

Globalización económica, políticas pública, política pública¹

Julio V. González García
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

“El artículo analiza el impacto que ha tenido la globalización sobre la capacidad de Gobierno en el ámbito nacional. Para ello, se estudia con detenimiento cómo las novedosas fórmulas organizativas han restado poder a los Gobiernos y, en segundo lugar, como las opciones políticas son menos debido a que el soberano supraestatal difuso las toma con carácter previo; lo que impide separarse de ellas. El examen muestra algunos de los riesgos que se plantean como consecuencia de un inadecuado uso de la técnica por parte de los organismos reguladores”

PALABRAS CLAVE: Globalización, Gobierno, Democracia, Neoliberalismo,

The article analyzes the impact that globalization has had on the ability of government at the national level . To do this, we study carefully how innovative organizational formulas have been subtracted to the governments and , second , the policy options are less due to the sovereign supranational diffuse the decision in advance ; which prevents them separated . The review shows some of the risks that arise as a result of improper use of the technique by regulators

KEYWORDS : Globalization , Government , Democracy , Neoliberalism

¹ Este eprint es una versión inicial del capítulo primero de la obra Globalización económica y Estado; donde se incorpora todo su desarrollo

I. Introducción

Si intentamos concentrar en una idea politológica el impacto que ha tenido la globalización en el funcionamiento de los Estados, sería fácil llegar a la aproximación de que su capacidad de intervención como soberano ha decrecido sustancialmente y en la actualidad ha de vivir en una situación de conflicto/competencia/interrelación con otros entes públicos y privados. Esta realidad, que en la práctica es bastante compleja, hace que nos debamos plantear quién es el que ha adquirido en la actualidad los poderes que antes tenía el Estado y, paralelamente, estudiemos algunas de las consecuencias que tiene el debilitamiento del poder público nacional.

Conviene, no obstante, precisar un dato: no nos encontramos sólo ante un problema de que existan más entes gestionando asuntos públicos. Esto sería una cuestión de distribución de competencias y, en consecuencia, no tendría mayor interés. El aspecto central que refleja lo indicado en el párrafo anterior es que el marco supraestatal ha ido ganando poderes cualitativos por mecanismos de cesiones directas o indirectas. Esto tiene un efecto inmediato sobre el componente democrático en el funcionamiento público. Tomando las palabras de CAPELLA, este es un periodo en el que “cuanto más se enfatizan retóricamente las bondades del sistema representativo más fuerza cobra el gobierno tecnocrático del mundo”. Esta idea de la supuesta ventaja tecnocrática tiene un sostén ideológico en las líneas de pensamiento que parten del fin de las ideologías² del que FUKUYAMA es su mayor representante en la actualidad aunque es una corriente de pensamiento con antecedentes importantes. Y con ello, cambia el modelo de legitimación, en la medida en que “busca legitimarse no tanto por la aquiescencia formal del demos cuanto por una eficacia cuyos parámetros autodefine y publicita él mismo”³.

No es sólo un problema derivado de lo ocurrido en medio de las turbulencias de la (interesada) crisis del euro de los años 2009 y siguientes en Grecia e Italia -con la designación de primeros ministros fuera de los procesos electorales- sino que tiene raíces más profundas que se encuentran en el modo de organizar la administración separando grandes sectores productivos de la influencia política. O dicho de otro modo, optando por el modelo jurídico-político actual. No se debe caer en la tentación de identificar “técnica” con un modelo de solución única, sobre todo cuando nos movemos en los campos de lo que serían las “ciencias sociales”. Por expresarlo claramente, soluciones de izquierda y de derecha requieren técnica para llevarlas a la práctica. Desde esta perspectiva, muchas de las soluciones que se están proporcionando tienen un barniz tecnocrático con el que aparecen ante la opinión pública pero que encubren una sustancia ideológica determinada. Más adelante ilustraré esta afirmación con datos derivados de un Informe interno del Fondo Monetario Internacional.

La perspectiva tecnocrática que impregna la gestión pública es la que permite, asimismo, la presencia de grupos de interés vinculados a los sectores financieros en la gestión pública. En el mundo actual son cada vez más relevantes la actividad supuestamente formativa (de presentación de tendencias y perspectivas generales económicas) de las instituciones financieras o de clubs y asociaciones privadas, como las reuniones que anualmente se celebran en Davos o el club Bilderberg. Aunque hay

² El texto de FUKUYAMA que ha tenido más eco en España es un breve artículo que condensa su posición FUKUYAMA, F. *¿El fin de la historia?*, en *Temas clave*, nº 1, pp. 85 y ss.

³ CAPELLA, J.R., *Entrada en la barbarie*, Ed. Trotta, Madrid (2007), p. 169.

antecedentes -sobre todo en los EE.UU. ⁴- es un tiempo en el que se produce un intercambio incesante entre el sector privado a la gestión pública y viceversa. No podemos dejar de citar cómo Goldman Sachs es el punto de origen de Mario Draghi -y que estuvo detrás del maquillaje contable que permitió la entrada de Grecia en la moneda única europea- o Mario Monti -como Primer Ministro italiano, con el apoyo de todos los partidos-. El Primer Ministro interino de Grecia durante dos años, Lukas Papadimos, tenía como aval para su designación el haber sido Director del Banco Central de Grecia. Nos encontramos, por ello, con que la perspectiva tecnocrática supera los procesos electorales.

La presencia tecnocrática del pensamiento único no proviene únicamente de la actividad de estas entidades o, en general, de todos los lobbys, también con un papel creciente⁵, incluso a través de las donaciones a los partidos -que han vivido también una era desregulatoria ⁶; aunque en algunos países pueda remitir para frenar la corrupción- sino que el propio funcionamiento en red, especialmente con el omnipresente papel de algunas instituciones como el Fondo Monetario Internacional dificultan el ejercicio de los poderes democráticos; pasando por encima del propio texto constitucional, muchas de cuyas previsiones quedan hoy con casi nulas posibilidades de llevarse a la práctica. Es lo que se ha denominado el largo Thermidor del constitucionalismo antidemocrático ⁷.

II. La interdependencia como característica del funcionamiento de los entes públicos. Tipología de entes públicos y características generales de la Administración internacional de asuntos públicos

II.1. Tipología general

El funcionamiento de los entes públicos se basa en una idea de interrelación con otras entidades encargadas de la gestión de asuntos públicos, que pueden ser tanto públicas como privadas. Una interrelación que es cada vez más compleja por dos razones: por un lado, por el incremento de los poderes externos con los que hay que convivir, lo que dificulta la gestión de los asuntos públicos. Por la otra, porque la intensidad de las cesiones de soberanía se han traducido en una dificultad interna de desarrollo autónomo de los poderes públicos. La idea de la competencia entre Administraciones públicas completa el cuadro sintético de cómo se ha desarrollado el gobierno de lo público. Conviene dar un paso más partiendo de esta idea de interrelación.

⁴ Conviene recordar que es también extraordinariamente importante al otro lado del Atlántico, de tal manera que es conocido en los Estados Unidos como "Gobierno Sachs". Por coger dos datos: el Secretario del Tesoro de Clinton, Robert Rubin, que llevó a cabo la desregulación financiera, venía de Goldman Sachs. Así como el Secretario de Estado de Bush, Hank Paulson, que transfirió a los Estados lo que púdicamente se denominan activos tóxicos de los bancos durante la crisis financiera. El anterior Timothy Geithner, tiene el mismo origen. En la Comisión europea, han sido comisarios los siguientes miembros de Goldman Sachs: el irlandés Peter Sutherland como comisario de competencia; Karel van Miert Comisario también de competencia; Mario Monti Comisario del Mercado interior -por designación de Berlusconi-. Robert B. Zoellinek, Presidente del Banco Mundial, también procede de Goldman Sachs.

⁵ Recordemos que en la Unión Europea hay reconocidos unos 12000 lobbys. De ellos, según estimaciones, aproximadamente el 60% dependen directamente de empresas

⁶ Es relevante citar aquí la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Citizens United v. Federal Election Commission* de 19 de junio de 2010 - 558 U.S. 08-205 (2010)- que flexibilizó los débiles controles que existían a las donaciones de las empresas a los partidos políticos.

⁷ PISARELLO, G.; Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático; Trotta, Madrid (2011).

La interrelación es la idea clave que rige el funcionamiento de lo público. Interrelación entre Estados, entre Estados y entidades territorialmente menores, entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre éstas. El resultado de todo ello es que el desenvolvimiento de los poderes públicos es la consecuencia de “redes de interconexión, producidas por fuerzas supranacionales, intergubernamentales y transnacionales que son incapaces de determinar su propio destino”⁸. Todo lo cual se complica aún más con la participación de las entidades privadas que complementan el sistema en la medida en que el modelo de globalización que tenemos está hecho para favorecer la actividad de las corporaciones privadas transnacionales.

La diferente naturaleza y extensión de las entidades encargadas de la gestión de los asuntos públicos no actúan todas en un mismo plano. Sería imposible si se quiere dar una sensación de efectividad del sistema, tal y cómo está organizado. De hecho, en esta línea se ha afirmado que “las actividades económicas requieren que existan mecanismos de interrelación en los cinco niveles, aunque los tipos y medios de regulación sean diferentes en cada uno de ellos”⁹. Haciendo una descripción somera de los cinco niveles, se podrían concretar del siguiente modo:

- a) En el primer nivel se situarían los instrumentos de gobernanza de las grandes naciones desarrolladas, que suelen funcionar como redes. La crisis económica ha hecho que hayan ampliado su ámbito de actuación con la idea de aparentar apertura frente a lo exiguo que eran estas reuniones, pasando de tener un formato de G-8 (las naciones más desarrolladas) a G-20 (naciones más desarrolladas, naciones emergentes más Europa; acompañados de los representantes del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial) o, tomando ámbitos más concretos y aparentemente más técnicos, el Comité de Basilea para la regulación bancaria. De hecho han querido presentarse como sustitutos de otras organizaciones más amplias como la ONU. Teóricamente, sus funciones abarcan la estabilización de los tipos de cambio, la coordinación de la política fiscal y monetaria así como diversos aspectos de los mercados financieros.
- b) En el segundo nivel estarían las grandes agendas internacionales a las que se han atribuido dos tipos de funciones: por un lado, tenemos las instituciones de coordinación de carácter tradicional que contribuyen a la administración de los conocimientos técnicos y permiten la normalización entre los diversos sistemas. Ejemplos serían la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Unión Postal Internacional o la Organización Mundial de Meteorología. Suelen ser organizaciones con larga trayectoria y no resultan un factor determinante dentro de la globalización económica.

Sí tienen una fuerza importantísima las organizaciones internacionales que se han creado después de la segunda guerra mundial y que, en el contexto actual han servido para el diseño de la política económica global. Especialmente hay que destacar a tres: el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. A ellas me referiré con detalle con posterioridad.

Conviene recordar dos datos complementarios. Por su modo de funcionar, son equivalentes a las entidades públicas nacionales, tanto por la estructuración de los procedimientos como por las vías de ejecución de sus actos, dirigidos en buena medida

⁸ HELD, D., Democracy, the nation-state and the global system, en *Economy and society*, nº 20-2 (1991), p. 148

⁹ Tomo esta clasificación de HIRST, P. y THOMPSON, G., Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance, Cambridge, Polity Press, pp. 121 y 122.

a los Estados. Por ello, bien podría decirse que han creado un “Derecho administrativo internacional”. El segundo elemento estaría compuesto porque algunas de estas entidades, como veremos con posterioridad, son de naturaleza eminentemente privada.

- c) El tercer escalón está constituido por los sistemas regionales de integración económica que, tomando a la Unión Europea como ejemplo, han surgido en diversas partes del mundo. Son instituciones de integración, lo que les hace disponer de unas competencias mucho más amplias que las anteriores, disponiendo de competencias casi generales como se puede ver en los artículos 3 y 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El diverso grado de integración es muy diferente entre ellos y puede ser una de las razones de su distinta fuerza en esta globalización asimétrica, junto con el poder económico de los Estados participantes.
- d) En cuarto lugar se sitúa la Administración de los Estados nación, la cual tiene un complejo papel en el que recibe influencias de los tres niveles superiores y presiones del quinto nivel. Su papel central es de garantía jurídica de inversiones, lo que se manifiesta en disponer de una organización judicial independiente y eficaz y en el respeto al derecho de propiedad y la libertad de empresa. Es una función balsámica de protección de inversiones. Complementario a lo anterior se sitúa la función de transponer la normativa (en sentido amplio) que se aprueba en los niveles anteriores, lo que permite mantener parte de la formalidad del sistema constitucional nacional.

Tiene, asimismo, una función de resolución de los elementos estructurales de naturaleza social, aunque una parte de ellos serán proporcionados por la administración local y regional.

- e) El quinto eslabón lo ocupa la Administración local y regional. Cumple dos funciones importantes: por un lado, es una pieza clave para ofrecer ventajas competitivas de atracción de inversiones, manifestadas especialmente en suelo e infraestructuras para un mejor acceso a las instalaciones.

Pero al mismo tiempo, es el encargado de ejecutar las medidas de política social, mediante la provisión de servicios públicos tanto a la población (necesario para que ni haya problemas sociales, ni haya problemas sanitarios y la formación sea buena) como a los distritos comerciales.

Los cinco niveles territoriales que se han descrito tienen una función que cumplir dentro del modelo globalizador que se ha desarrollado. El papel es obviamente diferente, aunque sí se puede señalar que los instrumentos esenciales para la toma de decisión son los que se encuentran ubicados en los eslabones superiores del sistema. Un papel que garantiza uniformidad a los elementos estructurales y que, por otra parte, resulta “cómodo” para los Estados cuando se han de adoptar decisiones “difíciles” ya que la responsabilidad es externa a los gobernantes nacionales.

La responsabilidad, además, está difuminada en diversas organizaciones, con lo que la exigencia de responsabilidad por parte del ciudadano será complicada. Lo que ocurre con los recortes en el ámbito público, controlados por la Troika -Banco Central Europeo, Fondo Monetario Internacional y Comisión Europea- es un buen ejemplo de lo que está ocurriendo, ya que en el fondo los únicos que responden (los gobiernos nacionales) carecen de un grado suficiente de responsabilidad sobre el fondo de los asuntos ya que la mayor parte de las medidas económicas son impuestas desde fuera.

No hay, por el contrario, ningún lugar en el que se puedan exigir desde una perspectiva democrática ya que no existe la obligación de comparecencia ante los órganos de representación popular. Y, desde luego, sus políticas no pasan por las urnas.

Posiblemente el único punto en el que ha habido capacidad de movilización contra estos ámbitos de poder está en algunas de las reuniones plenarias, como lo ocurrido con la cumbre de la OMC de Seattle (1999) o la del G-8 de Génova que tuvieron una gran contestación ciudadana.

II.2. Características generales del sistema

Antes de pasar a desarrollar algunas de las características de cada uno de los grupos conviene señalar tres aspectos de este desarrollo de la Administración global para los asuntos públicos.

Por un lado, conviene recalcar que, como se ha podido apreciar, no constituyen estructuras novedosas. Las más relevantes son consecuencia de los Acuerdos de Batton Woods por el que organizó el sistema económico posterior a la Segunda Guerra Mundial, especialmente en lo referente al sistema uniforme de cambio de divisas. Lo que la globalización ha provocado es la aceleración de su influencia y su capacidad de constituir una especie de gobierno informal mundial.

El segundo dato reseñable es que, siguiendo las características de la sociedad de final del siglo XX y comienzos del XXI, ha cambiado la rigidez de las organizaciones internacionales tradicionales por una flexibilidad que constituye una nota característica de la postmodernidad. Las reuniones del G-8 –o del modelo ampliado del G-20, por recoger la configuración que tras la crisis de 2008 últimamente más se utiliza- son posiblemente el caso paradigmático. Es difícil configurarla como una organización internacional y más se parece a una relación de hecho. Surgió como una reunión con el carácter de defensa del interés preventivo de los Estados y hoy se ha instaurado, por la fuerza de los hechos, una verdadera institución con un papel vertebrador de la globalización económica... y que padece muchos de sus déficits. No hay más que examinar la opacidad de sus reuniones, su composición –aunque se haya abierto a Estados emergentes ... por invitación-¹⁰.

Y la tercera característica es la presencia en el “soberano supraestatal difuso” de entidades privadas, carentes de legitimación democrática e irresponsables ante cualquier órgano de representación de la soberanía popular. Han ido asumiendo poco a poco un papel muy relevante, que se extiende en diversos ámbitos de la gestión de asuntos públicos. Citar a las agencias de rating es mencionar el caso más significativo precisamente porque sirve como termómetro para ponderar la “credibilidad económica del Estado” de acuerdo con las coordenadas económicas dominantes. Para ello, efectúa un análisis en el que pondera cuáles son las orientaciones de su política económica, de la evolución del gasto público, de la onerosidad del sistema de protección social, de la inflación, o, incluso, de la evolución reciente de las variables macroeconómicas. Aunque formalmente el juicio que emitan las agencias sea sobre la solvencia económica, en el fondo también es político, en la medida en que determina qué ha de hacer una determinada economía para paliar una mala calificación, lo que condiciona la normativa

¹⁰ Es de especial interés CONTICELLI, M., I vertici del G8. Governi e Amministrazione nell'ordine globale, Giuffré (2006).

administrativa económico-social que vaya a aprobar, así como las orientaciones globales de política económica.

La participación de las entidades privadas no se manifiesta sólo en el hecho de que entidades de este carácter tengan un papel preponderante. Dentro de los cambios en el funcionamiento público, las entidades públicas actúan como correas de transmisión de entidades privadas en estas organizaciones supranacionales. La conclusión que se puede extraer “se pone de manifiesto no sólo un marco internacional de desenvolvimiento del comercio internacional, sino también los intereses internacionales inseparables de esa actividad “privada” que enfrentan a distintos grupos de estados”¹¹. Para entender esta nueva realidad ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado ESTEFANÍA, desde los años ochenta, la internacionalización de la economía se ha producido sobre la base de las grandes empresas multinacionales; elemento que ha de tener una traslación desde el punto de vista institucional ya sea de forma directa o indirecta. En este punto no es ocioso recordar las nuevas funciones que han adquirido los Estados de diplomacia comercial en nombre de las corporaciones originarias en cada territorio¹².

II.3. Soberano supraestatal difuso

Si analizamos todo el entramado organizativo de la Administración supranacional de carácter económico, tomamos conciencia de la coincidencia de objetivos de todos ellos, en la medida en que gestionan aspectos diferentes pero interrelacionados los unos con los otros, y añadimos la presencia fundamental -sin la cual la globalización no se entendería- de las compañías transnacionales¹³ entenderíamos la calificación que le ha proporcionado CAPELLA, que lo ha denominado soberano supraestatal difuso¹⁴, que está constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y los conglomerados financieros y que tiene su fuerza a través de la penetración en los agentes del poder que tienen acceso directo a las organizaciones antes mencionadas.

Es cierto que hace ya tiempo, en épocas anteriores al que el fenómeno global estuviera extendido, que se viene recalcando el papel que tienen las grandes compañías transnacionales¹⁵ como agentes políticos internacionales. Pero de nuevo, el cambio

¹¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *El Derecho del comercio internacional*, dentro de la obra colectiva cuyo editor es el propio FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho del comercio internacional*, EUROLEX, Madrid, 1996, p. 47.

¹² ESTEFANÍA, J., *La nueva economía. La globalización*. Temas de Debate, Madrid (1996), p. 13.

¹³ Sobre la importancia de las compañías transnacionales en la globalización, tanto en la función de empuje como en la de principal beneficiario de sus réditos, véase BARRY JONES, R.J., *Globalisation and interdependence in the in the international political economy. Rhetoric and reality*. Pinter publishers, London & New York, (1995), en particular, pp. 165 y ss.

¹⁴ CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Ed. Trotta. Madrid (1997), p. 260

¹⁵ Es ilustrativo el discurso del Presidente Salvador Allende en la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1972, cuando afirma que “estamos frente a un verdadero conflicto frontal sobre las grandes corporaciones transnacionales y los Estados. Estos aparecen interferidos en sus decisiones fundamentales, políticas, económicas y militares por organizaciones globales que no dependen de ningún Estado y que en la suma de sus actividades no responden ni están fiscalizadas por ningún Parlamento, por ninguna institución representativa del interés colectivo. En una palabra, es toda la estructura política del mundo la que está siendo socavada. Las grandes empresas transnacionales no solamente atentan contra los intereses genuinos de los países en desarrollo sino que su actuación avasalladora e incontrolada se da también en los países industrializados en los que se asienta”.

cualitativo ha sido extraordinariamente importante, en detrimento de los Estados, favorecido tanto por las privatizaciones de empresas públicas -que han dado lugar a grandes empresas privadas- como por las fusiones empresariales de los años noventa del siglo pasado que les han dado un peso desconocido en los últimos cincuenta años. Hoy, de hecho, se puede afirmar que las compañías transnacionales se han transformado en uno de los principales agentes de poder en las últimas décadas, ya sea utilizando al Estado, ya sea paralelamente a la labor de los poderes públicos y condicionando su actividad¹⁶.

Este soberano supraestatal difuso dispone de tres características que resultan de extraordinaria importancia a nuestros efectos: por un lado, su propio carácter difuso, en la medida en que no está concentrado en una única sede ni en unas únicas manos sino que una pluralidad de agentes ubicados en diversos lugares y de naturaleza también diferente contribuyen a su creación y a tomar decisiones¹⁷. Las condiciones del rescate financiero a Chipre de 2013 por parte de la Unión Europea y el espectáculo de ver como el Banco Central Europeo, el Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea y el Gobierno alemán se han ido acusando recíprocamente de sus condiciones (el corralito a los ahorros chipriotas) ejemplifica lo difícil que es la atribución de responsabilidad en el este contexto global.

En esta línea, hay que señalar, como elemento que impulsa su operatividad, el dato de que forman redes para conformar políticas conjuntas que sirvan a los ámbitos materiales que tengan asignados. De hecho, puede que los instrumentos de colaboración no tengan siquiera funciones ejecutivas sino meramente de compartición de información y de colaboración; lo que permite proporcionar informaciones recíprocas y estadísticas (uno de los elementos centrales de la gobernanza actual), así como, en su caso, realizar recomendaciones a los miembros de la red y por ende a los Estados. Para ello, la organización no resulta especialmente onerosa, sólo una función de secretariado conjunto con algunas áreas de cooperación específica¹⁸. Ha sido el modelo, por ejemplo, del sistema nórdico, con independencia de que haya configurado en los últimos tiempos una estructura que refleja un grado superior de interrelación.

En segundo lugar, tiene capacidad suficiente para insertarse dentro del entramado organizativo nacional, condicionando su toma de decisiones en aras de materializar el pensamiento único económico dada su propia fortaleza. Hay ocasiones en donde, de hecho, la Administración nacional forma parte de la toma de decisiones del soberano supraestatal, aunque con una visibilidad limitada. Es lo que nos encontramos con la presencia de los Gobernadores de los Bancos Centrales europeos en el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo. Con ello dispone de capacidad para incidir en la toma de decisiones en los Estados nacionales; que se encuentran condicionados para dar

¹⁶ Sobre estas cuestiones, véase STRANGE, S., The retreat of the state. The diffusion of power in the world economy, Cambridge University Press, (1996), pp. 44 y ss.

¹⁷ De hecho, CASTELLS señala sobre este punto, que “el estado-nación cada vez está más sometido a la competencia más sutil y más preocupante de fuentes de poder que no están definidas y, a veces, son indefinibles. Son redes de capital, producción, comunicación, crimen, instituciones internacionales, aparatos militares supranacionales, organizaciones no gubernamentales, religiones transnacionales y movimientos de opinión pública. (...) Así que, aunque los estados-nación continúan existiendo, y seguirán haciéndolo en el futuro previsible, son, y cada vez lo serán más, nodos de una red de poder más amplia”. CASTELLS, M., La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 2. El poder de la identidad, Alianza Editorial, Madrid (1998), p. 334.

¹⁸ Sobre estos modelos desagregados de colaboración, puede verse el estudio de SLAUGHTER, A.M., A New World Order, Princeton University Press (2004).

cumplimiento a tales compromisos. En último extremo se verán compelidos por las sanciones que provendrán de alguno de los agentes de este soberano supraestatal¹⁹.

Pero, en tercer lugar, lo más relevante en cuanto al funcionamiento de las Administraciones públicas consiste en que tiene un carácter privado, en la medida en que vela por la satisfacción de los intereses de las corporaciones que actúan en la economía globalizada, algo por otra parte que se corresponde con el papel preponderante que han adoptado las grandes corporaciones transnacionales en el desarrollo de la mundialización económica. De hecho, como ha señalado CAPELLA, este dato se ha hecho realidad debido al traspaso de “de decisiones capitales de la esfera pública a la esfera privada”²⁰ Y este último dato con independencia de que este Derecho (que en su mayor parte es Derecho administrativo) se cree y se mantenga al servicio de los grandes agentes económicos (como se verá con posterioridad) se presente como beneficioso para la humanidad en su conjunto.

De hecho, esta administración del poder supraestatal difuso tiene, como ha señalado CAPELLA²¹, una legitimación diferente, con un discurso que, en absoluto, coincide con el que resulta para las Administraciones públicas del texto constitucional. En efecto, la legitimidad que se predica de estos entes públicos o privados que marcan las pautas del Derecho de la globalización se puede medir sólo en términos de eficacia o, más concretamente, de eficacia técnico-productiva. Y dentro de este tipo de legitimación, sólo se admite aquella política económica que permita el máximo grado de desarrollo de las grandes empresas multinacionales. Ahora bien, desde su óptica exclusivista no existe otro planteamiento, no hay, de hecho, otro política económica que esa, algo, por lo demás, consustancial en estos tiempos promoción del pensamiento único, en feliz expresión de RAMONET²², que considera cualquier desviación en su línea ideológica como irracional científicamente hablando.

Este tipo de legitimación de la administración de la globalización está impidiendo cualquier forma de planteamiento normativo que intente introducir otra clase de valores que pudiera perjudicar a estas corporaciones, como se puede apreciar de manera palmaria en materia de política energética, donde no se plantea siquiera la utilización generalizada de energías alternativas renovables y no contaminantes, ya que la única que resulta admisible es la efectuada por las grandes instalaciones centralizadas. No se trata más que de un ejemplo entre otros muchos que se podrían traer a colación.

III. Funcionamiento en redes “informales” de las grandes naciones desarrolladas

¹⁹ De hecho, como han señalado HIRST y THOMPSON, “las formas emergentes de gobierno de los mercados internacionales y otros procesos económicos incluyen a los principales gobiernos nacionales, pero en un nuevo papel: los estados funcionan menos como entidades soberanas y más como componentes de un sistema de gobierno internacional. Las funciones centrales del estado-nación serán proporcionar legitimidad y asegurar la responsabilidad de los mecanismos de gobierno supranacionales y subnacionales”. HIRST, P. y THOMPSON, G., Globalisation in question: the international economy and the possibilities of governance, Cambridge, Polity Press, p. 171.

²⁰ CAPELLA, J.R., Fruta prohibida.... Op. cit. p. 260.

²¹ CAPELLA, J.R., Fruta prohibida.... Op. cit. p. 265 y ss.

²² RAMONET, I., El pensamiento único, que está traducido al castellano en la revista *Mientras tanto*, nº 61 (1995), pp. 17 y ss.

El funcionamiento de la economía global ha dado lugar a la creación de entidades “informales” que sirven para la gestión de asuntos públicos. Redes informales que han surgido como un instrumento que ha permitido un impulso considerable a la gobernanza mundial. A los efectos explicativos, el número de miembros que lo compongan no es el dato más relevante sino el de la estructura que tienen y, sobre todo, las funciones que tiene atribuidas.

Por tomar los datos de una de las secciones que tiene en este momento el G20²³, el ámbito de lo que abordan está formado por materias tan relevantes como la discusión de soluciones a los grandes problemas económicos actuales, estabilización económica y reformas estructurales, aumentar la coordinación internacional para la prevención de crisis, corrección de desequilibrios externos, fiscales y financieros, el proveer recursos para una mayor liquidez global y el fortalecimiento del sistema financiero internacional. Como se puede ver, tiene un marcado carácter económico y una incidencia muy pequeña en las cuestiones sociales y ambientales del mundo actual.

En principio, estos foros económicos internacionales surgen como instrumento de las grandes naciones desarrolladas para la gestión económica. De hecho, las primeras reuniones de las grandes naciones desarrolladas aparecen como instrumento de coordinación económica ante la crisis del petróleo de los años 70 del siglo pasado, en un momento en el que se empieza a percibir que el modelo de Bretton Woods ya daba síntomas de agotamiento. A partir de estas reuniones iniciales han alcanzado un papel preponderante en la gestión económica global, teniendo presente que se ha transformado en un instrumento eficaz de coordinación de políticas económicas. En el campo de la economía, ha dado paso asimismo a la realización de actividades de asistencia recíproca a actividades que venían realizando el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional.

Lo anterior es consecuencia de los modos de actuar que tienen estos funcionamientos en red. Porque son extremadamente flexibles en su modo de proceder, tanto en los procedimientos de actuación como en los modos de exteriorización de sus decisiones. El conjunto amplio de reuniones preparatorias realizadas por los “sherpas”, adaptables a las necesidades de su objeto, ha constituido dar un salto cualitativo en cuánto a la capacidad de adoptar decisiones. Entre los nuevos participantes no podemos dejar de mencionar a los representantes de las grandes organizaciones económicas internacionales y a los representantes de los bancos centrales, lo que es especialmente importante si tenemos en cuenta la autonomía de la que están dotados. De hecho, el aumento de los participantes acaecido durante los años de la crisis económica -pasando de ser G8 para pasar a ser G20, con invitados- se ha traducido en que las “declaraciones de los líderes del G20” resulten mucho más laxas y por ello menos operativas. Lo que no quita para que haya una relación bastante pormenorizada de las obligaciones que asume cada uno de los Estados para la mejora de su situación económica propia y por ende global. Examinando su contenido se podrá apreciar que no se apartan del *Consenso de Washington*.

No obstante, cuando ha resultado necesario, ha traspasado este papel y lo ha extendido a realizar actividades de carácter político. La crisis de Kosovo proporcionó al G8 un nuevo papel para la resolución del conflicto, que se materializó en la resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que incorporó la solución adoptada por el Comité de Ministros con cita expresa de la decisión adoptada.

²³ El G20 se ha venido reuniendo con periodicidad semestral en 2008, 2009 y 2010 -los años aparentemente peores de la crisis económica actual- y anual desde entonces.

IV. Agencias internacionales

IV.1 Poder creciente

Cuando se examinan las grandes agencias internacionales económicas el primer dato que hay que destacar es que se trata de entidades que, pese a un origen anterior a la globalización, se han adaptado a las condiciones globales. En efecto, sus primeros pasos son consecuencia directa de los acuerdos adoptados por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial cuando en la Conferencia que se celebró en el complejo hotelero de Bretton Woods (EE.UU.) entre los días 1 y 22 de julio de 1944 determinaron algunas de las reglas básicas de sistema económico internacional de la postguerra.

Fue en el seno de dicha conferencia donde se establecieron reglas básicas de la economía internacional durante unos veinte años: las relaciones comerciales y financieras, y el sistema uniforme de control de cambio de divisas -que se mantuvo inalterado hasta los años 60 del siglo pasado cuando Canadá, Suiza, Alemania y Estados Unidos abandonaron los controles a la circulación de capital-. Pero además de esas reglas de funcionamiento fue ahí donde se tomó la decisión de creación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, cuya evolución de los últimos 25 años les ha transformado en instituciones clave en el desarrollo global.

De los elementos esenciales para el desarrollo global actual, el que se hizo esperar más fue la organización que ordenara el comercio internacional, y por ello, requiere una explicación un poco más detenida, ya que es indicativa de cómo ha evolucionado la economía internacional hasta llegar a la situación global actual. Primero bajo el auspicio directo de la Organización de las Naciones Unidas y luego con independencia de ella, ya desde 1947 comienzan a desarrollarse los instrumentos bilaterales y plurilaterales que tenían el objetivo de potenciar el comercio internacional y fomentar la integración económica, comenzando por el propio Acuerdo General de Aranceles y Comercio, más conocido por su acrónimo inglés, GATT, de 1947. En un momento aún más reciente, tiene lugar la gran eclosión cualitativa de estas organizaciones supranacionales, que les condujo a su papel actual de grandes actores de intervención en las Administraciones nacionales²⁴, teniendo en cuenta que marcan las pautas de la política económica de los Estados nacionales, ya sea por una conexión directa entre los organismos internacionales y los gobiernos, ya fuera como consecuencia de obligaciones que se imponen desde dichas entidades a los Estados si quieren participar de los beneficios del sistema. Conviene citar aquí, por ejemplo, el impacto que hubiera tenido la promulgación en el marco de la OMC del Acuerdo Multilateral de Inversiones, que fue definido por el entonces Secretario General de la OMC, Renato Ruggero, como la “Constitución de una economía global única”. Como veremos con posterioridad, que no haya sido promulgado no significa que sus contenidos hayan desaparecido.

Estas agencias económicas internacionales han tenido una gran capacidad de desarrollo que les ha permitido incrementar su capacidad de actuar. En efecto, partiendo de las competencias cedidas originariamente por los Estados han ido incorporando poderes implícitos a los anteriores, que, en principio, eran necesarios para la ejecución de las competencias legítimamente atribuidas en el acto fundacional. Esto ha permitido una

²⁴ Sobre estas cuestiones debe consultarse HELD, D., Democracy, the nation-state... Op. cit., en particular, pp. 150 y ss.

ampliación considerable de su poder, tanto a través de las entidades matriz como mediante la creación de otras complementarias.

El Banco Mundial, o para ser más exacto, el Grupo Banco Mundial, lo ejemplifica perfectamente. Un ejemplo ilustrará perfectamente lo que estoy señalando: en los años sesenta se produjo un movimiento con el fin de establecer una normativa de las inversiones en el extranjero que pudiera proporcionar seguridad jurídica a los inversores, fijando la responsabilidad de la Administración nacional en el caso de producción de daño y fijando unos mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad. Después de una serie de avatares esta misión es encomendada al Banco Mundial, en cuyo seno se adopta el denominado Convenio de Washington que entró en vigor en 1966. Este convenio crea un organismo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones²⁵, cuya misión es precisamente facilitar los medios de conciliación y arbitraje para resolver las discrepancias que existan con los Estados receptores de las inversiones, que cumple sus funciones con independencia de cuál sea la calidad de la jurisdicción encargada del control de la Administración pública.

Más aún, en el propio seno del Banco Mundial se creó, en 1985, un organismo específicamente encargado del control de las inversiones extranjeras, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, relacionado naturalmente con el CIADI y cumpliendo una función complementaria a la de éste. En el convenio de Seúl, por el que se crea, se le encomiendan funciones de arreglo de diferencias entre inversores y países receptores, de impulsión de los acuerdos con los países en vías de desarrollo, teniendo presente, de nuevo garantizar las inversiones extranjeras. Y, en la misma línea, ha sido dicho organismo el que ha aprobado un documento donde se fijan las "líneas directrices sobre el tratamiento de la inversión extranjera directa". Se trata, en consecuencia, de una especie de feudo, dentro del cual el soberano es el grupo Banco Mundial.

El ejemplo que se acaba de señalar ilustra también tanto la fortaleza de las grandes agencias internacionales como alertan sobre el escaso control político que tienen sus decisiones que ejercen. Controles de todo tipo, políticos y de actuación. Porque aunque se intente sostener que la actividad es meramente técnica, tiene un sesgo ideológico importante. No es un prejuicio, son las conclusiones que extrae el propio documento de control del Fondo Monetario Internacional sobre las actuaciones

No es sólo que se hayan reproducido internamente para ampliar ámbitos de poder de los que estaban originariamente cedidos por los Estados. Es que los Estados han incrementado de forma exponencial el número de Organizaciones Internacionales: De las 1422 que existían en 1960 se han pasado a 14271 en 1981 y a ¡64442! (sí, sin erratas, se han multiplicado por cuatro en 20 años) en el año 2011.

Pero ni la capacidad reproductiva de las agencias ni el aumento de las creadas por los Estados es el dato que resulta más relevante que explica su poder. En el momento de su creación adquieren carta de naturaleza y sus prácticas trascienden a las de los Estados: crean sus propias normas internas de procedimiento en desarrollo de los principios de los tratados de creación; crean órganos para la distribución de las competencias asignadas a los que proporcionan una estructura jerarquizada -con lo que se está ponderando la importancia de los poderes atribuidos-; dictan normas de hard y soft law para regular el ámbito de actividad que tienen encomendado; establecen

²⁵ Sobre este organismo, su funcionamiento y las relaciones con los Estados, véase VIVES CHILLIDA, J.A., El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), McGraw-Hill, Madrid (1998).

mecanismos de garantías para los derechos afectados por las actuaciones de la agencia y crean mecanismos de ejecución de sus actos. Por todo lo anterior, se exige que tengan formas de ser responsables de su actuación, aspecto en el que dejan mucho que desear hasta ahora.

IV.2. Desempeño ideológico

La crisis económica ha puesto sobre la mesa el modo de funcionar de estas agencias internacionales. STIGLITZ ya nos puso sobre aviso hace años que en muchos casos habían realizado análisis ideológicos de los problemas que les impedía tomar una decisión correcta sobre cuál era el problema y cuál era la realidad sobre el que habían de aplicar unas recetas económicas que en muchos casos han hecho que “el dolor padecido por los países en desarrollo en el proceso de desarrollo orientado por el FMI y las organizaciones económicas internacionales ha sido muy superior al necesario”²⁶.

La crisis originada en los EE.UU. y que está ocasionada por la desregulación de los mercados financieros cuestiona aún más el modelo de estas agencias, sobre todo si analizamos cuál ha sido su desempeño durante la crisis económica y qué es lo que lo ha ocasionado. Hemos de agradecer la sinceridad del Informe que, sobre dicha cuestión, realizó la Oficina de la Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional: “la capacidad del FMI para identificar correctamente los crecientes riesgos se vio obstaculizada por un alto grado de pensamiento de grupo, captura intelectual, una tendencia general a pensar que era improbable una fuerte crisis financiera en las grandes economías avanzadas y enfoques analíticos inadecuados. Un débil régimen de gobierno interno, la falta de incentivos para integrar el trabajo de las distintas unidades y plantear opiniones disidentes, y un proceso de revisión que no lograba establecer todas las conclusiones necesarias o asegurar que se siguieran todos los pasos necesarios también fueron factores importantes, en tanto que las limitaciones políticas posiblemente también hayan influido en cierta medida”.

Particularmente, resulta llamativo el desarrollo que hace más adelante sobre las premisas metodológicas de trabajo que lleva a cabo el FMI que inhabilita sus conclusiones: Como señala más adelante el mismo informe, “**el pensamiento de grupo** se refiere a la tendencia entre grupos homogéneos y cohesivos a considerar los problemas solo dentro de un cierto paradigma y a no cuestionar sus premisas básicas (Janis, 1982). La opinión predominante entre el personal del FMI —un grupo cohesivo de macroeconomistas— era que la disciplina de mercado y la autorregulación serían suficientes para evitar problemas graves en las instituciones financieras. También creían que era improbable que se produjeran crisis en las economías avanzadas, donde los mercados financieros “sofisticados” podían prosperar de manera segura en un contexto en que una parte amplia y creciente del sistema financiero funcionaba con una mínima regulación”²⁷.

Por no hablar de los problemas de los miedos a mantener una postura discrepante: “varios altos funcionarios opinaron que el hecho de expresar fuertes puntos de vista en contra de la corriente podía “arruinarles la carrera”. Por lo tanto, las opiniones tendían “a gravitar hacia el centro” y “nuestro asesoramiento se convirtió en procíclico”. El personal

²⁶ STIGLITZ, J., El malestar en la globalización, Taurus (2010).

²⁷ Los dos entrecorchetos provienen del Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; Desempeño del FMI en el período previo a la crisis financiera y económica: La supervisión del FMI entre 2004-07, (2011). Está disponible en castellano en la web de la Oficina, <http://www.ieo-imf.org>

técnico veía que las evaluaciones que se adaptaban a la opinión general no eran penalizadas, aun cuando resultaran erradas. Con frecuencia se destacó que la falta de rendición de cuentas era un serio obstáculo para establecer los incentivos correctos”²⁸

Expuesto en las palabras del resumen ejecutivo del informe: “el FMI necesita i) crear un entorno que aliente a actuar con franqueza y tenga en cuenta las opiniones en disidencia; ii) modificar los incentivos para “decirles la verdad a los poderosos”; iii) integrar mejor las cuestiones macroeconómicas con las relativas al sector financiero; iv) superar la “mentalidad de silo” y la cultura aislacionista, y v) transmitir un mensaje claro y coherente sobre las perspectivas y riesgos mundiales”²⁹.

Las pocas páginas de dicho informe constituyen la mejor prueba de los problemas que está teniendo el entramado organizativo internacional que está rigiendo la economía mundial: unos planteamientos ideológicos que defienden la aplicación de los principios del consenso de Washington como única receta económica, a pesar de que algunos de dichos principios están entre las causas de la crisis y otros están ocasionando graves problemas sociales. Y ello sin la posibilidad siquiera de exigirles responsabilidades ya que quedan fuera del ámbito de actuación de los órganos de representación democrática.

IV.3. Asimetría de sus partícipes

Las consideraciones anteriores nos ponen en el camino de que las consecuencias de la globalización económica para las Administraciones públicas no resultan equivalentes en todos los países. Es una realidad en la que pesan mucho los condicionantes económicos pero que sacan a relucir distintas formas de afrontar las consecuencias de la globalización. De hecho, nos vamos a encontrar con modelos diferentes en los campos de la economía, del derecho, los efectos de la territorialidad o incluso en los aspectos relativos a las cuestiones jurisdiccionales.

El primer factor de asimetría es, obviamente, el de naturaleza económica. Es una característica central de la globalización, como lo es de capitalismo en su conjunto. La desigualdad es una consecuencia del diferente peso relativo que tienen los Estados en el concierto internacional, que se ha de proyectar necesariamente a las consecuencias de la globalización para el funcionamiento interno. Es una asimetría que deriva de la fortaleza económica de los Estados y, al mismo tiempo, de la capacidad que tienen las empresas originarias en cada uno de ellos de actuar como sujetos del mercado global.

Es una situación de asimetría por poder económico, lo que permite que la configuración de las políticas en las organizaciones internacionales económicas no resulte equivalente; aunque pretendidamente se parta de la igualdad entre los Estados y las reglas sean formalmente equivalentes para todos ellos. El peso distinto que afecta a la capacidad de presionar en una determinada posición e incluso a la capacitación técnica en determinados sectores. Es algo que ocurre incluso en organizaciones internacionales que tienen una base cooperativa, como ocurre con la OMC. En las palabras de GONZÁLEZ MARTÍNEZ-TABLAS “son, en apariencia, los más democráticos de los utilizados en los organismos económicos internacionales, ya que el voto no se pondera por la importancia

²⁸ Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; *Desempeño del FMI... op. cit.*, p. 27.

²⁹ Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; *Desempeño del FMI... op. cit.*, p. vi.

económica de los países y hay una práctica establecida de consenso; sin embargo, la realidad es que la capacidad de participación de los países es muy desigual, los métodos de trabajo tienen escasa transparencia, los grupos de presión intervienen de forma efectiva, las agendas son sesgadas y las propuestas de resolución no recogen a menudo las posiciones discrepantes de países subdesarrollados”³⁰.

En principio, la constitución de sistemas regionales de integración económica, cumple la función de atemperar estas diferencias si se logra una política integradora, que a través de fondos de diversa denominación permitiera la convergencia de las economías integradas en la antigua CEE. Fue el modo de proceder de la Europa durante muchos años. La realidad actual, sin embargo, ha hecho desaparecer esa tendencia y ha abierto la puerta a nuevas modalidades de asimetría. Son las consecuencias de la ampliación masiva para ganar mercados y de la imposibilidad económica de mantener una política de cohesión teniendo en cuenta el amplio número de países y la diferencia económica.

Pero para resaltar el valor de la asimetría en el seno de los sistemas regionales me quiero fijar en el ejemplo que afecta a un país que no es de las últimas ampliaciones, sino que está en la CEE desde 1980: el debate sobre el rescate a Grecia hacía que “el destino de Grecia se decide en el Parlamento alemán”, debate que lo que estaba planteando es las cesiones de soberanía que tenía que hacer Grecia para recibir el segundo paquete de “ayudas”. Es una mera situación de poder fáctico dentro de Europa, que está además condicionado por actuaciones oscuras para que Grecia accediera al Euro. Pero desde el punto de vista de la soberanía el impacto es brutal, tanto de legitimidad, como incluso de operatividad democrática.

El problema es aún más grave si tenemos en cuenta que Europa ha hecho de la diferencia su esencia actual. Una separación que es tanto jurídica como práctica: “en el seno de la Unión Europea hay outsiders exteriores e interiores. Los outsiders exteriores son los que sólo pertenecen a la Unión Europea y no tienen el euro. Los outsiders interiores son los que si bien tienen el euro dependen de la ayuda económica de otros países. Los países deudores forman así lo que podríamos llamar una nueva <clase> baja de la Unión Europea. Tienen que aceptar recortes en su soberanía y vulneraciones de su dignidad. También el derecho a la autodeterminación de la democracia disminuye ante la alternativa: aprobación o salida”³¹

Pero es un factor de desigualdad económica entre Estados que convive con otros dos especialmente importantes: por un lado, la situación de desigualdad que tienen los países periféricos frente al empuje de las compañías transnacionales especialmente activas en la explotación de los recursos naturales. La posición de preeminencia que han tomado gracias a la globalización estas compañías hace que se encuentren en disposición de modificar políticas, cambiar regulación que afecten tanto a derechos civiles, sociales como económicos.

De hecho, hay que recordar como factor importante de esta Y, en segundo lugar, la presión que realizan los grandes estados hacia los periféricos y ultraperiféricos en la determinación de sus políticas económicas a través de las condiciones económicas de acceso al crédito, lo que en ocasiones incluso sirve para sufragar los propios gastos que

³⁰ GONZÁLEZ MARTÍNEZ-TABLAS, A. “Actividades económicas en el exterior y globalización” en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., Comercio exterior, Editorial Lustel (2009), pp. 33.

³¹ BECK, U. Una Europa alemana, Paidós ibérica (2012), p. 41 versión electrónica (capítulo II.3.)

ha existido para amortización de algunos problemas económicos, como ocurre con la amortización de los préstamos concedidos por los Estados Unidos y Alemania a sus bancos para hacer frente a las obligaciones derivadas de la crisis financiera que estamos padeciendo desde 2008 y cómo esto está repercutiendo en el coste financiera de la deuda pública de países periféricos como Italia o España.

La diferente situación de poder entre los Estados se está manifestando, en una tercera variante de esa situación de dominio interestal. La aptitud de los estados para la transferencia de lo que se podría denominar como “tecnología institucional”, esto es, la imposición de sus valores y sus reglas e instrumentos jurídicos, está abriendo una brecha considerable entre aquellos que tienen capacidad de preservar sus reglas y los que tienen un mayor grado de permeabilidad. La permeabilidad jurídica está vinculada, asimismo, a la fortaleza económica, en la medida en que en los últimos años se ha podido apreciar como las ayudas económicas a los Estados venían como consecuencia de hacer cambios estructurales que incorporaran un determinado modelo jurídico y económico. Las instituciones financieras internacionales han actuado, de este modo, como propagadores de ese modelo jurídico de origen norteamericano.

Pero la asimetría, unido al déficit regulatorio sustantivo, está conduciendo a la situación de que el dumping social y ambiental está siendo utilizado como mecanismo para atraer inversiones. No hay más que leer periódicamente los problemas con determinadas marcas de “prestigio social” que tienen deslocalizadas sus actividades en países asiáticos o africanos. Hay, al mismo tiempo, Estados que han hecho de la carencia de requisitos ambientales casi una seña de identidad lo que se ha traducido en la aparición de situaciones como las de los pabellones de conveniencia en relación con la marina mercante; o en la propia configuración de los territorios off-shore que tanta importancia están teniendo en el comercio internacional.

Asimetría que puede ser entre países pero también entre territorios. Es un fenómeno conocido el de las exclusiones parciales en el territorio de los Estados del cumplimiento de los requisitos sociales ambientales o fiscales. Pueden ser sectores económicos los beneficiados (como ocurre con los casos de los centros de coordinación que permite la legislación fiscal belga para las empresas de márketing, publicidad o asesoramiento legal)³² o por razón del territorio, como ocurre con ciertos territorios británicos como las islas del Canal.

V. El auge de los sistemas regionales de integración económica: el caso más intenso de la Unión Europea

³² La relevancia del fenómeno es tal, que por ejemplo, la empresa alemana de producción de automóviles BMW centraliza un tercio de todos los beneficios del consorcio en Bélgica a pesar de que allí no produce un solo vehículo.

Esta época global es también la época de los sistemas regionales de integración económica. Es cierto que su origen³³ no está vinculado a la globalización, pero no puede obviarse que no suponen sino una potenciación de los elementos de la globalización y, de hecho, el gran impulso lo han recibido en el momento en que se estaba asentando la globalización. Todo ello con el espejo de la Unión Europea, que ha actuado como catalizador del fenómeno, constituyendo un modelo para el resto de los sistemas, tanto por las ventajas económicas para los países como por haber servido como instrumento para el olvido de viejas rencillas entre Estados que condujeron a guerras.

La formulación actual de los sistemas regionales permiten por un lado un incremento de las libertades económicas que están en la esencia del Consenso de Washington. Todo el desarrollo y fortalecimiento de la Unión Europea se ha realizado a partir de la extensión de la libre circulación de personas y capitales (y últimamente servicios), especialmente partiendo de la interpretación que ha dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De hecho, la última gran directiva general sobre las libertades comunitarias, la Directiva de servicios, se ha considerado una Directiva recopilatoria de la jurisprudencia del TJUE.

Es cierto que, al igual que se acostumbra a decir que para moverse en un entorno global las empresas han de tener un tamaño grande, a través de los sistemas regionales se está proporcionando una respuesta similar ya que permite moverse mejor a los poderes públicos en un entorno global ³⁴; aunque para ello los resortes institucionales han de estar afinados, claro es, dado que el ejemplo de la moneda única europea puede ser indicativo de lo contrario. Pero a partir de la premisa del aumento de tamaño, los sistemas han configurado unas estructuras que quieren ser imagen del Estado: tienen una asamblea parlamentaria, un órgano ejecutivo de gobierno y un órgano de resolución de controversias.

Si nos preguntáramos por qué, desde un punto de vista jurídico, han alcanzado esta fortaleza la respuesta la podremos encontrar en el hecho de que las competencias que tienen asumidas son de naturaleza general. Y que las cláusulas de poderes implícitos han permitido completar los poderes que le atribuyeron inicialmente los Estados, con implicaciones muy grandes en el propio diseño constitucional. De hecho, podemos hablar de que ha habido mutaciones constitucionales “que dan un nuevo sentido y una interpretación vinculante a determinados preceptos de la norma constitucional, sin necesidad de que ésta sea formalmente reformada”³⁵, que, de este modo, van a tener una capacidad muy limitada de modificar este modelo regulador. De hecho, si tomamos el ejemplo de lo ocurrido con la Directiva de servicios y, en particular el contenido del artículo 16, “diverge del artículo 49 y de la interpretación que le ha sido atribuida por el TJCE con

³³ Sin ánimo de ser exhaustivos, recordemos que el fenómeno de las organizaciones regionales internacionales se inicia en América a finales del siglo XIX con la Unión Panamericana y se desarrolla mediante sucesivas conferencias interamericanas en el periodo de la Sociedad de Naciones para consolidarse, por último, con la creación de la Organización de Estados Americanos en 1948. Mientras que en Europa, pese a los diversos proyectos favorables a una institucionalización regional en el periodo ginebrino, ésta solo se alcanza con la creación del Consejo de Europa en 1948. A la que siguen muchas otras instituciones europeas, entre ellas la O.C.D.E. y las Comunidades europeas, que surgen entre 1950 (C.E.C.A.) y 1958 (C.E.E. y C.E.E.A.). Nótese, en todo caso, que de los que fueron relevantes en su momento la única que permanece como gran sujeto para la integración regional y, de hecho, como se ve en el texto, se ha transformado en un modelo que está siendo imitado.

³⁴ CASTELLS, M., La era de la información....., Op. cit. p. 296.

³⁵ MUÑOZ MACHADO habla de “restricción que inevitablemente produce en la libertad de opción del legislador respecto a la ordenación de la economía”. MUÑOZ MACHADO, S., “Ilusiones...”, *op. cit.*, p. 4

la finalidad de hacer avanzar los intereses de la Unión, en detrimento de los poderes de los Estados miembros”³⁶. Y, por ello, puede considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 5, en la medida en que excede “de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

Entre las reglamentaciones utilizados para el refuerzo de los poderes europeos en detrimento del de los Estados ocupa un papel primordial el Derecho de la competencia, que aparece como cláusula transversal de regulación, tal como veremos con posterioridad. El ejemplo de la regulación de la energía (que no ha sido tradicionalmente una política comunitaria) y su conexión con el derecho de competencia y el mercado interior sirve como ejemplo de este aumento de competencias por la vía de los poderes implícitos.

La utilización de esta cláusula transversal plantea el problema de la reducción de los elementos sociales de la regulación, como ha mostrado la jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas sociales en la contratación pública, que han limitado sustancialmente el uso de los contratos como instrumento de política social. De hecho, en los sistemas regionales de integración económica, y muy especialmente en la Unión Europea, es donde más se percibe el hecho de que “ha crecido de forma desmesurada el Derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento”³⁷.

Si desde una perspectiva material, esta condicionada la capacidad de los estados, como fácilmente se puede apreciar si se analiza la actividad de las instituciones comunitarias con respecto a la administración nacional, que, en multitud de campos (política monetaria, pesca, agricultura, ganadería...) prácticamente ha perdido toda relevancia. Ello ha de complementarse con un aspecto especialmente relevante: disponen de mecanismos coercitivos a través de los órganos de resolución de controversias que garantizan la efectividad de las decisiones.

En el caso del Derecho europeo, existen mecanismos jurisdiccionales cuya finalidad es precisamente ésta, la del control por parte del Tribunal de Justicia del grado de cumplimiento del Derecho europeo: el recurso por incumplimiento sirve para el control de actos (leyes, decretos, decisiones administrativas, etc.) o de hechos (prácticas administrativas, etc.) y puede ser igualmente consecuencia de comportamientos positivos (acciones) o negativos (abstenciones u omisiones). Incluso, recientemente, el propio presupuesto de los Estados se puede condicionar -con multas coercitivas en paralelo- en los supuestos en los que nos encontremos ante supuestos de déficit excesivos, tal como lo recoge el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza suscrito para los países de la zona euro en marzo de 2012.

VI. El debilitamiento del Estado: constancias y perspectivas

Los elementos analizados en los dos últimos epígrafes nos conducen a una conclusión clara: el debilitamiento de los Estados. Partiendo de la relatividad que tiene la

³⁶ PEGLOW, K., “La libre prestación...”, *op. cit.*, p. 105.

³⁷ SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación in house)», en el diario *La Ley*, núm. 6715.

expresión debilitamiento, el debate se puede situar en si lo que nos encontramos es ante una redefinición de los poderes estatales o ante otra circunstancia. Naciones Unidas en el año 2001, “la globalización no ha debilitado a los Estados, pero ha cambiado sus roles. Los Estados han dejado de ser los proveedores universales para convertirse en catalizadores, habilitadores, protectores, orientadores, negociadores, mediadores y constructores de consensos. La globalización está produciendo un nuevo orden de redes, asociaciones, partenariados entre los gobiernos, los ciudadanos y las empresas, fortaleciendo la influencia del público en las instituciones y los gobiernos. (...) Para esto no sirven las viejas estructuras burocráticas decisionales jerárquicas. Las estructuras monocráticas compactas, piramidales, que constituyen el legado del racionalismo del siglo XVIII ya no representan la realidad de las administraciones públicas contemporáneas”.

Es cierto que la soberanía nunca ha tenido un carácter absoluto, ya que siempre ha habido factores externos que han reducido el ámbito de los poderes del Estado. Es algo que tiene numerosos contornos pero que resulta fácil de entender con la mera constatación de la desigualdad entre los Estados, que se ha manifestado en las debilidades de las relaciones de vecindad o en las propias condiciones de acceso al crédito, lo que constituye una constante a lo largo de la historia. Esta desigualdad es tan consustancial que incluso la Resolución de la ONU 2625 (XXV) respecto a la “igualdad soberana de los Estados”, estos “son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole”. No olvidemos que el Derecho Internacional es el principal elemento de reconocimiento jurídico de esta desigualdad entre los Estados: la composición del Consejo de Seguridad de la ONU es el prototipo de la desigualdad. El Derecho Internacional ha supuesto un elemento disuasorio en cuanto a la extensión de los poderes de los Estados, más allá de las debilidades que se pueda pensar de este sector del ordenamiento jurídico.

La situación actual ha cambiado. Desde luego, hay datos prácticos que nos permiten afirmar la debilidad actual del Estado en un contexto global: los problemas de seguridad frente al terrorismo internacional o el crimen organizado son la punta del iceberg de una realidad en la que el Estado ha de incrementar sus relaciones de cooperación con otros Estados. Las propias dificultades de negociación con las grandes corporaciones transnacionales, nos impulsa a pensar en las ventajas de las soluciones coordinadas. Y de hecho, se puede afirmar que ni siquiera un poder militar cualitativamente importante permite para la mayor parte de los Estados garantizar la seguridad interior. La permeabilidad que proporcionan las redes de comunicaciones es un agujero por el que se puede diluir la más férrea de las fronteras.

Pero cuando se examinan las causas del debilitamiento del Estado hay causas que no derivan sólo de la realidad cambiante y del impacto de las tecnologías de la información y la comunicación. Ni siquiera es que el marco de referencia esté establecido en sus principios básicos en el soberano supraestatal difuso. El marco económico de la globalización ha conducido a determinados cambios en la estructura y modos de funcionar el Estado que han coadyuvado a mermar su capacidad de intervención en la vida social y económica, cuestionando la percepción clásica de la Administración pública como el ente que “personifica el poder del Estado, es, por ello, una potentior persona, un personaje poderoso”.³⁸

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo I, Ed. Civitas, 8ª Ed., Madrid (1997), p. 43.

En el caso de las Administraciones Públicas, se ha producido una doble pérdida de poder. Así, a esta cesión de ámbitos de decisión a las entidades internacionales, formalizada jurídicamente, hay que añadir la cesión práctica de ámbitos de actuación que han venido desarrollando los entes públicos, en aplicación de los principios del denominado consenso de Washington, cuyo origen data de 1989³⁹ y el Informe de la Trilateral sobre la crisis de la democracia⁴⁰. Como es conocido, la idea central que se desprende de este informe es que la crisis de la democracia deriva de la sobreprotección de derechos y reclamaciones ciudadanos. Por ello, las recetas que se proponen son eliminar el peso de la política y sustituirlo por el de la técnica; la participación popular y sustituirla por la actividad de los expertos; la sustitución de lo público por lo privado; dejar de lado el papel del Estado e impulsar al mercado y eliminar el poder central de los Estados para sustituirlo por el de entidades locales y regionales, más pequeñas y manejables. A partir de estas premisas se produjo la reconstrucción teórica del Estado con arreglo a los principios neoliberales que, precisamente ha hecho bandera de dos grandes silencios, el relativo al Estado (que tiende a ser eliminado) y el de los excluidos sociales. Las negativas consecuencias de todo ello se pueden observar fácilmente.

Ahora bien, no es sólo que las Administraciones públicas cedan poderes en el contexto global para encomendarlos a entidades transnacionales. Es que, además, cuando el ejercicio de dichos poderes vuelve al interior del Estado, para cumplir con la obligación de transposición de disposiciones aprobadas en instancias superiores, nos encontramos con que los agentes económicos han encontrado una liberación de las posibilidades del Estado de ejercer el control político y jurídico, ya que la competencia reside en órganos superiores, caso de que dispongan de alguna forma de control, lo que no siempre ocurre. Nos encontramos, de este modo, ante la situación paradójica de que por un lado pierde capacidad de intervención como consecuencia de la dinámica globalizadora y, al mismo tiempo, sigue siendo un eje central en la medida en que la implementación de muchas de las medidas pasa precisamente por el Estado.

En este sentido conviene se puede afirmar, tomando las palabras de CASTELLS, que “el estado-nación cada vez está más sometido a la competencia más sutil y más preocupante de fuentes de poder que no están definidas y, a veces, son indefinibles. Son redes de capital, producción, comunicación, crimen, instituciones internacionales, aparatos militares supranacionales, organizaciones no gubernamentales, religiones transnacionales y movimientos de opinión pública. (...) Así que, aunque los estados-nación continúan existiendo, y seguirán haciéndolo en el futuro previsible, son, y cada vez lo serán más, nodos de una red de poder más amplia”⁴¹. De las ideas que sintetizan el funcionamiento actual del Estado posiblemente esta de la competencia resulte la más importante.

³⁹ Concretamente, el consenso de Washington tiene su origen en el documento "What Washington Means by Policy Reform", de John Williamson (accesible en <https://edisk.fandm.edu/min/IST-325-Ecuador/What-Washington-Means-by-Policy-Reform.pdf>) Con la expresión, originariamente se quiso hacer referencia a las medidas que las grandes organizaciones internacionales requerían para un desarrollo estable en América Latina. No obstante, con posterioridad pasó a ser la expresión con la que se determina el programa económico neoliberal.

⁴⁰ Recordemos que el consenso de Washington tiene su origen en el informe realizado para la trilateral: CROZIER, M, HUNTINGTON, S.P. y WATANUKI, J. The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission; New York University Press (1975).

⁴¹ CASTELLS, M., La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 2. El poder de la identidad, Alianza Editorial, Madrid (1998), p. 334.

VI.1. Privatización: un concepto polisémico de debilitamiento público

El auge de la globalización ha sido el momento en el que más se ha desarrollado el fenómeno de la privatización, en sus diversas modalidades. La privatización ha alcanzado diversos ámbitos del funcionamiento administrativo, tanto en el plano organizativo – manifestado esencialmente con la enajenación de empresas públicas- como en el del Derecho aplicable al funcionamiento de los entes públicos, mediante la sustitución del Derecho administrativo por el Derecho privado. A estas vertientes de la privatización, que son las más analizadas, habría que añadir la otra vertiente de la privatización, la que no se exterioriza tanto: la de la socialización de costes y privatización de beneficios, que constituyen una constante desde los años setenta.

La **privatización de empresas públicas** es una de las reglas esenciales de las políticas que se han venido aplicando desde los años 90 del siglo pasado⁴² y que está incluida en el Consenso de Washington. La privatización no ha respondido a un único modelo ni a una única periodicidad. Así, se puede encontrar privatización mediante la enajenación de empresas públicas con mantenimiento de la titularidad de la actividad (que sería la versión más suave) y, en su vertiente más radical (y por ello deseada desde estos ámbitos propensos a la ampliación de los ámbitos de actividad económica para los particulares, con paralela desaparición de las empresas públicas), de despublicatio de la actividad, que también se encomienda a los agentes económicos. Se trata de un proceso que, de una u otra forma ha alcanzado a todos los países⁴³ y que, en los planteamientos de los promotores del Estado mínimo debería conducir a que sólo las corporaciones económicas fueran las productoras de bienes y servicios, que se podrían obtener libremente en el marco de la economía globalizada.

En efecto, desde los planteamientos económicos neoliberales que se han venido aplicando, resulta incompatible con el Estado neutral que se está creando la pervivencia de grupos industriales públicos, en la medida en que resulta contrario a los principios de partida: la presencia de la empresa pública supone la socialización de los beneficios e impide, paralelamente, la creación de nuevos espacios económicos o mercados para la actividad económica privada. A ello se añade el dato dialéctico de la supuesta ineficacia de las empresas públicas por comparación a la que tienen las empresas privadas. Hoy analizando las causas de la crisis económica, que ha sido esencialmente una crisis de empresas privadas -construcción, seguros y sobre todo servicios financieros- que ha tenido que socializarse no parece que deba insistirse demasiado en que es una mera falacia ideológicamente interesada.

Como también es una afirmación interesada el decir que la privatización de las empresas públicas iba a permitir la creación de un “capitalismo popular” tal como lo decía Margaret Thatcher. El acceso a la propiedad de mucha gente -modo preferente de realizar estas privatizaciones, a través de ofertas públicas de ventas de acciones- no se traduce

⁴² Entre nosotros, por todos, véase ARIÑO ORTIZ, G., Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público. Marcial Pons, Madrid (1993),

⁴³ Sobre la evolución de este proceso de privatizaciones, por todos véase ARIÑO ORTIZ, G., Economía y Estado... op. cit., pp. 215 y ss. En todo caso, sobre la privatización en el marco de la Unión Europea, se puede consultar MARTIN, S. y PARKER, D., The impact of privatisation. Ownership and corporate performance in the UK. Industrial Economics Strategies For Europe, London (1997); GERONIMO CARDIA, C., Profili giuridici della privatizzazione, Torino (1994).

en un control por parte de ellos de la empresa. Antes al contrario, ha permitido que un porcentaje reducido de acciones, inferior al 1% se puede disponer del control societario. Esto supone dejar el control de empresas estratégicas para la defensa de intereses privados, que en ocasiones, como ha sido el caso español, han sido nominados desde las instituciones públicas privatizadoras. Los instrumentos que pretendió mantener el Estado, articulados sobre las distintas modalidades de la acción oro fueron anulados por el Tribunal de Justicia Europeo en aras de mantener el derecho de la competencia. Sólo en algunos casos queda el reducto del servicio universal, aunque desde luego no es comparable a la situación anterior.

Tampoco resulta adecuado el argumento de razones de carácter presupuestario que permitirán eliminar los continuos déficits de muchas de las empresas en pérdidas (si se pueden vender, claro es). La privatización de los años 90 fue de las empresas rentables que permitieron una entrada considerable de dinero en los erarios públicos que se destinó esencialmente a la reducción del déficit y la deuda. Los beneficios a corto plazo se agotaron, derivado de la no entrada de beneficios anuales de las empresas, sólo sustituidos muy escasamente por los impuestos de sociedades -que es uno con mayor desproporción entre tipos legales y tipos reales que pagan las empresas-. En esta línea, se puede comprobar cómo esta privatización se ha acompañado de una reducción de impuestos que afecta cualitativamente a las rentas más altas y a las no derivadas del trabajo.

La segunda modalidad de privatización es consustancial a los países de la Europa continental que han vivido bajo un régimen de Derecho administrativo, frente al régimen anglosajón en donde hay una equivalencia superior con el Derecho privado. Desde mediados de la década de los ochenta, se ha producido un proceso de **privatización del Derecho aplicable a la Administración**, de “huida del Derecho administrativo”, para ubicarse por razones de flexibilidad en el campo del Derecho privado, de muy diversas formas: uso de personas instrumentales, recurso a contratos atípicos, fomento del arbitraje y otros medios extraprocesales de resolución de conflictos. Incluso en el campo del Derecho administrativo la privatización ha llevado a la admisión de las formas transaccionales de terminación del procedimiento. Todo lo cual entronca en la visión del dentro de una dinámica general de entender el Derecho administrativo como un Derecho contra la administración, no de la gestión pública, para lo cual el recurso a estas fórmulas privadas, sin las presunciones de legalidad y legitimidad de los actos administrativos y sin el régimen procesal de la jurisdicción contencioso-administrativa, se favorece bastante. Es una constante de los últimos años aunque se ha acrecentado en los últimos tiempos⁴⁴

Desde el primer punto de vista, ello supone asignar a la sociedad costes de producción de las empresas, dándoles el carácter de costes ajenos, sufragados por la sociedad en su conjunto a través de los impuestos (así, los costes medioambientales que son limitadísimamente pagados por las empresas contaminantes, o, por tomar un ejemplo concreto, el coste de las centrales nucleares que estamos abonando a través del recibo

⁴⁴ Como señalara Nieto hace algunos años, y es una tendencia que se manifiesta cada vez más, “el Derecho Administrativo se escapa de la mano de los administradores para caer en las de los abogados y de arte de administrar pasa a ser el de limitar a la Administración. Lo contencioso adquiere cada día mayor importancia y hasta se substantiza en una determinada bibliografía. Pero lo realmente importante es que todas y cada una de las instituciones empiezan a verse con esta óptica forense. Y, como consecuencia de ello, los principios motores de la interpretación y del progreso del Derecho Administrativo van a colocarse en los Tribunales y no en la práctica administrativa. En una palabra, el Derecho Administrativo no es el Derecho de la Administración, sino contra la Administración”. NIETO GARCÍA, A.; “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo” en la *Revista de Administración Pública* nº 76 (enero-abril 1975), página 20

de la electricidad). Desde el segundo punto de vista, se atribuyen beneficios a empresas que no han arriesgado capital ni han participado en su generación como son los continuos convenios que se realizan con empresas hospitalarias o los educativos⁴⁵. Las modalidades de colaboración público privada estarían en esta línea⁴⁶.

VI.2. Agencias administrativas independientes

En Europa continental el cambio más importante que ha habido en la estructura administrativa ha sido el de la introducción de las agencias administrativas independientes. Pese a su origen estadounidense ⁴⁷, es un modelo que ha alcanzado su solidez a través de la integración del Derecho comunitario europeo, ya que las Directivas hacen referencia continua a la existencia de estos organismos reguladores independientes. En nuestro país, después de una primera recepción, ha adquirido carta de naturaleza a través de la Ley 2/2011, de 4 de abril, de Economía Sostenible, que ha articulado incluso unas reglas generales para los organismos reguladores

La articulación de una serie de reglas sobre el nombramiento y destitución de los miembros de los órganos directivos, así como la separación funcional de la cadena jerárquica son las reglas básicas que permitirán disponer de esta autonomía. Cuestión distinta es que en la práctica puedan existir comunicaciones entre los órganos políticos y estas agencias. Tal como aparecen recogidos en las normas son los únicos soberanos en sus ámbitos materiales, ya sea desde el punto de vista organizativo, normativo, presupuestario. Esto es, se crea una especie de “feudo” en materia de competencia en el que las agencias reguladoras son las soberanas.

Es un modelo de administración que persigue que la actividad administrativa sobre la economía se realice bajo un paradigma que “neutralizando su función, el sector sobre el que se proyecta no se vea contaminado políticamente, o sea, se neutralice políticamente un sector de la actividad social”⁴⁸. Se trataría de decisiones basadas esencialmente en principios de derecho de la competencia en donde, aparentemente con una considerable reducción de la carga discrecional, lo que permite que los operadores económicos tengan un marco estable de regulación. El ámbito de sus funciones se limitarían, recogiendo lo dispuesto en el artículo 1 del Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en defensa de los consumidores y usuarios”. Téngase en cuenta, además, que disponen incluso de resolución de los conflictos que puedan surgir; quedando a salvo, en su caso, el posterior control por parte de los Tribunales contencioso-administrativos.

⁴⁵ Sobre esta cuestión, véase CAPELLA, J.R., Los ciudadanos siervos, Ed. Trotta, Madrid (1993), en particular, pp. 99 y ss.

⁴⁶ Una perspectiva crítica se puede ver en el primer capítulo de GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. Colaboración público privada e infraestructuras de transportes, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid(2010).

⁴⁷ Recordemos que el primer caso de agencia administrativa independiente fue la Interstate Commerce Commission, creada en 1887. Sobre este modelo estadounidense de las agencias, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. El alcance del control judicial de las Administraciones públicas en los EE.UU. de América. McGraw-Hill (1996), pp. 9 y ss.

⁴⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, A., Las administraciones independientes, Ed. Tecnos, Madrid (1994) p. 27.

Es un modelo que choca con la configuración constitucional de la Administración pública. Recordemos lo que dispone el artículo 97 de la Constitución: “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes”. Tres quiebras se encuentran: no dirige toda la Administración, ya que aspectos relevantes de la administración económica quedan fuera de su ámbito de actuación. No dirige toda la política interior, y estas agencias hacen política ¿qué otra cosa puede ser la opción entre diversas políticas monetarias? y tres, las agencias ejercitan de forma autónoma la potestad reglamentaria. Si tenemos en cuenta las reflexiones que hizo MUÑOZ MACHADO, sobre las consecuencias que tenía el modelo de las agencias sobre el régimen de distribución de competencias, ha tenido un efecto de recentralización de poderes en el Estado ⁴⁹. Sólo entendiendo que ha habido una masiva mutación constitucional en el Derecho público económico por influjo de la incorporación del Derecho comunitario europeo podríamos salvar algunas de los problemas que se acaban de plantear.

El modelo de las agencias administrativas como entidades autónomas de la dirección política del Gobierno plantea problemas. Usualmente, suelen tener una percepción limitada de los intereses generales, debido a que tienen focalizada su actuación en el campo de la competencia. Esto hace que sus análisis suelen resultar reduccionistas, especialmente a la hora de analizar la introducción de criterios de naturaleza social o ambiental, que se suele contemplar desde la perspectiva de la distorsión que provoca en la competencia. Así, se puede recordar el contenido de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la instalación de sus infraestructuras y la valoración; resoluciones en las cuales no se ponderaban adecuadamente todas las implicaciones urbanísticas y medioambientales. O incluso el poco campo que dejó para que los propios municipios prestaran servicios por vía inalámbrica en zonas públicas constituiría otro ejemplo de esta “visión reducida” de la percepción de los intereses generales.

En segundo lugar, la experiencia de los EE.UU. muestra también hay una excesiva vinculación entre el personal de las agencias y los regulados. En los años 60 y 70 se constató que la independencia para cumplimiento de funciones técnicas había conducido al sometimiento de los reguladores al dictado de los agentes económicos que tenían que estar regulados como consecuencia de la relación tan estrecha que tenían gobernado y gobernante⁵⁰. Y sin necesidad de entrar en las delicadas cuestiones que plantea el secuestro, hay dos problemas que no se pueden obviar: por un lado, que las agencias suelen tener un tamaño demasiado limitado para evitar que se produzca la empatía entre regulador y regulado. Por otra parte, no podemos olvidar que la capacidad de influencia de los grandes operadores económicos son muy superiores al de las propias agencias, debido esencialmente al asesoramiento técnico y a los instrumentos de divulgación y promoción que tienen; muy superiores del que pueden disponer las propias agencias.

⁴⁹ Sobre esta cuestión, véase MUÑOZ MACHADO, S. “Las modulaciones de competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías”, en la *Revista de Administración Pública*, nº 153 (2000), pp. 195 y siguientes.

⁵⁰ De hecho, existe toda una “teoría del secuestro” de las agencias independientes por parte de las empresas, que se exterioriza en el dicho de que estas deben “care and feedind of regulator” (cuidar y echar de comer a los miembros de las comisiones), tarea que realizan con esmero. Sobre esta cuestión, por todos, véase FREEDMAN, P.; Crisis and legitimacy. The administrative process and American Government, (1982).

Recordar aquí la participación de los miembros de las agencias en algunas de las actividades que desarrollan éstas y el efecto lobby que le acompaña no es gratuito.

VI.3. Una perspectiva económica particular: los problemas de la contención del déficit pública

De todas las peculiaridades que está presentando el debilitamiento de las Administraciones públicas, la que está resultando más relevante es la de la reducción de la capacidad económica de los Estados. En este punto, hay dos aspectos que confluyen y que se van a explicar someramente: por un lado, la aplicación de uno de los principios esenciales de política económica incluidos dentro del denominado consenso de Washington, la contención del déficit público está limitando la capacidad de aplicar políticas de signo inversor, dejando en consecuencia ámbitos más amplios a la actividad de los operadores privados. Y, en segundo lugar, las políticas de reducción de la presión fiscal están condicionando las políticas públicas que se pueden aplicar.

Uno de los principios económicos actuales es la reducción del déficit público, articulado sobre la denominada estabilidad presupuestaria que está contemplado en el artículo 135 de la Constitución⁵¹. Es una idea generalizada -salvo para los EE.UU.- que ha tenido su juridificación europea en el principio de estabilidad presupuestaria. Dicha previsión está incorporada en la actualidad en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵², que dispone sucintamente que “los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos”. La existencia de un déficit excesivo deriva, como es conocido, de la concurrencia de dos elementos vinculados al Producto Interior Bruto, de acuerdo con lo señalado en el Protocolo número 20 del Tratado, relativo al procedimiento aplicable en el caso de déficit excesivo por los Estados se concretan del siguiente modo: el déficit público no supere un valor del 3% del PIB y, adicionalmente, que la proporción entre deuda pública y producto interior bruto no rebase el valor del 60%. Más allá de las consideraciones anteriores, hay tres aspectos que son destacables en el marco de la globalización.

Por un lado, el uso de la ingeniería jurídica-financiera como instrumento para eludir los niveles de déficit, en una actitud que, en el ámbito europeo, ha sido fomentada por la Oficina estadística de la Comisión europea, Eurostat, y que equipara el comportamiento público al privado. A ello se añade las dificultades en cuanto a un comportamiento transparente por parte de los entes públicos, fruto de la dificultad de comprobar el efecto directo que tiene una decisión sobre el déficit público y cómo se pondera en relación con los restantes intereses públicos en presencia. Sobre ello volveré en el epígrafe siguiente.

⁵¹ Sobre la vinculación entre la estabilidad y la globalización, es ilustrativo lo que dispone la exposición de motivos de la Reforma de la Constitución, aprobada el 27 de septiembre de 2011.: “Más de treinta años después de la entrada en vigor de la [Constitución](#), formando parte España de la Unión Económica y Monetaria Europea, que consolida y proyecta sus competencias en el marco de una creciente gobernanza común, y siendo cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera, la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el [artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental](#) y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos.

⁵² Precepto que en este punto tiene una redacción similar a la del antiguo artículo 104 del Tratado de la Unión Europea.

En segundo lugar, el condicionamiento de los resultados de la acción pública de órganos investidos por decisiones poco transparentes realizadas por órganos que no disponen del mismo grado de legitimidad democrática que los gobiernos estatales. Medidas que pueden condicionar el desarrollo de las políticas públicas ir fuera del ámbito temporal de un periodo electoral y, por tanto, sin tomar en consideración la voluntad exhibida por la ciudadanía en las urnas.

No podemos olvidar que al amparo del principio de estabilidad presupuestaria el artículo 5 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria permite que “la Unión Europea establecerá un programa de colaboración presupuestaria y económica en el que incluya una descripción pormenorizada de las reformas estructurales que se deberán adoptar y aplicar a fin de garantizar una corrección efectiva y duradera de su déficit excesivo”. Nótese que asumiendo como principio de funcionamiento el de estabilidad -cuya virtualidad podría ser discutida en estos tiempos de crisis-, lo que es muy censurable es la asunción comunitaria de las vías que han de cumplir los Estados para los requisitos.

Las políticas económicas que se están imponiendo desde la “Europa alemana” responden a una óptica admisible desde el debate político pero que desde luego dista mucho de ser la única vía para resolver los problemas. De hecho, como se está poniendo de relieve día a día, las consecuencias sociales de una política económica basada sólo en la austeridad causan un daño social no asumible sin que las ventajas en el corto y el medio plazo se puedan ni siquiera vislumbrar. Suponen un reparto desigual de las consecuencias de la crisis económica que favorece especialmente a las instituciones financieras (muy especialmente a las alemanas) para solucionar su mala práctica anterior a la crisis y que por ello debiera poder ser objeto de debate político.

Todo lo anterior nos lleva al gran problema que aparece como consecuencia de la aplicación de las políticas actuales: una peor calidad democrática, que se manifiesta muy especialmente en el condicionamiento de la política económica de aquellas fuerzas políticas que lleven un programa económico que provenga de bases diferentes. El debate planteado en el seno de la Unión Europea sobre los modos de salir de la crisis y, en particular, la discusión entre las políticas de estímulo -propias de modelos keynesianos, que permiten la creación de déficit para estimular el consumo- o la reducción del déficit vía reducción de las prestaciones sociales -propia de modelos neoliberales- es la prueba palmaria de cómo un principio condiciona la acción política de los gobiernos.

La política fiscal suele entrar dentro de las competencias de los Estados. No obstante, el debate que está planteado sobre su reducción -obviamente, eliminando los tipos más elevados en rentas de personales, con lo que el punto de proporcionalidad se alcanza muy pronto; limitando la tributación de capital y la del patrimonio y extendiendo la tributación indirecta- plantea dos tipos de problemas: por un lado, cómo se acometen los gastos de política social, lo que está contribuyendo a la aparición de formas de copago por parte de los usuarios de servicios. Y, en segundo lugar, cómo queda la política redistributiva de la riqueza, clave en un Estado social y que es uno de los objetivos constitucionales de la política fiscal en nuestra Constitución tal y como lo dispone el artículo 31 de la Constitución: “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad”. Y aquí no podemos olvidar que la redistribución no sólo se produce a través de la política de gasto sino también a través de cómo se configuran los ingresos públicos.

En todo caso, este debate sobre la reducción de la fiscalidad nos muestra la limitación del poder del Estado. De entrada, es uno de los factores que más se suelen indicar en la competitividad de los Estados, como instrumento para atraer inversiones. Este dato ya de hecho contribuye a rebajar la capacidad de desarrollo de sus políticas por parte de los Estados. Pero, además, siempre tienen la espada de Damocles de los mecanismos para eludir la presión fiscal: no se habla sólo de los mecanismos defraudatorios en el interior del Estado sino sobre todo del peso que toman los territorios off shore, algunos de los cuales se encuentran en el interior de la Unión, como lo muestran los centros de coordinación belgas o la situación de los puertos irlandeses o, más directamente, Estados como Luxemburgo o Chipre. Un debate que en las cumbres internacionales ha estado siempre latente pero que no se han dado los pasos necesarios para su eliminación. No podemos olvidar aquí tampoco la responsabilidad de los Estados originarios de los capitales, en la medida en que el control efectivo de entidades bancarias -con los oportunos levantamientos de velos de personalidades interpuestas- y de particulares no es todo lo intenso que debería ser. No podemos olvidar que es una manifestación de la limitación del Estado.

VI.4. Importación patológica de malas prácticas privadas: ingeniería jurídica financiera y contabilidad de diseño

La configuración del principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito europeo, a que se ha hecho referencia más arriba, ha permitido exteriorizar la aparición de un fenómeno patológico de algunas empresas privadas: el uso de la contabilidad de diseño, que tanto daño ha hecho en el sector privado, desde el caso Emron al cómputo de los créditos dudosos en las instituciones financieras. Pues esta realidad ha llegado al ámbito público. En la Unión Europea ha sido un elemento clave por cuanto se ha vinculado al cumplimiento de requisitos cuantificables económicamente tanto la entrada en el euro con la aplicación de los procedimientos de déficit excesivo (que por cierto, no se aplicaron cuando Alemania o Francia estaban en situación claramente negativa en esta materia).

Aquí el problema es especialmente grave en la medida en que incluso desde la Oficina Estadística Europea, Eurostat, se han dado las pautas de cómo ha de actuarse en ese punto⁵³. Más aún, ciertos comportamientos que, hasta ahora se creían sintomáticos de entidades privadas, se han producido en el campo de la gestión pública, como lo prueba la manipulación de las cuentas públicas en Grecia con la finalidad de poder acceder a la Unión Económica y Monetaria y, en consecuencia, a la moneda común. Si el fenómeno griego es, aparentemente, patológico puntual, el uso de la contabilidad ha alcanzado una naturaleza estructural en toda Europa occidental. Es el uso excesivo de los instrumentos estadísticos a que haré referencia con posterioridad, que tiene una notable importancia en materia de contabilidad pública por el efecto que ha podido tener sobre la calificación de las agencias de calificación.

Todo ello, claro está, se puede efectuar en la medida en que las reglas del SEC 95 -la norma contable europea- tienen un halo suficiente de indeterminación para que resulte factible. No sólo eso sino que, además, Eurostat en la interpretación de las reglas a

⁵³ El documento fundamental publicado por EUROSTAT está constituido por el "Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública", (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado "Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners" (2004).

efectos del déficit público ha fomentado el uso de la ingeniería jurídica para alterar los efectos sobre el déficit público, como prueba bien a las claras la utilización de instrumentos que se separen de la fisonomía tradicional de los contratos de obra. Bien se podría decir, incluso, que el organismo estadístico europeo *premia* una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los recovecos que se abren en el SEC 95, mediante la desconsolidación de dichas operaciones en las cuentas de dicho Estado, que permite mantener un alto nivel de inversión y una mejor prestación de los servicios públicos. Lo cual no deja de resultar paradójico ya que con ello se abre la puerta a la duda sobre la realidad contable de los entes públicos europeos. Y no estamos hablando sólo del caso griego –en donde hubo una manipulación consciente de la contabilidad pública, incitada por personas que supuestamente después vendrán a solucionar los problemas estructurales griegos- sino de la totalidad del sistema europeo, ya que estas reglas son comunes y se aplican en todos los países que están vinculados a él por estar en la moneda única.

El problema no es sólo de naturaleza económica, sino también política y afecta a la calidad de la democracia actual. En efecto, con las consideraciones anteriores, parece legítimo plantearse hasta dónde resulta posible un control, político y jurídico, de la actuación de las Administraciones públicas. Podríamos recordar aquí el debate sobre la magnitud del déficit público español de 2012 según se incluya o no el rescate solicitado para reflotar entidades de crédito (lo que parece lógico teniendo en cuenta que el crédito lo solicitó el Gobierno, con independencia del uso que se le dé). El uso político del mismo hace ver cómo se puede jugar con algo contante en el debate político, dificultando el análisis por la ciudadanía. Por no hacer referencia a otro caso que ya se ha mencionado en este estudio, el de la construcción de infraestructuras.

El ejemplo de la construcción de infraestructuras es indicativo de cómo funcionan las cosas desde la perspectiva del control político: se trataría de analizar operaciones complejas, en donde las prestaciones de cada una de las partes están diseminadas en diversos elementos cruzados entre ellos y en muchos casos dependientes de terceros absolutamente imprevisible, esto es, sin un nivel suficiente de concreción. El uso de las entidades instrumentales pone, además, un segundo nivel de dificultad para el control jurídico-político de la actuación de estas fórmulas de colaboración y en donde los efectos sobre la contabilidad y el déficit público han de ser controlados con mucho cuidado para no caer en problemas como los que tuvo la Comunidad de Madrid y el Metrosur. Nótese, por ejemplo, que el aporte de capital a una sociedad mercantil pública no computa a efectos del SEC... Imaginemos el control que se puede hacer en un pleno municipal -por meros problemas de procedimiento- o incluso en relación cuando el contrato lo ha otorgado el Estado y ni siquiera ha de pasar por otro instrumento de control que el que, en su caso, haga el Tribunal de Cuentas. Podemos estar hablando de una decisión estratégica, que condicione la política de los próximos años, como ha ocurrido con la reciente decisión sobre el modo de prestación de los servicios sanitarios, que ha tomado la Comunidad de Madrid.

VI.5. Competencia entre entidades públicas

Pasar de una situación de poder con tendencia a ser omnímodo -aunque siempre haya habido restricciones- a poder dependiente de otros entes públicos, supranacionales - y también infraestatales, como veremos más adelante- obliga a cambiar el modo de proceder de las autoridades estatales. El proceso de integración creciente de las economías mundiales por la globalización hace que, partiendo de unos principios comunes, cada uno de los entes públicos haya de configurar un derecho que resulte

atractivo a los ojos de los inversores, tanto desde el punto de vista de los contenidos como de los procedimientos de concreción de las soluciones. Casi nada está ganado de antemano en un entorno en el que la deslocalización de las empresas resulta extremadamente sencillo.

El caso que mejor ilustra esta competencia es el procedimiento para la designación de la ciudad sede de los Juegos Olímpicos. Una designación compleja, con beneficios a corto y largo plazo para la ciudad, en la que una asociación privada, el Comité Internacional Olímpico, acaba suscribiendo un contrato privado con un Ayuntamiento que ha sido elegido en virtud de criterios que tienen que ver con los méritos de las ciudades aunque no sólo ya que la decisión es individual de los miembros del CIO sin necesidad de motivación. Sin duda, se puede afirmar que es el contrato de más relevancia que suscriba nunca la ciudad candidata –con el refrendo del Estado- con una asociación privada –el Comité Internacional Olímpico-, ya que va a tener el efecto de comprometer al Estado es capaz de cambiar la legislación nacional o a suspender parcialmente –por razón del atleta participante en la olimpiada- la aplicación de la normativa sobre seguridad y policía. Y una parte del procedimiento de selección, lo que actúa en el momento de realizar el informe de las ciudades candidatas -que no es determinante de la decisión-, no es sino una competencia brutal entre las ciudades candidatas, en el que participan incluso los propios Jefes de Estado ⁵⁴. Este ejemplo de una actividad querida por la mayoría de la población se traspa a procesos públicos pero sobre actividades controvertidas -el ejemplo reciente de la negociación para la instalación, afortunadamente frustrada, del complejo de casinos *Eurovegas* en la Comunidad de Madrid a través de la configuración de los denominados Centros Integrados de Desarrollo, regulados en la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas-. Su gestión, la tramitación parlamentaria de la norma en paralelo al conocimiento por parte de la opinión pública de las negociaciones con el consorcio que lo quiere implantar ese centro de juego para terminar de definir el régimen de esta actividad en dicha norma, hace que el componente negocial de la ley no se diferencie demasiado de la gestión de los Juegos Olímpicos. Ni uno ni otro resultan novedosos sino que constituyen un modo más de gestionar los intereses generales en tiempos globales. Para ello, se utilizan con profusión ventajas fiscales, otorgamiento de subvenciones, derogaciones especiales de normas y establecimiento de medidas complementarias beneficiosas en los campos de urbanismo y la ordenación del territorio.

Ahora bien, no se trata de la cuestión de atracción de una actividad relevante como pueda ser la celebración de unos Juegos Olímpicos, sino que afecta a la propia configuración de la política económica, una función típica del Estado que en este momento tiene limitaciones sustanciales. Aunque la cita sea un poco larga, merece la pena recordar cómo ROJO, ex-Gobernador del Banco de España, expone esta problemática: “el aumento de la competencia ha alcanzado a las políticas económicas de los gobiernos. En un primer sentido, porque los mercados financieros, globalizados y potentes, provistos de excelente información y con técnicas de análisis, someten las distintas economías a un examen continuo, dispuestos a abandonar posiciones en activos de todo país cuya evolución y cuyas previsiones no les satisfagan. Los gobiernos han de competir, por tanto, en estabilidad si quieren evitar el castigo de los mercados; las autoridades se ven así sometidas a una presión persistente para que desarrollen políticas

⁵⁴ El interesantísimo proceso de elección de unos Juegos Olímpicos, las cesiones que han de realizar los Estados y la complejidad de los elementos objetivos y subjetivos de la decisión están analizado en el excelente libro de CHINCHILLA MARÍN, C.; Los Juegos Olímpicos: la elección de la sede y otras cuestiones jurídicas. Editorial Civitas, Madrid (2010).

monetarias y fiscales disciplinadas. En un segundo sentido, los Gobiernos han de competir en cuanto a sus regulaciones y a sus normas fiscales en un mundo donde la producción y las inversiones se caracterizan por una notable movilidad internacional. Atraer y retener actividades productivas e inversiones exige de los Gobiernos atención a sus políticas de competencia, de estándares, de normas reguladoras de mercados y de impuestos en relación con las aplicadas en otros países⁵⁵. Nótese, en la línea de lo se acaba de transcribir, dos elementos importantes que reflejan cómo se ha reducido el papel del Estado: por un lado, un elemento central de la política económica -la política monetaria- se ha transferido en el caso europeo a una entidad supranacional, como es el Banco Central Europeo. Más allá de este dato, la exigencia europea -hoy constitucionalizada en el artículo 135- de que no haya déficits excesivos supone una restricción importante al modo en que se estructura la política económica de los Estados, especialmente cómo se pueden articular las políticas en tiempos de crisis económica como la actual. La asimetría que veremos con posterioridad determinará en qué lugar de la balanza se ubica cada Administración pública.

El cambio trasciende lo que es una mera política de atracción de inversiones y se transforma en un elemento estructural del modo de configurar y ejecutar las políticas por parte de las Administraciones Públicas. Posiblemente se podría caracterizar como un acercamiento a los comportamientos de las empresas, tanto en aspectos que pueden reportar beneficios como en otros que resultan más controvertidos. En efecto, como ha señalado en los EE.UU. AMAN, “los Estados han adoptado no sólo la retórica dominante del sector privado sino también cada vez más a menudo las estructuras del sector privado, sus objetivos y sus modos de funcionamiento. Cada vez más, los gobiernos en todos los niveles juegan como si fueran corporaciones transnacionales”⁵⁶. Desde los medios que se utilizan hasta las técnicas que se emplean, se ha producido un cambio cuyas primeras consecuencias no han hecho sino vislumbrarse como la punta de un iceberg.

Aquí son muchos los ejemplos que se podrían traer a colación; algunos de los cuales aparecerán en las páginas venideras de este estudio. Pero, por tomar dos de ellas, en esta reproducción de comportamientos de entidades privadas se ha imitado tanto aspectos que entrarían dentro de gestión pública legal (y discutible políticamente como son las políticas económicas que se están aplicando) como otras que entran dentro de lo que serían zonas dudosas, como podría ser el uso de la contabilidad de diseño y de la ingeniería jurídico financiera por parte de los entes públicos para eludir los niveles de déficit público, utilizando los trucos contables que la propia Oficina Estadística de la Comisión Europea a puesto a disposición de los Estados para la partida más relevante de los gastos de inversión, la construcción de infraestructuras públicas⁵⁷. El caso de la manipulación de las cuentas de Grecia para entrar en el euro puede ser muy ilustrativo,

⁵⁵ ROJO, L.A., “La economía mundial en el fin de siglo”, en *Claves de la Razón Práctica*, nº 65 (1996), p. 5

⁵⁶ AMAN, A.C., “The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy”, en el *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol 31-3 (1998), p.797.

⁵⁷ El documento fundamental publicado por Eurostat sobre la interpretación de los criterios contables del SEC 95 está constituido por el “Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública”, (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado “Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners” (2004).

igual que la aplicación de las reglas que ha impulsado Eurostat para la construcción de infraestructuras, que han aplicado todos los estados europeos⁵⁸.

Esta perspectiva competitiva en el funcionamiento administrativo tiene una serie de consecuencias que saltan automáticamente a la luz. Probablemente lo más relevante de todo sea la reducción de la generalidad de las normas y el progreso a lo que se podría definir como *neofeudalización* del ordenamiento. Es una característica sistémica del ordenamiento que es Tomando las palabras de FARÍA, “las instituciones jurídicas forjadas por el fenómeno de la globalización aparentan seguir la línea de un retorno al derecho personal anterior al derecho territorial consolidado con la Revolución francesa. Sólo que es un derecho personal basado no en el nacimiento, en la etnia, en la nobleza, en la religión o en ocupación de sus sujetos, sino en los intereses y, sobre todo, en la voluntad de los actores políticos y económicos con mayor poder de articulación, movilización, confrontación, veto, negociación, decisión con respecto a inversiones y capacidad de generación tanto de empleo como de ingresos”⁵⁹. Se trata, por lo demás de una realidad muy potenciada por el fenómeno desregulador, que afecta a todos sus ámbitos, aunque con particular empeño al ordenamiento administrativo.

La consecuencia directa de lo que se acaba de indicar introduce a las Administraciones públicas en la senda del conflicto o de la competencia. El Estado se ha desprovisto de su aura de poder público y ha de entrar en una especie de *diálogo* con los agentes económicos sobre la concreción del régimen jurídico de las actividades e incluso sobre el foro en el que se van a discutir las posibles discrepancias jurídicas, que no va a ser necesariamente judicial sino que se extienden los mecanismos alternativos de resolución de controversias

La evolución del ordenamiento jurídico ha ido en la línea de impulsar su flexibilidad, tanto que permitan la “definición contractual de lo público”⁶⁰, a través de diversas fórmulas ya sea mediante leyes negociadas ya sea mediante acuerdos de caballeros con la participación estatal, ya sea haciendo públicos los acuerdos privados⁶¹, esto es, un acuerdo entre los operadores económicos afectados por una regulación, supuestamente limitativa de su actividad, y los entes públicos encargados de dictarla para la fijación de los requisitos que van a resultar exigibles en un determinado territorio, de tal manera que una elevación de los mismos por parte de las entidades públicas se traduciría en un incumplimiento generalizado. Lo que puede conllevar incluso mecanismos de determinación del foro. Esto es lo que gráficamente ha ocurrido en el campo del Derecho medioambiental con los acuerdos entre grupos de empresarios de determinados sectores y la propia Administración comunitaria, como bien contó en su momento PLAZA MARTÍN⁶². Es ciertamente una situación novedosa sobre el modo tradicional de funcionamiento

⁵⁸ Sobre el uso de la contabilidad creativa en la construcción de infraestructuras puede verse mi estudio Financiación de infraestructuras y estabilidad presupuestaria, Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

⁵⁹ Así, en este sentido, FARÍA, J.E., El derecho en la economía globalizada, Ed. Trotta, Madrid, pp. 264 y ss.

⁶⁰ GALGANO, F.; Le fonti del diritto...; op. Cit., p. 21

⁶¹ Sobre estas cuestiones, véase MORAND, C.-A.; “La contractualisation du Droit dans l’État providence”, dentro de la obra colectiva dirigida por CHAZEL, F. y COMMAILLE, J. Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, Paris (1991), en particular 141 a 149.

⁶² PLAZA MARTÍN, C., “Los Acuerdos sobre medio ambiente entre las Administraciones públicas y la industria: su interacción con los instrumentos normativos de la Comunidad”, en la Revista Española de Derecho Europeo, nº 2 (abril-junio 2002), pp. 291 y ss.

público y en el que los avances técnicos y la capacidad de deslocalizar inversiones juegan en contra de los Estados y los derechos sociales, dado que no se progresa en la línea de crear un mínimo común denominador de régimen jurídico sobre determinadas actividades económicas. Las posibilidades de un dumping regulatorio constituyen por ello un riesgo real.

La interrelación con otras entidades públicas tiene una segunda vertiente que es el de la recepción de problemas originados fuera del territorio gestionado por el Estado. El caso de la contaminación puede resultar el más usual, aunque no es el único campo en el que se mueve esta problemática. La política migratoria es el ejemplo paradigmático de cómo los Estados tienen que hacer frente a problemas de naturaleza social ocasionados fuera de su área de influencia y como eso repercute en una relación dialéctica sobre los derechos que deben tener estos emigrantes en función del origen que tengan y el modo de acceder al territorio estatal. Problemática cuyos contornos son complejos y sobre la cual se ha vertido bastante demagogia, en particular para la restricción de derechos de los migrantes, en ámbitos que afectan incluso a la salud.

Las aparentes ventajas de esta competencia entre Administraciones públicas no sólo son actuales sino también futuras, en la medida en que la competencia interordinamental se reproduce constantemente en función de los criterios a la baja que ha comenzado a aplicar un determinado Estado; conduciendo a una modificación constante del derecho para atraer las ventajas. En este sentido hay que recordar que, como ha señalado GUZMÁN, en un segundo momento “el mercado se armoniza, pues el modelo triunfante en cualquier actividad económica de prestación de bienes o servicios será tendencialmente imitado por los demás sistemas nacionales”⁶³. No obstante, esta uniformidad en segundo momento será siempre momentánea, en la medida en que en el instante en que ella se logre, o se vea que se puede lograr, los legisladores de nuevo la abrirán redefiniendo las exigencias o proporcionando un marco jurídico diferente en el empeño de lograr una nueva ventaja temporal de la lucha de ordenamientos.

Aunque, como acabamos de ver el resultado de la reformulación de los requisitos de la regulación suele consistir en una rebaja de los mismos por parte de la Administración pública responsable. No obstante, tampoco se puede olvidar que hay casos en los que la redefinición ha ido al alza como consecuencia de las consecuencias negativas que estaba teniendo la anterior regulación en su territorio. El ejemplo de la regulación sobre contaminación de vehículos a motor en California, con mayores requisitos medioambientales, frente a la federal de EE.UU. en la época de Bush, es una buena muestra

VI.6. Los derechos humanos y la injerencia legítima en la actividad de los poderes públicos: luces y sombras

Lo que sí resulta necesario recalcar es la relevancia que para el Derecho está teniendo la globalización no sólo se circunscribe a lo que más exactamente es transferencia de bienes, capitales y servicios sino afecta de una forma dramática que las consecuencias colaterales del proceso de globalización, básicamente el aumento de las desigualdades entre el norte y el sur, con los movimientos migratorios a que han dado

⁶³ GUZMÁN ZAPATER, M., El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la comisión: libre prestación de servicios e interés general en la Segunda directiva bancaria), en la Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 3 (enero-junio 1998), p. 142.

lugar, han hecho aparecer nuevos problemas y respuestas jurídicas en ámbitos como el derecho de familia o la protección de y frente a ciertos comportamientos determinados por creencias religiosas que resultaban inusuales con anterioridad: la globalización ha transferido comportamientos deleznable –pero arraigados en diversas comunidades– como las ablaciones; ha exigido respuesta a los matrimonios poligámicos, o a los derechos de maternidad en esos matrimonios mixtos, los derivados de la adopción internacional tan extendida o, por último, exige una solución a los problemas del velo en las aulas o los burkas en las calles. Son sólo ejemplos entre otros muchos de los efectos de la globalización, mediante la creación de una sociedad multicultural. Incluso, los movimientos migratorios utilizando ya sea los mecanismos legales, ya sean los ilegales, están dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de frontera, interior, que está limitando la aplicación de los derechos fundamentales y las libertades públicas generalmente reconocidas en los textos constitucionales: el problema de las sociedades multiétnicas con misma nacionalidad es su prueba mayor.

Dando un pequeño salto en el discurso, hay que recordar el impacto que ha tenido en el Derecho penal⁶⁴ la globalización. Los efectos han sido de diverso tipo: por un lado, la facilidad para las comunicaciones ha dado lugar a la aparición de nuevos fenómenos delictivos o, para ser más exacto, a su crecimiento cualitativo y a ciertos cambios en el modo de proceder. Es todo lo que ocurre con ciertas modalidades de terrorismo, la emigración ilegal, con los delitos informáticos o con algunas modalidades de delitos fiscales, aspecto en el que los Estados no dejan de tener responsabilidad ya que han creado espacios no sujetos a normativa tributaria, como ocurre con los paraísos fiscales.

Al mismo tiempo, ha aumentado la relevancia cualitativa de ciertos crímenes que tradicionalmente han quedado impunes por producirse en el interior del Estado. Es lo que acontece, con los denominados delitos contra la humanidad que han dado lugar a la creación de tribunales penales internacionales para la persecución de los delincuentes, tal como ocurrió con los crímenes de la antigua Yugoslavia (Resolución 827 (1993), con los de Rwanda (Resolución 955 (1994))⁶⁵ y, de forma estable, mediante la creación del Tribunal Penal Internacional, cuyo Estatuto fue adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002 aunque su formulación no sea perfecta⁶⁶. En este sentido,

⁶⁴ Sobre el impacto en el Derecho penal de la globalización, véase TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en la obra colectiva dirigida por CAPELLA, J.R., Transformaciones del derecho en la mundialización, Estudios de derecho judicial, Madrid (1999), pp. 219 y ss.

⁶⁵ Además, la Resolución 1315 (2000) pidió al Secretario General de la ONU que negociara un acuerdo con el gobierno de Sierra Leona con el fin de crear un Tribunal especial independiente para juzgar las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en ese país; en cumplimiento de esa decisión, el 16 de enero de 2002 se firmó un acuerdo entre la ONU y el gobierno de ese Estado para el establecimiento de ese Tribunal. Una solución similar pretende juzgar los problemas habidos en en Camboya: el 13 de mayo de 2003, la A.G., por Res. 57/228 B, aprobó un proyecto de acuerdo entre N.U. y Camboya para regular la cooperación para procesar a los más altos dirigentes de la Kampuchea democrática. El Tribunal se creó en 2006 y está desarrollando su actividad con gran dificultad por los problemas que está teniendo. Una nota sobre la actividad de este Tribunal se puede ver en Oliva, D.J.; “El Tribunal de Camboya inicia nuevo juicio a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática acusados en el Caso número 002/19-09-2007/ECCC_TC”; en la *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen LXIII (2) (2011), páginas 302 y siguientes.

⁶⁶ Sobre el Derecho internacional en el contexto de globalización, véase RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.; “El nuevo Derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia”, en la obra colectiva dirigida por CAPELLA, J.R., Transformaciones del derecho en la mundialización, Estudios de derecho judicial, Madrid (1999), pp. 159 y ss.

algunos jueces –parece obligado citar aquí a Baltasar Garzón- y Tribunales españoles han adoptado un papel activo en este punto, apoyándose en los tratados internacionales y en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como prueban los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 en relación con la competencia para conocer de determinados delitos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena. Así como la Sentencia T.S. (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2003, que aunque de forma más restrictiva que las decisiones anteriores, ha admitido la competencia de los tribunales españoles si existe un punto de conexión con un interés nacional español, especialmente la nacionalidad de la víctima del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶⁷. Ello además con la nota especial de que a estos crímenes se aplica la nota de la imprescriptibilidad, con la finalidad de que pueda materializarse el castigo a los culpables.

Es una idea que se extiende en los supuestos de Derecho internacional humanitario, en el que cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios Tribunales; lo que resulta especialmente importante en los supuestos de conflictos armados. El caso del periodista José Couso Permuy⁶⁸, fallecido el 8 de abril de 2003 en Bagdad como consecuencia de los disparos de un carro de combate estadounidense contra el Hotel Palestina y la actividad de los órganos jurisdiccionales españoles –en especial la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2010, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva- en aplicación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la prueba mayor de lo que se está señalando

A su lado, vinculado al nuevo papel que está jugando el Derecho internacional⁶⁹, se ha impulsado la aplicación de una regla que está recogida en el artículo 10 de la Constitución y que es de gran importancia: la utilización de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parámetro de interpretación de los derechos recogidos en la Constitución. Es el supuesto más antiguo de utilización de derecho supranacional, ya que su origen lejano está en el final de la segunda guerra mundial, aunque ha sido ahora cuando más impacto están teniendo. Haciendo un rápido repaso a la jurisprudencia constitucional española en esta materia se puede apreciar dos elementos dignos de mención:

⁶⁷ Precepto que dispone lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

⁶⁸ Una perspectiva jurídica del caso Couso se puede ver en Fernández Liesa, C.R. “El asunto Couso en los Tribunales nacionales y en las relaciones internacionales”; en la *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen LXII-2 (2011), páginas 145 y siguientes

⁶⁹ Sobre Derecho internacional y globalización, reivindicando el papel de los Estados, véase Carrillo Salcedo, J.A., Globalización y orden internacional; Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, (2004)

Por un lado, un dato que puede parecer anecdótico, pero que sin embargo no lo es tanto: De los tratados internacionales, el más citado a los fines del artículo 10.2 CE es sin duda el Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Y también al que más tempranamente se hace referencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues ya se cita en la STC 5/1981, de 13 de febrero, y en la STC 12/1981, de 10 de abril, en relación con los artículos 9 y 6.1 del Convenio de Roma.

En esta línea, conviene recordar que la STC 292/2000, de 30 de noviembre, de la que fue ponente el magistrado González Campos, destaca por recurrir ampliamente al art. 10.2 CE con el fin de tomar el Derecho comunitario como criterio hermenéutico en relación con los derechos y libertades fundamentales, aprovechando la vía abierta por la STC 64/1991. Esta decisión constituyó el primer caso en que un Tribunal constitucional de un Estado miembro cita la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con la singularidad de que lo hace antes de su proclamación solemne en Niza el 7 de diciembre de 2000. En el momento en que el Tribunal Constitucional la invoca, la Carta constituye meramente *soft law*, derecho dúctil, de forma que esta decisión se une a otras anteriores en las que el Tribunal también ha manejado otros textos de este rango.

Ahora bien, si el dato que acabo de indicar es relevante, lo es más el que, en relación con el Convenio de Roma de 1950, el Tribunal Constitucional español ha extendido las referencias a sus preceptos para comprender asimismo *la jurisprudencia del TEDH* que los ha interpretado ; al haber estimado el Tribunal, como se expresa en la STC 36/1984, de 14 de marzo, en relación con los criterios para determinar si ha existido o no una dilación indebida en el proceso, que el art.10.2 CE “autoriza y aun aconseja referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el TEDH”.

VII. Modalidades del conflicto

Como ha quedado señalado en las páginas precedentes, las Administraciones públicas viven en una situación de conflicto con otras entidades, fruto de la situación de pérdida de la situación de pérdida de su poder fáctico. No es una situación que per se resulte negativa, ya que en ocasiones puede servir para coordinar políticas a través del consenso. Es lo que gráficamente ocurre en el sistema norteamericano entre los Estados y la Federación. Los problemas surgen cuando esa situación parte de una asimetría que conduce a la constatación de la debilidad del Estado. Piénsese que en la actualidad algunas de las corporaciones económicas transnacionales pueden tener un peso económico superior al de muchos Estados soberanos y con mayor capacidad y habilidades de negociación.

El conflicto, entendido en el sentido de necesidad de negociación para definir el ámbito de lo público, tiene diversas vertientes que afectan a sus relaciones con entidades privadas, tanto encargadas de la gestión de asuntos públicos como de naturaleza netamente privada, en segundo lugar a los conflictos con entidades públicas de ámbito inferior al estado y en tercer lugar con entidades internacionales. Veamos cuáles son las peculiaridades de cada una de ellas.

VII.1. La Administración y los sujetos privados (I): las corporaciones transnacionales

El mayor impacto que está teniendo la globalización en las relaciones de las Administraciones públicas con terceros afecta precisamente a su relación con sociedades mercantiles de naturaleza privada que son los principales beneficiarios del sistema global. Beneficio que, a la par, coloca a los entes públicos en una situación que realmente es muy novedosa: la voluntad de los terceros nunca está conseguida y por ello se fomenta una “determinación contractual” de lo público, con independencia de cuál sea el mecanismo de exteriorización ulterior de dicho acuerdo.

La necesaria relación con las corporaciones transnacionales puede conducir a una situación de debilidad administrativa por tres tipos de razones: a) en primer lugar, derivada del hecho de la capacidad que tienen las compañías transnacionales de deslocalizar actividades económicas en un periodo de tiempo realmente breve. b) En el campo de los mercados financieros nos encontramos, además, con que los efectos de las decisiones tomadas en las entidades matrices -que ante la mayor parte de los Estados caen fuera de su ámbito de actividad- se proyectan sobre el territorio estatal, como nos han enseñado la crisis financiera. c) por razón de los conocimientos técnicos, sobre todo en el marco de las negociaciones con los proveedores de servicios que han alcanzado por la fuerza de su penetración en el mercado el carácter de standard.

Estas modalidades de la relación con las compañías transnacionales ha hecho que los contratos que se suscriban con ellos se realicen de forma diferente. De hecho, se puede hablar de la influencia que han tenido en la estructuración de una forma muy poco transparente como es la del denominado diálogo competitivo que sirve, incluso para “definir” la necesidad pública que motiva el contrato.

A lo anterior, ha de resaltarse el dato de que cuando se suscriben contratos con estas corporaciones transnacionales, nos encontramos ante verdaderos contratos de adhesión, en los que el “adherido” es el poder público. Contratos que pueden tener una doble característica: los acuerdos sobre el derecho aplicable al contrato y sobre el foro que conocerá de las discrepancias que puedan surgir, lo que en ocasiones conduce al arbitraje.

Estas relaciones en las que las Administraciones Públicas se quitan su vestimenta de poder público entronca perfectamente en las características de este mundo globalizado. Como señaló hace algunos años PEDRIERI, son tiempos marcados por la ósmosis entre Estado y mercado, “el aparato estatal se ha cambiado: las instituciones para el mercado se estructuran en una recíproca integración con el mercado y con el mercado de las regulaciones del mercado, que se difunden en todo el aparato estatal, no sólo en la tradicional relación con el parlamento y con el gobierno, sino también con la administración estatal, regional, local, fragmentada en subsistemas de organización, con los entes independientes, instituidos como nódulos reguladores de los subsistemas y de los centros dotados de poderes autoritarios, pero también centros de negociación: la banca central, institución predominante de los Estados y de los mercados de nuestros tiempos es el ejemplo conspicuo. El Estado, instalado sobre un sistema electoral representativo articulado en partidos, se ha modificado hacia un Estado que conoce otro círculo representativo, sin elecciones, articulado sobre grupos de interés”⁷⁰.

⁷⁰ PEDRIERI, A., Estado y mercado: la ósmosis como elemento cualificador y legitimante, en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 17 (enero-abril 1994), p. 43.

Ahora bien, el problema que se acaba de describir no es sólo para el Estado que en situación de debilidad ha de desarrollar una negociación desigual con estas corporaciones. Es una situación de desamparo para el ciudadano, ya que a “la internacionalización de los derechos de los inversores y de los grandes propietarios transnacionales no le ha correspondido una globalización de los derechos para la gran mayoría de la humanidad, del mismo modo que la mundialización de la lógica económica del beneficio privado no ha venido acompañada por la internacionalización de la lógica política de la satisfacción de necesidades básicas y la extensión de garantías de libertad e igualdad”⁷¹. Sobre ello volveré con posterioridad.

VII.2. La Administración y los sujetos privados (II): gabinetes jurídicos transnacionales

Sí quisiera concretar un poco más el papel tan relevante que están jugando las grandes corporaciones jurídicas mundiales. Su función es tan esencial que, tal como se ha destacado con evidente acierto por CAPELLA, “estos gabinetes transnacionales son los auténticos creadores intelectuales de las normas de la *lex mercatoria*, en realidad son sus aparatos institucional-burocrático más importantes. Entre ellos negocian el contenido normativo de los acuerdos del soberano difuso y aspectos importantes de los acuerdos mismos. Asesoran a grandes empresas transnacionales y están a cargo de cualquier operación financiera de envergadura, supervisada por ellos desde todos los puntos de vista posibles, jurídicos o no”⁷². Su función es tan relevante que en nuestro ordenamiento han sido ellas las que han realizado la importación de figuras jurídicas que han sido consideradas durante mucho tiempo como atípicas, que tienen un cierto aire novedoso, como pueden ser el leasing, *joint venture*, *factoring*... Han sido ellas las que las han impulsado, partiendo del impulso que les ha proporcionado las propias centrales de estos gabinetes jurídicos los que distribuyen entre sus filiales los modelos contractuales tipo a partir de los cuales se firman los contratos particulares por parte de los operadores económicos⁷³. La uniformidad de las prácticas contractuales en la mayor parte del mundo es, en definitiva, una importante razón para el propio éxito de estas corporaciones jurídicas, dado que permite a los operadores tener una visión más próxima de las consecuencias jurídicas de sus actos, con independencia del lugar donde vayan a desplegarse los efectos.

Si el conocimiento que tienen de estas figuras y el impulso que tienen en su ejecución en todo el mundo son factores ya por sí relevantes, su función se realza con un dato suplementario: la posibilidad que tiene de desarrollar su influencia al mismo tiempo y con un coste reducido en diversas partes del mundo, lo cual repercute el beneficio de

⁷¹ PISARELLO, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos”, en la obra colectiva CARBONELL, M. (Editor) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Coedición de la Editorial Trotta y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid (2007), p. 164.

⁷² CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*. Ed. Trotta. Madrid (1997, p. 288.

⁷³ GALGANO, F.; “Le istituzione della società postindustriale”, dentro de la obra colectiva que realizó con CASSESE, S., TREMONTI, G. y TREU, T.; *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna (Italia) 1993, p.24.

estas corporaciones. Y, aunque podría quitársele importancia, el liderazgo del inglés como idioma de negociación y redacción de los contratos ha permitido proporcionarles una fuerza suplementaria a estas corporaciones, todas ellas de origen anglosajón⁷⁴. Posiblemente el ejemplo más característico del impulso que tienen estos gabinetes está constituido por el *Public Private Partnership* impulsados desde el Reino Unido en un contexto totalmente desregulador, y que hoy desarrollado en todo el ámbito global, con arreglo a principios aparentemente novedosos (podríamos recordar también que tiene elementos de Derecho premoderno), en principio no regulados, ya que es lo que proporciona un mayor marco para la flexibilidad de estas figuras. Es una vertiente que complementa el impacto creciente que está teniendo el Derecho estadounidense en estos tiempos a lo largo del mundo.

La participación de estas entidades es bien conocida desde hace años, tanto por su labor jurídica como por las actividades de consultoría y auditoría que también venían desempeñando. No obstante, hasta hace algunos años el papel que estaban ejerciendo afectaba más a las corporaciones transnacionales que a los entes públicos. No obstante, en los últimos años han ampliado el ámbito de su actuación de tal manera que están desempeñando un papel relevante en el desarrollo de la actividad de los poderes públicos, lo que tiene importantes consecuencias, debido a que les está permitiendo extender su influencia a la propia configuración de la política que van a aplicar los entes públicos ya que estas entidades juegan con el prestigio –pese a lo ocurrido en los últimos tiempos- que les proporciona sus conocimientos técnicos.

El problema más grave que se está planteando en la actualidad es que han desplegado su influencia en todos los ámbitos de lo público. No sólo participan en la formulación de las políticas públicas, sino en los modos de gestión del personal de los entes públicos, en la propia regulación de las actividades económicas –con el indudable riesgo que ello supone teniendo en cuenta los otros asesoramientos que realizan- y, en ocasiones en la propia aplicación de los conocimientos, sustituyendo a los cuerpos administrativos. Todo lo anterior, que podría ser concretado mucho más, plantea la cuestión, en mi opinión de extrema gravedad, de que las entidades públicas están desarrollando su actividad a través de modos de comportamiento típicamente privados, como veremos inmediatamente con el problema de la competitividad entre ordenamientos jurídicos. A la larga, todo esto está llevando a una búsqueda incesante de mecanismos que permitan huir del Derecho público, tanto en las normas de contratación, como en las de contabilidad. No es sino otra forma de privatización de la actividad pública.

VII.3. La Administración y las entidades territorialmente menores

La globalización económica, la relativización de tiempo y espacio en las relaciones sociales y económicas ha supuesto, paralelamente, un aumento de la tensión interna dentro de los Estados. Tensión que está derivando por un lado en competencia regulatoria y, en otros supuestos, en tensión identitaria/independentista, tensión que puede servir tanto para separarse del Estado de origen como para servir de supuesta garantía ante los excesos de la globalización. No podemos olvidar que en Europa ha sido el momento de mayo eclosión nacionalista, vinculada esencialmente a la desaparición de la Unión Soviética, la desmembración de Yugoslavia o del éxito de movimientos locales como los que separaron pacíficamente Checoslovaquia o los habidos en Rumania que dio lugar a la

⁷⁴ Sobre estas cuestiones, puede verse FERRARESE, M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna (2002), en particular pp. 135 y ss.

separación de Moldova. Movimientos similares ha habido en Africa e incluso en América se ha planteado con nulo éxito la independencia de algún Estado de la Unión. Por tanto, son dos las vertientes del problema, aunque la que más específicamente ha de analizarse ahora es la primera.

La competencia entre Administraciones públicas se manifiesta también en el interior del Estado en un doble sentido. Por un lado, entre entidades menores territorialmente hablando y que están dotadas del mismo grado de autonomía, al igual que lo que ocurre en las relaciones internacionales y, por consiguiente, no plantea ningún elemento reseñable que lo diferencie a lo que hemos visto en el epígrafe anterior.

Sí conviene reseñar que para este tipo de Administraciones públicas disponen de dos instrumentos especialmente importantes para el desarrollo de una política competitiva, como son el urbanismo -a través tanto de las cesiones de suelo como de las modificaciones de legislación y de planeamiento urbanístico para atender las peticiones de los posibles inversores- y la calidad de los servicios públicos locales, que tienen una incidencia directa en el establecimiento de nueva actividad económica, tanto para el traslado de bienes y servicios y las comunicaciones -en sentido amplio- como la calidad de vida de gestores foráneos o la formación de los trabajadores de la empresa. Desde este punto de vista, los movimientos poblacionales y las demandas de equiparación de servicios entre territorios son la muestra de un fenómeno que es conocido desde hace años.

La vertiente anterior nos muestra sin embargo sólo una parte de la realidad, ya que conviene también contemplar las relaciones entre estas Administraciones y la Administración estatal. Desde otro punto de vista, podemos observar la presión de las autoridades locales y regionales sobre el Estado para modificar la normativa del Estado. En situaciones de debilidad, el camino conduce a la reducción de requisitos, con el objetivo de atraer inversiones calificables como “basura” desde una perspectiva social y ambiental. Es lo que está ocurriendo con la instalación de Eurovegas en la Comunidad de Madrid y las peticiones de modificar la legislación de salud, contra el tabaco o de protección de los trabajadores, que complementan las que, ejerciendo su propia competencia ha ejercido la Comunidad de Madrid.

Pero en situaciones de fortaleza, el camino puede ser exactamente el contrario. El caso de la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense sobre la legislación californiana de emisiones⁷⁵ muestra que la presión de un Estado puede obligar a la Federación a modificar la legislación para poder acceder a un determinado mercado. En este supuesto, tal como recordaba Ballbé ponderando la importancia de dicha resolución, son los productores los que “tienen que decidir si fabrican su producto con arreglo a los más laxos estándares permitidos en los 49 Estados restantes o, de lo contrario, para acceder al mercado de California, fabrican un producto con los estándares más estrictos de calidad y seguridad. Ello responde al modelo norteamericano dual”⁷⁶. La aceptación del estándar de California y Massachusetts por parte de los productores, condujo, al mismo tiempo, a una elevación de los requisitos federales, en aplicación de las reglas de internacionales sobre el cambio climático.

⁷⁵ Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 549 U.S. 497 (2007).

⁷⁶ BALLBÉ, M. “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la globalización”, en la *Revista de Administración Pública* núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007), p. 259.

VII.4. La competencia máxima entre Administraciones públicas: los paraísos fiscales

Posiblemente el punto más importante de competencia entre Administraciones Públicas es la existencia de paraísos fiscales y centros financieros off shore. Ambos tienen un punto en común: la tributación anormalmente baja de las actividades financieras. Es la fórmula que tiene para atraer altas sumas de dinero, cuyo origen no siempre está claro⁷⁷. Por ello también suelen tener una segunda característica que consiste en la opacidad frente a las investigaciones procedentes de terceros países, lo que dificulta toda acción internacional no sólo contra la defraudación tributaria sino también en la lucha contra el terrorismo internacional y la acción de los grupos de delincuencia organizada. Paradójicamente, las recomendaciones en este punto son bastante claras⁷⁸.

Están extendidos urbi et orbe, y posiblemente lo que resulte más llamativo es el alto número que se mantiene en el territorio de la Unión Europea, incluso dentro de la zona euro: City londinense, Luxemburgo, Chipre, los Centros de Coordinación belgas o los muelles de Dublín, en Irlanda, territorios de Austria, Dinamarca, Malta, Eslovaquia y los Países Bajos. Difícilmente se pueden progresar en mecanismos equitativos cuando las reglas son diferentes dentro del propio sistema regional de integración económica. Y menos aún cuando se percibe que de los no integrados en la Unión Europea, los hay o bien dependientes de países miembros, como el Reino Unido o bien de otras potencias económicas, como los EE.UU. (que también tiene uno en su territorio continental, el Estado de Delaware).

Los paraísos fiscales es un ejemplo típico de cómo está funcionando la globalización. Por un lado, los paraísos fiscales y, en general todas las medidas de atracción de capitales, de servicios financieros, están en la esencia de la globalización capitalista que persigue un enriquecimiento en poco tiempo. Por un lado, porque estamos en un momento de triunfo de la economía financiera frente a la economía productiva y los paraísos fiscales responden a esta lógica. En los paraísos fiscales no hay actividad económica real sino pura especulación. En segundo lugar, porque los paraísos fiscales son la consecuencia de una de las libertades económicas tan defendidas en la actualidad: la libre circulación de capitales.

Asimismo, ha habido la exteriorización de una aparente voluntad por parte de las grandes países desarrollados de terminar con este tipo de situaciones. Las conclusiones de la Cumbre del G20 de Londres iban precisamente en esta dirección. En la Cumbre del G20 de Toronto, el problema había desaparecido. Sólo quedan a fecha de hoy (primavera de 2013) dos países que puedan tener esa catalogación: Nauru y Niué. Sin embargo, todos tenemos la conciencia de que existen más lugares en el mundo en donde existe ese tratamiento tributario privilegiado a las inversiones financieras.

⁷⁷ De acuerdo con el [Informe FATF-GAFI](#) las amenazas más graves que hay en este momento para la economía mundial podrían provenir de la financiación del terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva que se podrían financiar con el dinero ubicado en los paraísos fiscales y en aquellos otros Estados en los que no se proporcionan medidas suficientes de lucha contra el blanqueo de capitales

⁷⁸ Puede verse el documento metodológico que tiene aprobado el FATF-GAFI <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/methodologie.pdf>

La mala prensa que tienen, el que fuera un objetivo declarado de los movimientos antiglobalización, conllevó un cambio que ha permitido que desaparezcan de los listados oficiales: concretamente se incentivó la suscripción de acuerdos de intercambio de información, que proliferaron entre 2009⁷⁹ y 2011, tanto que en las Conclusiones de la Cumbre del G20, celebrada en Toronto, se indicó que se habían suscrito más de 500 convenios de intercambios de información. ¿Podemos decir que con ese impulso a la transparencia han desaparecido los paraísos fiscales? No. De entrada, porque los acuerdos suscritos -12 era el mínimo exigible por la OCDE- se ha realizado entre Estados que tenían la consideración de paraísos fiscales. De nuevo, la forma vale más que el fondo.

⁷⁹ Este fue el aspecto que más se incidió en la cumbre cuyas conclusiones proclamaron pomposamente que “tomaremos medidas contra las jurisdicciones que no colaboren (...) La era del secreto bancario ha desaparecido”