinatin Tsereteli Institute of State and Law, 146-175, 154 and following.
- (2019b). "Das georgische Gesellschaftsrecht: Quo Vadis?! Eine kurze Darstellung der Reformen und des Reformbedarfs im georgischen Unternehmensrecht". In: CHIUSI, T. J. and BURDULI, I. (eds.). *Rechtsvergleichung und Privatrecht im deutsch-georgischen Diskurs*. Saarbrücken: Verlag Alma Mater, 1-25.
- (2019c). *Post-soviet Corporate law before the face of permanent reforms: process without results and Georgia*. pp. 49-69. *Essays on the law of companies: a collection of articles*, Thanks-Fateeva I.V. (responsible editor), Kharkiv: PE "EKUS", Community "Civillistic Platform".
- (2021). "Reception as a Milestone for Creation of Legal System (the Example of Corporate Law of Post-Soviet Georgia)". *Law & Social Bonds (Journal in Legal and Social Studies)*, 2(36), 112-141.
- BURDULI, I., MAKHAROBlishvili, G., EGNATASHVILI, D. and GIGUASHVILI, G. (2016). *Development of the Modern Georgian Entrepreneurship Law (Core Aspects of the Reform)*. Tbilisi: "Lawyers World", 11 and following.
- CASPER, M. (2021). In: Habersack, Casper and Löbbe (Eds.), *GmbHG*, Komm., 3. Aufl., 2021, §55a Rn. 21, 22.
- CHANTURIA, L. (1996). "Law on Entrepreneurs and the Origin of Corporate Law in Georgia". In: *Anniversary Collection of Sergo Jorbenadze's*. Tbilisi: Law, 32-55.
- (2006). *Corporate Governance and Executive Liability*. Tbilisi: Law, 485.
- (2009). "Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht". *Zeitschrift für Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, 4, 97-103.
- (2015a). "Main directions of the reform of the law of Georgia 'on Entrepreneurs'". In: *Historical profiles of legal and political thinking, Vol. III*. Tbilisi: Meridiani, 650-667.
- (2015b). "Statutory Autonomy in Corporate Law". In: FERADZE, G. (ed.). *Profiles of history of legal and political thinking, Vol. I*. Tbilisi: Meridiani, 560-571.

- (2015c). “On Entrepreneurs’, the main directions of the reform of the Georgian law”. In: *Essays on the History of Law and Political Thought*, Book III. Tinatin Tsereteli Institute of State and Law, 650-651.
- (2016). “Georgian law and development alternatives”. In: *Otar Gamkrelidze anniversary collection*. Tinatin Tsereteli State and Law Institute, 11-23.
- DJIBUTI, S. (2015). “Interview with Professor Fastrih”. *Private Law Review*, 1, 138-142, 139.
- GSCHNITZER, F. (1992). *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Berlin: Springer, 36
- KIRIA, A. (2011). “Corporate law system in Georgia”. In: BURDULI, I. (ed.). *Collection of Corporate Law I*. Tbilisi: Meridiani, 15-69, 22 and following.
- KRAAKMAN, R. et al. (2019). *Anatomy of Corporate Law. Comparative and Functional Approach* (Georgian translation), third edition. Oxford Academic, 30 and following.
- LAZARASHVILI (2013). “Georgian Law ‘On Entrepreneurs’ and problems of modern legislative regulation of Georgian corporate law”. In: CHANTURIA, L. and BURDULI, I. (eds.). *Besarion Zoidze 60 anniversary collection*. Tbilisi: TSU Publishing House, 521-538.
- MAKHAROBlishvili, G. (2011) “Dogmatic-theoretical separation of entrepreneurial entities at the beginnings of capital societies”. *Law Journal*, 2, 99-133.
- MAISURADZE, D. (2011). “The rule of entrepreneurial judgement in corporate law” (on the example of USA and Georgia). In: BURDULI, I. (ed.). *Collection of Corporate Law I*. Tbilisi: Meridiani, 109-159.
- ZARANDIA, T. (2019). *Civil Law*, p. 35.
- ZOIDZE, B. (2005). *Reception of the Private European Law in Georgia*. Tbilisi: Teaching Center for Publishing, 19-20.
- ZURABIANI, L. (2020). “The essence, functions and reception of the business judgment rule in the corporate law of Georgia”. *Georgian-German Journal of Corporate Law*, 5, 23-46.

La perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales y su aplicación en materia de justicia climática

The diachronic perspective of fundamental rights and its application in the context of climate justice

Gisela Alandí López

Graduada en Derecho. Estudiante del Máster Universitario en Abogacía y Procura.
Universitat Autònoma de Barcelona



© de la autora

Recepción: 13/10/2023
Aceptación: 24/10/2023

Resumen

El presente estudio ha sido elaborado a partir de los resultados obtenidos en mi trabajo de final de grado, *La perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales*, dirigido por el catedrático de Derecho Administrativo y exletrado del Tribunal Constitucional, Carlos Padrós Reig. El artículo aborda la innovadora doctrina de la perspectiva diacrónica o intertemporal de los derechos y las libertades fundamentales, surgida en relación con las obligaciones estatales de protección de los derechos de las generaciones futuras en el marco de la gestión del peligroso cambio climático antropogénico, la cual observa los riesgos de lesiones de derechos futuros. Así pues, por medio del estudio de las novedosas resoluciones de derecho comparado sobre el cambio climático (con la destacable aportación del Tribunal Constitucional de Alemania en el caso *Klimaschutz*), se pretende aportar un concepto de protección de los derechos fundamentales que responda a las exigencias de la actual sociedad en continuo desarrollo y posibilite su protección intergeneracional, en especial, en los supuestos de litigiosidad climática.

Palabras clave: derechos fundamentales diacrónicos; derechos de las generaciones futuras; justicia intergeneracional; justicia climática; cambio climático

Abstract

This study is based on the results I obtained in my final year project, *The diachronic perspective of fundamental rights*, directed by professor of Administrative Law and former counsel of the Constitutional Court, Carlos Padrós Reig. The paper addresses

the innovative doctrine of the diachronic or intertemporal perspective of fundamental rights and freedoms, which has emerged in relation to the state's obligations to protect the rights of future generations within the framework of the management of dangerous anthropogenic climate change, and which observes the risks of injury to future rights. Therefore, through the study of new comparative law resolutions on climate change (with the notable contribution of the German Constitutional Court in the *Klimaschutz* case), it aims to provide a concept of protection of fundamental rights that responds to the demands of current society in continuous development and enables intergenerational protection, especially in cases of climate litigation.

Keywords: diachronic fundamental rights; rights of future generations; intergenerational justice; climate justice; climate change

1. Introducción: la actual exigencia de lesión concreta, real y efectiva en el recurso de amparo

Actualmente, en el recurso de amparo constitucional¹ pueden únicamente hacerse valer aquellas pretensiones dirigidas a la preservación o el restablecimiento de *lesiones concretas y efectivas* (Tribunal Constitucional de España, 2018) de los derechos o libertades fundamentales por razón de los cuales se promueve el recurso (art. 41.3 LOTC²), de modo que, al tratarse de un recurso reparador, no constituye una vía adecuada para «efectuar juicios abstractos de inconstitucionalidad de normas o para garantizar, también en abstracto, la correcta aplicación de los preceptos de la Constitución que recogen y garantizan esos derechos fundamentales y libertades públicas» (Administrativando Abogados, 2020; Tribunal Constitucional de España, 2018). Sin embargo, según se desarrollará a lo largo del presente trabajo, el hecho de que la viabilidad del recurso de amparo se vea condicionada por la existencia de una lesión efectiva, cierta y concreta de un derecho fundamental actual, desconoce los retos que plantea un mundo globalizado y tecnológicamente avanza-

1. El conocimiento del recurso de amparo, regulado en los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, constituye una de las principales competencias atribuidas al Tribunal Constitucional por la Constitución española. En términos generales, el objeto directo del recurso de amparo es la protección frente a las violaciones de los derechos y las libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes (art. 41.2 LOTC). Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2016). *El recurso de amparo*. Disponible en <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/paginas/04-recurso-de-amparo.aspx>> [Consulta: 18 de enero de 2023].
2. En concreto, el artículo 41 LOTC dispone que: «En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso».

do, en continuo desarrollo social, económico, educativo y cultural, especialmente atendiendo a los riesgos de carácter irreversible que plantea el avance del peligroso cambio climático antropogénico.

La actual doctrina del Tribunal Constitucional (STC 156/2000, de 12 de junio, FJ 2, ECLI:ES:TC:2000:156) viene sosteniendo, la imposibilidad de pronunciarse sobre «la imputación abstracta y no materializada de una vulneración de un derecho fundamental», debido a que «el objeto del recurso de amparo exige que nos encontremos ante la existencia de un efectivo, real y concreto menoscabo de un derecho fundamental, y no simplemente ante un daño potencial o previsiblemente futuro, conforme exige el art. 44.1 LOTC³». En el mismo sentido, la STC 93/1995, FJ 5 (ECLI:ES:TC:1995:93) expresa que resulta «preciso notar, como señala la STC 167/1986 (FJ4, ECLI:ES:TC:1986:167), el *carácter esencialmente subjetivo* de dicho recurso (de amparo) como vía de protección de derechos y libertades, procediendo el examen de las disposiciones generales⁴ en este tipo de recurso sólo en cuanto *prius* necesario para determinar si se han violado derechos fundamentales protegibles por esta vía».

Asimismo, indica la STC 45/1990, de 15 de marzo (FJ 4, ECLI:ES:TC:1990:45), que «según constante y reiterada doctrina de este Tribunal, la *lesión constitucional* frente a la que puede pedirse amparo constitucional ha de ser *efectiva y cierta*, es decir, *concreta y no meramente eventual, por más que probable*». Se viene, pues, entendiendo que es necesario demostrar que las lesiones de los derechos fundamentales son actualmente imputables al acto u omisión impugnado, «pues en caso contrario el recurso de amparo está abocado al fracaso, incluso si dicho acto u omisión puede parecer que contrasta con los valores y principios constitucionales que se encarnan, entre otras cosas, en la garantía efectiva de los derechos fundamentales». Resulta paradójico, sin embargo, que la misma sentencia indique que, según ha mantenido en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional «no quiere decirse

3. Nótese, sin embargo, que el artículo 44 LOTC no hace referencia expresa a que la lesión constitucionalmente protegible de un derecho fundamental deba ser efectiva, real ni concreta. De acuerdo con el precepto: «1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello».
4. La STC 93/1995, de 19 de junio de 1995, somete a examen la convocatoria y las bases para la cobertura en propiedad de 159 plazas de auxiliares administrativos, mediante el sistema de oposición libre, aprobadas por el Ayuntamiento de Valencia el 10 de julio de 1986, únicamente en cuanto se trata del «*prius* necesario para la resolución del presente recurso de amparo» (FJ 5), esto es, para el ulterior examen de la existencia de una vulneración real y efectiva de los derechos fundamentales.

con ello que esta garantía (de efectividad) no implique [...] deberes positivos por parte del Estado y de otros poderes públicos» y señale que el problema planteado recae en «la imputabilidad a un determinado acto u omisión de lesiones efectivas y concretas de algún derecho fundamental». De este modo, el Alto Tribunal español reconoce la existencia de lesiones eventuales, pero probables, que no se materializan de forma concreta, las cuales se producen «con alguna frecuencia o incluso cotidianamente», pero sostiene que ello no basta para que pueda estimarse la pretensión de amparo «si no se demuestra al tiempo, de manera singularizada y no abstracta, que ha habido una relación causal entre tales lesiones y el acto u omisión precisamente impugnado».

No obstante, el hecho de que las vías jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas requieran en la actualidad la existencia de lesiones concretas y efectivas de derechos o libertades (Tribunal Constitucional de España, 2018) imposibilita la obtención de una respuesta satisfactoria ante problemas de largo recorrido que afecten a los derechos fundamentales de diferentes generaciones y en los que la acción de una generación repercute directamente en los derechos de las generaciones posteriores (Ruiz Prieto, 2022).

2. La necesidad de brindar una protección intertemporal de los derechos fundamentales en el recurso de amparo

La sentencia *Klimaschutz*⁵ ('protección del clima'), del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, supone un hito para la concepción de la protección jurídica de los derechos fundamentales, debido a la novedosa interpretación que plantea sobre el alcance intertemporal de las obligaciones de protección de los derechos y de las libertades fundamentales. Resulta innovador en el actual panorama jurídico internacional el modo en que, para la resolución de los recursos de amparo contra la Ley Federal de Protección del Clima, el Alto Tribunal alemán toma en consideración los deberes de protección estatales de los derechos de las generaciones futuras, por medio de una interpretación diacrónica de los derechos fundamentales, lo cual deriva en la declaración de inconstitucionalidad parcial de la Ley.

En contraposición con la concepción sincrónica de protección de los derechos humanos actualmente vigente, la cual permite únicamente

5. La versión en español de la sentencia *Klimaschutz*, (*BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. marzo 2021- 1 BvR 2656/18 -*, Rn. 1-270) se encuentra disponible en la página web del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/ES/2021/03/rs20210324_1bvr265618es.html>.

exigir su protección cuando la lesión sea actual y efectiva, la doctrina de la perspectiva diacrónica o intertemporal de los derechos fundamentales que introduce el Tribunal alemán permite ofrecer cobertura jurídica a los distintos retos surgidos en el contexto social actual, y, concretamente, a la actual situación de emergencia climática, con el fin de garantizar una protección efectiva contra los riesgos de lesiones de los derechos y de las libertades fundamentales futuras.

Mientras que la constatación de vulneraciones del ámbito de protección garantizado por los derechos fundamentales en su perspectiva diacrónica, esto es, por medio de injerencias que constituyen violaciones futuras de los mismos, requiere un juicio de plausibilidad, el hecho de que no se trate de lesiones concretas, efectivas y consumadas, sino de lesiones abstractas, frente a las que solo puede ofrecer protección jurídica la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y no la subjetiva, imposibilita su amparo ante la jurisdicción constitucional. Ello es debido a que el recurso de amparo, como veníamos indicando,

[...] protege frente a violaciones efectivas y reales de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE, pero no es un instrumento apto ni para corregir interpretaciones abstractas de las normas supuestamente erróneas o indebidas (ATC 254/2001, de 20 de septiembre); ni para satisfacer pretensiones declarativas de futuras lesiones de derechos, en tanto no se hayan traducido en violaciones efectivas (STC 27/1997, de 11 de febrero); ni tampoco para oponerse a lesiones meramente posibles o hipotéticas (ATC 235/2004, de 8 de junio), sino solo y exclusivamente (art. 41.3 LOTC) para resolver sobre pretensiones dirigidas «a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3)» (STC 243/2006, de 24 de julio, FJ 3). (Cabrera Rodríguez, 2016: 130).

Sin embargo, la actual exigencia de concurrencia de lesión real, efectiva y concreta de los derechos fundamentales para otorgar amparo constitucional deriva en la imposibilidad de brindar a los recurrentes protección ante lesiones eventuales de los derechos y de las libertades fundamentales, *por más que probables* (STC 45/1990, FJ 4). Tal concepción sitúa a las víctimas de violaciones de los derechos fundamentales en una posición de vulnerabilidad y de desamparo ante actuaciones u omisiones estatales que conlleven vulneraciones futuras de derechos o libertades iusfundamentales, ya que las mismas se encuentran actualmente obligadas a atender al momento en que se produzca efectivamente una lesión concreta y, en muchos casos, irreparable, sobre sus derechos, para solicitar el amparo constitucional que inste al Estado a reparar la lesión causada. Considero que tal interpretación no resulta acorde a nuestro modelo de Estado social y de derecho, especialmente

ante las problemáticas a largo plazo que se plantean en la actual sociedad en continuo desarrollo.

Precisamente con el fin de cumplir con la garantía de efectividad de los derechos fundamentales, de la cual se derivan deberes positivos por parte del Estado y de los poderes públicos (STC 45/1990, FJ 4) para hacer real y efectivo el disfrute de los mismos, considero que debería cuestionarse el *carácter esencialmente subjetivo* del recurso de amparo como vía de protección de los intereses iusfundamentales (STC 167/1986, FJ4). Así pues, en línea con lo expresado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su sentencia Klimaschutz, la cual será analizada a continuación (ver *infra* apartado 3), sostengo que el recurso de amparo constitucional debería dar cabida a una protección integral e intertemporal de los derechos fundamentales en su perspectiva diacrónica, posibilitando el examen de lesiones derivadas del carácter objetivo de los mismos que tengan en cuenta y ponderen los intereses de las generaciones actuales y de las generaciones futuras.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso Klimaschutz

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su sentencia de 24 de marzo de 2021, examina la constitucionalidad de la Ley Federal de Protección del Clima (Bundes-Klimaschutzgesetz, en adelante, KSG) de 12 de diciembre de 2019⁶, cuyo propósito es garantizar que se cumplan los objetivos nacionales y europeos de protección del clima, tomando como referente las obligaciones asumidas por Alemania en el Acuerdo de París, basado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y en sintonía con el compromiso contraído en la cumbre climática de la ONU en Nueva York, el 23 de septiembre de 2019, de alcance de la neutralidad de gases de efecto invernadero como objetivo a largo plazo⁷.

La KSG dio lugar a la presentación de cuatro procedimientos de amparo, instados principalmente por jóvenes, con el apoyo de varias organiza-

6. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 48, ausgegeben am 17.12.2019, Seite 2513.

7. BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ, NUKLEARE SICHERHEIT UND VERBRAUCHERSCHUTZ (2021). *Bundes-Klimaschutzgesetz*. Disponible en <<https://www.bmuv.de/gesetz/bundes-klimaschutzgesetz#:~:text=Das%20geänderte%20Bundes-Klimaschutzgesetz%20wurde,20er%20und%2030er%20Jahre%20festgelegt>> [Consulta: 29 de noviembre de 2022]; BUNDESVERFASSUNGSGERICHT PRESSESTELLE (2021). «Verfassungsbeschwerden gegen das Klimaschutzgesetz teilweise erfolgreich». *Bundesverfassungsgericht*, 31/2021 (29 de abril). Disponible en <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>> [Consulta: 29 de noviembre de 2022]; GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT (2019). *Federal Climate Protection Act and to change further regulations*. «*Bundesklimaschutzgesetz*» or «*KSG*». Disponible en <https://climate-laws.org/document/federal-climate-protection-act-and-to-change-further-regulations-bundesklimaschutzgesetz-or-ksg_c1c2> [Consulta: 10 de diciembre de 2022].

ciones ambientales⁸, que resultaron en la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 3.1 segunda frase y 4.1 tercera frase, en conexión con el anexo 2 de la KSG. El Alto Tribunal alemán entendió que la insuficiente regulación contenida en los mismos comportaba un riesgo de afectación a los derechos fundamentales de libertad futuros que suponía una vulneración de los mismos, debido a que únicamente se habían establecido los objetivos de emisiones hasta el año 2030, y resolvió condenando al legislador alemán a regular, antes del 31 de diciembre de 2022, el establecimiento de los objetivos de reducción de emisión de CO₂ a partir de 2030⁹.

3.1. La admisibilidad de los recursos de amparo en el caso *Klimaschutz*

En el examen de admisibilidad, el Tribunal indica que parece posible que, debido a las cantidades de emisiones que resultan permitidas hasta el año 2030, según la consideración de los recurrentes, de forma excesivamente generosa, puedan ser violados los deberes estatales de protección derivados de los derechos fundamentales en virtud del artículo 2.2 primera frase de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*, en adelante, GG)¹⁰, del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y del artículo 14.1 GG¹¹, de los derechos fundamentales a la propiedad y a la herencia. Además, expresa que la posibilidad de que los recurrentes que viven en Alemania¹² se vean amenazados con altas cargas de reducción de CO₂ después del año 2030, atendiendo a la acción de protección climática que entonces será requerida desde el punto de vista constitucional, podría tener un efecto anticipado sobre las libertades futuras y ponerlas en peligro de forma inconstitucional (párrs. 90, 96 y 106).

Asimismo, sostiene que en el examen de admisibilidad de los recursos de amparo no puede negarse la posibilidad de una violación de la Constitución, argumentando que, al no representar un riesgo de daño futuro un daño actual, no equivale a una violación de los derechos fun-

8. Se trata de las asociaciones BUND, la Asociación de Promoción de Energía Solar de Alemania (SFV), Ayuda Ambiental Alemana, Fridays for Future y Greenpeace.

9. El mandato ha sido cumplido a través de la modificación de la KSG por el artículo 1 de la Ley de 18 de agosto de 2021 (BGBl. I p. 3905), aprobada por el Parlamento Federal de Alemania (*Bundestag*) el 24 de junio de 2021.

10. El apartado segundo del artículo 2 de la Ley Fundamental alemana propugna: «Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley».

11. El apartado primero del artículo 14 de la Ley Fundamental alemana dispone: «La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes».

12. Los recurrentes en el procedimiento 1 BvR 78/20, los cuales, a juicio del Tribunal, también tienen legitimación para interponer el recurso, viven en Bangladesh y Nepal (párr. 101).

damentales. Ello es debido a que, incluso las disposiciones que en el transcurso de su vigencia solo conducen a riesgos no insignificantes para los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto con la Ley Fundamental, especialmente cuando se trata de un curso de eventos que, una vez iniciado, ya no puede corregirse (párr. 108). Además, expresa que los derechos fundamentales se consagran en la Ley Fundamental como garantías de libertad sin límites temporales, de forma que pueden brindar protección contra disposiciones que no tengan suficientemente en cuenta los derechos puestos en peligro en el futuro (párr. 122).

El Tribunal considera admisibles los recursos en cuanto los demandantes de amparo «no están haciendo valer los derechos de personas que aún no han nacido ni de generaciones futuras enteras», debido a que «ninguna de éstas goza de derechos fundamentales subjetivos», sino que están invocando sus propios derechos fundamentales. Sin embargo, adelantándose a lo posteriormente argumentado en la Fundamentación, el Tribunal introduce la noción del «efecto de protección objetiva» en referencia a los derechos de las generaciones futuras, las cuales, como posteriormente expondremos, aunque no lleguen a considerarse sujetos de derechos en su vertiente subjetiva, deben contar con una adecuada protección de sus derechos en su vertiente objetiva (párr. 109).

En el caso *Klimaschutz*, para la admisión a trámite de los recursos de amparo, el Tribunal mantiene la línea jurisprudencial tradicional y fuertemente consolidada respecto a la exigencia de que los demandantes se vean afectados en sus derechos de forma actual, individual y directa (párr. 129) (Ruiz Prieto, 2022: 80). Sin embargo, a lo largo del razonamiento se encuentra patente el novedoso planteamiento que desarrollará en la fundamentación sobre la protección diacrónica de los derechos fundamentales y, por tanto, la obligación estatal de protección de los derechos de las generaciones futuras.

3.2. La fundamentación en el caso Klimaschutz

Los riesgos que plantea el cambio climático dan lugar a deberes de protección contra el mismo para la salvaguarda de los derechos a la vida y a la integridad física (art. 2.2 primera frase GG), así como a la propiedad y la herencia (art. 14.1 GG). Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Alemania considera que no puede, en la actualidad, constatarse que las disposiciones impugnadas, al tomar como base el objetivo de París, vulneren dichos deberes de protección, dado el considerable margen de maniobra del Legislador (párrs. 143, 153-170 y 172).

Destaca, no obstante, la formulación del Tribunal del deber de protección del Estado derivado de los derechos fundamentales, al sostener que

«no solo tiene aplicación después de que las violaciones ya se hayan producido, sino que también se proyecta hacia el futuro (cf. BVerfG 49, 89; 53, 30; 56, 54; 121, 317)». En concreto, indica que «del deber de brindar protección contra los riesgos para la vida y la salud también se puede derivar una obligación de protección frente a las generaciones futuras», en especial en caso de procesos irreversibles. Sin embargo, al no tener las generaciones futuras la capacidad jurídica para ser titulares de derechos fundamentales en el presente, por cuanto se trata de personas que aún no han nacido, el deber de protección intergeneracional es de naturaleza exclusivamente objetiva (párr. 145). Por tanto, el Estado está obligado a brindar protección tanto a las personas que viven hoy en día como, a nivel jurídico-objetivo, a las generaciones futuras, contra los riesgos que puedan afectar a los bienes jurídicos salvaguardados por los derechos fundamentales, y que, en este caso, derivan del cambio climático (párr. 148).

El Tribunal entiende, sin embargo, que la falta de medidas cautelares suficientes para gestionar las obligaciones de reducción de gases de efecto invernadero a lo largo del tiempo sí que conlleva una violación de los derechos fundamentales a la libertad, debido a que las emisiones permitidas hasta el año 2030 pueden comportar la asunción futura de obligaciones de reducción de magnitud considerable (párr. 182)¹³. El legislador debe adoptar medidas cautelares suficientes que garanticen una transición a la neutralidad climática respetuosa con la libertad, sin embargo la Ley del Cambio Climático alemana carece de regulaciones mínimas respecto a las obligaciones de reducción que deberán ser asumidas pasado el año 2030 que permitan brindar orientación fundamental e incentivos para el necesario desarrollo de tecnologías y prácticas climáticamente neutras (párr. 183).

La inconstitucionalidad de los arts. 3.1 segunda frase y 4.1 tercera frase KSG en conjunto con el anexo 2, que fijan las cantidades de emisiones permitidas hasta el año 2030, deriva, pues, de lo que el Tribunal denomina «efecto similar al de una injerencia anticipada» (*eingriffsähnliche Vorwirkung*) que dichas disposiciones suponen para las libertades fundamentales¹⁴ de los recurrentes. Mientras que no se constata una violación del mandato constitucional de protección climática (art. 20a GG)

13. Por lo que respecta a los recurrentes que viven en Bangladesh y Nepal, el Tribunal sostiene que no puede constatarse ninguna violación de un deber de protección impuesto por los derechos fundamentales, debido a que el legislador alemán ha cumplido con el deber de protección por medio de su compromiso internacional para prevenir el cambio climático, al haberse adherido al Acuerdo de París, y a través de las medidas concretas implementadas para cumplir con el objetivo acordado, reflejadas en la Ley Federal de Protección del Clima y, en particular, en el artículo 1 tercera frase KSG (párr. 173-181).

14. Indica el Tribunal que la libertad está protegida por la Ley Fundamental en cuanto garantiza todo ejercicio humano de la libertad, tanto a través de específicos derechos fundamentales a la libertad como por medio de la libertad general de acción consagrada en el artículo 2.1 GG como el «derecho fundamental general a la libertad», al respecto, cita la BVerfG 6, 32 (párr. 184).

que comporte una vulneración del derecho constitucional objetivo, las disposiciones indicadas «son inconstitucionales en la medida en que crean peligros de afectación desproporcionados para los derechos fundamentales en el futuro», debido a que las cantidades de emisión que podrán emitirse después del año 2030 se ven significativamente reducidas por las cantidades de emisiones permitidas hasta dicho año (párr. 183).

De este modo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania introduce en su sentencia *Klimaschutz* un concepto de nuevo cuño, al que denomina *eingriffsähnliche Vorwirkung*, el cual se traduce literalmente como «efecto similar al de una injerencia anticipada» o «efectos previos asimilables a un perjuicio», aunque una posible traducción no literal del concepto puede ser la de «riesgo paralesivo»¹⁵. Así, tras haber examinado el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado que emanan «de las obligaciones de protección de los derechos fundamentales en sentido sincrónico, es decir, de derechos fundamentales actuales afectados», el Tribunal entra a valorar el cumplimiento de las obligaciones positivas «de protección de los derechos fundamentales en su dimensión diacrónica o intertemporal, esto es, respecto de los derechos de las siguientes generaciones», en relación con la innovadora noción de riesgo paralesivo (Ruiz Prieto, 2022: 80).

Sostiene el Tribunal alemán que «la Ley Fundamental impone la obligación de asegurar la libertad garantizada por los derechos fundamentales a lo largo del tiempo y de distribuir de forma proporcional entre generaciones las posibilidades de disponer de la libertad». Los derechos fundamentales, en cuanto garantías de libertad sin límites temporales, ofrecen a los recurrentes protección contra un traslado unilateral hacia el futuro de la carga de reducción de gases de efecto invernadero impuesta por el mandato de protección climática del art. 20a GG (párr. 183).

Un rápido consumo del presupuesto de CO₂ hasta el año 2030 agrava el riesgo de una grave pérdida de libertad, en tanto reduce el lapso de tiempo disponible para lograr, a través de los desarrollos tecnológicos y sociales requeridos para rediseñar el actual estilo de vida fuertemente orientado hacia el consumo de CO₂, una transición a un comportamiento climáticamente neutro que sea respetuosa con los derechos funda-

15. El innovador concepto de *eingriffsähnliche Vorwirkung* introducido por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso *Klimaschutz* es traducido como «efecto similar al de una injerencia anticipada» en la versión en español de la sentencia, que se encuentra disponible en la página web del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*): <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/ES/2021/03/rs20210324_1bvr265618es.html>. Asimismo, el concepto es traducido como «an advance interference-like effect» en la versión inglesa de la sentencia, disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html;jsessionid=D00EF4469F9888F8A3DED2E17275F468.internet942>. Sin embargo, Mario Ruiz traduce el concepto como «efectos previos asimilables a un perjuicio», y propone también la adopción de la noción de *riesgo paralesivo* como una posible traducción no literal (Ruiz Prieto, 2022: 80).

mentales (párr. 186). Las disposiciones que actualmente permiten las emisiones de CO₂ suponen un «riesgo jurídico de carácter irreversible para la libertad en el futuro» (párr. 186), por ello, sostiene el Tribunal que las cantidades de emisiones anuales permitidas por la Ley del Cambio Climático «tienen un efecto inevitable, similar al de una injerencia anticipada, en las posibilidades que quedan después del año 2030 para hacer un uso efectivo de la libertad protegida por los derechos fundamentales» (párr. 187).

A juicio del Tribunal, la aceptación del efecto de injerencia anticipada sobre las libertades iusfundamentales requeriría una justificación constitucional, ya que la liberación a la atmósfera terrestre de la cantidad de emisiones permitidas por las disposiciones ejerce un impacto en gran parte irreversible (párr. 187), de modo que sería necesario que, en primer lugar, la normativa fuese compatible con los preceptos elementales de la *norma normarum* y, en segundo lugar, que no impusiese cargas desproporcionadas a la futura libertad de los recurrentes, en atención al principio de proporcionalidad (párr. 188).

En cuanto al primer requisito, el Tribunal argumenta que las disposiciones son compatibles con el derecho constitucional objetivo en cuanto no puede constatarse una vulneración del art. 20a GG, teniendo en cuenta el margen de configuración que el mandato de constitucionalidad climática le deja al Legislador, al no ser posible actualmente aseverar que, debido a las cantidades de emisiones permitidas hasta el año 2030, no pueda llegar a brindarse la protección climática exigida por el art. 20a GG pasado dicho periodo¹⁶ (párrs. 189, 190 y 196).

Respecto al juicio de proporcionalidad, establece el Tribunal que dicho principio obliga al legislador a configurar con anticipación la reducción de emisiones para llegar al punto de la neutralidad climática, con el fin de evitar que las cargas de reducción se distribuyan de manera desigual a lo largo del tiempo y entre generaciones, en detrimento de los derechos fundamentales del futuro (párr. 192). Así pues, se proscribió una regulación que imponga a una generación una carga de reducción comparativamente leve que le posibilite consumir gran parte del presupuesto de CO₂ si ello implica que a las siguientes generaciones se les impondrá una carga de reducción radical, exponiendo sus vidas a una pérdida considerable de su libertad (párr. 192).

Independientemente del tamaño exacto del presupuesto restante, los arts. 3.1 segunda frase y 4.1 tercera frase KSG en conjunto con el anexo 2

16. No obstante, el Tribunal indica que la adecuación de la legislación a los requerimientos constitucionales que impone el mandato de protección climática está sujeto a revisión por parte del mismo Tribunal Constitucional Federal, en cuanto «si hubiese hallazgos nuevos y suficientemente fiables sobre el desarrollo del calentamiento global antropogénico, sus consecuencias y controlabilidad, podría ser necesaria la diferenciación de objetivos en el marco del art. 20a GG, incluso teniendo en cuenta el margen de decisión del Legislador» (párr. 212).

conlleven el consumo de una parte nada despreciable de las posibilidades de emisión restantes que le fueron asignadas a Alemania, de modo que dichas disposiciones deben ser tachadas de inconstitucionales en la medida en que permiten el consumo de una cantidad tan elevada del presupuesto de emisiones restante que, desde la perspectiva actual, las pérdidas futuras de libertad adquieren inevitablemente proporciones irrazonables (párrs. 194, 246 y 247). El escaso presupuesto restante de CO₂ debe consumirse de manera prudente para permitir el desarrollo oportuno de las transformaciones necesarias para mitigar las pérdidas de libertad justificadas en base al mandato constitucional de protección climática. De este modo, «es imperativo evitar una distribución demasiado cortoplacista y, por tanto, unilateral de la libertad y debe impedirse una definición de cargas de reducción en detrimento del futuro» (párr. 194).

Constatamos que la determinación de la presencia en la legislación impugnada de un riesgo paralesivo o efecto similar al de una injerencia anticipada sobre los derechos fundamentales deriva de la existencia de un riesgo jurídico de carácter irreversible para la libertad en el futuro, el cual puede ser entendido como un *periculum in mora* de que se produzca una afectación futura a los derechos fundamentales. La problemática que se plantea parte, según se observa, de una cuestión de justicia distributiva, por cuanto las disposiciones tienen afectación tanto sobre la disponibilidad futura del cupo de emisiones como sobre los futuros efectos lesivos que puedan derivarse de su uso actual (Ruiz Prieto, 2022: 81).

Finalmente, en el caso *Klimaschutz*, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania establece que, desde el punto de vista constitucional, resulta indispensable que se determinen de forma oportuna los objetivos adicionales de reducción de emisiones pasado el año 2030, los cuales deben extenderse suficientemente al futuro (en el mismo sentido, Tribunal Supremo de Irlanda, sentencia de 31 de julio de 2020, 205/19, núm. 6.45 s., en el caso *Friends of the Irish Environment*), con el fin de proporcionar una orientación suficientemente específica que permita configurar una ruta de reducción constante que conduzca a la neutralidad climática y que, al mismo tiempo, garantice un trato respetuoso con los derechos fundamentales, presentes y futuros, de conformidad con el principio de proporcionalidad (párrs. 194, 253, 254 y 255).

3.4. La configuración de los derechos fundamentales diacrónicos en el caso *Klimaschutz*

Según se ha hecho patente, la principal innovación de la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania en el caso *Klimaschutz* estriba en la protección que brinda a los derechos fundamentales desde una pers-

pectiva diacrónica, lo cual conlleva un refuerzo del papel protector del Estado, por medio de una novedosa ampliación de la actual doctrina de las obligaciones iusfundamentales de protección (Ruiz Prieto, 2022: 83).

Tradicionalmente, las obligaciones de protección de los derechos y de las libertades fundamentales del Estado se han observado desde una perspectiva sincrónica, esto es, desde la óptica de los derechos actualmente existentes, lo cual permite analizar las consecuencias de las acciones actuales sobre los derechos fundamentales ya existentes. Por ello, la actuación estatal se ha venido orientando hacia el presente, con el objetivo de salvaguardar derechos actuales de futuros daños. Así pues, partiendo de la relevancia de la noción de peligro, la dimensión sincrónica observa «los efectos futuros de acciones actuales en derechos actuales», esto es, pretende salvaguardar la situación jurídica presente frente a injerencias futuras (Ruiz Prieto, 2022: 83-85).

La perspectiva intertemporal o diacrónica adoptada por el Tribunal alemán introduce, pues, un significativo y novedoso cambio, al otorgar relevancia a la incidencia que una acción presente puede tener sobre los derechos futuros del agraviado. Así pues, el esquema Klimaschutz de los derechos fundamentales diacrónicos tiene por objeto la protección de una situación jurídica futura, en el caso de la sentencia, referida a la protección de los derechos fundamentales de las futuras generaciones respecto de las acciones actuales para combatir el peligroso cambio climático antropogénico (Ruiz Prieto, 2022: 85).

4. Las sentencias holandesas en el caso Urgenda

La sentencia del Tribunal Supremo de Holanda de 20 de diciembre de 2019 sobre el cambio climático¹⁷ resulta especialmente relevante respecto a la configuración de los derechos de las generaciones futuras, en cuanto el caso Urgenda fue, a nivel mundial, el pionero en establecer, a instancias de la ciudadanía, el deber legal del Estado de prevenir los riesgos que plantea el avance del cambio climático¹⁸.

En 2013, la Fundación Urgenda¹⁹, actuando como litigante en representación de los intereses de 886 ciudadanos holandeses, presentó por

17. Traducción inglesa de la sentencia del Tribunal Supremo holandés de 20 de diciembre de 2019, disponible en: <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>>.

18. URGENDA (s. f.). *Landmark Decision by Dutch Supreme Court*. Disponible en <<https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>> [Consulta: 18 de febrero de 2023].

19. La Fundación Urgenda, cuyo nombre deriva del acrónimo *urgent agenda*, es una plataforma ciudadana creada en 2008 e involucrada en el desarrollo de planes y medidas para la prevención del cambio climático, que tiene por fin social, conforme a lo dispuesto en sus estatutos, estimular y acelerar el proceso de transición hacia una sociedad más sostenible, comenzando en los Países Bajos (Paiement, 2020; Pascual Núñez, 2018).

primera vez una demanda contra los Países Bajos ante el Tribunal de Distrito de La Haya, con el objetivo de que el Estado fuese obligado a alcanzar un objetivo de reducción de las emisiones nacionales de gases de efecto invernadero más ambicioso del que podía preverse en virtud de las políticas llevadas a cabo por el Gobierno (Païement, 2020; Pascual Núñez, 2018). En concreto, Urgenda solicitó la adopción estatal de las medidas necesarias para reducir las emisiones entre un 25 y un 40% para el año 2020, en comparación con los niveles de 1990 (Païement, 2020). El Tribunal de Distrito resolvió, por medio de sentencia de 24 de junio de 2015²⁰, que, a través del inmediato establecimiento de medidas más efectivas sobre el cambio climático, el Gobierno debía reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para finales de 2020 en, al menos, un 25%²¹.

La decisión del Tribunal de Distrito fue apelada por el Estado y posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelación de La Haya, por medio de sentencia de 9 de octubre de 2018²². Nuevamente, el Estado interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Holanda, el cual falló a favor de Urgenda, el 20 de diciembre de 2019, y confirmó la decisión del Tribunal de Distrito.

4.1. La admisibilidad de la demanda de Urgenda

Por lo que respecta a la admisibilidad de la demanda presentada por Urgenda, el Tribunal Supremo de Holanda, de acuerdo con lo expresado por los tribunales inferiores, mantiene la concepción tradicional respecto a la legitimación para proseguir con la petición, basada en el efecto de la emisión de gases de efecto invernadero en territorio holandés sobre los derechos de la generación actual de ciudadanos holandeses (párr. 2.3.2 STS holandés y párr. 37 ST de Apelación de la Haya).

Al respecto, el Tribunal de Apelación había confirmado la procedencia del recurso al descartar el planteamiento del Estado holandés, según el cual Urgenda no podía actuar en nombre de las futuras generaciones. El Tribunal consideró que la petición de Urgenda es admisible «en la medida en que actúa en nombre de los intereses de la generación actual de ciudadanos holandeses y personas sujetas a la jurisdicción del Estado en el sentido del artículo 1 CEDH».

20. Traducción inglesa de la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 24 de junio de 2015 disponible en <http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2015/20150624_2015-HAZA-C0900456689_decision-1.pdf>.

21. URGENDA (s. f.), op. cit.

22. Traducción inglesa de la sentencia del Tribunal de Apelación de La Haya de 9 de octubre de 2018 disponible en <http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181009_2015-HAZA-C0900456689_decision-4.pdf>.

Sin embargo, especialmente después de haber apuntado el Tribunal la necesidad de evaluar la excepción de inadmisibilidad de la petición de Urgenda planteada por el Estado «en la medida en que Urgenda también actúa en nombre de individuos y generaciones futuras fuera de los Países Bajos», destaca la ausencia de argumentaciones respecto a la posible legitimación para la interposición de demandas relativas a la protección de los intereses de los derechos de las generaciones futuras (párr. 34 ST de Apelación de la Haya). Considero que dicho abordaje de la admisibilidad, con omisión de cualquier argumento respecto a la posible defensa de los derechos de las futuras generaciones, posiblemente no se deba a un mero afán de concisión por parte del juzgador, sino a una pretensión deliberada de eludir un pronunciamiento contrario a la eventual protección de los derechos en su perspectiva diacrónica.

4.2. La decisión del Tribunal Supremo de Holanda en el caso Urgenda

El Tribunal Supremo confirmó la existencia de una violación del artículo 21 de la Constitución holandesa, el cual prevé la obligación de los poderes públicos de velar por la habitabilidad del país y por la protección y mejora del medio ambiente, e impone al Estado un correlativo deber de diligencia debida. Asimismo, afirmó la existencia de la obligación del Estado de cumplir con su deber de diligencia debida en virtud de instrumentos internacionales y europeos, tales como informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (Intergovernmental Panel on Climate Change, en adelante IPCC), la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, los principios de «no causar daño al medio ambiente» o *no-harm principle* (Declaración de Río, principio 2), el principio de precaución y el artículo 191 TFUE (Ponce Solé, 2020).

Además, sentenció que, debido al riesgo de un peligroso cambio climático que podría tener un impacto severo en las vidas y en el bienestar de los residentes de los Países Bajos, de conformidad con los artículos 2, del derecho a la vida, y 8, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), puede establecerse, por parte de los tribunales, la existencia de una obligación estatal de reducción de emisiones.

Finalmente, sostuvo que el poder discrecional del Estado y, por lo tanto, la discrecionalidad con la que cuenta para el desarrollo de la política climática, no es ilimitado, debido a que el Estado tiene la obligación de proteger a sus ciudadanos mediante la adopción de medidas apropiadas y efectivas. Así pues, desestimó una posible invasión indebida del

poder judicial en ámbitos que constitucionalmente no le correspondan atendiendo a la separación de poderes («*trias política*, relación entre el poder judicial, el ejecutivo y el legislativo») (Ponce Solé, 2020).

4.3. La protección de los intereses futuros en el caso *Urgenda*

La Corte Suprema holandesa confirma la existencia de una amenaza genuina de un peligroso cambio climático que se traduce en un riesgo grave de que la actual generación de habitantes holandeses se enfrente a perder la vida o a ver interrumpida su vida familiar, de la cual se deriva el deber de protección del Estado en virtud de los arts. 2 y 8 CEDH (párr. 2.3.2 STS holandés). Asimismo, indica que todas las emisiones de gases de efecto invernadero conducen a una merma en el presupuesto de carbono aún disponible, de modo que el aplazamiento de la reducción de emisiones conllevará la necesidad de adoptar medidas cada vez más profundas y costosas para lograr en el futuro una reducción a una escala cada vez mayor, tanto en términos de tiempo como de tamaño (párr. 7.4.3 STS holandés).

Así pues, en la decisión holandesa se encuentra patente la idea del riesgo como injerencia o riesgo paralesivo, desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en la sentencia *Klimaschutz*, sobre la obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales de futuras afectaciones en cuanto las mismas suponen un efecto similar al de una injerencia anticipada.

En el caso *Urgenda* se afirma la existencia de obligaciones de carácter positivo y negativo, en relación con los arts. 2 y 8 CEDH, que tiene el Gobierno sobre la protección de los intereses que podrían verse potencialmente afectados en el futuro por el transcurso del cambio climático. En concreto, el Estado tiene la obligación positiva de adoptar medidas cautelares concretas para la prevención de violaciones futuras de dichos intereses, la cual se desprende de la aplicación de un estándar jurídico de debida diligencia o del denominado «deber de cuidado», derivado del buen gobierno y la buena administración (el término utilizado es *good governance*, párr. 6.5 STS holandés) (Ponce Solé, 2020), con el límite general de que no se imponga al Gobierno una «carga imposible o desproporcionada». El Tribunal sostiene que, pese a no encontrarse todavía afectado el interés concreto, cuando esté en peligro de serlo por un acto, una actividad o un evento natural, su infracción futura debe ser tomada en consideración (párr. 40- 43 ST de Apelación de la Haya y párr. 6.1-6.6 STS holandés) (Pascual Núñez, 2018).

Resulta especialmente relevante el pronunciamiento del Tribunal de Distrito de La Haya que otorga entidad al principio de equidad para

fundamentar la obligación del Estado de adoptar medidas de mitigación de acuerdo con una distribución equitativa que tenga en cuenta que los costos de reducción deben ser distribuidos razonablemente entre las generaciones actuales y futuras. De este modo, si, de acuerdo con el conocimiento actual, resulta proporcionalmente menos costoso actuar ahora, el Estado tiene una seria obligación, derivada del debido cuidado, frente a las generaciones futuras, de actuar en consecuencia. Además, el Estado debe basar su actuación en el principio de «más vale prevenir que curar».

Así pues, aunque en el caso Urgenda los tribunales holandeses y, en última instancia, el Tribunal Supremo resuelven entendiendo que el cambio climático conlleva la existencia de un peligro real que afecta a las generaciones presentes, introducen en la argumentación la noción de riesgo paralesivo y, con ello, una perspectiva diacrónica de los derechos humanos, al sostener la existencia de una obligación positiva de emprender acciones concretas para prevenir vulneraciones futuras de los intereses protegidos.

5. Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso Torres Strait Islanders

El 22 de septiembre de 2022 el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CCPR) adoptó su dictamen relativo a la comunicación n.º 3624/2019²³ en el asunto Daniel Billy et al c. Australia, también conocido como el caso de los Isleños del Estrecho de Torres (Torres Strait Islanders), en el que el órgano entra a valorar si el Estado de Australia ha violado los artículos 6, del derecho a la vida; 17, del derecho a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia y el hogar, y 27, del derecho a la cultura, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). El caso Torres Strait Islanders es especialmente relevante, debido a que se trata del primer caso a nivel internacional en que un órgano de protección de derechos humanos ha declarado que la falta de diligencia del Estado en cuanto a la adopción de medidas de prevención de los efectos del cambio climático vulnera los derechos humanos (Giménez y Petit de Gabriel, 2022).

La comunicación ante el CCPR fue presentada contra el Gobierno de Australia por un grupo de ciudadanos australianos, conformado por ocho isleños del estrecho de Torres y seis de sus hijos, habitantes indíge-

23. El dictamen del CCPR relativo a la comunicación n.º 3624/2019, en el asunto Daniel Billy et al c. Australia (caso Torres Strait Islanders) se encuentra disponible en inglés en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F135%2FD%2F3624%2F2019&Lang=en>.

nas de Boigu, Poruma, Warraber y Masig, cuatro pequeñas islas que se encuentran en la referida región australiana. En su petición, los autores sostienen que los cambios en los patrones climáticos tienen consecuencias dañinas directas en el sustento, la cultura, la alimentación y la forma de vida tradicional de su comunidad, de forma que la inacción estatal derivada de la falta de adopción de medidas para combatir el cambio climático, tales como la mejora de diques en las islas o, en especial, el establecimiento de objetivos y planes adecuados para la reducción de gases de efecto invernadero, conlleva una vulneración de los derechos humanos protegidos en virtud del PIDCP. Cabe destacar la notable incidencia que los efectos del cambio climático ejercen sobre las comunidades isleñas de baja altitud, las cuales son especialmente vulnerables al aumento del nivel del mar, las marejadas ciclónicas, la decoloración de los corales y la acidificación de los océanos (Sabin Center for Climate Change Law, 2019).

En su decisión, el Comité expresa que no puede concluir, en base a la información de que dispone, que las medidas de adaptación adoptadas por el Estado parte sean insuficientes para representar una amenaza directa al derecho de los autores a una vida digna, de modo que no constata una violación del art. 6 PIDCP. Sin embargo, argumenta que la degradación del medio ambiente puede afectar negativamente al bienestar de las personas y constituir violaciones previsibles y graves de la vida privada, familiar y del hogar, especialmente en el caso de comunidades indígenas donde la subsistencia depende en gran medida de los recursos naturales disponibles. Por ello, concluye que, al no haber cumplido con su obligación positiva de aplicar medidas de adaptación adecuadas para proteger el hogar, la vida privada y la familia de los autores, Australia ha violado los derechos de los autores consagrados en el artículo 17 PIDCP (párr. 8.12).

Por su parte, el artículo 27 del PIDCP, interpretado a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, consagra el derecho inalienable de los pueblos indígenas a disfrutar de los territorios y recursos naturales que tradicionalmente han utilizado para su subsistencia e identidad cultural (párr. 8.13). El Comité sostiene que la respuesta inadecuada de Australia a la amenaza que afrontan los autores, derivada de la ausencia de adopción temporalmente oportuna de medidas adecuadas de adaptación para la protección de la capacidad colectiva de los autores de mantener su estilo de vida tradicional, de transmitir a sus hijos y a las generaciones futuras su cultura y sus tradiciones y de hacer uso de los recursos terrestres y marinos, conlleva una violación de la obligación positiva del Estado parte de proteger su derecho a disfrutar de su cultura minoritaria, de conformidad con el art. 27 PIDCP (párr. 8.14).

De este modo, el asunto *Daniel Billy et al c. Australia* representa la primera vez que un órgano de la ONU concluye que un país ha violado el derecho internacional de los derechos humanos a través de una insuficiente política climática, así como la primera ocasión en que se determina que el riesgo que implica la ausencia de medidas adecuadas contra el cambio climático para el goce del derecho a la cultura de los pueblos indígenas supone una violación de dicho derecho (Tigre, 2022).

5.1. *La decisión del Comité de Derechos Humanos*

En la consideración sobre la admisibilidad, en relación con las medidas de adaptación solicitadas por los autores, el Comité recuerda que los artículos del Pacto invocados (arts. 6, 17, 24.1 y 27 PIDCP) entrañan «obligaciones positivas de los Estados parte de garantizar la protección de las personas bajo su jurisdicción contra las violaciones de esas disposiciones» (párr. 7.7).

El Comité trae a colación su jurisprudencia anterior²⁴, alegada por parte del Estado para sostener la inadmisibilidad de la comunicación, en la que declaró que una persona solo puede alegar ser víctima en el sentido del art. 1 del Protocolo Facultativo si se ve efectivamente afectada. El órgano adopta lo que podríamos observar como una postura intermedia entre la rigidez de los argumentos del Estado para el reconocimiento de la condición de víctima, únicamente cuando el ciudadano se encuentra efectivamente afectado por un daño actual, y la postura defendida por los autores de la comunidad indígena afectada, quienes denuncian una violación de sus derechos, presentes, pero también futuros, derivada de la inacción del Estado frente a los riesgos planteados por el cambio climático. El CCPR expresa, en línea con su jurisprudencia, que es una cuestión de grado el nivel de concreción que debe alcanzar el requisito de la existencia de una «afectación efectiva» para el reconocimiento de la condición de víctima (párr. 7.9).

El Comité indica que las personas que aleguen ser víctimas de una violación de un derecho protegido por el Pacto deben demostrar, o bien que un Estado parte ya ha menoscabado el ejercicio de su derecho, por acción u omisión, o bien que ese menoscabo es inminente. La demostración de la existencia de una violación de sus derechos humanos puede basarse, por ejemplo, en la legislación vigente o en una decisión o práctica judicial o administrativa. Sin embargo, resulta fundamental en cuanto a la posibilidad de protección de los derechos en su perspectiva

24. *Teitiota c. Nueva Zelanda* (CCPR/C/127/D/2728/2016), párr. 8.4, disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F127%2FD%2F2728%2F2016&Lang=en>.

diacrónica, la afirmación proferida por el CCPR, según la cual, «si la ley o la práctica no se han aplicado ya concretamente en detrimento de tal individuo, debe ser en cualquier caso aplicable de tal manera que el riesgo de que el individuo se vea afectado sea más que una posibilidad teórica» (párr. 7.9).

De este modo, el CCPR desestima una interpretación excesivamente formalista y rígida de la noción de afectación efectiva relevante para la determinación de la existencia de una violación de los derechos humanos y adopta una definición más flexible del concepto. Así, resuelve por medio de una definición de la condición de víctima que permite la denuncia de situaciones que entrañen tanto un menoscabo en el ejercicio de su derecho que ya se haya materializado, como un menoscabo inminente, basado en la adopción de una legislación, decisión o práctica judicial o administrativa que bien haya sido ya aplicada o esté siendo aplicada, o bien que, no habiéndose aplicado todavía concretamente en detrimento del individuo, genere un riesgo de afectación a los derechos de la persona que sea más que una mera posibilidad teórica.

El Comité expresa que los autores, en cuanto miembros de pueblos de tierras tradicionales consistentes en islas pequeñas y bajas que presumiblemente ofrecen escasas oportunidades de reubicación interna segura, están muy expuestos a los impactos adversos del cambio climático. Por ello, considera que los autores se encuentran entre aquellas personas especialmente vulnerables a sufrir intensamente los graves efectos del cambio climático en curso, de modo que el riesgo de menoscabo de sus derechos se plantea más que como una posibilidad teórica (párr. 7.10).

Aunque, como se ha indicado, el Comité concluye que la información disponible no lleva al convencimiento de que las medidas de adaptación adoptadas por el Estado parte sean insuficientes como para representar una amenaza directa al derecho a una vida digna, previsto en el art. 6 PIDCP (párr. 8.7), destacan algunas de las consideraciones adoptadas por el órgano. El CCPR recuerda que la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el derecho a la vida se extiende a las amenazas razonablemente previsibles y a las situaciones que ponen en peligro la existencia y que pueden causar la pérdida de vidas, incluso si las mismas no se han materializado. Asimismo, sostiene que la degradación del medio ambiente, los efectos adversos del cambio climático y el desarrollo insostenible constituyen algunas de las amenazas más acuciantes y graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar del derecho a la vida, de modo que los Estados parte deben adoptar todas las medidas apropiadas para hacer frente a las condiciones generales de la sociedad que puedan dar lugar a amenazas directas al derecho a la vida o que puedan impedir que las personas disfruten de aquel con dignidad (párr. 8.3).

Sin embargo, en su voto particular, el miembro del Comité Duncan Laki Muhumuza disiente parcialmente con la conclusión a la que llega el órgano, el entender que existe una violación del art. 6 del Pacto. Expresa que, en el caso de la Fundación Urgenda c. el Estado de los Países Bajos (ver *supra*, apartado 4) se definió el cambio climático como una amenaza real e inminente que obliga al Estado a tomar medidas cautelares para evitar la vulneración de derechos, en la medida de lo posible, y se estableció que el Estado tiene la obligación de evitar una pérdida previsible de vidas a causa de los efectos del cambio climático y de proteger el derecho de los autores a una vida digna (párr. 10). El miembro del Comité sostiene que dicha pérdida previsible no ha sido evitada por parte del Estado por medio de la adopción de medidas eficaces para mitigar y adaptarse al cambio climático (párrs. 11 y 17). Así pues, considera que existe una violación del artículo 6 PIDCP y que el Comité debería implorar al Estado parte que adopte medidas inmediatas para proteger y preservar la vida de las personas en las Islas del Estrecho de Torres (párr. 17).

5.2. La protección de los derechos de las generaciones futuras en el caso Torres Strait Islanders

Considero que nos encontramos ante un cambio de paradigma en la interpretación sostenida por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en relación con la atribución de la calidad de víctima de violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados miembros. En la decisión Torres Strait Islanders la definición de «afectación efectiva», la cual requiere que el individuo se encuentre efectivamente afectado (*actually affected*) para poder atribuir responsabilidad al Estado por su actuación u omisión, se aplica también a aquellas situaciones en que se demuestre la existencia de riesgos reales, esto es, que se presenten como más que meras posibilidades hipotéticas.

Esta concepción de la vulneración de los derechos humanos, que observa posibles afectaciones futuras a los mismos, sumada a la idea en auge de la necesidad de proteger los derechos de las generaciones futuras, permite plantear la existencia de deberes de protección estatales de los derechos fundamentales que van más allá de la mera adopción de una perspectiva de protección frente a la afectación sincrónica, para pasar a observar los derechos fundamentales como garantías intemporales que exigen el amparo intergeneracional de los intereses protegidos por los mismos.

6. Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de las Illes Balears

El pasado 5 de abril de 2023 fue aprobada la Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de las Illes Balears²⁵ (Llei 10/2023, de 5 d'abril, de benestar per a les generacions presents i futures de les Illes Balears, en adelante, LBGPF de las Illes Balears)²⁶, una ley pionera que introduce del concepto de «justicia intergeneracional» y cuyo objetivo es promover el bienestar de las generaciones futuras, no solo frente a la emergencia climática, sino también en la toma de conciencia colectiva de una sociedad que debe aprender de los errores del pasado para salvaguardar su futuro²⁷. La reciente aprobación de la Ley constituye un reflejo en el plano normativo de la creciente concienciación de la necesidad de actuar acorde a los intereses de las generaciones presentes, al mismo tiempo que de asegurar la protección de los intereses de las generaciones futuras. Los riesgos presentes en una sociedad en continuo desarrollo comportan la necesidad de intervenir conforme a programas que presenten un enfoque integral e intergeneracional.

La exposición de motivos de la LBGPF de las Illes Balears parte del concepto de *desarrollo sostenible*, formalizado por primera vez en el año 1987, en el denominado *informe Brundtland* de las Naciones Unidas, definido como «el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades»²⁸, y el cual, en contraposición con las implicaciones del desarrollo clásico, pretende una reconciliación entre las vertientes económica, social y ambiental. Así pues, en coherencia con los requerimientos de la situación actual, la LBGPF introduce un concepto de nuevo cuño, el de *justicia intergeneracional*, con el objetivo de salvaguardar el porvenir de las sociedades futuras, debido a que, del mismo modo que las decisiones adoptadas a finales del siglo XX y principios del siglo XXI han condicionado negativamente la posibilidad de que las socie-

25. «Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de las Illes Balears». *BOE*, 139 (12 de junio de 2023), páginas 83009 a 83020, disponible en <<https://www.caib.es/eboibfront/pdf/ca/2023/47/1134015>>.

26. La Ley es fruto de la Iniciativa Legislativa Popular para el Bienestar de las Generaciones Presentes y Futuras impulsada por el grupo ecologista GOB (Grup Balear d'Ornitologia i Defensa de la Naturalesa), en el marco de la campaña denominada «Avui per demà». La LLP impulsora toma como referente una innovadora ley de bienestar de las generaciones futuras que se encuentra en vigor en Gales desde el 2015, el Well-being of Future Generations (Wales) Act 2015, disponible en <<https://www.futuregenerations.wales/wp-content/uploads/2017/01/WFGAct-English.pdf>> (Ginard y Verger, 2022; Ribas, 2023).

27. Exposición de motivos de la Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de las Illes Balears, apartado II (Ribas, 2023).

28. El Informe Brundtland, originalmente denominado *Nuestro Futuro Común (Our Common Future)*, se encuentra disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N87/184/70/PDF/N8718470.pdf?OpenElement>>.

dades actuales practiquen el desarrollo sostenible, hasta el extremo de la actual situación de emergencia climática y ecológica, «las acciones del presente condicionarán el devenir de las generaciones del futuro» (LBGPF de las Illes Balears, exposición de motivos, apartado II).

Las políticas públicas deben adoptar una perspectiva intergeneracional con el fin de prevenir cualquier impacto negativo sobre el bienestar de las generaciones presentes y futuras (art. 6 LBGPF de las Illes Balears), lo cual conlleva la necesidad de evaluar los impactos potenciales sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos en su tradicional plano sincrónico, pero también desde un punto de vista diacrónico.

Considero, pues, que la novedosa LBGPF constituye, una vez más, un reflejo de la necesidad de que los poderes públicos, cuya actuación se encuentra vinculada por los derechos y las libertades fundamentales (art. 53 CE), establezcan los medios adecuados para garantizar un desarrollo sostenible que asegure las condiciones necesarias —sociales, educativas, económicas, medioambientales...— para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, tanto en la actualidad como en el futuro. Del mismo modo, los tribunales deben supervisar el cumplimiento de la Administración con las exigencias derivadas del respeto de los derechos fundamentales, lo cual comporta la adopción de un análisis integral de los riesgos sobre los derechos fundamentales que adopte una perspectiva intergeneracional para su protección diacrónica.

7. Situación actual en materia de litigiosidad climática

7.1. Sentencia del Tribunal Supremo en el primer litigio climático en España

El pasado 24 de julio de 2023, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España resolvió, a favor del Gobierno, el primer litigio climático en el Estado español, cuyo inicio se remonta a septiembre de 2020 (Rincón y Planelles, 2023). Por medio de la STS 3556/2023 (ECLI:ES:TS:2023:3556), el Alto Tribunal se pronunció, por primera vez, en relación con los compromisos internacionales de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidas por España, y desestimó el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021 por el que se aprueba el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (en adelante, PNIEC), interpuesto por Greenpeace España, Ecologistas en Acción-Coda, Oxfam Intermón y Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo. El TS se ha mantenido cauteloso en su resolución y, en aplicación del tradicional esquema sincrónico de los derechos fundamentales, ha

fundamentado, de forma escueta, la falta de afectación del PNIEC a los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras.

Las asociaciones ecologistas sostenían en su demanda que las medidas contempladas en el PNIEC, de reducción de emisiones de un 23% en 2030 respecto a los niveles de 1990, no eran lo suficientemente ambiciosas. De este modo, con el fin de garantizar los derechos humanos y el derecho a un medioambiente adecuado a las generaciones presentes y futuras, solicitaban la revisión por parte del Gobierno de los objetivos de mitigación, de modo que no fuesen inferiores al 55% en 2030 respecto de los de 1990, de conformidad con el Acuerdo de París y las recomendaciones científicas del IPCC para no superar el 1,5 °C de incremento de la temperatura global. En su caso, solicitaban la nulidad total del Plan.

El TS expresa que una decisión de ampliación de los porcentajes de reducción conllevaría la revisión de la práctica totalidad de las decisiones políticas ya adoptadas con perspectiva de futuro y, en concreto, supondría imponer a la Administración la obligación de reformular la actual política económica, lo cual, a juicio del Tribunal, comportaría una invasión excesiva que no podría ampararse en la potestad de revisión reglamentaria del art. 106 CE (FJ6). Asimismo, argumenta que, al haber cumplido con el reparto de esfuerzos fijados por la UE, la cual se configura como líder en la lucha contra el cambio climático a nivel internacional, España ha actuado conforme a su derecho de asumir los compromisos del Convenio de París mediante la acción conjunta en la Unión (FJ 7).

En el examen sustantivo de la pretensión, el Tribunal entra a valorar si las previsiones en relación con la reducción de emisiones del PNIEC son contrarias a los compromisos de la COP21, lo cual comportaría la nulidad de pleno derecho por vulneración de una norma de rango superior (art. 47.2º LPACP). Nuevamente, hace alusión al cumplimiento de España en referencia al reparto de emisiones de la UE para argumentar que el reproche a la normativa interna implica cuestionar la política comunitaria. Además, insiste en la magnitud de la repercusión que comportaría un aumento de la reducción de emisiones para la economía nacional e indica que, aunque «incrementar las medidas contra el cambio climático es una exigencia fundamental, si se quieren alcanzar los objetivos finales previstos en el Convenio, incluso con la importante premisa de que los objetivos ya establecidos para el año 2030 impondrían unos aumentos desmesurados en la etapa posterior para alcanzar dicho objetivo», el establecimiento de medidas más ambiciosas conllevaría evidentes consecuencias para la economía nacional en el momento actual y el sometimiento a privaciones por parte de la ciudadanía.

En cuanto a la posible afectación a los derechos fundamentales, el Tribunal sostiene que, en base a una ponderación de los efectos que tales medidas pueden tener para las sociedades actuales y teniendo en

cuenta el amplio margen de discrecionalidad con el que cuenta la Administración, no puede concluirse que la imposición de un porcentaje de reducción del 55% sea la única solución a la lucha contra el cambio climático. Así pues, concluye que no se produce una vulneración de los derechos fundamentales. También trae a colación la STJUE de 25 de marzo de 2021, en el caso medioambiental Armando Carvalho y otros²⁹, que desestimó un recurso de casación por inexistencia de legitimación activa de los demandantes, debido a que no habían demostrado que las disposiciones impugnadas «vulneraran sus derechos fundamentales y los distinguieran individualmente de todas las demás personas físicas o jurídicas afectadas por dichas disposiciones (49)». Así pues, según el TJUE, a tenor del art. 263.4 TFUE, resulta necesaria una afectación «directa e individual» de los efectos del cambio climático para la impugnación de una decisión de la Unión en esta materia. No obstante, el Tribunal reconoce que la sentencia «obedece al esquema procesal peculiar del Tribunal», el cual requiere «una especial legitimación para su impugnación en el esquema procesal comunitario», pero termina extrayendo de la resolución la conclusión de que «ese paquete legislativo aprobado por la Unión no puede ser objeto de revisión por los Tribunales más allá de haber acreditado una afectación personal y directa», de modo que su potestad jurisdiccional quedaría centrada en el examen del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Convenio.

El Alto Tribunal español concluye la prudente resolución manteniéndose al margen de la decisión adoptada por la Administración española, en virtud de su legítimo ejercicio de dirección de la política nacional e internacional, el cual no considera arbitrario al integrarse en los criterios de la Unión. Finalmente, recuerda que la política comunitaria está en vías de incrementar los esfuerzos ambiciosos, lo cual, sostiene, no resulta aún posible debido al esfuerzo presupuestario que comportan.

7.2. *Caso Held v. Estado de Montana*

El Tribunal del Primer Distrito Judicial de Montana dictaminó, el pasado 14 de agosto de 2023, en el primer juicio climático constitucional en los EE. UU. (Chillcott y Hornbein, 2023), que una disposición de la Ley de Política Ambiental de Montana (Montana Environmental Policy Act, en adelante, MEPA), la denominada «MEPA Limitation», violaba el derecho constitucional de los dieciséis jóvenes demandantes a un medio

29. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 25 March 2021. Armando Carvalho and Others v European Parliament and Council of the European Union. Case C-565/19 P. (ECLI:EU:2021:252), disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0565>>.

afirman que las consecuencias del calentamiento global, tales como los incendios forestales producidos en Portugal cada año desde 2017, tienen afectación sobre su salud física y mental, su derecho a la vida y su derecho al respeto de la vida privada y familiar. Además, debido a la mayor injerencia sobre los derechos de los más jóvenes, alegan una violación de la prohibición de discriminación y se amparan en el principio de equidad intergeneracional. Por ello, exigen a los Estados que adopten medidas adecuadas que contribuyan a limitar la globalización de emisiones.

8. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo he analizado la innovadora concepción de los derechos fundamentales diacrónicos. Lo he realizado a través del estudio de las novedosas resoluciones de derecho comparado adoptadas en relación con las obligaciones estatales de protección de los derechos de las generaciones futuras en el marco de la gestión del peligroso cambio climático antropogénico, con la destacable aportación del Tribunal Constitucional de Alemania en el caso *Klimaschutz*. El estudio de la doctrina de los derechos fundamentales diacrónicos y su comparativa con la tradicional perspectiva sincrónica, actualmente vigente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y, por lo tanto, presente también en el sistema jurídico español de protección de los derechos fundamentales, me ha permitido extraer distintas conclusiones sobre las carencias del modelo actual y las posibles aplicaciones prácticas de un sistema de salvaguarda de los derechos fundamentales que garantice una protección intertemporal e intergeneracional de los mismos.

La primera de las conclusiones que se extraen del estudio llevado a cabo es que, efectivamente, la adopción de una perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales permite garantizar una protección integral que observe la situación jurídica futura, acorde a las exigencias del principio de efectividad. En contraposición con la vigente concepción sincrónica de los derechos fundamentales, la cual permite únicamente exigir la protección de derechos actuales afectados, la óptica diacrónica otorga relevancia jurídica a los riesgos que acciones presentes pueden conllevar sobre los derechos futuros.

Se ha hecho patente que una actuación de los poderes públicos iusfundamentalmente adecuada debe, en primera instancia, perseguir una evitación a priori de posibles violaciones sobre los derechos fundamentales, de modo que la posterior repulsión de las lesiones que pueda oca-

[se%2520Duarte%2520Agostinho%2520and%2520Others%2520v.%2520Portugal%2520and%252032%2520Others.pdf&usg=AOvVaw06UMe8lruKCGOdvsGgsME82&opi=89978449>](#).

sionar sobre los derechos fundamentales se configure como un remedio de *ultima ratio* articulado para ofrecer respuesta ante posibles fallas del sistema. De este modo, la adopción de una óptica diacrónica de los derechos fundamentales ofrece protección, tanto ante acciones u omisiones que ocasionen propiamente lesiones concretas, entendidas como aquellas efectivas y consumadas, según se viene exigiendo como *prius* necesario para acceder a las vías jurisdiccionales de defensa de los derechos fundamentales, como ante lesiones consideradas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España como *meramente abstractas*, por tratarse de hipotéticas o futuribles, para las cuales, aunque lleguen a considerarse *más que probables*, el ordenamiento jurídico español no ofrece actualmente protección.

Asimismo, se ha constatado que la introducción de la perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales favorece la exigencia de una actuación estatal que atienda a las circunstancias reales y objetivas de su ejercicio a lo largo del tiempo y que, por lo tanto, garantice un disfrute efectivo de los bienes iusfundamentalmente protegidos a nivel intergeneracional, al posibilitar el establecimiento de un estándar jurídico de protección de los derechos fundamentales que, más allá de la tradicional defensa de los mismos en su vertiente subjetiva, instaure obligaciones de protección por parte del Estado que respondan a las exigencias del contenido jurídico-objetivo de los derechos y de las libertades fundamentales.

Se ha observado, pues, que el carácter esencialmente subjetivo del recurso de amparo, en cuanto procedimiento articulado para brindar protección frente a violaciones de los derechos y de las libertades fundamentales, imposibilita la obtención de una respuesta satisfactoria ante problemas de largo recorrido en los que puedan verse afectados derechos fundamentales de diferentes generaciones y en los que la actuación de una generación incide directamente en los derechos de las generaciones venideras. La exigencia de existencia de lesión real y efectiva posiciona a las víctimas de violaciones de los derechos fundamentales en una posición de vulnerabilidad, debido a que se encuentran actualmente desamparadas frente a la acción o inacción estatal de la cual se derivan vulneraciones futuras de derechos o libertades iusfundamentales, al verse actualmente obligadas a atender al momento efectivo en que se produzca la concreta lesión del derecho, en muchos casos, irreparable, para hallar la pertinente protección jurídica que inste al Estado a garantizar el goce efectivo del derecho vulnerado.

Sostengo que el hecho de que la viabilidad del recurso de amparo dependa de la existencia de un efectivo, real y concreto menoscabo de un derecho fundamental, y la consiguiente negativa para el examen de posibles violaciones de los derechos fundamentales derivadas de daños

potenciales o previsiblemente futuros, desconoce los retos que plantea un mundo globalizado y tecnológicamente avanzado, en continuo desarrollo social, económico, educativo y cultural. Por ello, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso *Klimaschutz*, considero que el recurso de amparo constitucional debería conocer del examen de lesiones de los derechos fundamentales, en cuanto *garantías de libertad sin límites temporales*, derivadas también de su carácter objetivo, con el fin de ofrecer una protección integral e intertemporal de los derechos fundamentales en su perspectiva diacrónica que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y de igualdad, observe los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Por su parte, la reciente promulgación de la Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de las Illes Balears permite constatar la creciente preocupación por garantizar un modelo de justicia intergeneracional que responda a las exigencias del actual contexto económico, social y ambiental, con especial observancia de la situación de emergencia climática y ecológica, y que, por medio del incentivo de un desarrollo sostenible, permita salvaguardar el porvenir de las sociedades futuras.

En definitiva, concluyo que, con tal de brindar adecuada cobertura jurídica a los distintos retos que se plantean en el contexto de las actuales sociedades tecnológicamente avanzadas, es indispensable dejar a un lado la visión cortoplacista profundamente arraigada en nuestro sistema jurídico. Resulta esencial incorporar una mirada que observe las necesidades tanto de las generaciones presentes como de las generaciones futuras y que garantice el disfrute de los bienes constitucionalmente protegidos a lo largo del tiempo. La adopción de la doctrina de la perspectiva diacrónica de los derechos y libertades fundamentales posibilita, por lo tanto, una ampliación de la actual concepción de las obligaciones iusfundamentales de protección estatales que permite garantizar una justicia intergeneracional real y efectiva.

Referencias bibliográficas

- ADMINISTRATIVANDO ABOGADOS (2020). *Recurso de amparo frente a sentencias contencioso-administrativas*. Disponible en <<https://administrativando.es/recurso-amparo-constitucional/>> [Consulta: 18 de enero de 2023].
- BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ, NUKLEARE SICHERHEIT UND VERBRAUCHERSCHUTZ (2021). *Bundes-Klimaschutzgesetz*. Disponible en <<https://www.bmu.de/gesetz/bundes-klimaschutzgesetz#:~:text=Das%20geänderte%20Bundes-Klimaschutzgesetz%20wurde,20er%20und%2030er%20Jahre%20festgelegt>> [Consulta: 29 de noviembre de 2022].

- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT PRESSESTELLE (2021). «Verfassungsbeschwerden gegen das Klimaschutzgesetz teilweise erfolgreich». *Bundesverfassungsgericht*, 31/2021 (29 de abril). Disponible en <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>> [Consulta: 29 de noviembre de 2022].
- CABRERA RODRÍGUEZ, J. (2016). «La protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento administrativo». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 28, 119-154. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5866719>>.
- CHILLCOTT, B. y HORNBEIN, M. (2023). «Youths win historic Montana climate lawsuit; MEPA limitations declared unconstitutional». *Western Environmental Law Center* (14 de agosto). Disponible en <<https://westernlaw.org/youths-win-historic-montana-climate-lawsuit-mepa-limitations-declared-unconstitutional/>> [Consulta: 6 de octubre de 2023].
- GIMÉNEZ, I. A. y PETIT DE GABRIEL, E. W. (2022). «Cambio climático y derechos humanos: El caso de los Isleños del Estrecho de Torres». *Aquiescencia: Blog de Derecho Internacional*. Disponible en <<https://aquiescencia.net/2022/10/24/cambio-climatico-y-derechos-humanos-el-caso-de-los-islenos-del-estrecho-de-torres/>> [Consulta: 15 de marzo de 2023].
- GINARD, A. y VERGER, P. (2022). «Una ILP para las futuras generaciones». *Última Hora* (6 de mayo). Disponible en <<https://www.ultimahora.es/noticias/economico/2022/05/06/1730309/ilp-para-futuras-generaciones.html>> [Consulta: 14 de abril de 2023].
- GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE ON CLIMATE CHANGE AND THE ENVIRONMENT (2019). *Federal Climate Protection Act and to change further regulations: «Bundesklimaschutzgesetz» or «KSG»*. Disponible en <https://climate-laws.org/document/federal-climate-protection-act-and-to-change-further-regulations-bundesklimaschutzgesetz-or-ksg_c1c2> [Consulta: 10 de diciembre de 2022].
- PAIEMENT, P. (2020). «Urgent agenda: How climate litigation builds transnational narratives». *Transnational Legal Theory*, 11(1-2), 121-143. <<https://doi.org/10.1080/20414005.2020.1772617>>
- PASCUAL NÚÑEZ, M. (2018). «Sentencia del Tribunal de apelación de la Haya de 9 de octubre de 2018». *Actualidad Jurídica Ambiental* (11 de octubre). Disponible en <<https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-paises-bajos-cambio-climatico-emisiones/>> [Consulta: 18 de febrero de 2023].
- PONCE SOLÉ, J. (2020). «Una histórica sentencia del Tribunal Supremo holandés de 20 de diciembre de 2019 obliga al Estado a reducir las emisiones de gases invernadero en un 20% a partir de 2020. Lecciones para el caso español: calentamiento global y derecho a una buena administración». *La Administración al Día*. Disponible en <<https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1510252>> [Consulta: 20 de noviembre de 2022].
- RIBAS, N. (2023). «Balears aprueba una ley pionera centrada en el bienestar de las generaciones futuras ante la emergencia climática». *ElDiario.es* (30 de marzo). Disponible en <<https://www.eldiario.es/illes-balears/sociedad/>>

- balears-aprueba-ley-pionera-centrada-bienestar-generaciones-futuras-emergencia-climatica_1_10078725.html> [Consulta: 14 de abril de 2023].
- RINCÓN, R. y PLANELLES, M. (2023). «Primer litigio climático en España: El Tribunal Supremo da la razón al Gobierno frente a los ecologistas». *El País* (27 de julio). Disponible en <<https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2023-07-27/primer-litigio-climatico-en-espana-el-tribunal-supremo-da-la-razon-al-gobierno-frente-a-los-ecologistas.html>> [Consulta: 29 de septiembre de 2023].
- RUIZ PRIETO, M. (2022). «Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: La sentencia alemana del cambio climático y su doctrina». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 17, 78-93. <<https://doi.org/10.24965/reala.i17.11063>>
- SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW (2019). *Daniel Billy and others v Australia: Torres Strait Islanders Petition*. Disponible en <<http://climatecasechart.com/non-us-case/petition-of-torres-strait-islanders-to-the-united-nations-human-rights-committee-alleging-violations-stemming-from-australias-inaction-on-climate-change/>> [Consulta: 15 de marzo de 2023].
- (2023). *Held v. State*. Disponible en <<https://climatecasechart.com/case/11091/>> [Consulta: 6 de octubre de 2023].
- TIGRE, M. A. (2022). «U. N. Human Rights Committee finds that Australia is violating human rights obligations towards Torres Strait Islanders for climate inaction». *Climate Law: A Sabin Center blog*. Disponible en <<https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2022/09/27/u-n-human-rights-committee-finds-that-australia-is-violating-human-rights-obligations-towards-torres-strait-islanders-for-climate-inaction/>> [Consulta: 25 de marzo de 2023].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2016). *El recurso de amparo*. Disponible en <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/paginas/04-recurso-de-amparo.aspx>> [Consulta: 18 de enero de 2023].
- (2018). «26 cuestiones básicas sobre el recurso de amparo constitucional». *El recurso de amparo constitucional*. Disponible en <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/PreguntasFrecuentes.pdf>> [Consulta: 19 de diciembre de 2022].
- URGENDA (s. f.). *Landmark Decision by Dutch Supreme Court*. Disponible en <<https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>> [Consulta: 18 de febrero de 2023].

