

| ARTÍCULO

El derecho de la globalización neoliberal como marco limitador de la promoción de los comunes. Un análisis desde el derecho público*

The law of neoliberal globalisation as a limiting framework for the promotion of the commons. A public law analysis

Eduardo Melero Alonso
Área de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid
<https://orcid.org/0000-0003-2183-8470>

Fecha de recepción 18/06/2021 | De aceptación: 11/10/2021 | De publicación: 23/12/2021

RESUMEN.

Este artículo plantea que la ampliación del ámbito de los comunes va a requerir su institucionalización jurídica o, al menos, su promoción por el ordenamiento jurídico. Ello con independencia de la concepción que se mantenga del término comunes. Un término que se concibe de muy diferentes maneras. Se analizan los principales cambios producidos en el derecho público como consecuencia de la globalización neoliberal. Distinguiendo aquellas transformaciones que están más vinculadas al neoliberalismo y aquellas que están más relacionadas con la globalización. Estos cambios delimitan un marco jurídico general que restringe las posibilidades de desarrollo político y/o jurídico de los comunes.

PALABRAS CLAVE.

Comunes; globalización; neoliberalismo; derecho público.

ABSTRACT.

This article argues that the extension of the scope of the commons will require its legal institutionalisation or, at least, its promotion by the legal system. This is irrespective of the conception of the term "commons". A term that is conceived in very different ways. The main changes produced in public law as a consequence of neoliberal globalisation are analysed. A distinction is made between those transformations that are more linked to neoliberalism and those that are more related to globalisation. These changes delimit a general legal framework that restricts the possibilities of political and/or legal development of the commons.

KEY WORDS.

Commons; globalization; neoliberalism; public law.

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto BICOM: «Bienes comunes: articulación cívica y jurídica» (CAM-UAM), dirigido por Ricardo Cueva Fernández y Luis Lloredo Alix, cuya referencia es SI/PJI/2019-00474.

Sumario: 1. Introducción. Los comunes como proyecto político. 2. El derecho de la globalización neoliberal: el componente neoliberal. 2.1. El Estado neoliberal. 2.2. La influencia del neoliberalismo en el derecho público español. 2.2.1. Privatización de empresas y privatización de la gestión de servicios públicos. 2.2.2. La gestión de los sectores más importantes de la economía por Administraciones independientes. 2.2.3. La orientación hacia el *workfare* de las políticas sociales. 3. El derecho de la globalización neoliberal: el componente globalizador. 3.1. La influencia de la globalización en el ámbito nacional. 3.1.1. La apertura a la economía globalizada. 3.1.2. La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria como elemento que constriñe las políticas públicas expansivas. 3.2. Fenómenos jurídicos que se han desarrollado en el ámbito explícitamente global. 3.2.1. Las formas de regulación global. En especial, el derecho administrativo global. 3.2.2. Mecanismos internacionales de control de la actuación de los poderes públicos. En especial, el arbitraje internacional de inversiones. 4. Conclusiones y perspectivas: la juridificación de los comunes en la globalización neoliberal. 5. Bibliografía citada.

1. Introducción. Los comunes como proyecto político

Lo común, los comunes, no es un término unívoco, sino que existen diversas comprensiones de su significado. Así, se puede distinguir entre una concepción teológica, económica, jurídica, comunalista y política¹. La concepción teológica se basa en la doctrina del bien común, a partir de Tomás de Aquino; aunque también se encuentra en doctrinas no teológicas como el eudemonismo germánico o el utilitarismo anglosajón. Desde una perspectiva económica, se ha utilizado la idea del bien común para intentar reducir los aspectos más negativos de la economía de mercado capitalista. La concepción jurídica plantea la necesidad de definir un nuevo tipo de bienes, los bienes comunes, que tendrían unas características propias, diferentes a los bienes públicos y a los bienes privados; en última instancia se plantea la necesidad de otorgar una protección especial a aquellos bienes que son básicos para la humanidad, como el agua, los bosques y otros recursos naturales con el fin de evitar que el Estado los privatice. La concepción comunalista tiene origen en el anarquismo y en el modo de vivir de las sociedades preindustriales. La concepción política considera lo común como un proceso, como una actividad en la que participa activamente la colectividad a través de mecanismos de democracia directa; todo ello en el marco de un proyecto político anticapitalista.

Estas distintas comprensiones de lo común implican diferentes proyectos políticos. Desde las posiciones más políticas de los comunes, se ha señalado expresamente que lo común es uno de los «conceptos centrales» de las alternativas que se están planteando al neoliberalismo². Creo que, por tanto, resulta

¹ Sigo aquí a LLOREDO ALIX, L.: «Bienes comunes», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, octubre 2020-marzo 2021, pp. 224-232.

² MÉNDEZ DE ANDÉS, A., HAMOU, D. y APARICIO, M.: «Introducción», en *Códigos comunes urbanos. Herramientas para el devenir-común de las ciudades*, Barcelona, Icaria, 2020, p. 7; para quienes los otros dos conceptos centrales serían el feminismo y el ecologismo.

pertinente plantear qué influencia ha tenido y tiene el neoliberalismo en el ámbito jurídico. Porque el marco jurídico influye considerablemente en las posibilidades de poner en práctica el proyecto político de lo común y, en su caso, de su juridificación.

La globalización neoliberal ha provocado unas profundas transformaciones en el derecho del Estado de bienestar³. Neoliberalismo y globalización se encuentran fuertemente interrelacionados. Estos dos procesos han tenido una especial influencia en las transformaciones que ha sufrido el derecho durante los últimos cuarenta años. En lo que sigue, analizaré primero las transformaciones jurídicas que ha propiciado el neoliberalismo, para pasar después a analizar las causadas por la globalización. Reconociendo que la inclusión de un determinado fenómeno jurídico en uno u otro componente es, en cierta medida, una decisión arbitraria.

2. El derecho de la globalización neoliberal: el componente neoliberal

El diccionario de la Real Academia Española define neoliberalismo como la «Teoría política y económica que tiende a reducir al mínimo la intervención del Estado»⁴. Desde mi punto de vista, esta definición recoge una idea deformada del neoliberalismo. Como ya puso de manifiesto Michel Foucault, en el curso que impartió en 1978-1979, el neoliberalismo supone la transformación de la doctrina liberal clásica, al plantear la necesidad de llevar a cabo una intervención permanente en la economía y en la sociedad por parte del Gobierno y del Estado⁵. Fruto de esta intervención permanente han sido los procesos de privatización de empresas públicas y de la gestión de los servicios públicos, así como la apertura de los mercados nacionales a la economía global. El neoliberalismo no sólo tiene una dimensión política, ideológica y económica, sino que también puede analizarse como un «proyecto político»; durante el período neoliberal se han juridificado cada vez más áreas de la vida social⁶.

³ Hace ya quince años, ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 9, planteaba que estábamos «ante el proceso de transición del Estado de bienestar a la globalización neoliberal». Un proceso que se habría completado en sus aspectos más importantes; véase ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Las transformaciones jurídicas de la globalización neoliberal», en ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 69-122.

⁴ <https://dle.rae.es/neoliberalismo>.

⁵ FOUCAULT, M.: *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Tres Cantos, Akal, 2016, pp. 131-133 y 156-158.

⁶ BRABAZON, H.: «Introduction. Understanding neoliberal legality», en BRABAZON, H. (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Oxon, Routledge, 2018, pp. 2 y 6.

2.1. El Estado neoliberal

David Harvey emplea el término «Estado neoliberal», distinguiendo entre lo que implica el Estado neoliberal en la teoría y cómo se ha desarrollado en la práctica⁷. Al igual que no existe un único modelo de neoliberalismo⁸, el Estado neoliberal se ha plasmado en la realidad de diferentes formas. A pesar de ello, sí que pueden deducirse unas líneas generales que permiten delimitar el concepto de Estado neoliberal⁹.

El poder estatal es importante para el proyecto neoliberal. Desde una perspectiva histórica, la transformación del Estado social en el Estado neoliberal se ha producido, en gran medida, a través del poder estatal. El neoliberalismo necesita un Estado fuerte, así como un mercado y unas instituciones jurídicas fuertes¹⁰. El Estado neoliberal es, en gran medida, un Estado administrativo neoliberal. El Gobierno y la Administración son los órganos estatales que intervienen de una manera más activa en el ámbito económico y en la sociedad¹¹.

Una de las funciones que le corresponde al derecho y al Estado en el neoliberalismo es garantizar el principio de «nacionalización de los riesgos y privatización de las ganancias»¹².

Se ha producido una transformación de la acción pública, de manera que el Estado se somete a las reglas de la competencia y se rige por exigencias de eficacia similares a las propias de las empresas privadas¹³.

⁷ HARVEY, D.: *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2013, pp. 73 y ss.

⁸ STEGER, M. B. y ROY, R. K.: *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2015, p. 13, prefieren utilizar la expresión «neoliberalismos».

⁹ HARVEY, D.: *Breve historia del neoliberalismo*, ob. cit., p. 79.

¹⁰ HARVEY, D.: *Breve historia del neoliberalismo*, ob. cit., p. 128. En sentido similar, BRABAZON, H.: «Introduction. Understanding neoliberal legality», ob. cit., p. 5.

¹¹ En mi opinión, hay que relativizar el papel de los jueces en el Estado neoliberal. Por regla general, el poder judicial carece de capacidad de iniciativa, actúa a instancia de parte. Por ello, me parece excesiva la relevancia que otorgan a los jueces tanto Michel Foucault al analizar la racionalidad neoliberal, como Pierre Bourdieu al delimitar el concepto de campo jurídico.

¹² LAVAL, C. y DARDOT, P.: *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Barcelona, Gedisa, 2013, p. 205. En el mismo sentido, CAPELLA, J. R.: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 2008, p. 320, considera que «Se debe entender que hay la función esencial del derecho del estado abierto es ante todo garantizar la apropiación privada de la innovación social y la socialización de las cargas privadas».

¹³ LAVAL, C. y DARDOT, P.: *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, ob. cit., p. 205.

Dentro del papel del Estado y del derecho en el neoliberalismo, también debe otorgarse importancia al aparato penal y al administrativo sancionador. Ambos pueden considerarse como elementos centrales del Estado¹⁴.

2.2. La influencia del neoliberalismo en el derecho público español

Se ha señalado que, desde el punto de vista jurídico, el neoliberalismo ha consistido en la privatización de empresas, la privatización de la gestión de los servicios públicos, la desregulación, la implantación de nuevas formas de regular y en una concepción distinta de la relación entre lo público y lo privado¹⁵. En este apartado desarrollaré algunos de estos ejemplos teniendo en cuenta el derecho público español.

2.2.1. Privatización de empresas y privatización de la gestión de servicios públicos

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

En las dos últimas décadas del siglo XX se produjo un «cambio radical de modelo» de intervención del Estado en la economía: muchas empresas públicas fueron privatizadas y muchos sectores económicos se liberalizaron, abriéndose a la libre competencia¹⁶. Estas privatizaciones fueron impulsadas por las políticas de apertura de mercados de la Unión Europea¹⁷.

Este proceso de privatización de empresas públicas y de liberalización de sectores económicos fue acompañado por un incremento de la regulación estatal sobre aquellas actividades que se consideraban

¹⁴ En este sentido, WACQUANT, L.: *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa, 2010, pág. 428, centrándose en el ámbito penal. Según HARVEY, D.: *Breve historia del neoliberalismo*, ob. cit., pág. 87, en el Estado neoliberal, los instrumentos de vigilancia y control se multiplican.

¹⁵ ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Que no te den gobernanza por democracia», *mientras tanto*, núm. 108-109, 2008, p. 33.

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, S.: «Fundamentos e instrumentos jurídicos de regulación económica», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.): *Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 17-18.

¹⁷ MUÑOZ MACHADO, S.: «Fundamentos e instrumentos jurídicos de regulación económica», ob. cit., pág. 45.

servicios de interés general¹⁸. La regulación pretende garantizar la prestación del servicio, con unas condiciones mínimas de calidad, así como el acceso a tales servicios para el conjunto de la ciudadanía, imponiendo determinadas obligaciones a las empresas que intervienen en dicho sector, las denominadas «obligaciones de servicio público». Estas obligaciones se imponen a los prestadores privados de servicios como el suministro de energía, de telecomunicaciones, o de servicios postales. Pueden referirse a la obligación de construir determinadas infraestructuras, garantizar el suministro, establecer límites a las tarifas, garantizar el acceso al servicio a personas con discapacidad,...

Estas políticas todavía pueden ir más allá si se privatizan -o se siguen privatizando- los servicios públicos que todavía son prestados directamente por la Administración: sanidad, educación, servicios sociales y otros servicios como el abastecimiento de aguas. El derecho administrativo español incentiva que sujetos privados asuman un papel protagonista en la prestación de servicios públicos¹⁹. Ello se consigue por distintas vías.

En primer lugar, la Administración puede subvencionar actividades privadas de interés general. Es suficiente con que se trate de proyectos o actividades que tengan por objeto «el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública» [artículo 2.1.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones].

En segundo lugar, en aquellos servicios públicos que no se encuentran reservados a la Administración, es posible que se realicen actividades privadas bajo vigilancia administrativa. Así, en el ámbito de la educación superior se posibilita la creación de universidades privadas o centros universitarios privados. Universidades privadas que deben ser reconocidas por las autoridades públicas educativas (artículos 4.5, 12 y disposición adicional novena de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades). También en los servicios asistenciales se prevé la prestación privada de servicios sin financiación pública, una actividad que se encuentra regulada y sometida a controles administrativos (véase el artículo 55.2 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid).

¹⁸ AMOEDO SOUTO, C.: «Público, privado, común. Arqueoloxías do futuro de Galiza», *Grial. Revista galega de Cultura*, núm. 189, 2011, p. 23, afirma que una de las consecuencias de la neoliberalización es la conversión de múltiples servicios públicos en actividades reguladas.

¹⁹ VELASCO CABALLERO, F.: «Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo», en ARROYO GIL, A. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (Dirs.): *Reformas necesarias. Un nuevo impulso a la modernización del Estado*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 23, Madrid, UAM – BOE, 2019, p. 134.

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

La doctrina jurídica considera que se ha producido una transformación desde un Estado prestador de servicios a un Estado regulador, a un Estado garante²⁰. Presupuesto de este modelo es la privatización de medios y de funciones²¹. Desde esta postura se plantea que el Estado tiene que garantizar que la actividad del sector privado cumple con las exigencias que establece el ordenamiento jurídico y las obligaciones de servicio público que se le imponen. En mi opinión, la doctrina jurídica administrativista del Estado garante contribuye a legitimar las políticas privatizadoras y que las empresas accedan a los mercados de los servicios públicos.

Por otra parte, hay que destacar que la construcción dogmática del Estado garante se limita al ámbito de los servicios públicos y las actividades económicas²². Esta doctrina no se plantea el papel del Estado y la Administración pública para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

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

En el ámbito anglosajón, se ha señalado la importancia de las agencias reguladoras semiautónomas para el desarrollo de las ideas neoliberales²³. En el ordenamiento jurídico español, se ha atribuido el control y la supervisión de los sectores de la economía más relevantes a Administraciones independientes.

²⁰ MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 112-115; ESTEVE PARDO, J.: *El Estado garante: idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

²¹ ESTEVE PARDO, P.: *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 170.

²² ESTEVE PARDO, J.: *El Estado garante: idea y realidad*, ob. cit., p. 63, señala que el Estado garante no es un «modelo integral» que abarque toda la actividad del Estado, sino que se limita a un nuevo modo de actividad administrativa.

²³ PALACIOS LLERAS, A.: «Neoliberal law and regulation», en BRABAZON, H. (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal Project*, Oxon, Routledge, 2018, pp. 70-72, quien considera que estas agencias reguladoras han dado lugar al surgimiento de una nueva tecnocracia.

En la práctica, estas entidades desarrollan sus funciones en tres sectores de actividad administrativa: 1) sectores económicos básicos -en especial el sistema bancario y financiero- y servicios de interés general, como la energía, el transporte y las telecomunicaciones; dentro de este ámbito se sitúan el Banco de España y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; 2) derechos y libertades fundamentales con reconocimiento constitucional, sector en el que se encuadra la Agencia Española de Protección de Datos; y 3) regulación de riesgos, en el que hay que incluir al Consejo de Seguridad Nuclear²⁴.

Entre estas Administraciones independientes destaca el Banco de España. Las peculiaridades de su régimen jurídico se derivan de que la política monetaria estatal de aquellos países cuya moneda es el euro ha sido atribuida a la Unión Europea, siendo ejercida por el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). El SEBC está compuesto por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales nacionales de todos los Estados miembros de la Unión Europea, entre los que se encuentra el Banco de España. Dentro de este Sistema, el Banco Central Europeo mantiene una posición de jerarquía²⁵.

El objetivo principal que tiene atribuido el Sistema Europeo de Bancos Centrales es «mantener la estabilidad de precios»; sin perjuicio de este objetivo «apoyará las políticas económicas generales de la Unión» (artículos 127.1 y 282.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Se ha interpretado que esto significa que el SEBC «debe intentar apoyar las grandes líneas de la política económica de los Estados miembros» siempre que ello no comprometa la estabilidad de precios²⁶. El artículo 127.1 TFUE también establece que el SEBC actúa con arreglo al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, fomentando una eficiente asignación de recursos²⁷.

El SEBC actúa de manera independiente. Se ha señalado que esta independencia puede considerarse como un mensaje dirigido a los mercados financieros de que «la política antiinflacionista no estará

²⁴ Tomo esta tipología de ESTEVE PARDO, J.: *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, ob. cit., pp. 90-91.

²⁵ Según el artículo 14.3 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales deben ajustar su actuación a las orientaciones e instrucciones del Banco Central Europeo.

²⁶ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 319.

²⁷ La función principal del SEBC es definir y ejecutar la política monetaria de la Unión; también le corresponde realizar operaciones de cambio de divisas, poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros, y promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago (artículo 127.2 TFUE y artículo 3.1 Estatutos SEBC y BCE). Estas funciones son ejercidas por el SEBC con plena independencia (artículo 130 TFUE).

condicionada por la coyuntura política»²⁸. El principio de independencia se concreta en que el Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales y los miembros de sus órganos rectores tienen prohibido «solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano» (artículo 130 TFUE)²⁹.

En segundo lugar de importancia entre las Administraciones independientes en nuestro país, hay que mencionar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la que se han concentrado las competencias de distintas Administraciones independientes³⁰. Además de promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, la CNMC ejerce la supervisión y el control del mercado de comunicaciones electrónicas, el sector eléctrico, el sector del gas natural, el mercado postal, el mercado de la comunicación audiovisual, las tarifas aeroportuarias y el sector ferroviario³¹. La CNMC no disfruta del mismo grado de independencia que el Banco Central Europeo y el Banco de España.

En teoría, estas Administraciones independientes ejercen sus competencias con autonomía frente al Gobierno y frente a la Administración del Estado. Su creación se justifica en la necesidad de dejar al margen de la lucha política la gestión de determinados sectores de actividad administrativa que se consideran especialmente relevantes. También se justifica como contrapeso frente a los operadores económicos más poderosos de los sectores que quedan bajo estas Administraciones. Se supone que se crea así un «espacio de neutralidad» tanto frente a los poderes públicos como frente a los poderes privados; un espacio que no está exento de problemas, como son la captura del regulador por parte de operadores privados o el fenómeno de las puertas giratorias³². En cualquier caso, la existencia de estas Administraciones independientes plantea problemas de legitimidad democrática³³.

²⁸ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 331.

²⁹ El SEBC goza de independencia institucional, funcional, personal, financiera y de gestión interna; véase MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., pp. 331-332.

³⁰ La CNMC asumió las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia; el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

³¹ Véase la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (sus funciones se establecen en los artículos 5 a 12).

³² ESTEVE PARDO, J.: *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, ob. cit., pp. 88-93.

³³ MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 149.

2.2.3. La orientación hacia el *workfare* de las políticas sociales

La adopción de políticas sociales orientadas hacia el *workfare* significa que el acceso a las prestaciones sociales se condiciona al compromiso de buscar empleo o a realizar actividades orientadas a encontrar trabajo. Según Loïc Wacquant, el neoliberalismo implica la «recomposición del Estado de bienestar», de manera que las políticas de *workfare* adquieren una gran importancia como instrumento para someter a las personas reticentes a la disciplina del trabajo³⁴. Loïc Wacquant también señala cómo los servicios sociales se han convertido en instrumentos de vigilancia y control de determinados sectores de la sociedad³⁵.

En el ordenamiento jurídico español esta orientación hacia el *workfare* se puede observar en la prestación por desempleo y en el ingreso mínimo vital estatal.

La dimensión del *workfare* en la prestación por desempleo se ha introducido a través del denominado «compromiso de actividad»³⁶. El compromiso de actividad como requisito para cobrar la prestación por desempleo se introdujo en España en 2002, por el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. En la actualidad, el compromiso de actividad está regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

La suscripción de un «compromiso de actividad» es uno de los requisitos exigidos legalmente para tener derecho a la prestación por desempleo [artículo 266.c) LGSS]³⁷. De manera que la persona desempleada que no suscriba el compromiso de actividad no se considera en situación legal de desempleo [artículo 267.2.b) LGSS].

³⁴ WACQUANT, L.: *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 431.

³⁵ WACQUANT, L.: *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, ob. cit., p. 100.

³⁶ Sobre las políticas de *workfare* en las prestaciones por desempleo como elemento del proyecto político neoliberal, analizando la regulación del Reino Unido, véase VEITCH, K.: «Law, social policy, and the neoliberal state», en BRABAZON, H. (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Oxon, Routledge, 2018, pp. 81-85. Para este autor, las medidas similares al compromiso de actividad que se han adoptado en el Reino Unido ponen de manifiesto una forma neoliberal de concebir las relaciones sociales, centrada en la responsabilidad individual, al tiempo que permiten al Estado establecer clasificaciones de los desempleados que tienen un trasfondo moral (p. 82).

³⁷ La ley también especifica que la suscripción del compromiso de actividad es requisito para los trabajadores agrarios eventuales residentes en Andalucía y Extremadura (artículo 288.3 LGSS); para que los trabajadores autónomos perciban el derecho a la protección por cese de actividad [artículo 330.1.c) LGSS]; o para que las personas desempleadas que han agotado el subsidio por desempleo perciban el subsidio por desempleo extraordinario (disposición adicional vigésimo séptima.4 LGSS).

El compromiso de actividad se define como el compromiso «que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad» (artículo 300 LGSS).

Los beneficiarios de prestaciones por desempleo deben acreditar ante el Servicio Público del Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo autonómicos la realización de actuaciones dirigidas a su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad; la no acreditación se considera incumplimiento del compromiso de actividad [artículos 299.e) y 300 LGSS]. El incumplimiento de las exigencias del compromiso de actividad, salvo causa justificada, está tipificado como infracción leve en el artículo 24.3.c) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Conducta que acarrea una sanción de multa de 60 a 625 euros [artículo 40.1.a) LISOS].

Esta orientación hacia el *workfare* también está presente en la regulación del ingreso mínimo vital estatal. Así, entre las obligaciones que deben cumplir las personas titulares de este ingreso se encuentran: «Si no están trabajando y son mayores de edad o menores emancipados, figurar inscritas como demandantes de empleo, salvo en los supuestos que se determinen reglamentariamente», así como «Participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones» [apartados f) y h) del artículo 33.1 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital]. Téngase en cuenta que el incumplimiento temporal de las obligaciones asumidas al acceder a la prestación da lugar a la suspensión del derecho al ingreso mínimo vital [art. 14.1.b) del Real Decreto-ley 20/2020].

El incumplimiento de la obligación de participar en las estrategias de inclusión se considera infracción grave; muy grave si el incumplimiento es reiterado [artículos 34.3.d) y 34.4.f) del Real Decreto-ley 20/2020]. Las infracciones leves se sancionan con la pérdida de la prestación por un período de hasta tres meses, hasta seis meses en el caso de las infracciones muy graves (artículo 35, apartados 3 y 4).

3. El derecho de la globalización neoliberal: el componente globalizador

La globalización influye en el derecho en distintos niveles. Según Saskia Sassen, «lo global [...] trasciende el marco exclusivo del Estado-nación y al mismo tiempo habita parcialmente los territorios y

las instituciones nacionales»³⁸. La globalización da lugar al surgimiento de procesos e instituciones explícitamente globales y, al mismo tiempo, se originan procesos en el ámbito nacional o subnacional que también forman parte de la globalización³⁹. A partir de esta perspectiva se puede analizar la influencia de la globalización en el ordenamiento jurídico español y, al mismo tiempo, indicar los fenómenos jurídicos que están surgiendo en el ámbito global.

3.1. La influencia de la globalización en el ámbito nacional

Dentro del ámbito nacional voy a centrarme en el análisis del papel del Estado en la apertura a la economía global, así como en la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria. En este ámbito, la globalización también ha influido en el derecho ambiental; en la regulación de la inmigración -en especial, en relación con la lucha frente a la inmigración irregular-; y también en el ámbito militar, donde la perspectiva ha cambiado de la defensa nacional a la seguridad nacional, lo que se ha puesto de manifiesto en la normativa que afecta a las operaciones militares en el exterior⁴⁰.

3.1.1. La apertura a la economía globalizada

En el ámbito económico el aspecto más destacable es la progresiva apertura del Estado a la economía globalizada. Esta apertura ha requerido y requiere una intensa intervención estatal⁴¹. Con una expresión muy gráfica, se ha denominado como «Estado comercial abierto» al papel que desempeña el Estado en la economía global⁴².

Han formado parte de esta apertura los procesos de privatización de empresas públicas y la liberalización de sectores económicos que se abrieron a la libre competencia, ya mencionados en el apartado dedicado al neoliberalismo. Aquí lo que hay que destacar es que, de esta forma, el Estado ha creado nuevos

³⁸ SASSEN, S.: *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007, p. 11.

³⁹ Véase SASSEN, S.: *Una sociología de la globalización*, ob. cit., pp. 14-15.

⁴⁰ Sobre estas cuestiones, puede verse MELERO ALONSO, E.: «El derecho administrativo español en el campo de poder globalizado», en ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 379-390.

⁴¹ MERCADO PACHECO, P.: «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?», en CANCIO MELIÁ, M. (editor): *Globalización y derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9*, Madrid, UAM – BOE, 2005, p. 135.

⁴² MERCADO PACHECO, P.: «El “Estado comercial abierto”. La forma de gobierno de una economía descentralizada», en CAPELLA, J. R. (coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 140-150.

mercados sobre lo que anteriormente eran actividades reservadas al sector público, posibilitando así la expansión del capitalismo en estos ámbitos y la inversión extranjera directa⁴³.

La importancia del papel del Estado en esta apertura a la economía global también se pone de manifiesto, como veremos después, con el establecimiento de un régimen especialmente favorable para los inversores extranjeros a través de tratados de protección de inversiones.

3.1.2. La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria como elemento que constriñe las políticas públicas expansivas

En septiembre de 2011, se modificó el artículo 135 de la Constitución española. La reforma fue resultado de presiones políticas por parte de la Unión Europea⁴⁴. Según la exposición de motivos de la reforma eran «cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera». Aunque también hay que tener en cuenta las raíces neoliberales del principio de estabilidad presupuestaria⁴⁵.

El nuevo artículo 135 de la Constitución otorga rango constitucional al principio de estabilidad presupuestaria (apartado 1); establece que el Estado y las Comunidades Autónomas no pueden incurrir en déficit estructural, no pudiendo superar los márgenes establecidos por la Unión Europea (apartado 2); y confiere prioridad absoluta al pago de la deuda pública, además de establecer que el volumen de deuda pública en relación con el PIB no puede superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (apartado 3). También permite superar los límites de déficit estructural y de volumen de la deuda pública «en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado». El artículo 135 ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En las coyunturas ordinarias, la principal consecuencia de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria es que se impide la puesta en práctica de políticas de aumento del gasto

⁴³ Cfr. ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, ob. cit., p. 29.

⁴⁴ APARICIO WILHELMI, M.: «La reforma del art. 135 CE como dispositivo de desposesión constitucional», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 95, 2019, p. 22.

⁴⁵ Véase MORENO GONZÁLEZ, G.: *Estabilidad presupuestaria y Constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 43-201.

público⁴⁶. Este principio va a constreñir las políticas del Estado social⁴⁷. Y también va a limitar las posibilidades de llevar a cabo políticas de reversión de las privatizaciones. La nacionalización de empresas, el rescate de concesiones o la extinción de los contratos supone normalmente el pago de elevadas indemnizaciones.

La reforma constitucional supone un reforzamiento de las garantías de los inversores en deuda pública. Además de la regla de la prioridad absoluta en el pago de la deuda, también se establece que en el estado de gastos de los presupuestos se entenderán siempre incluidos los créditos para satisfacer los intereses del capital y de la deuda (artículo 135.3 CE)⁴⁸.

Se ha interpretado la reforma del artículo 135 de la Constitución como un mecanismo de protección del Estado frente a los mercados financieros, para garantizar la continuidad efectiva del Estado que se encuentra excesivamente expuesto al crédito externo y a dichos mercados⁴⁹. A mi juicio, la reforma supone, más bien, asumir la política que los mercados financieros globales consideran adecuada⁵⁰; reforzando así el poder de estos mercados. El artículo 135 CE pone de manifiesto el alto grado de financiarización del Estado; este precepto constitucionaliza la subordinación del poder estatal a la lógica del sector financiero⁵¹.

⁴⁶ HUCHA CELADOR, F. de la: «Artículo 135», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*, Tomo II, Madrid, BOE, p. 923, califica la reforma constitucional de «ideológica» y considera que supone «el solemne entierro de las ideas y políticas keynesianas».

⁴⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: «La reforma del artículo 135 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, p. 65. Seguido por ESTEVE PARDO, J.: *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, ob. cit., pp. 160-161.

⁴⁸ La reforma del artículo 135 de la Constitución también obedece a insuficiencias técnicas, tanto del derecho de la Unión Europea como del ordenamiento jurídico español, para garantizar el cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria previamente existentes; véase GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: «La reforma del artículo 135 de la Constitución española», ob. cit., pp. 40-42.

⁴⁹ ESTEVE PARDO, J.: *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, ob. cit., pp. 138-142.

⁵⁰ SASSEN, S.: *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz Editores, 2013, p. 321, afirma que los mercados financieros globales no sólo pueden utilizar poder coercitivo, también producen una lógica que parece determinar qué políticas económicas son adecuadas.

⁵¹ Sobre la financiarización de los estados, véase ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal», en ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, ob. cit., pp. 45-48. Como ejemplos de la financiarización de los estados, es decir, del sometimiento de éstos a la lógica financiera, este autor menciona: el papel estatal garante de la integridad del sistema financiero, la independencia de los bancos centrales y las posibilidades de los mercados financieros de boicotear las decisiones gubernamentales.

Previo acuerdo de las instituciones de la Unión Europea⁵², el Gobierno español y el Congreso de los Diputados han considerado que la pandemia causada por el Covid-19 es «una situación de emergencia extraordinaria», dejando en suspenso las reglas fiscales europeas para los años 2020, 2021 y 2022⁵³. De este modo se han podido llevar a cabo determinadas políticas de protección social en una coyuntura extraordinaria. Pero una vez que termine la situación de emergencia extraordinaria, habrá que volver a medio plazo al marco de estabilidad presupuestaria⁵⁴.

3.2. Fenómenos jurídicos que se han desarrollado en el ámbito explícitamente global

El surgimiento del espacio global ha tenido como consecuencia que los Estados han perdido poder. Esta pérdida de poder puede tener un origen jurídico, cuando los Estados le atribuyen competencias propias a organizaciones internacionales; lo que puede calificarse como «pérdida de *soberanía* estatal». Pero también puede ser de carácter fáctico, cuando el Estado pierde materialmente poder de decidir, aunque conserve jurídicamente sus competencias; lo que podría calificarse como «pérdida de *autonomía* estatal», causada, por ejemplo, por el aumento de poder de las organizaciones privadas o por la globalización de los mercados financieros⁵⁵.

3.2.1. Las formas de regulación global. En especial, el derecho administrativo global

La globalización jurídica ha supuesto que entidades internacionales supranacionales ejerzan funciones materialmente públicas. Estas entidades no son únicamente las organizaciones internacionales formales como Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio. También existen organizaciones público-privadas o privadas que ejercen funciones

⁵² Comunicación de la Comisión al Consejo, de 20 de marzo de 2020, relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento [COM (2020) 123 final]; que fue aceptada el 23 de marzo de 2020 por los ministros de Hacienda de los Estados miembros de la UE. Y Comunicación de la Comisión al Consejo, de 3 de marzo de 2021, Un año después de la pandemia de COVID-19: respuesta en materia de política presupuestaria [COM (2021) 105 final].

⁵³ Para los años 2020 y 2021, téngase en cuenta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020 (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 161, de 16 de octubre de 2020, pp. 35-38) y la apreciación de la situación de emergencia extraordinaria por el Congreso de los Diputados, de 20 de octubre de 2020 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 54, de 20 de octubre de 2020). Para el año 2022, véase el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2021 (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 318, de 6 de septiembre de 2021, pp. 49-52) y la apreciación de la situación de emergencia por el Congreso de los Diputados, de 13 de septiembre de 2021 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 120, de 13 de septiembre de 2021).

⁵⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, de 3 de marzo de 2021, Un año después de la pandemia de COVID-19: respuesta en materia de política presupuestaria [COM (2021) 105 final].

⁵⁵ Tomo las definiciones de «pérdida de *soberanía* estatal» y de «pérdida de *autonomía* estatal» de ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Crisis de la democracia en Europa», *Oximora. Revista Internacional de Ética y Política*, núm. 3, 2013, p. 8.

públicas como la Organización Internacional de Normalización (ISO), la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), o la Agencia Mundial Antidopaje (WADA). Por último, existen redes transnacionales de regulación; en materia financiera se pueden mencionar el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS), la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) y la Organización Internacional de Mercados de Valores (IOSCO).

En un creciente número de ámbitos administrativos -especialmente en los sectores relacionados con el riesgo, como los mercados financieros, la energía, la alimentación, la salud o el medio ambiente- ha surgido un ámbito de actuación global, que se sitúa más allá del ámbito territorial estatal, incluso más allá del ámbito de actuación de organizaciones internacionales como la Unión Europea.

Se ha producido así un fenómeno de desestatalización del derecho público. El Estado ha perdido el monopolio de la producción normativa. Ha surgido así lo que se ha denominado derecho administrativo global, del que serían manifestaciones la autorregulación normativa o el arbitraje internacional de inversiones.

El derecho administrativo global es marcadamente sectorial⁵⁶. Es decir, no pretende regular todos los aspectos de la vida social, sino únicamente determinadas materias de relevancia económica⁵⁷. En este sentido, se pueden mencionar los estándares internacionales, que funcionan como un instrumento de armonización internacional y son elaborados por complejas redes de regulación, públicas, privadas o mixtas.

Entre estos estándares se encuentran los principios de supervisión bancaria adoptados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (conocidos como «Basilea I» de 1998, «Basilea II» de 2005, y «Basilea III» de 2010). El Comité de Basilea está integrado por representantes de los bancos centrales de 13 países, entre ellos España. El Comité, que se autodefine como «foro de cooperación en materia de supervisión bancaria»⁵⁸, no posee potestades supranacionales formales y sus decisiones carecen de fuerza legal⁵⁹. A

⁵⁶ IGLESIAS SEVILLANO, H.: *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 20 y 117.

⁵⁷ Según IGLESIAS SEVILLANO, H.: *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, ob. cit., p. 35, las normas supranacionales, entre las que incluye el derecho administrativo global, surgen «para construir un espacio jurídico favorable a la actividad económica al margen del poder estatal».

⁵⁸ Artículo 1 de la Carta estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

⁵⁹ Artículo 3 de la Carta estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

pesar de ello, los Estados integrantes del Comité de Basilea incorporan a su ordenamiento jurídico los principios y recomendaciones que adopta⁶⁰.

También forman parte de los estándares las normas ISO, elaboradas por la Organización Internacional de Normalización, que es una organización internacional no gubernamental. Las principales normas ISO se refieren a la calidad industrial, la gestión medioambiental, la seguridad alimentaria y la seguridad de la información y los servicios de tecnologías de la información.

Una cuestión discutida doctrinalmente es si el derecho administrativo global puede considerarse como derecho. Hay quien lo niega, al entender que no existe un sistema jurídico global⁶¹. Esta línea doctrinal parece identificar lo jurídico con la pertenencia a un sistema legal⁶². Por otra parte, hay quien entiende que el derecho administrativo global sí es derecho, aunque sea de forma fragmentaria, ya que sus normas «constituyen enunciados prescriptivos recibidos por los propios sujetos obligados, y que pueden ser recibidos también en el ordenamiento jurídico del Estado si el juez que aplica la norma entiende que respetan los principios constitucionales»⁶³.

3.2.2. Mecanismos internacionales de control de la actuación de los poderes públicos. En especial, el arbitraje internacional de inversiones

La globalización jurídica también se manifiesta en la multiplicación de controles internacionales sobre la actuación de los poderes públicos nacionales. Estos controles se establecen a través de tratados internacionales; por tanto, a través de decisiones soberanas de los Estados que deciden someter determinados ámbitos de su actuación a instancias internacionales. En ocasiones, estos controles se llevan

⁶⁰ En materia financiera también se pueden mencionar las normas contables aprobadas por la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB) que es una organización internacional compuesta por entidades privadas; los acuerdos de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) que es una asociación de derecho privado; o las normas de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) integrada por las autoridades de supervisión de los mercados de valores de distintos países. Sobre estas normas financieras transnacionales, véase DARNACULLETA i GARDELLA, M. M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, pp. 160-164.

⁶¹ DARNACULLETA i GARDELLA, M. M.: «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, núm. 199, 2016, p. 37.

⁶² En contra, IGLESIAS SEVILLANO, H.: *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, ob. cit., p. 55, entiende, acertadamente a mi juicio, que «no constituir un sistema no implica que las normas supranacionales no sean Derecho».

⁶³ IGLESIAS SEVILLANO, H.: *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, ob. cit., pp. 77-78 (la cita corresponde a la página 77). Este autor considera derecho en sentido objetivo «todo enunciado prescriptivo que cumple tres características: es producto de un sujeto emisor que ejerce una función normativa, atribuida o *de facto*; es recibida por la voluntad no viciada del sujeto obligado (recepción subjetiva) y es aplicable en un territorio, por ser consistente con los principios constitucionales de aquél (recepción objetiva)».

a cabo por tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En otras, son controles similares a los controles administrativos, como el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Por último, también hay que tener en cuenta los mecanismos de arbitraje internacional. Todos estos controles internacionales de la actuación de los poderes públicos nacionales formarían parte del derecho administrativo global⁶⁴.

La apertura del Estado a la economía globalizada ha multiplicado la influencia del arbitraje internacional en el derecho público⁶⁵. A través del arbitraje internacional, se ha otorgado a entidades privadas la capacidad de controlar decisiones de los poderes públicos, de manera que estas entidades privadas ejercen funciones cuasi judiciales. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de privatización de la administración de justicia, de gran relevancia, ya que puede condicionar las políticas públicas estatales.

El ejemplo más destacado seguramente sea el arbitraje internacional de inversiones. A nivel global, se ha consolidado un régimen internacional de inversiones, formado por una red de más de 3.000 tratados bilaterales y regionales para la protección de la inversión extranjera. La finalidad de los acuerdos internacionales de protección recíproca de inversiones es «proteger al inversor extranjero del riesgo de pérdida de su inversión por acciones de los Gobiernos de los países receptores de las mismas»⁶⁶.

Estos acuerdos internacionales prevén la resolución de controversias a través de procedimientos de arbitraje. El arbitraje es una medida para atraer al capital internacional, ya que su régimen «está desequilibrado a favor del inversor»⁶⁷. A través del arbitraje, los inversores extranjeros pueden evitar tener que acudir a los tribunales del país donde han realizado su inversión; tribunales que suelen ser más desfavorables a los inversores ya que tienen en cuenta los intereses generales que persiguen las medidas adoptadas por el Estado (protección del medio ambiente, la salud, otros derechos sociales,...). La vía del

⁶⁴ Así lo entiende HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. I.: «El Derecho administrativo global como fuente de Derecho en el arbitraje internacional de inversiones», en ARROYO JIMÉNEZ, L., MARTÍN DELGADO, I. y MEIX CERCEDA, P. (dirs.): *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos*, Madrid, Iustel, 2020, p. 373.

⁶⁵ AUBY, J. B.: *La globalización, el Derecho y el Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 239.

⁶⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Notas sobre Administraciones públicas y conflictos sobre inversiones exteriores», en VV.AA.: *Entre tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 387.

⁶⁷ BELTRÁN DE FELIPE, M.: «¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas al margen de la LRJAPYAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustituto de la legislación interna»; *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 16, 2007, p. 42.

arbitraje no es posible para los inversores nacionales, de manera que el arbitraje de inversiones puede calificarse como un «modelo dualista de administración de justicia»⁶⁸.

Las garantías en favor del inversor que establecen los acuerdos de protección de inversiones se denominan estándares de protección de inversor. El estándar más generalizado en los acuerdos de protección de inversiones es el «trato justo y equitativo». Un parámetro que no es claro, ya que puede interpretarse de formas muy diferentes⁶⁹. El estándar del trato justo y equitativo es el parámetro de control básico que utilizan las instituciones de arbitraje, que no suelen tener en cuenta los intereses generales que están presentes en las decisiones administrativas⁷⁰.

4. Conclusiones y perspectivas: la juridificación de los comunes en la globalización neoliberal

El marco jurídico de la globalización neoliberal condiciona las posibilidades de desarrollo de los comunes. Como se ha analizado, las políticas privatizadoras son favorecidas por el ordenamiento jurídico actual. Y, al contrario, las políticas de república se ven constreñidas por el principio de estabilidad presupuestaria. Incluso los cambios en la regulación que otorguen prioridad a los intereses generales y a los bienes comunes pueden verse dificultados por el arbitraje internacional de inversiones.

A pesar de los procesos de privatización y desestatalización que se han producido y que continúan llevándose a cabo, el Estado sigue desempeñando un papel fundamental⁷¹. Por tanto, habrá que tener en cuenta el papel de los poderes públicos en la extensión -y en su caso juridificación- de los comunes.

En este sentido, se ha señalado que «es probable que la expansión de lo común requiera utilizar las estructuras jurídico-políticas del Estado de forma estratégica y selectiva»⁷². Incluso hay quien entiende

⁶⁸ A la instauración de un modelo dualista de administración de justicia en el derecho económico se refiere MERCADO PACHECO, P.: «El “Estado comercial abierto”. La forma de gobierno de una economía globalizada», ob. cit., p. 136.

⁶⁹ BELTRÁN DE FELIPE, M.: «¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas al margen de la LRJAPY/PAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustituto de la legislación interna», ob. cit., pp. 27-33.

⁷⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «Notas sobre Administraciones públicas y conflictos sobre inversiones exteriores», ob. cit., pp. 390 y 392-393. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la: «Tratados de inversión y mutación del derecho público: ¿derecho público transnacional?», *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 36-37, considera que esto se debe a la práctica de las entidades arbitrales y no al contenido de los tratados de protección de inversiones.

⁷¹ Así lo reconocen: CAPELLA, J. R.: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, ob. cit., p. 309; SASSEN, S.: *Territorio, autoridad, derechos*, ob. cit., p. 254; AUBY, J. B.: *La globalización, el Derecho y el Estado*, ob. cit., pp. 150-151; y SCHMIDT-ASSMANN, E.: «La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, p. 22.

⁷² LLOREDO ALIX, L.: «Bienes comunes», ob. cit., p. 222.

que lo común y lo público estatal forman parte de un mismo continuo⁷³. En mi opinión, formarían parte de esta utilización del derecho estatal para promover el común las propuestas que plantean la transformación de los servicios públicos en «instituciones de lo común» que estén gobernadas democráticamente en el sentido de una democracia participativa⁷⁴. O el papel relevante que se reconoce a las instituciones públicas, especialmente los gobiernos locales, en la promoción y consolidación de los comunes urbanos⁷⁵.

Estas propuestas apuntan, en última instancia, a la necesidad de juridificar los comunes o, al menos, de establecer marcos jurídicos que posibiliten llevar a cabo políticas de lo común.

Incluso se ha planteado la formalización de un «Derecho del común», que no sería derecho público ni derecho privado y que se construiría al margen del Estado y del mercado⁷⁶. Además de plantear la dificultad de crear un derecho del común en este sentido, considero que debería analizarse en qué medida estas concepciones pueden contribuir a legitimar el derecho des-estatalizado realmente existente: en concreto la llamada nueva *lex mercatoria*⁷⁷, en el ámbito del derecho privado, y el derecho administrativo global en el derecho público.

También plantea dificultades la propuesta de «“comunizar” el derecho desde abajo, forjando prácticas normativas autogestionadas» de manera que el derecho no se limite a una actividad de expertos⁷⁸. El problema es aquí el alto grado de tecnificación que ha alcanzado el ámbito de lo jurídico. La existencia

⁷³ RENDUELES, C. en SUBIRATS, J. y RENDUELES, C.: *Los (bienes) comunes. ¿Oportunidad o espejismo?*, Barcelona, Icaria, 2016, p. 73.

⁷⁴ LAVAL, C. y DARDOT, P.: *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, Barcelona, Gedisa, 2015, p. 587. Según estos autores hay que concebir al Estado «como un garante último de los derechos fundamentales de los ciudadanos respecto a la satisfacción de las necesidades colectivamente consideradas como esenciales» (p. 587). En una concepción que va más allá de la doctrina del Estado garante en el ámbito del derecho administrativo que ya se analizó previamente.

⁷⁵ MÉNDEZ DE ANDÉS, A., HAMOU, D. y APARICIO, M.: «Herramientas jurídicas para el devenir-común de lo público», en MÉNDEZ DE ANDÉS, A., HAMOU, D. y APARICIO, M.: *Códigos comunes urbanos. Herramientas para el devenir-común de las ciudades*, ob. cit., pp. 24 y 35 y ss.

⁷⁶ MÉNDEZ DE ANDÉS, A., HAMOU, D. y APARICIO, M.: «Herramientas jurídicas para el devenir-común de lo público», ob. cit., p. 42, quienes plantean que hay que des-estatalizar y des-privatizar la administración de los comunes (p. 43).

⁷⁷ Sobre los problemas jurídicos que plantea la llamada nueva *lex mercatoria*, véase ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Las transformaciones jurídicas de la globalización neoliberal», ob. cit., pp. 79-92.

⁷⁸ LLOREDO ALIX, L.: «Bienes comunes», ob. cit., pág. 233.

del «campo jurídico» ya produce un efecto de frontera entre los legos y los expertos, lo que constituye una relación de poder⁷⁹.

En cualquier caso, la juridificación de los comunes es también una cuestión de escala. Las dificultades son mayores en los ámbitos supranacionales y estatales. En el ámbito municipal se puede utilizar el margen de autonomía que tienen reconocidas las entidades locales.

⁷⁹ BOURDIEU, P.: «La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico», en *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 169 y 186-187.

5. Bibliografía citada

AMOEDO SOUTO, C.: «Público, privado, común. Arqueoloxías do futuro de Galiza», *Grial. Revista galega de Cultura*, núm. 189, 2011, pp. 17-25.

APARICIO WILHELMI, M.: «La reforma del art. 135 CE como dispositivo de desposesión constitucional», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 95, julio de 2019, pp. 17 a 28.

AUBY, J. B.: *La globalización, el Derecho y el Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2012.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: «¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas al margen de la LRJAPY/PAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna»; *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 16, 2007.

BOURDIEU, P.: «La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico», en *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 165-223.

BRABAZON, H.: «Introduction. Understanding neoliberal legality», en BRABAZON, H. (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Oxon, Routledge, 2018, pp. 1-21.

CAPELLA, J. R.: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 2008.

DARNACULLETA i GARDELLA, M. M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, pp. 139-177.

DARNACULLETA i GARDELLA, M. M.: «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, 199, 2016, pp. 11-50.

ESTEVE PARDO, J.: *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

ESTEVE PARDO, J.: *El Estado garante: idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Que no te den gobernanza por democracia», *mientras tanto*, núm. 108-109, 2008, pp. 33-49.

ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Crisis de la democracia en Europa», *Oxímora. Revista Internacional de Ética y Política*, número 3, 2013, pp. 8-22.

ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal», en ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 23-67.

ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A.: «Las transformaciones jurídicas de la globalización neoliberal», en ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 69-122.

FOUCAULT, M.: *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Tres Cantos, Akal, 2016.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: «La reforma del artículo 135 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Notas sobre Administraciones públicas y conflictos sobre inversiones exteriores», en VV.AA.: *Entre tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 381-394.

HARVEY, D.: *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2013.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. I.: «El Derecho administrativo global como fuente de Derecho en el arbitraje internacional de inversiones», en ARROYO JIMÉNEZ, L.; MARTÍN DELGADO, I. y MEIX CERCEDA, P.: *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 367-394.

HUCHA CELADOR, F. de la: «Artículo 135», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*, Tomo II, Madrid, BOE, 2018, pp. 922-949.

IGLESIAS SEVILLANO, H.: *Derecho Administrativo Global: una teoría normativa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

LAVAL, C. y DARDOT, P.: *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Barcelona, Gedisa, 2013.

LAVAL, C. y DARDOT, P.: *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, Barcelona, Gedisa, 2015.

LLOREDO ALIX, L.: «Bienes comunes», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, octubre 2020-marzo 2021, pp. 214-236.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2014.

MELERO ALONSO, E.: «El Derecho administrativo español en el campo de poder globalizado», en ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (editor): *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 371-402.

MÉNDEZ DE ANDÉS, A.; HAMOU, D. y APARICIO, M.: «Herramientas jurídicas para el devenir-común de lo público», en MÉNDEZ DE ANDÉS, A.; HAMOU, D. y APARICIO, M. (eds.): *Códigos comunes urbanos. Herramientas para el devenir-común de las ciudades*, Barcelona, Icaria, 2020, pp. 21-50.

MERCADO PACHECO, P.: «El “Estado comercial abierto”. La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en CAPELLA, J. R. (coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 125-158.

MERCADO PACHECO, P.: «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?», en CANCIO MELIÁ, M. (ed.): *Globalización y derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9*, Madrid, UAM – BOE, 2005, pp. 127-150.

MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004.

MORENO GONZÁLEZ, G.: *Estabilidad presupuestaria y Constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

MUÑOZ MACHADO, S.: «Fundamentos e instrumentos jurídicos de regulación económica», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.): *Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 15-244.

PALACIOS LLERAS, A.: «Neoliberal law and regulation», en BRABAZON, H. (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Oxon, Routledge, 2018, pp. 61-76.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la: «Tratados de inversión y mutación del derecho público: ¿derecho público transnacional?», *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 13-54.

SASSEN, S.: *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz, 2007.

SASSEN, S.: *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz Editores, 2013.

SCHMIDT-ASSMANN, E.: «La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, pp. 7 a 34.

STEGER, M. B. y ROY, R. K.: *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.

SUBIRATS, J. y RENDUELES, C.: *Los (bienes) comunes. ¿Oportunidad o espejismo?*, Barcelona, Icaria, 2016.

VEITCH, K.: «Law, social policy, and the neoliberal state», en BRABAZON, H. (editora): *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Oxon, Routledge, 2018, pp. 77-91.

VELASCO CABALLERO, F.: «Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo», en ARROYO GIL, A. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (Dirs.): *Reformas necesarias. Un nuevo impulso a la modernización del Estado*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 23, Madrid, UAM – BOE, 2019, pp. 107-143.

WACQUANT, L.: *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa, 2010.