

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)
ISSN 2386-9062 (digital)

Vol. 65/1 Enero-Junio 2017

Sumario

Estudios

La insuficiencia de la regulación europea sobre los límites de la publicidad comercial

Daniel CAPODIFERRO CUBERO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como actor de constitucionalidad: Sobre la interpretación del derecho a la no discriminación en el trabajo y sus consecuencias

María José CARAZO LIEBANA

La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos

Alexandre H. CATALÀ BAS y
Marcela ORTIZ TORRICOS

Las inelegibilidades parlamentarias de los altos cargos y personal directivo del Estado: la necesidad de una reforma

David DELGADO RAMOS

Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional

Daniel GONZÁLEZ URIEL

El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano

Sebastián LÓPEZ HIDALGO

La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos

Ana Marrades Puig

La masonería y la Segunda República española (1931-1939)

Cayetano Núñez Rivero

Límites y evolución de los derechos sociales ¿Hacia su individualización?

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

El federalismo judicial estadounidense

Rosario Serra Cristóbal

Notas

Las posibilidades presupuestarias del Gobierno en funciones: a propósito de la aprobación de un Real Decreto-ley para la modificación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado

Carmen CÁMARA BARROSO y
Eduardo SANZ ARCEGA

Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos

Manuel FONDEVILA MARÓN

Premio «Juan Churruga»

El transporte multimodal de mercancías en la regulación unimodal

Pablo LIZARRETA BARRIOS

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904

Vol. 65/1 Enero-Junio 2017

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Universidad de Deusto
Bilbao
2017

Estudios de Deusto

Vol. 65/1 Enero-Junio 2017

Primera época (1904-1920)

Segunda época (1953 hasta la actualidad)

Directores de la revista Estudios de Deusto

1ª ÉPOCA*

1904-1909	Isidoro ZAMEZA
1909-1916	Ignacio María IBERO
1916-1918	Vicente LEZA
1918-1920	Matías IBINAGABEITIA

2ª ÉPOCA

1953-1960	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO
1963-1965	Luis María ESTIBÁLEZ
1966-1974	Andrés Eliseo DE MAÑARICÚA
1975-1990	Juan CHURRUCA
1991-2014	Ignacio María BEOBIDE
2014-	Luis Ignacio GORDILLO

* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es
<http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)
ISSN: 2386-9062 (versión digital)
Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso y encuadernado en España/Printed and bound in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto, España)

Secretario:

Javier Pérez Duarte (Universidad de Deusto, España)

Consejo de redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg, Francia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto, España); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto, España); Marta Enciso Santocildes (Universidad de Deusto, España); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra, España); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto, España); Lela P. Love (Cardozo Law School, Estados Unidos); Nerea Magallón Elozegui (Universidad de Deusto, España); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University, Estados Unidos); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica)

Consejo Asesor y Evaluador:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto, España); Vito Breda (University of Southern Queensland, Australia); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto, España); Ken Fox (Hamline University, Estados Unidos); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School, España); Hassan Qaqaya (UNCTAD, Suiza); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi, Turquía); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto, España); Alejandro Martínez Charterina (Universidad de Deusto, España); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto, España); Martin Oudin (Université François Rabelais – Tours, Francia); Carlos Romero Rey (Poder Judicial, España); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco, España); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, España); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto, España)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 295 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Precios de suscripción:

Europa 45 €

Número suelto 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Estudios de Deusto

Vol. 65/1 Enero-Junio 2017

Sumario

Estudios

- Daniel CAPODIFERRO CUBERO, *La insuficiencia de la regulación europea sobre los límites de la publicidad comercial* 15-43
- María José CARAZO LIÉBANA, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como actor de constitucionalidad: Sobre la interpretación del derecho a la no discriminación en el trabajo y sus consecuencias* 45-71
- Alexandre H. CATALÀ BAS, Marcela ORTÍZ TORRICOS, *La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos* 73-121
- David DELGADO RAMOS, *Las inelegibilidades parlamentarias de los altos cargos y personal directivo del Estado: la necesidad de una reforma* 123-150
- Daniel GONZÁLEZ URIEL, *Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional* 151-183
- Sebastián LÓPEZ HIDALGO, *El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano* 185-217
- Ana MARRADES PUIG, *La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos* 219-241

Cayetano NÚÑEZ RIVERO, <i>La masonería y la Segunda República española (1931-1939)</i>	243-270
Catalina RUIZ-RICO RUIZ, <i>Límites y evolución de los derechos sociales ¿Hacia su individualización?</i>	271-299
Rosario SERRA CRISTÓBAL, <i>El federalismo judicial estadounidense</i>	301-330

Notas

Carmen CÁMARA BARROSO, Eduardo SANZ ARCEGA, <i>Las posibilidades presupuestarias del Gobierno en funciones: a propósito de la aprobación de un Real Decreto-ley para la modificación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado</i>	333-345
Manuel FONDEVILA MARÓN, <i>Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos</i>	347-360

Premio «Juan Churruga»

Pablo LIZARRETA BARRIOS, <i>El transporte multimodal de mercancías en la regulación unimodal</i>	363-400
--	---------

Recensiones

Enrique ÁLVAREZ CONDE et al. (Coords.), <i>Deontología, Principios Jurídicos Básicos e Igualdad</i> , por José Ramón Polo Sabau	403-406
Sonsoles ARIAS GUEDON, <i>Las Constituciones de los Länder de la República Federal de Alemania. Contenido, garantías y posición en el ordenamiento jurídico alemán</i> , por Fernando Simón Yarza	407-419
Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>Autonomía, género y diversidad. Itinerarios feministas para una democracia intercultural</i> , por Daniel J. García López	421-424
Juan Antonio VIVES VALLÉS, <i>Derecho de cultivos transgénicos. El conflicto entre el Derecho español y comunitario y el derecho a la libertad de empresa a la luz de la nueva normativa opt-out</i> , por Alberto Oehling de los Reyes	425-428

Estudios de Deusto

Volume 65, Issue 1, January-June 2017

Table of Contents

Studies

- Daniel CAPODIFERRO CUBERO, *The Shortcomings of European Regulations on Commercial Advertising Limits* 15-43
- María José CARAZO LIÉBANA, *The Court of Justice of the European Union as an actor of constitutionality: about the interpretation of right to non-discrimination at work and its consequences* 45-71
- Alexandre H. CATALÀ BAS, Marcela ORTÍZ TORRICOS, *Horizontal and vertical communication in the American and European systems of protection of human rights on the right to the natural judge. Towards a global right to human rights* 73-121
- David DELGADO RAMOS, *Parliamentary ineligibilities of senior officers and state management staff: the need for reform* 123-150
- Daniel GONZÁLEZ URIEL, *Falsification of medical products and similar crimes against public health: international influences and national regulations* 151-183
- Sebastián LÓPEZ HIDALGO, *The principle of proportionality as a canon of constitutionality: an approach to the Ecuadorian case* 185-217
- Ana MARRADES PUIG, *Surrogate pregnancy within the framework of the Spanish Constitution: a matter of rights* 219-241
- Cayetano NÚÑEZ RIVERO, *Freemasonry and the Spanish Second Republic (1931-1939)* 243-270

Catalina RUIZ-RICO RUIZ, <i>Limits and evolution of social rights Towards its individualization?</i>	271-299
Rosario SERRA CRISTÓBAL, <i>American Judicial Federalism</i>	301-330

Notes

Carmen CÁMARA BARROSO, Eduardo SANZ ARCEGA, <i>The budgetary possibilities of the temporary government: on propose of the approval of a royal decree-law for the amendment of the National Budget Act</i>	333-345
Manuel FONDEVILA MARÓN, <i>Conventionality Control and multilevel tutoring of rights</i>	347-360

“Juan Churruca” Prize

Pablo LIZARRETA BARRIOS, <i>The multimodal carriage of goods in the unimodal regulation</i>	363-400
---	---------

Book reviews

Enrique ÁLVAREZ CONDE et al. (Coords.), <i>Deontology, Basic Legal Principles and Equality</i> , by José Ramón Polo Sabau	403-406
Sonsoles ARIAS GUEDON, <i>The Länder Constitutions of the Federal Republic of Germany. Contents, guarantees and position in the german set of laws</i> , by Fernando Simón Yarza	407-419
Octavio SALAZAR BENÍTEZ, <i>Autonomy, genre and diversity. Feminist Itineraries for an intercultural democracy</i> , by Daniel J. García López	421-424
Juan Antonio VIVES VALLÉS, <i>Transgenic Agriculture Law. The conflict between the spanish and the communitary Law and the right for the liberty of enterprise from the light of the new regulations opt-out</i> , by Alberto Oehling de los Reyes	425-428

Estudios

LA INSUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN EUROPEA SOBRE LOS LÍMITES DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL

Daniel Capodiferro Cubero

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp15-43](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp15-43)

SUMARIO: 1. MARCO GENERAL. 2. LA INADECUACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR PARA DEFINIR AL SUJETO PROTEGIDO POR LAS NORMAS SOBRE PUBLICIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO. 3. LA PROTECCIÓN GENÉRICA FRENTE A LA PUBLICIDAD DESLEAL. 4. LAS GARANTÍAS FRENTE A LAS COMUNICACIONES PUBLICITARIAS AUDIOVISUALES. 5. LA PUBLICIDAD DESARROLLADA A TRAVÉS DE INTERNET. 6. PREVISIONES ESPECÍFICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD. 7. VALORACIONES FINALES.

1. MARCO GENERAL

El art. 26.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) encomienda a ésta tanto el establecimiento como la garantía del correcto funcionamiento del mercado interior de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados. Lejos de ser una simple habilitación para dictar normas relativas a la defensa de la libre competencia, el desarrollo de este precepto requiere que se tenga también en cuenta la posición, en cada una de las fases de la actividad económica y comercial, de los consumidores, cuya protección ha ido concibiéndose de manera progresiva en el ámbito comunitario como un instrumento cada vez más necesario para la integración europea y la consolidación del mercado interior¹.

¹ E.F. PÉREZ CARRILLO, «La política europea de consumidores: entre la revisión de 2001 y la ampliación de la Unión», *Estudios sobre consumo*, n.º 63 (2002): 55.

También el art. 12 TFUE menciona entre los intereses transversales de las políticas comunitarias la protección de los consumidores, por lo que éste principio no sólo deberá tenerse en cuenta en la definición y en la ejecución de aquellas, ya sea por parte de la propia Unión como de los Estados miembros, sino ser objeto de actuaciones específicas de defensa activa y promoción por parte de las instituciones comunitarias². En términos más generales, el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se vuelve a referir a los consumidores al establecer que las políticas de la Unión deberán garantizarles un alto nivel de protección; esto, al contrario de lo que pudiera parecer en un primer momento, no constituye el reconocimiento para los consumidores europeos de un derecho fundamental a obtener protección, sino una manera de reforzar esta premisa como principio inspirador para las instituciones europeas en el marco de las competencias que tienen atribuidas³. No obstante, ambas menciones normativas permiten identificar la vigencia de un interés preferente de estos que debe ser tenido en cuenta por parte de los creadores y aplicadores del Derecho Comunitario como un objetivo de interés público que requiere la intervención de la Administración para su consecución. A ese nivel se pueden llegar a reconocer verdaderos derechos de los ciudadanos en relación a su intervención en el mercado de productos y servicios que sirvan para compensar posibles excesos causados por la liberalización de éste, a la que se orientan las disposiciones del Derecho Comunitario. Considerando que la protección de los consumidores se define en el art. 4.2.f) TFUE como una materia de competencia compartida con los Estados Miembros, la Unión Europea podrá dictar para el cumplimiento de este objetivo tanto Directivas para la homogeneización de las distintas legislaciones nacionales como medidas propias que sirvan de apoyo, complemento y supervisión de aquellas adoptadas por los Estados, que retienen la capacidad para aumentar la protección dispensada por el Derecho Comunitario mientras lo hagan de modo compatible con los Tratados.

La articulación normativa de esta cuestión en el Ordenamiento Comunitario abarca una enorme cantidad de materias específicas, entre las que se encuentra, objeto de un tratamiento propio en varias disposiciones, la publicidad. En un sistema de libre mercado que en última instancia debería estar basado en la información ideal, la salvaguarda de la veracidad de las comunicaciones entre oferentes de bienes y servicios y posibles destinatarios

² Vid. A. BAR CENDÓN, «La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 33 (2014): 104.

³ M. LÓPEZ ESCUDERO, «Título IV. Solidaridad», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, ed. por MANGAS MARTÍN (coord.), (Madrid: Fundación BBVA, 2008), 634.

constituye un elemento esencial para su correcta implementación que, en última instancia, sirve para evitar perturbaciones en el proceso económico⁴. De ahí que previsiones para la protección de los consumidores también deban proyectarse y alcanzar a los mensajes publicitarios.

Con independencia de las diferentes denominaciones que esta actividad recibe en las distintas normas, la publicidad comercial se puede definir como la comunicación establecida entre un oferente de bienes y servicios, con intención de promocionarlos, y todos aquellos destinatarios a los que alcance, caracterizándose por su finalidad persuasiva e interesada, que se alcanza mediante la combinación de hechos, ideas u opiniones a las que se añade un componente creativo⁵, resultando indiferente que se dirija a un colectivo amplio o a un único destinatario⁶, o el formato comunicacional mediante el que se materialice. Se trata de una actividad destinada a favorecer la comercialización de productos y servicios, que sirve para relacionar a los anunciantes, emisores de un mensaje que tiene como finalidad promover la contratación⁷, con los ciudadanos, los receptores de éste, con el fin de hacerles llegar una información sobre productos y servicios a su alcance que influya en sus decisiones de consumo⁸, lo que la convierte en un elemento inseparable del propio funcionamiento de cualquier mercado. Por esta razón, la coordinación de las distintas legislaciones sobre publicidad se presenta, en última instancia, como una exigencia de los principios de libre circulación de servicios y mercancías consagrados en el Tratado de la Unión Europea⁹.

Pero por otro lado, como forma de comunicación, y con independencia de su evidente vinculación con la libertad de empresa, la actividad publicitaria se puede considerar también una materialización de las libertades de expresión e información. Conforme estableció en su momento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia sirve para determinar el alcance de los derechos garantizados en la CDFUE¹⁰, la finalidad de la comunicación

⁴ A. DESCALZO GONZÁLEZ, *Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial*, (Madrid: Dykinson, 2003), 235-236.

⁵ J.M. DE LA CUESTA RUTE, *Curso de Derecho de la Publicidad*, (Pamplona: EUNSA, 2002), 45 y s.

⁶ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, (Madrid: Iustel, 2005), 40.

⁷ S. VILAJOANA ALEJANDRE y J. CUERVA DE CAÑAS, *¿Cómo aplicar los límites jurídicos de la publicidad?*, (Barcelona: UOC, 2015), 36.

⁸ C. CAMACHO PEREIRA, *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario*, (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012), 54.

⁹ A. AZURMENDI, *Derecho de la comunicación*, (Barcelona: Bosch, 2011), 316.

¹⁰ Conforme a las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, documento 2007/C 303/02, publicado en el D.O., Serie C, n.º 303/17, de 14 de diciembre de 2007, la referencia que el art. 52 CDFUE contiene al CEDH para fijar el sentido y el al-

no es relevante para considerar su subsunción dentro del ámbito objetivo de las libertades del art. 10 CEDH. Por ello, se debe considerar que éstas amparan cualquier mensaje de cualquier sujeto aunque su motivación sea el ánimo de lucro o se trate de información comercial¹¹, sin que tampoco parezca importar el hecho de la nula relevancia que ésta presenta para la libre formación de la opinión pública¹². Así entendida, la existencia de una libertad de expresión publicitaria implica como correlato, al igual que sucede con el régimen general, la presencia de una serie de derechos de los destinatarios de los mensajes que deberían ser garantizados, llegando incluso a constituir límites para su ejercicio, con independencia del efecto que el mensaje tenga sobre su comportamiento económico.

No obstante, la Unión Europea ha venido manteniendo un enfoque esencialmente mercantil sobre la actividad publicitaria¹³, centrando su regulación en la incidencia que ésta puede tener sobre los aspectos económicos y mercantiles de la actuación del consumidor. En consonancia con el ámbito sobre el que la Unión Europea es competente, se la trata, según expresa la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales de 2005, como una actividad más de las que constituyen las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (art. 2.d)¹⁴. Pero eso no significa que se deba desdénar su otra dimensión, como manifestación iusfundamental que puede entrar en conflicto con los derechos de la esfera personal de los destinatarios del mensaje publicitario. El problema es que su reflejo en las normas comunitarias, aunque se puede apreciar en ocasiones, acaba por resultar testimonial. Por tanto, cabe preguntarse si el Ordenamiento europeo ofrece un marco adecuado en relación a esta cuestión, empezando por la forma en la que las distintas normas caracterizan al sujeto protegido cuando se habla de comunicaciones comerciales.

cance de los derechos garantizados significa que esto deberá realizarse «no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

¹¹ STEDH, *Casado Coca c. España*, 24 de febrero de 1994, § 35. En el Ordenamiento español esta doctrina ha sido recibida tanto por el Tribunal Supremo, teniendo como ejemplo más claro la STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2010 (ROJ: STS 444/2010) como, de un modo menos intenso, el Tribunal Constitucional en su Auto 241/2003, de 14 de julio, FJ 6.º.

¹² Ya que esa función, antes que a la libertad de expresión, se atribuye realmente a la libertad de prensa, entendida como un derecho más específico que comprende la transmisión de información veraz de interés para el debate público. Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Artículo 11. La libertad de expresión e información», en *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, ed. por C. MONE-REO ATIENZA y J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), (Granada: Comares, 2012), 235-236.

¹³ AZURMENDI, *Derecho...*, 315.

¹⁴ Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005.

2. LA INADECUACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR PARA DEFINIR AL SUJETO PROTEGIDO POR LAS NORMAS SOBRE PUBLICIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO

Antes de entrar a describir las medidas protectoras concretas que el Derecho Comunitario europeo prevé frente a las distintas modalidades publicitarias, se hace necesario entrar en la caracterización que el mismo hace de la figura del consumidor en la medida en que el ámbito subjetivo de protección de las distintas disposiciones se define esencialmente a partir de este concepto. En términos generales, se puede afirmar que tanto en el Derecho originario, incluyendo la propia Carta de Derechos Fundamentales, como en el Derecho derivado el consumidor se concibe, de partida, como un agente económico que debe operar en un mercado eficiente basado en la libre competencia, aunque eso no obsta para que deba obtener una protección más amplia.

La entrada en vigor del Acta Única Europea en 1987 supuso la incorporación de las medidas de protección de los consumidores a las políticas de realización del mercado interior¹⁵, pero sin definir qué debía entenderse por tales; únicamente se incluyó en el Tratado de la CEE la posibilidad de aprobar medidas de aproximación legislativa entre los Estados miembros que tuvieran por objeto lograr un nivel elevado de protección de los mismos dentro del mercado interior (art. 100A). Más adelante, el Tratado de Ámsterdam profundizó en este particular mediante la incorporación de un art. 129A al TCE, que con el Tratado de Niza se reenumeró como art. 153, claro precursor del actual art. 169.1 TFUE. Estos preceptos, aunque siguen sin aportar una noción normativa de consumidor, ya incorporan expresamente ciertos elementos subjetivos en relación a esta figura que permiten pensar en ella como algo más que un operador económico. En ellos se menciona la existencia de ciertos intereses propios de los consumidores más allá de los de tipo mercantil, que deben ser protegidos por el Derecho al máximo nivel frente a posibles lesiones que puedan derivarse de la realización de intercambios de bienes o servicios. Entre estos se encuentran la salud y la seguridad y, en la medida en que sean necesarios para garantizar un correcto desenvolvimiento en la economía de mercado, el derecho a la educación y a la información, elemento que claramente permite al Derecho Comunitario intervenir sobre la actividad publicitaria comercial para proteger a sus destinatarios. No obstante, no se mencionan otros bienes jurídicos de la esfera personal (esencialmente la privacidad) que puedan verse afectados en el marco de una transacción comercial.

Las normas de Derecho derivado sí han concretado qué debe entenderse por consumidor y, como tal, beneficiario de esa protección reforzada, aunque

¹⁵ CAMACHO PEREIRA, *La protección...*, 66.

lo han hecho siempre en términos estrictamente mercantiles. La Directiva 85/577/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, fue la primera en enumerar los elementos característicos de esta figura mediante una definición que se ha ido consolidando en las normas posteriores hasta llegar a la más reciente Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores¹⁶. Conforme a esta última, se considera como tal a cualquier persona física, nunca jurídica, que en los contratos regulados por la propia norma «actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión», siendo esta finalidad de la intervención en el negocio jurídico el elemento determinante para distinguir a un consumidor de quien no merece tal tratamiento. El Tribunal de Justicia ha entendido que esta cláusula debe ser interpretada de manera restrictiva¹⁷, equiparándola a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del sujeto o, más simplemente, al consumo con un objetivo privado de quien no participa en actividades comerciales o profesionales.

Por tanto, conforme al Derecho positivo de la UE, la figura del consumidor se define por exclusión en relación al prestador o proveedor de bienes o servicios, como aquella parte contratante en una relación comercial que no se encuentra en esa posición ni pretende emplear lo obtenido en ella en una nueva transacción con ánimo de lucro. Como tal, es un sujeto que está participando en

¹⁶ Véase las Directivas 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 2); 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (art. 2.b); la ya derogada 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (art. 2.2); 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (art. 2.e); Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (art. 12.a); 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 2.d); o la 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (art. 12.a). En el mismo sentido, el art. 17.1 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, también emplea la misma noción de consumidor.

¹⁷ Al respecto, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 1, (Marzo 2011): 87.

un negocio jurídico como adquirente o ya lo ha perfeccionado, lo cual no se ajusta a la realidad de la relación publicitaria, donde el destinatario del mensaje comercial aún no ha establecido un vínculo contractual con el anunciante. Desde la perspectiva de la comunicación publicitaria resulta más correcto, como hace la Legislación española¹⁸, hablar de «destinatarios de la publicidad» que de «consumidores»¹⁹, como dos categorías distintas que, si bien pueden coincidir en la misma persona, no necesariamente han de hacerlo. Al reducir la primera a la segunda, se estaría privando de la posibilidad de ejercitar sus derechos a aquellos receptores efectivos de mensajes publicitarios que no se conviertan finalmente en adquirentes de bienes o servicios.

Por ello, cabe plantearse si resulta adecuado que la titularidad de las garantías que se prevén para las comunicaciones comerciales se defina en las distintas Directivas únicamente a partir del concepto de consumidor, especialmente mediante las referencias que se hacen al «consumidor medio». En este sentido, la doctrina, a partir de los términos que emplea la Legislación española, ha definido al receptor del mensaje publicitario como aquella persona que, o bien es su destinatario directo, o bien simplemente lo recibe, mereciendo protección jurídica desde el momento en el que algunos de sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por el mismo²⁰. Por ello hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la publicidad, la protección se debería dirigir al futuro posible adquirente de bienes o servicios, tal y como planteó en su momento, en relación a obligación de veracidad de la información publicitaria, el Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores de 1975²¹; en éste se hablaba del «adquiriente en potencia del producto o del servicio» como destinatario de la protección, concepto que, sin embargo, no se trasladó al Derecho positivo, que ha optado por la simplificación al emplear una única denominación para designar dos situaciones diferentes.

¹⁸ A este respecto, el art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, considera destinatarios de las comunicaciones publicitarias a «las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o las que éste alcance». En el mismo sentido, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, emplea los términos «público destinatario» (art. 2.33) o «espectador» (art. 14.3) para identificar a los receptores de las comunicaciones comerciales.

¹⁹ Vid. M. SANTAELLA LÓPEZ, *Derecho de la publicidad*, (Madrid: Thomson-Civitas, 2003), 141-142.

²⁰ S. VILAJOANA ALEJANDRE y J. CUERVA DE CAÑAS, *¿Cómo aplicar...*, 40.

²¹ Aprobado por la Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, D.O. n.º C-092 de 25 de abril de 1975, p. 1, y cuyo enunciado fue reiterado por la Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores. D.O. n.º C-133 de 03 de junio de 1981, p. 1.

Así, para mantener la coherencia de las distintas normas europeas en materia de publicidad y no restringir su aplicabilidad hasta el punto de la inoperancia, las referencias que contienen al «consumidor» deberían entenderse realizadas al «potencial consumidor» del bien o servicio objeto del mensaje publicitario. Lo mismo resulta extensible a la caracterización del «consumidor medio» llevada a cabo por el Tribunal de Justicia, más teniendo en cuenta que esta noción se ha construido, precisamente, en relación a la posibilidad de una marca o mención publicitaria de inducir a error o producir un efecto engañoso. Si bien se ha entendido por tal a aquel consumidor «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz»²², es su expectativa creada en relación al contenido del mensaje comercial lo que resulta determinante para saber si éste contraviene las reglas del mercado²³. De ahí se puede inferir que el término se está empleando en sentido impropio en las normas, mal adaptado a las características del ámbito publicitario, como sinónimo de un eventual adquirente futuro del producto que ve su decisión condicionada por una información falsa. En la misma línea, varias Sentencias del Tribunal General han venido equiparando en los últimos años el concepto de «consumidor medio» con el de «público interesado»²⁴, que, en función del producto, puede estar compuesto por «todos los consumidores» de manera inespecífica, siempre que sean receptores del mensaje y futuros adquirentes del bien o servicio.

Pero si bien es cierto que la jurisprudencia europea ha definido al sujeto de protección de las normas sobre publicidad construyendo un concepto de consumidor donde se incluye no sólo el adquirente presente, sino el posible, lo cierto es que no ha terminado de desligarlo de su dimensión estrictamente comercial, también condicionada por la competencia material de los propios órganos jurisdiccionales. En lo que respecta al control sobre la actividad publicitaria bajo los términos del sistema de libre mercado instituido a partir de los Tratados esto resulta suficiente, pero no lo es bajo el prisma de la necesidad de proteger la esfera personal de los receptores de comunicaciones comerciales. Porque más allá del interés estrictamente económico, el contenido o forma de un mensaje publicitario, entendido como un ejercicio de las libertades comunicativas. Su alcance, que trasciende a los potenciales interesados en cada producto o servicio, puede incidir en múltiples derechos consagrados por la CDFUE, especialmente el derecho a recibir información veraz del art. 11, que debe ser protegido con independencia de que la

²² Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Gut Springenheide*, de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, § 31.

²³ *Ibidem*..., 37.

²⁴ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17 (Enero-Abril 2004): 74 y s.

información falseada se materialice o no en un engaño que suponga un perjuicio económico para su receptor.

En el Derecho derivado, el control de la publicidad se articula en función del producto, lo que suele traducirse en prohibiciones a la publicidad de ciertas categorías de bienes o servicios²⁵, o bien en relación al medio en el que se desarrolle la comunicación comercial, planteando medidas que condicionan el ejercicio mismo de ésta o la definición de sus objetivos. En el primer caso las restricciones se dirigen a evitar que una difusión generalizada del mensaje alcance a determinados sujetos que, por sus condiciones ni son ni se considera que deban ser consumidores de los productos o servicios anunciados, por lo que los beneficiarios de la protección son, justamente, aquellos que no tienen esa condición. En el segundo, esta finalidad se entremezcla con la de naturaleza estrictamente mercantil, en la medida en que las restricciones buscan tanto que no se produzcan alteraciones en el comportamiento económico de los potenciales adquirentes derivadas de información falsa o manipulada como evitar que la publicidad de determinados bienes o servicios alcance a determinados segmentos de población al realizarse a través de instrumentos o mecanismos que no discriminan entre destinatarios.

En suma, aunque el concepto de consumidor no tiene en el Derecho Comunitario un sentido unívoco²⁶, sí está limitado semánticamente en cuanto

²⁵ Paradigmático en este sentido es el caso del tabaco (Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003), cuya publicidad queda prohibida tanto en la radio como en los medios de comunicación de la sociedad de la información, así como en prensa con excepción de las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco y las publicaciones impresas y editadas en terceros países que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario. Lo mismo sucede con los medicamentos que sólo puedan dispensarse con receta, contengan psicotrópicos o no hayan obtenido autorización de comercialización (Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001). En el caso de los alimentos, las restricciones se imponen al contenido de las comunicaciones comerciales, condicionando la información que puede formar parte de la misma y vetando ciertas prácticas consideradas engañosas (Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000). La publicidad de bebidas alcohólicas no es objeto de un acto normativo propio, pero sí de medidas específicas en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, donde se prohíbe que se dirija específicamente a menores, fomente su consumo inmoderado o aparezca vinculada a valores positivos como el éxito social o la mejora del rendimiento físico, además de no deber presentar una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad ni subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico. Respecto de las actividades de juego y apuestas, la ausencia de regulación a nivel europeo de sus distintos aspectos, incluyendo la publicidad, contrasta con la necesidad de la misma que se ha puesto de manifiesto por parte del Parlamento Europeo (Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2013, sobre el juego en línea en el mercado interior).

²⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, «La noción...», 50.

a forma de caracterizar a un concreto operador económico en relación a la contratación. Sin embargo, el alcance de la actividad publicitaria es más amplio, por lo que sus límites normativos no pueden pivotar en exclusiva sobre él. Al hacerlo, aquellas disposiciones contenidas en las distintas Directivas que, en principio, protegerían intereses de naturaleza no económica y, por tanto, no relacionados con la noción de consumidor, ven reducida y condicionada su eficacia en función de las consecuencias que la vulneración concreta produzca en el comportamiento del sujeto como agente económico. De ahí que resultaría más apropiado que las normas europeas sobre publicidad se dirigieran a la protección de todos los ciudadanos como sujetos de derechos fundamentales frente al ejercicio de la libertad de expresión publicitaria, planteando límites a ésta directamente a partir de las previsiones de la CDFUE. Por el contrario, la identificación del sujeto protegido con la categoría de «consumidor» que las Directivas vigentes realizan tanto en su articulado como en sus exposiciones de motivos, y que la jurisprudencia sólo ha matizado parcialmente, resulta incompleta, pues permite justificar las restricciones a la publicidad destinadas a asegurar el correcto desenvolvimiento del tráfico jurídico, pero no las demás previstas, que sólo se explican desde la perspectiva de la concurrencia de derechos.

3. LA PROTECCIÓN GENÉRICA FRENTE A LA PUBLICIDAD DESLEAL

La primera norma de referencia en lo que respecta al tratamiento jurídico de la publicidad en la Unión Europea es la ya citada Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales de 2005. En ésta se establecen una serie de reglas orientadas, conforme a su art. 1, a «contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores» frente a «las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores»; éstas pueden darse, como recoge el art 3.1 «antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto», lo que permite incluir en el ámbito de aplicación de la norma a la publicidad, concebida en principio como elemento precontractual que puede incidir en la finalización del negocio jurídico²⁷.

La finalidad de la norma es proteger al consumidor (potencial o futuro cuando se trata de actuaciones publicitarias) frente a aquellas actuaciones que contradicen los requisitos de la diligencia profesional y distorsionan o puede distorsionar «de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al

²⁷ CAMACHO PEREIRA, *La protección...*, 79.

que se dirige la práctica o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores» (art. 5.2), debiendo existir una relación directa entre la acción y el efecto²⁸. Con ello se busca proteger una de las dimensiones de la actividad comercial, la relación de la empresa con el destinatario final de los bienes o servicios ofertados, mientras que las medidas orientadas estrictamente a asegurar el interés de comerciantes y competidores, de vertiente puramente económica y esencialmente relacionadas con la libertad de empresa, se plasman en la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Comparativa²⁹.

En primer término queda prohibida la publicidad engañosa. Se trata de aquella que, con la finalidad de engañar al destinatario del mensaje, contenga información falsa o que induzca o pueda inducir a error al consumidor medio (lo que incluye la publicidad comparativa o cualquier manifestación publicitaria que busque confundir el propio producto o servicio con el de un competidor); también la que, considerando el contexto, omita información sustancial o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o la que no dé a conocer su propósito comercial. Para ser considerado engañoso, el mensaje publicitario debe hacer, o poder hacer, adoptar al destinatario una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado como consecuencia de su idoneidad para lograr tal fin³⁰. Pero además, conforme a la Directiva, sólo se reputará como desleal, y por tanto será objeto de las medidas previstas en la misma, cuando, adicionalmente, esa decisión se materialice o pueda materializarse en una actuación contractual (un «comportamiento económico»). Si esto no se produce, es decir, si el receptor del mensaje engañoso no adquiere o es conducido a adquirir un bien o servicio como consecuencia directa de la información alterada contenida en la comunicación comercial recibida, resulta irrelevante que ésta haya podido producir en aquel cualquier otra lesión de alguno de sus derechos o intereses legítimos³¹, lo cual no deja de resultar llamativo si se tiene en cuenta que la base de la conducta antijurídica es precisamente la existencia de una vulneración de un derecho fundamental del receptor como es el relativo a recibir información veraz aplicado a un ámbito concreto.

La Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales consagra el principio de veracidad en la publicidad en atención a su función económica. Así

²⁸ J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, (Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006), 20.

²⁹ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

³⁰ MASSAGUER FUENTES, *Supra*... 79.

³¹ *Ibidem*..., 30.

entendido, si bien es cierto que las comunicaciones comerciales no pueden prescindir de un elemento persuasivo, en mensaje que las conforma sí debe cumplir con ciertas pautas de objetividad y estar conformado por información completa y suficiente en relación a las características del bien o servicio implicado³², que es lo importante a efectos de contratación, con independencia de otros ornamentos o de cómo alteren estos la presentación de la realidad.

Porque este principio parece considerarse sólo de modo instrumental, como mecanismo para proteger «los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas», lo que, además, sirve indirectamente para asegurar la libre competencia entre los operadores comerciales en la medida en que se evita que uno de ellos tome una ventaja injusta. No se puede negar que éste juega un papel capital en relación al orden económico y el tráfico jurídico, pues resulta esencial para su adecuado funcionamiento y, en última instancia, la protección del interés de la colectividad³³. Pero lejos de acotar su vigencia a la prevención de fraudes en el comercio, su reconocimiento normativo a nivel comunitario debería servir para trasladar a normas concretas la plena vigencia, en este caso en relación a las comunicaciones publicitarias, del derecho a recibir información veraz, recogido en el art. 11 CDFUE³⁴, en relación a todos aquellos ciudadanos a los que llegue el mensaje, que deberían gozar de determinadas garantías. Y para ello debería ser indiferente que sean o no potenciales adquirentes del bien o servicio promocionado³⁵. Lo mismo podría decirse en relación a la salud, la seguridad, los intereses generales o, incluso, el principio de no discriminación, cuya vulneración sólo es relevante a efectos de la Directiva cuando con ella se afecte a la autonomía y racionalidad de las decisiones de consumo, por lo que su protección queda en manos de las decisiones autónomas de los Estados³⁶.

³² CAMACHO PEREIRA, *La protección...*, 63.

³³ DESCALZO GONZÁLEZ, *Principio de veracidad...*, 76-77.

³⁴ Aunque este artículo no describe el contenido de la libertad de información que consagra, la doctrina del TEDH al respecto, que sirve como criterio interpretativo del contenido de los derechos de la Carta Europea según el art. 52.3 de ésta, sí ha consagrado el principio de veracidad como un elemento consustancial de este derecho. Sobre este particular, vid. Isabel SERRANO MAILLO, «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28 (2011): 579-596.

³⁵ Prueba de su importancia es que son varias las normas comunitarias que, al abordar cuestiones específicas que tienen que ver con los consumidores, reiteran la vigencia de este principio de veracidad, como la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (art. 4), o el Anexo I de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales.

³⁶ MASSAGUER FUENTES, *El nuevo...*, 31-32.

Considerando el carácter plenamente jurídico de la Carta de Derechos³⁷, al que se une su función como instrumento interpretativo de las normas de Derecho derivado en las que se afecten derechos fundamentales³⁸, la restricción subjetiva y funcional del alcance de las garantías que prevé la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales resulta difícilmente admisible. Para aceptarla, o bien se asimila el concepto de consumidor a cualquier receptor del mensaje, lo que no deja de ser una interpretación *contra legem* de la letra de la norma, o bien habría que añadir al Derecho de la Unión nuevas disposiciones complementarias capaces de dispensar en conjunto una protección completa a los ciudadanos frente a cualquier lesión en sus derechos o intereses que pueda derivarse de una comunicación comercial. En ese caso, esta Directiva pasaría a considerarse una norma especial de naturaleza mercantil integrada en un marco normativo que contemplara la dimensión más subjetiva y personal del fenómeno publicitario.

Lo mismo puede decirse en relación a la otra modalidad de publicidad desleal que veta la Directiva de 2005, la «agresiva», en la medida en que se trata de una forma de comunicación que, tal y como se define, puede generar un perjuicio directo y relevante en determinados derechos del receptor que es totalmente independiente de los efectos económicos que se exigen para considerarla contraria a Derecho, por lo que no parece tener sentido condicionar su protección a estos últimos. La publicidad agresiva se identifica en el art. 8 de la Directiva como aquella que, considerando el contexto, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso

³⁷ Desde la aprobación del Tratado de Lisboa, el art. 6 TUE otorga a la CDFUE el mismo valor jurídico que los Tratados, lo cual permitió superar las dudas iniciales en relación a su fuerza normativa. Actualmente, más que una simple guía de actuación para el Tribunal de Justicia, impone al Legislador europeo unos determinados principios y garantías al actuar en desarrollo de los derechos fundamentales, sirviendo de instrumento prefigurador de estos. Vid. las reflexiones que en su momento se hicieron al respecto en A. RODRÍGUEZ DÍAZ, «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, n.º 51 (2001): 45 y s.

³⁸ En la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Schrems*, de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, § 38, y reiterando lo expresado en otros fallos anteriores, el Tribunal determinó la necesidad de que las disposiciones de una Directiva que regulaba directamente una cuestión que, a pesar de su conexión con ámbitos competenciales específicos, podía vulnerar directamente libertades fundamentales (el tratamiento de datos personales en ese caso) debían «ser necesariamente interpretadas a la luz de los derechos fundamentales protegidos por la Carta». Con esta argumentación, el Tribunal plantea que en el momento en que una Directiva tiene relación con un ámbito que puede «afectar negativamente» a las libertades fundamentales, procede recurrir a una interpretación inspirada en las garantías establecidas por la Carta. O. Vid. POLLICINO, «La tutela de la privacy digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 173 (julio-septiembre 2016): 225 y ss.

de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto, haciéndole tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado. Nuevamente, el resultado económico es un elemento esencial de la conducta, sólo que en este caso, en la medida en que la coacción en este tipo de publicidad implica el uso o la amenaza de la fuerza física o de otra naturaleza³⁹, se produce en términos generales una actuación contraria a la libertad del sujeto receptor, que en sí misma constituye un límite a la legitimidad de la persuasión en el ámbito publicitario con independencia de sus consecuencias⁴⁰. Además, si bien el objetivo de esta previsión es proteger la libertad en la formación de la decisión del consumidor, no es menos cierto que en ella subyace la necesidad de amparar otros bienes jurídicos que trascienden la actuación en el tráfico mercantil por su relevancia intrínseca. Por una parte, la libertad de pensamiento del art. 10 CDFUE, que protege la libre construcción de la propia conciencia frente a coacciones, en cualquier circunstancia. También, considerando que estas prácticas agresivas lo son, frecuentemente, por su carácter invasivo de la privacidad de los ciudadanos, conllevan una lesión del derecho al respeto de la misma conforme al art. 7 CDFUE⁴¹, pudiendo extenderse al derecho a la protección de datos de carácter personal del art. 8 cuando el mensaje comercial se base en el uso de esta clase de información, aunque esto último tiene su máxima expresión, como se verá, en el caso de la publicidad a través de Internet.

4. LAS GARANTÍAS FRENTE A LAS COMUNICACIONES PUBLICITARIAS AUDIOVISUALES

El segundo instrumento de Derecho derivado donde se recogen garantías para el destinatario de la publicidad frente a posibles abusos o excesos es la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual de 2010⁴², considerada en abstracto como un gran avance por adecuar la regulación a la nueva situación que deriva de la incorporación de las nuevas tecnologías a la transmisión y difusión de servicios de comunicación audiovisual⁴³. En ella se contienen ciertas previsiones de mínimos para la publicidad desarrollada a través de redes de comunicaciones electrónicas, especialmente cuando se trate de

³⁹ MASSAGUER FUENTES, *El nuevo ...*, 134.

⁴⁰ J. MEGÍAS QUIRÓS y L. CABRERA CARO, *Ética y Derecho en la publicidad*, (Granada: Comares, 2013), 24.

⁴¹ S. VILAJOANA ALEJANDRE, *Las leyes de la publicidad*, (Barcelona: UOC, 2011), 94.

⁴² Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010.

⁴³ M. GARCÍA UCEDA, *Las claves de la publicidad*, 7.ª ed., (Madrid: ESIC, 2011), 465.

servicios de radiodifusión televisiva, aunque su objeto es mucho más amplio, ya que regula el marco común de los términos en los que deben prestarse, en el territorio de los Estados miembros, todos los servicios que empleen dichos soportes y tengan como finalidad informar, entretener o educar al público en general. En suma, se trata de una norma de mínimos que se orienta a establecer unas pautas comunes en relación a los contenidos de las comunicaciones audiovisuales sin abordar la regulación de aquellos aspectos relacionados con la transmisión en sí misma, que se contienen en la Directiva de Acceso de 2002⁴⁴. Aunque el aspecto material de las comunicaciones aparece como más relevante que el puramente técnico a la hora de valorar su posible incidencia en la esfera jurídica de los destinatarios, en lo que respecta a la protección de estos no se deberían desconocer los vínculos que existen entre ambos⁴⁵; no obstante, parece que el Derecho comunitario ha tenido más presente esto en la regulación específica de la publicidad en Internet que en la relativa a la que se realiza en los medios que se pueden denominar convencionales, donde el factor económico y la defensa de la competitividad en un sector que se identifica como un mercado específico parecen seguir siendo el elemento esencial para la Unión Europea.

En lo que respecta estrictamente a las comunicaciones comerciales, esta Directiva insiste en ligar la protección a la noción de «consumidor» como destinatario del mensaje, al proclamar la necesidad de que «la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios» para asegurar de forma «completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores» (considerando 83), sin definir ninguna de las dos posiciones subjetivas. Por tanto, de inicio ya se parte de la misma restricción que hace la normativa sobre competencia desleal, pareciendo entender la publicidad como un fenómeno estrictamente económico sobre el que se plantean determinadas restricciones específicas por razón del medio en el que se desarrolla pero también, especialmente, como un recurso crítico de financiación del sistema audiovisual⁴⁶.

La regulación pivota sobre el concepto de «comunicaciones comerciales audiovisuales», que, conforme a la definición del art. 1.h) de la Directiva, abarca cualquier uso de la imagen, con o sin sonido, cuya finalidad sea la promoción directa o indirecta de los bienes, servicios o imagen de una

⁴⁴ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

⁴⁵ A. GARCÍA CASTILLEJO, «El escenario de la convergencia. La regulación de los contenidos audiovisuales», *Telos*, n.º 85 (octubre-diciembre 2010): 26.

⁴⁶ F. CAMPOS FREIRE, «La nueva directiva europea sobre los medios audiovisuales remueve el mapa de la televisión», *Icono 14*, n.º 9, (junio 2007): 8.

persona física o jurídica dedicada a una actividad económica que acompañe a un programa o se incluya en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción. Se incluyen expresamente en esta categoría manifestaciones como la publicidad televisiva convencional, el patrocinio, la televenta, el emplazamiento de producto o cualquier otra manifestación comunicativa que tenga iguales objetivos con excepción de la publicidad encubierta. Por esta última se entiende aquella presentación comercial realizada en programas de una manera intencionadamente confusa en cuanto a su naturaleza de modo que pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza publicitaria, prohibiéndose en todo caso.

Más allá de esto, y sin perjuicio de que los Estados puedan exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados siempre que sean conformes al Derecho de la Unión (art. 4.1), las comunicaciones publicitarias comparten con cualquier otra manifestación comunicativa que caiga en el ámbito de la Directiva el beneficio del principio de libre desarrollo. Por tanto, sólo podrá ser restringido por las razones expresamente contempladas, que en el caso de las comunicaciones comerciales se enumeran en el art. 9, sin perjuicio, como especifica el propio texto, de la plena aplicabilidad al sector audiovisual de las garantías que para el consumidor establecen el resto de normas comunitarias, a pesar de que su alcance práctico puede ser menor que las de esta Directiva.

Conforme al citado precepto, la primera condición que debe cumplir la publicidad en el sector audiovisual es la autenticidad: se obliga a que las comunicaciones comerciales en este ámbito sean fácilmente identificables como tales, prohibiendo las de tipo encubierto y aquellas que empleen técnicas subliminales, en lo que, en el fondo, no es más que una proyección del principio de veracidad aplicado al formato del mensaje, extendiendo su alcance. Puesto en relación con la noción de consumidor medio como sujeto protegido, debe entenderse que la finalidad de esta cláusula es evitar que éste altere su comportamiento económico como consecuencia de la influencia ejercida por un mensaje cuya finalidad persuasiva no se percibe razonablemente, para lo cual las comunicaciones comerciales no deben ocultar su intención real bajo una apariencia de información objetiva que pueda inducir a error al potencial consumidor, y tampoco valerse de formatos destinados al ocio o a la información para ello. En relación al patrocinio de espacios audiovisuales, el art. 10 establece la obligación de informar a los espectadores de la existencia de dicha circunstancia, mediante la correspondiente identificación, al tiempo que prohíbe que estos espacios inciten directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas. Por el contrario, cabe pensar que si el ocultamiento de la finalidad comercial del mensaje no es suficiente para evitar que

el consumidor medio la perciba, no logrando el propósito de alterar sus intenciones en cuanto a la contratación de bienes o servicios, éste será aceptable en los términos de la Directiva.

La protección de los consumidores, entre los que se menciona en esta ocasión a los inversores, y, en última instancia, del correcto funcionamiento del mercado interior aparece también en el art 3.4 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual como una de las razones que permiten a los Estados establecer excepciones a la libre difusión, dentro de la Unión Europea, de retransmisiones audiovisuales a petición generadas en el territorio de la misma. En este caso, no se especifica si para justificar la adopción de esta clase de medidas debe existir un interés económico concreto o podría invocarse la necesidad de proteger los derechos fundamentales del receptor de las comunicaciones, ya que los Estados siempre pueden adoptar medidas más garantistas.

Más allá de estas previsiones, que presentan una clara conexión con la regulación contenida en la norma sobre competencia desleal, el resto de prohibiciones que art. 9 de la Directiva de servicios audiovisuales establece sobre las comunicaciones publicitarias, más que amparar al destinatario como agente estrictamente económico, tienen más sentido dirigidas a la protección de su esfera personal, por lo que su identificación como consumidor se revela inadecuada e incongruente. Además de las estipulaciones concretas para la salvaguarda de los intereses de los menores de edad, lo que se enumeran en él son, por forma y fondo, garantías de intereses subjetivos o colectivos que carecen de dimensión económica y aparecen consagrados en la CDFUE, lo que muestra la debilidad del conjunto de la construcción normativa. Así, la letra c) del precepto establece que las comunicaciones comerciales audiovisuales deberán abstenerse de: atentar contra la dignidad humana, que debería entenderse en los términos del art. 1 CDFUE como un valor absoluto; incluir o fomentar cualquier tipo de discriminación, en lo que sería una concreción del art. 21 CDFUE para una práctica concreta y donde los aspectos económicos son irrelevantes; fomentar comportamientos perjudiciales para la salud y la seguridad, que ya estarían vetados por los arts. 6 y 35 CDFUE; o fomentar conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente, protegido por el art. 37, que pueden ser llevadas a cabo por un sujeto influido por un mensaje publicitario sin necesidad de que eso implique contratar de modo alguno. La consideración de estas prescripciones como límites a la libertad de expresión publicitaria que se orientan a proteger los derechos y libertades de los demás u objetivos de interés general en los términos del art. 52.1 CDFUE obligaría, finalmente, a someter su desarrollo a los requisitos impuestos por éste: establecimiento por ley y respeto a su contenido esencial.

Teniendo en cuenta la relevancia de los bienes que se erigen como límite a la libertad de expresión publicitaria, puede resultar llamativa la concesión

que la Directiva realiza en favor de la autorregulación del sector, en una clara apuesta por reforzar la eficacia de las medidas que se adopten al respecto mediante el apoyo activo de los propios prestadores de los servicios implicados, a los que se hace responsables de la eficacia y seguridad de los usuarios⁴⁷. No obstante, como la propia norma indica, la autorregulación debe entenderse como un método complementario que en ningún caso puede sustituir la intervención del Legislador estatal como responsable último del cumplimiento de los objetivos impuestos por el Derecho comunitario, en este caso la protección del receptor del mensaje publicitario.

5. LA PUBLICIDAD DESARROLLADA A TRAVÉS DE INTERNET

La Unión Europea ha dedicado un tratamiento específico a la publicidad en Internet a través, en primer lugar, de la Directiva sobre Comercio Electrónico de 2000⁴⁸, donde se regulan, en términos generales, las comunicaciones comerciales cuando constituyan o formen parte de un servicio de la sociedad de la información, particularmente mediante el uso del correo electrónico. Pero lejos de establecer un régimen diferenciado, esta Directiva se dicta sin perjuicio del contenido de todas las demás normas comunitarias que regulan el ámbito publicitario, por lo que todos los condicionantes, restricciones o límites que el Ordenamiento europeo imponga a la libertad de expresión publicitaria también deberán considerarse vigentes en el ámbito digital con la misma intensidad cuando tengan por objeto la protección de la figura del destinatario del mensaje. Así, resulta de plena vigencia todo lo dispuesto por la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales y la Directiva de Comunicación Audiovisual. Pero también el contenido de la Directiva sobre Privacidad y Comunicaciones Electrónicas de 2002⁴⁹, aplicable al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de cualquier tipo y que, como norma posterior, viene a modificar las previsiones de la Directiva de 2000 en lo que respecta a la publicidad, reforzando la intervención del Derecho Comunitario en relación a los mensajes comerciales que entren en la categoría de «no solicitados»⁵⁰.

⁴⁷ J.C. GAVARA DE CARA y J.M. PÉREZ TORNERO, *La alfabetización mediática y la Ley General de Comunicación Audiovisual en España*, (Barcelona: UOC, 2012), 56.

⁴⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁴⁹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002.

⁵⁰ V. SÁNCHEZ DEL CASTILLO, *La Publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, (Las Rozas: La Ley, 2007), 13.

El elemento diferenciador de la publicidad realizada a en el entorno digital, sobre todo en el caso de comunicaciones comerciales no solicitadas que emplean medios directos de relación con el destinatario, es la afectación directa del derecho que se recoge en los arts. 16.1 TFUE, 39 TUE y 8 CDFUE: el que asiste a toda persona para la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, que deberán ser tratados de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento del afectado o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, así como la obligación de las instituciones comunitarias de actuar para asegurar su protección en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y en lo que respecta a su libre circulación. Estos preceptos consagran a nivel europeo una garantía sobre el tratamiento de los datos personales, que el Tribunal de Justicia ha ligado a la protección de la vida privada de los ciudadanos, que se aplica a toda información sobre una persona física identificada o identificable⁵¹.

Pese a la importancia que parece otorgarse a este bien jurídico, que se erige como uno de los principales límites a las libertades comunicativas, en el Derecho comunitario sólo las normas específicas sobre publicidad en Internet lo han contemplado expresamente como tal, seguramente porque las manifestaciones convencionales de la libertad de expresión en este ámbito no son susceptibles de incidir sobre él (salvo casos muy flagrantes). Sin embargo, la publicidad no solicitada se articula, precisamente, en el previo conocimiento por parte del anunciante de los datos de contacto y, eventualmente, los intereses de un destinatario objetivo del mensaje que no ha consentido su cesión. Por tanto, cuando se regula esta cuestión, existe un objetivo directo de naturaleza mercantil, que bien puede ser la garantía de la lealtad en las transacciones digitales⁵². Pero, nuevamente y de manera inevitable, el régimen jurídico de esta clase de publicidad trasciende el ámbito puramente económico, entrando de lleno en una cuestión que atañe a la protección de la privacidad de los ciudadanos, además en un entorno, el digital, donde resulta particularmente sensible.

Quizá por esto, y a pesar de que su Exposición de Motivos sí recurre a la noción de consumidor para justificar la necesidad de someter a la publicidad no solicitada a requisitos más estrictos, el art. 7 de la Directiva de 2000 no discrimina en función del destinatario al obligar a los Estados a garantizar que toda comunicación comercial por correo electrónico de este tipo

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Schecke*, de 9 de noviembre de 2010, asuntos C-92/09 y C-93/09, § 52. Este mismo planteamiento se reitera y sirve como fundamento para la resolución de los casos *Digital Rights Ireland*, de 8 de abril de 2014, asuntos C-293/12 y C-594/12 y *Google Spain*, de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12.

⁵² SÁNCHEZ DEL CASTILLO, *La Publicidad...*, 9.

facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción. Del mismo modo, la posibilidad de inscribirse en listas de exclusión voluntaria queda abierta a cualquier «persona física», sin que se requiera una particular capacidad de intervención en el tráfico mercantil o voluntad al respecto. Junto con esto, el art. 2.e) de la Directiva plantea un concepto bastante laxo, y hasta cierto punto impropio, de consumidor, caracterizándolo a efectos de su aplicación como «cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión», lo que permite entender que puede ser considerado como tal cualquier sujeto que, simplemente, recibe una comunicación comercial no solicitada en la medida en que eso implica un modo de «actuar» en el tráfico mercantil.

El resultado final es el alcance general de las previsiones de la Directiva sobre Comercio Electrónico en relación a las comunicaciones comerciales no solicitadas que, por otro lado y a pesar de su carácter intrusivo, no quedan totalmente prohibidas. Lo que se hace es someterlas al principio de autenticidad, igual que al resto de manifestaciones publicitarias, obligando a que sean identificables como tales en cuanto a su naturaleza, no oculten en nombre de quién se hacen y sean fácilmente accesibles, requisitos que deberán tenerse en cuenta especialmente cuando se trate de ofertas promocionales o concursos o juegos de esta índole.

En contraposición, la Directiva sobre Privacidad y Comunicaciones Electrónicas de 2002 parece enfatizar más la protección de las personas y su intimidad que de los datos como elementos objetivos⁵³. Su art. 13 además de reiterar la vigencia del principio de autenticidad, prohíbe las comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas (que se denominan «comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa», y, en términos coloquiales, *spam*), así como las desarrolladas mediante llamada automática o fax. Sólo se permiten en dos casos: cuando el emisor tuviera conocimiento de la dirección de correo electrónico del destinatario por razón de una transacción anterior, siempre que se ofrezca la posibilidad de oponerse a ello, o cuando el sujeto haya consentido previamente, de forma libre e inequívoca, la recepción de este tipo de mensajes o no haya solicitado expresamente no hacerlo, en función de lo que establezca cada Estado. Considerando ambas Directivas, a nivel europeo sí parece estructurarse un sistema de mínimos para la protección de la privacidad del ciudadano frente a intrusiones con objetivo publicitario que se separa de la visión estrictamente mercantilista presente en otras normas, dejando en manos de las legislaciones estatales no sólo la fijación de los términos concretos en los que se articulará la protección que exige el

⁵³ J.A. VEGA VEGA, *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, (Madrid: Reus, 2005), 364.

Ordenamiento Comunitario, sino también la posibilidad de reforzar las garantías contra las intrusiones en la intimidad⁵⁴, que bien podrán fundamentar sus medidas directamente en los respectivos preceptos constitucionales que amparen los derechos afectados. Esta circunstancia no es irrelevante, puesto que, en términos formales, la Directiva sobre Comercio Electrónico establece un sistema de control en origen sobre los servicios de la sociedad de la información, responsabilizando a cada Estado miembro de vigilar que los prestadores establecidos en su territorio respeten su legislación nacional al realizar cualquier servicio de este ámbito. En última instancia es cada estado el que decide si admite o no la publicidad no solicitada realizada a través de medios digitales, sin que el destinatario, cuando está en otro Estado, pueda alegar la propia ley nacional para protegerse de lo que considere una intromisión en su privacidad. Por tanto, y a pesar de la armonización normativa y la prohibición general, la capacidad de los sistemas nacionales para proteger la privacidad de los ciudadanos en este ámbito se ve muy reducida en la práctica. Los términos aplicables dependerán del régimen jurídico establecido en el Estado sede del prestador en la medida en que el Derecho Comunitario permite la implementación de niveles y fórmulas de eficacia desigual a pesar de ser el tipo de publicidad que, sin perjuicio de los problemas que puede plantear desde el punto de vista de la privacidad, mayor incidencia puede tener en el funcionamiento del mercado interior.

6. PREVISIONES ESPECÍFICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD

Es común entre la doctrina considerar que los menores de edad deben ser objeto de protección específica frente al mensaje publicitario; su inmadurez, su especial vulnerabilidad o la necesidad de tutelar su proceso evolutivo para asegurar que el tránsito a la edad adulta se realiza a salvo de influencias negativas justifican la adopción de medidas especiales para limitar la libertad de expresión publicitaria cuando se estime que ésta puede incidir negativamente en la esfera jurídica o el bienestar del niño o adolescente. Junto con esto, no se puede obviar que los menores también participan en el ámbito mercantil, como consumidores en aquellos casos en los que ya gocen de cierta capacidad económica (adolescentes básicamente) o como sujetos que pueden influenciar o condicionar algunas decisiones de consumo de los adultos. Por todo ello, deben ser protegidos frente a injerencias que se consideren perniciosas⁵⁵, que pueden proceder de contenidos considerados ilícitos, que son

⁵⁴ *Ibidem...*, 43.

⁵⁵ Vid. la Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de

los que constituyen en sí mismos delito y son merecedores de sanción por suponer una intromisión ilegítima en los derechos del menor, o de aquellos calificados como nocivos cuando, a pesar de lícitos, se consideren ofensivos o perjudiciales para el desarrollo o el bienestar de éste conforme a los valores culturales, morales, religiosos o sociales de cada lugar⁵⁶.

En la CDFUE, el art. 24 recoge el derecho del menor a la protección y a obtener los cuidados necesarios para su bienestar, que abarca no sólo los aspectos físicos, sino también los aspectos morales o intelectuales, y que será tanto objeto de medidas positivas como un límite a la acción de la Unión y los Estados⁵⁷, no sólo en lo que respecta a su papel como consumidor. El precepto también obliga a considerar su interés superior de manera primordial en todos los actos relativos a la infancia llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, siendo un bien jurídico cuya protección, a pesar de su indeterminación, puede justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Derecho originario mientras ésta sea adecuada para la consecución del objetivo propuesto y no vaya más allá de lo necesario, aunque será cada Estado quien, respetando las obligaciones que impone el Derecho Comunitario, deberá precisar los términos de dicha protección⁵⁸. En estos términos, si bien la CDFUE no menciona expresamente la protección de la juventud y la infancia como un límite a cualquiera de las modalidades de ejercicio de las libertades comunicativas, esta conclusión se desprende naturalmente de una lectura omnicompreensiva de la misma⁵⁹.

Pero junto con la necesidad de proteger el interés del menor, y dentro de la propia lógica que sigue la Unión Europea al ordenar las comunicaciones comerciales, las restricciones sobre éstas justificadas en los derechos o el interés del menor no siempre se plantean desde el punto de vista personal.

un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea. También la Recomendación 2006/952/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea.

⁵⁶ Vid. D. LÓPEZ JIMÉNEZ, «La protección de los menores de edad en Internet: el código español PAOS en materia de alimentación como paradigma de buenas prácticas», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 18 (julio 2014): 219 y s.

⁵⁷ A. MANGAS MARTÍN, «Título III. Igualdad», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, ed. Por MANGAS MARTÍN, A. (dir.); GONZALO ALONSO, L.N. (coord.), (Madrid: Fundación BBVA, 2008), 449.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Dynamic Medien Vertriebs*, de 14 de febrero de 2008, asunto C-244/06, § 42 a 45.

⁵⁹ J.M. MARTÍNEZ OTERO, «La protección de los menores en la política audiovisual de la Unión Europea: un objetivo prioritario», *Revista de Derecho Político*, n.º 84, (mayo-agosto 2012), 506.

Esto es particularmente visible en la Directiva sobre las Prácticas Comerciales Desleales, donde los menores de edad simplemente constituyen un grupo vulnerable a efectos de valorar, desde el punto de vista de la media de sus integrantes, la capacidad de una determinada acción publicitaria para alterar el comportamiento económico de sus destinatarios a efectos de considerarla o no desleal.

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual es, en principio, más generosa en el desarrollo de esta cuestión, planteando tres categorías de medidas protectoras⁶⁰: principios básicos para su protección frente a las comunicaciones comerciales, restricciones relativas o absolutas sobre la publicidad de ciertos productos que se consideran inapropiados o peligrosos para este colectivo y normas sobre los aspectos formales del mensaje publicitario, todas ellas alineadas con la protección el interés subjetivo o personal de los menores. Así, planteando como premisa la necesidad de «equilibrar cuidadosamente las medidas para proteger a los menores y la dignidad humana con el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», se impone que las comunicaciones comerciales audiovisuales no deberán producir perjuicio moral o físico a los menores según art. 9.1 de la Directiva, afirmación que debe ponerse en relación con el art. 27.1 de la propia norma cuando, en términos generales, establece que deben evitarse contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, especialmente los basados en pornografía o violencia gratuita. Sin embargo, esta previsión se complementa en el mismo art. 9 con una serie de ejemplos donde adquiere más relevancia el posible condicionamiento del comportamiento económico del receptor que la influencia en su correcto desarrollo: la publicidad dirigida a menores no les deberá incitar directamente a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad, ni los animará directamente a que persuadan a sus padres o terceros para que compren los bienes o servicios publicitados, ni explotará la especial confianza que depositan en sus padres, profesores u otras personas, ni les mostrará sin motivo justificado en situaciones peligrosas. Además, se veta expresamente que la publicidad de bebidas alcohólicas se dirija a menores o los muestre consumiéndolas (art. 9.1), prohibición que se suma a las que sobre otros productos (tabaco, medicamentos y tratamientos médicos únicamente disponibles con receta) realizan sus normas específicas, así como la técnica del emplazamiento de producto en programas infantiles por lo difícil que resulta identificarla por parte de los televidentes⁶¹ (art. 11.2), y se determina que las interrupciones para

⁶⁰ *Ibidem...*, 511.

⁶¹ Con la excepción de los casos en que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la

espacios publicitarios en este tipo de programas no podrán realizarse en intervalos menores de 30 minutos (art. 20.2).

El resultado de todo esto es un conjunto normativo donde se entremezclan, como aspectos inseparables, medidas destinadas a salvaguardar la integridad física o moral de los menores y otras cuyo fin, además de protegerlos frente a contenidos potencialmente nocivos para su desarrollo, es el de evitar que los operadores económicos utilicen de manera interesada a la juventud y la infancia para mejorar su posición o alterar la competencia. Con ello se corre el riesgo de que este segundo grupo de previsiones acabe por desvirtuar las primeras, dando la falsa impresión de que el menor sólo es relevante como sujeto que consume, y no como persona que debe desarrollarse para alcanzar la condición de ciudadano pleno y libre.

En lo que respecta a la publicidad en Internet, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2012, sobre la protección de los niños en el mundo digital planteó la necesidad de que la publicidad dirigida a menores debía ser responsable y moderada (Considerando S), alertando del riesgo que Internet supone para estos al exponerlos, entre otras cosas, a publicidad agresiva, engañosa o inapropiada para la edad (par. 13), por lo que se solicitó a la Comisión priorizar la protección de los niños contra la publicidad insistente o engañosa en televisión y en Internet (par. 23) y desarrollar estrategias y normas que protejan a los menores de la publicidad que fomenta el gasto excesivo por considerarla un contenido inapropiado para su edad (par. 48). Sin embargo, estas inquietudes del Parlamento no se han trasladado al Derecho positivo, donde las medidas concretas para controlar la publicidad en Internet son escasas. La protección de los menores de edad, tal y como se conciba en el Estado que lo plantee, es también una de las justificaciones válidas para restringir tanto la libre circulación de contenidos audiovisuales cuando el control de origen sea deficiente o irresponsable (art. 3 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual) como, a tenor de la Directiva sobre Comercio Electrónico, los servicios de la sociedad de la información que procedan de otro Estado miembro. El problema es que esta última es la única previsión específica en relación a la protección de la juventud y la infancia que se recoge en la regulación de las comunicaciones comerciales que se desarrollen mediante estos servicios. Ni la Directiva sobre Comercio Electrónico ni la de Privacidad y Comunicaciones Electrónicas plantean sobre la publicidad no solicitada límites basados en ese bien jurídico, aunque igualmente sean aplicables los ya expuestos.

De hecho, la primera parece derivar la cuestión al ámbito de la autorregulación del sector cuando señala como objetivo el fomento de los códigos de

producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa, respecto de los que los Estados podrán decidir libremente su prohibición conforme al art. 11.3 de la Directiva.

conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana (art. 16.1.e)). No obstante, si los principios de autenticidad y accesibilidad que sí contemplan estos textos se ponen en relación con el art. 5.3 de la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales, se podría reputar como desleal toda comunicación comercial no solicitada que se dirija a menores de edad y sea de tipo encubierto o no se presente de manera que su naturaleza resulte especialmente identificable para ellos y distinguible de otro tipo de contenidos, ya que puede conducir a equívocos considerando la capacidad de juicio de los destinatarios. No obstante, para ello tendría que producirse una distorsión en el comportamiento económico del consumidor menor medio o de aquellos sobre los que éste puede ejercer influencia suficiente. La misma consideración procede respecto de aquellos mensajes publicitarios no solicitados que, por no desarrollar las condiciones relativas al consentimiento para su recepción o al procedimiento para su exclusión en términos accesibles para los destinatarios, conduzcan a idéntico resultado.

Más allá de esto, la principal carencia que el Derecho Comunitario presenta cuando se trata de la protección de los menores de edad ante el mensaje publicitario en el entorno digital parte de la exclusión del ámbito regulado de las comunicaciones comerciales elaboradas de forma independiente del anunciante, y en particular si se realizan sin contrapartida económica⁶². Se renuncia así a abordar el problema que plantean las campañas publicitarias virales, donde la difusión de la comunicación comercial se logra gracias a la fidelización de los destinatarios que, sin contraprestación, adoptan como propio y propagan voluntariamente un mensaje en el que la intención persuasiva aparece disimulada en lo que parece una recomendación bienintencionada o un ejercicio de entretenimiento⁶³. Esta modalidad de publicidad encuentra en Internet el medio idóneo para su desarrollo y, aunque no llegue a constituir un supuesto de publicidad subliminal, se basa en campañas que presentan una intención prescriptiva encubierta y una gran capacidad para alterar el comportamiento de sus receptores, sobre todo en el caso de menores de edad. Particularmente si son adolescentes, un colectivo cuyos miembros no sólo carecen de

⁶² Así hace el art. 2.f) de la Directiva sobre Comercio Electrónico, al sustraer de la definición de comunicaciones comerciales, y por tanto de su ámbito de aplicación, aquellas «relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente de ella, en particular cuando estos se realizan sin contrapartida económica».

⁶³ Para más detalle sobre la caracterización de la publicidad viral, Vid. C. DEL PINO, «Nueva era en la comunicación comercial audiovisual: el marketing viral», *Pensar la Publicidad*, Vol. I, n.º 2 (2007): 6 y s.; y sobre los problemas jurídicos que plantea esta modalidad de publicidad en relación a los menores, D. Capodiferro Cubero, «La protección de la juventud y de la infancia y la libertad de expresión publicitaria», *Derecom*, n.º 21 (2016): 41 y s.

la madurez necesaria para afrontar críticamente el mensaje, sino que resultan especialmente influenciables y necesitados de referentes a los que imitar y de los que sentirse partícipes como forma de participar en el proceso de socialización. En estas circunstancias, esta modalidad publicitaria, que somete a error a sus destinatarios por la forma en que se presenta ante ellos⁶⁴, muestra un enorme potencial para incidir negativamente en el interés económico y, sobre todo, personal de los menores que reciban los mensajes, sean o no destinatarios objetivos de los mismos, así como en los derechos de aquellos que se presten a intervenir activa y espontáneamente en la corriente promocional mediante el ejercicio de su libertad de expresión. A pesar de ello, no parece ser un problema que el Ordenamiento Comunitario haya considerado relevante.

En suma, actualmente la protección del menor de edad ante la publicidad, se articula a través de un marco jurídico que ha sido calificado por parte del Comité Económico y Social Europeo como «innecesariamente complejo y demasiado confuso» en su Dictamen de 2012⁶⁵. Como pone de manifiesto este texto, las normas comunitarias sobre publicidad resultan claramente insuficientes para proteger a los menores de edad como sujetos de derechos ante la actividad publicitaria. No sólo porque se han dictado considerando sólo la competencia sobre mercado interior cuando podrían haberse basado en otras materias o en la propia CDFUE, sino porque son casuísticas en su formulación y laxas en cuanto a su obligatoriedad. Donde deberían ser más estrictas, «se limitan a una recomendación genérica o simplemente a una referencia a códigos de conducta», además de permitir una trasposición minimalista que ha comprometido su eficacia práctica. Por tanto, aunque actualmente no es vista como tal por el Legislador europeo, «la cuestión de la publicidad infantil y juvenil es, ante todo, una cuestión de ciudadanía y de protección de los derechos fundamentales», afirmación que, en los términos pertinentes, puede hacerse extensible a las garantías de todo ciudadano ante la libertad de expresión publicitaria.

7. VALORACIONES FINALES

El Derecho Comunitario dispensa a la publicidad un tratamiento jurídico orientado esencialmente hacia sus aspectos económicos, prestando una particular atención a la prevención de las consecuencias distorsionadoras que su empleo pueda tener sobre la libre competencia o el funcionamiento del

⁶⁴ SÁNCHEZ DEL CASTILLO, *La Publicidad...*, 235.

⁶⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes», de 18 de septiembre de 2012, Diario Oficial de la UE, Serie C, n.º 351, de 15 de noviembre de 2012.

mercado. Esto no es reprochable en el caso de una regulación tan específica como la que atañe a la competencia desleal. El problema surge cuando el resto de normas, que deberían articular un alto nivel de protección general frente a los excesos de la actividad publicitaria, se basa en los mismos parámetros, pivotando casi únicamente en la noción de consumidor como agente económico que es susceptible de sufrir un perjuicio patrimonial en su participación en los intercambios de bienes o servicios como consecuencia de la recepción de comunicaciones cuya intención manipulativa excede los límites de lo admisible en el mercado. Esto supone que la protección de determinados intereses subjetivos de los receptores de mensajes comerciales se plantea en términos muy generales, sin bajar del plano de los principios, y de forma subordinada a los efectos que la publicidad tenga en el tráfico mercantil.

La protección de la juventud y la infancia no escapa a esta aproximación. A pesar de la consagración del interés del menor al máximo nivel en los Tratados, como forma de salvaguardar su desarrollo personal, en el trasfondo de los límites normativos que se establecen sobre las comunicaciones comerciales destinadas a menores subyace un enfoque mercantil donde la protección de su interés parece reducirse a la idea de evitar que la inexperiencia propia de la edad perjudique su intervención en el tráfico jurídico o condicione la de sus progenitores. Frente a esto, una aproximación en clave verdaderamente iusfundamental al problema de la publicidad y los menores debería partir de un debate serio donde se empezara cuestionando hasta qué punto resulta adecuado para el desarrollo mental y social del niño el simple hecho de permitir que reciba comunicaciones de naturaleza comercial.

La perspectiva del Derecho Comunitario, aunque no sea errónea, si es reduccionista. Con ella se está obviando la naturaleza de la publicidad como proceso comunicativo y el hecho de que su ejercicio puede afectar a derechos de los ciudadanos o bienes jurídicos subjetivos ajenos al ámbito comercial pero igualmente dignos de protección. Y todo ello a pesar de la existencia de una Carta de Derechos de la Unión Europea que, al estar dotada del mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos, contiene preceptos que pueden servir de fundamento directo para la intervención del Legislador comunitario, sobre el que recae un particular compromiso en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales. A ello se une una jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia que, a pesar de no estar exenta de puntos criticables, parece apostar por la utilización de la CDFUE como criterio interpretativo y de contraste de la validez del Derecho derivado.

No obstante, con las normas actualmente vigentes, la adopción de medidas tendentes a asegurar que la actividad publicitaria no atenta contra intereses de naturaleza no mercantil queda, salvo aspectos puntuales, plenamente en manos de las legislaciones nacionales. De este modo, son los Estados los que,

al trasponer las distintas Directivas, deben compensar o complementar las limitaciones que éstas presentan en la regulación de los límites a la libertad de expresión publicitaria, que no termina de ser tratada como un derecho. En el caso español, por ejemplo, estas carencias se corrigen en parte mediante la vinculación de las normas sobre publicidad, en sus diferentes dimensiones, con los derechos constitucionalmente protegidos. En ocasiones mencionando directamente la vigencia de los derechos de los demás como límites a la libertad de comunicación publicitaria; y en otras, a través de una interpretación conjunta de las normas aplicables por razón del sujeto o interés implicado. No obstante en ciertos ámbitos, como el de la publicidad a través de medios digitales, el Ordenamiento nacional no ofrece una respuesta del todo satisfactoria a los problemas que se plantean, dependiendo la protección de los ciudadanos en exceso de la autorregulación del sector.

La visión estrictamente económica que parece inspirar las distintas normas comunitarias que establecen límites a la comunicación publicitaria encuentra su máxima expresión en la centralidad de la noción de «consumidor» para definir su alcance a pesar de no corresponderse con la realidad de este proceso. En contraposición se debe considerar, al hilo de la tesis mantenida por el TEDH, que el régimen jurídico de la publicidad es en primer lugar una materia que entronca directamente con la cuestión de los límites de las libertades de expresión e información como derecho fundamental. Como tal, la protección debería articularse considerando el derecho de todos los ciudadanos, como potenciales receptores de este tipo de mensajes, a recibir información veraz, siempre con los matices que impone la propia naturaleza de las comunicaciones comerciales, y a no ver vulnerados el resto de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, especialmente los relativos a la privacidad o los que puedan resultar de especial relevancia para colectivos específicos.

Por tanto, si el Legislador europeo pretende abordar el régimen jurídico de las comunicaciones comerciales de un modo verdaderamente completo, su intervención regulatoria deberá tener en cuenta los dos ámbitos diferenciados, pero complementarios, que se imbrican para conformarlo, ninguno de los cuales está actualmente desarrollado de modo satisfactorio. El puramente mercantil, articulando medidas que protejan los intereses económicos del potencial adquirente de bienes o servicios, para lo cual se hace necesario repensar el empleo del concepto de consumidor, y el relacionado con la tutela de la esfera personal de los destinatarios potenciales o directos de un mensaje que puede lesionarla, por su conformación o contenido, definiendo sus límites mediante parámetros que no guarden relación con el tráfico mercantil. Eso es lo que debería exigirse a un proyecto político que declara su aspiración de ser algo más que una organización puramente económica basada en la construcción de un mercado común, naturaleza de la que parece no querer terminar de desprenderse.

TITLE: The Shortcomings of European Regulations on Commercial Advertising Limits

RESUMEN: El Derecho Comunitario aborda la cuestión de las comunicaciones comerciales de manera dispersa en diferentes normas, articulando su régimen jurídico desde una concepción de la publicidad como una actividad que esencialmente se integra dentro de las relaciones de intercambios de bienes o servicios y, como tal, debe cumplir con las mismas reglas que se imponen a toda transacción comercial para asegurar el adecuado funcionamiento del mercado común. No obstante, también se trata de un ejercicio de las libertades comunicativas que puede afectar negativamente a otros derechos de los receptores de dimensión no estrictamente económica, cosa que no se termina de integrar en las normas europeas, sobre todo por la limitación de su alcance a través de la noción de «consumidor».

PALABRAS CLAVE: Publicidad, Comunicaciones comerciales, Consumidor, Derechos Fundamentales, Derecho europeo.

ABSTRACT: Community Law deals with the issue of commercial communications in a scattered manner in different regulations, articulating its legal framework by conceiving publicity as an activity mainly integrated in trade relations; as such, it should comply by the current common market rules imposed to any business transaction. However, publicity is also an exercise of communicative freedoms which can negatively affect other, non-economic, recipients' rights, and this is not well integrated in the European regulation thereon, especially because of the limitation of its scope through the concept of "consumer".

KEY WORDS: Publicity, Commercial communications, Consumer, Fundamental Rights, European Law.

RECIBIDO: 14.11.2016

ACEPTADO: 30.05.2017

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO ACTOR DE CONSTITUCIONALIDAD: SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS¹

María José Carazo Liébana

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp45-71](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp45-71)

SUMARIO: 1. CUESTIONES PREVIAS. 2. ¿DESIGUALDAD DE TRABAJADORES POR INDEMNIZACIÓN DIFERENTE DEPENDIENDO DE LA TEMPORALIDAD DEL CONTRATO? LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES. 2.1. *Aplicación por los Tribunales nacionales de la jurisprudencia comunitaria en relación a los trabajadores interinos.* a) Ámbito de aplicación de la cláusula 4, apartado 1, del Convenio Marco ¿Se incluye entre las condiciones de trabajo el derecho a la indemnización por finalización de la relación laboral? b) ¿Existen razones objetivas para justificar un tratamiento diferenciado en relación a la indemnización, teniendo en cuenta el carácter temporal o no de la relación de trabajo? c) ¿Es discriminatoria la regulación del Estatuto de los Trabajadores? 2.2. *Aplicación por los Tribunales nacionales de la jurisprudencia comunitaria en el trato igualitario entre trabajadores temporales y fijos.* 3. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL TJUE COMO ACTOR DE CONSTITUCIONALIDAD.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional: Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea (DER2016-74843-C3-1-R), investigadora principal Dra. D.^a Eloisa Carbonell Porras.

1. CUESTIONES PREVIAS

Hace unos meses se celebró en los medios de comunicación la noticia de que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante TSJM) en su sentencia 613/2016 de 5 de octubre había fallado a favor de una trabajadora del Ministerio de Defensa haciendo una interpretación de la normativa española a resultas de la jurisprudencia comunitaria (especialmente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016) en torno a la equiparación, por el principio de igualdad, de los trabajadores. Ello con independencia de que fuesen temporales o, como el caso que nos ocupa, interinos. Efectivamente la noticia fue portada de los medios de comunicación, debatida en las redes sociales y casi se convirtió en *trending topic* en twitter el día de su publicación². Piénsese que la indemnización por despido de 20 días por año de servicio trabajado para los interinos en España podría costar unos 250 millones de Euros al año. Según el sindicato CSIF la tasa de interinidad es del 11% y en algunos sectores como Educación, Justicia y Sanidad ese porcentaje se eleva a un 20%.

En consonancia con la misma sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dicta resolución el 18 de octubre del 2016 fijando una indemnización de veinte días a la finalización de un contrato por obra o servicio determinado en una empresa privada que se dedicaba a la prestación de servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento. De esta forma, se establece una indemnización al trabajador temporal idéntica a la establecida en la legislación laboral al contratado fijo, aunque el Estatuto de los Trabajadores diga otra cosa, y todo ello de acuerdo con la interpretación que hace el TJUE de la cláusula de igualdad en los contratos de trabajo.

Se trata de un tema de vital importancia desde la perspectiva constitucionalista y más concretamente desde la perspectiva –hoy imprescindible– del constitucionalismo multinivel. En el desarrollo de este trabajo se comenzará con una plasmación de los fallos judiciales fundamentales en el análisis del tema para, posteriormente, hacer una reflexión de lo que nos deparará el futuro en la interpretación de nuestro Ordenamiento jurídico-constitucional y las consecuencias que ello traerá consigo. No se nos escapa que la influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Constitución ha sido progresiva, pero hoy en día está encontrando su punto más álgido. Incluso el Tribunal Constitucional (en adelante TC) asume pautas interpretativas del

² La abogacía del Estado ha presentado un recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia del TSJM, este recurso ha paralizado el cobro de la indemnización por parte de la afectada.

TJUE en contra de lo que ha sido su criterio en sentencias precedentes, como veremos en los casos que se indican a continuación.

Como señalábamos más arriba, el asunto que nos ocupa ha suscitado un debate en la opinión pública con algunas cuestiones que deben ser subrayadas desde un punto de vista constitucionalista (aparte de su gran importancia para los expertos laboristas). Y así, lejos de analizar si la sentencia del TJUE es más o menos exquisita en su tratamiento, por el uso de la analogía, de la interinidad respecto a los contratos temporales. O lejos de tratar si con este fallo jurisprudencial estamos acercándonos al modelo de contrato único tan traído a la esfera política por algún partido político³, conviene analizar lo que supone el acercamiento de posiciones interpretativas de la legislación nacional utilizando como parámetro la normativa supranacional, a fin de evitar contradicciones difíciles de casar cuando, como en nuestro caso, estamos en una dimensión necesariamente supranacional en la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

Pues bien, el análisis no es otro que la posible discriminación en nuestro país de los trabajadores interinos o temporales en relación al resto de los trabajadores, lo que supone una infracción de la normativa comunitaria. Concretamente de la cláusula cuatro del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada del 18 de marzo de 1999 que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 y que prevé la no discriminación entre trabajadores fijos y temporales. En aplicación de la Directiva entiende el TJUE que el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores al no contemplar indemnización alguna para los trabajadores interinos es discriminatorio conforme a las normas comunitarias. Igualmente puede entenderse, y así lo hace el TSJ País Vasco, que la fijación de una indemnización inferior por despido por causas objetivas a los trabajadores temporales frente a los fijos puede concebirse como discriminación en las relaciones de trabajo tal como prevé la citada Directiva.

El asunto que da lugar a la sentencia del TJUE trae su causa en una trabajadora del Ministerio de Defensa (Ana de Diego Porras) que encadenó durante siete años y dos meses un contrato de interinidad en sustitución de una trabajadora liberada sindical. La demandada fue despedida sin derecho a indemnización dado que su contrato concluía de forma natural en el momento de la incorporación de la trabajadora sustituida. Tras la reincorporación se comunicó a la demandante la extinción de su contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna de conformidad con el art. 49.1.b)⁴ del Estatuto de

³ Referencia a «Ciudadanos».

⁴ Según el cual «El contrato de trabajo se extinguirá:... b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho mani-

los trabajadores (en adelante ET). Ello frente a la indemnización que corresponde a los contratos temporales (12 días por año de servicio) y los indefinidos (20 días por año de servicio por causas objetivas con un máximo de 12 mensualidades y 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades por despido improcedente). Piénsese en los términos de la interpretación pues si el foco está en la discriminación según la dicotomía temporal / indefinido, entonces también sería abusiva, por atentar contra el principio de igualdad, la diferenciación en la legislación de la indemnización que corresponde al trabajador según sea temporal o indefinido, tal como sentencia el TSJ País Vasco en su resolución de 18 de octubre de 2016. Parece obvio que si se plantea la cuestión de esta forma, como por otra parte es lógico teniendo en cuenta la sentencia del TJUE, debería elevarse la indemnización de los contratos temporales de doce días a veinte días en caso de despido por causas objetivas.

El Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid desestima el recurso interpuesto por la afectada, si bien reconoce que los contratos se celebraron *en fraude de ley* y que su relación laboral debía de haberse considerado indefinida. La sentencia fue recurrida ante el TSJ Madrid que planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE que fueron resueltas en sentencia del 14 de septiembre de 2016 (C-596/14). Razones que hace suya el primero para fallar a favor de la trabajadora en su derecho a recibir una indemnización, asimilando la situación de los trabajadores interinos al resto de los trabajadores. Se entiende así discriminatoria la normativa española al diferenciar sin razón objetiva a unos trabajadores y otros. Dice textualmente *«El mero hecho de que este*

fiesto por parte del empresario. c) ... A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año» En la Disposición Transitoria Decimotercera del Estatuto de los Trabajadores, y tal y como quedó previsto en el Real Decreto 10/2010 de 16 de junio (Reforma Laboral de 2010), se especifica que la indemnización por finalización de contrato temporal, establecida en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores se aplica de modo gradual:

- **Ocho días** de salario por cada año de servicio para los contratos temporales celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011.
- **Nueve días** de salario por cada año de servicio para los contratos temporales celebrados a partir del 1 de enero de 2012.
- **Diez días** de salario por cada año de servicio para los contratos temporales celebrados a partir del 1 de enero de 2013.
- **Once días** de salario por cada año de servicio para los contratos temporales celebrados a partir del 1 de enero de 2014.
- **Doce días** de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

trabajador haya prestado sus servicios en virtud a un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización» A sensu contrario, la diferenciación podría ser posible si está fundamentada en causas objetivas (no considerándose como tales el carácter temporal o indefinido de la relación laboral). Sí habría causas objetivas cuando se tratara de trabajadores con funciones diferentes o con requisitos formativos también diferentes. El TSJ de Madrid concluye fijando la indemnización de la trabajadora de conformidad con la respuesta del TJUE en 6.141,85 € y señalando que *«tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo»*.

La controversia surge porque la doctrina jurisprudencial del TJUE ha cambiado en poco tiempo. Concretamente nos estamos refiriendo al asunto Caso Cristian Pujante Rivera contra Gestora Clubs Dir, S.L. y Fondo de Garantía Salarial (C-422/14), sentencia de 11 de noviembre de 2015 en que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona. Aquí el Tribunal sostenía que es compatible con la normativa comunitaria la diferencia de trato entre trabajadores indefinidos y temporales⁵ *«El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados, en el sentido de este precepto, en el centro de trabajo de que se trate»*. Si bien se indica que *«Así, por una parte, ese legislador ha considerado que las personas con contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas y cuyos contratos finalizan regularmente por la llegada del término resolutorio o por la conclusión de la tarea encargada no necesitan ser protegidos de la misma manera que los trabajadores por tiempo indefinido. De conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59 (LCE), el primer grupo de personas puede no obstante disfrutar de la misma protección que se concede a los trabajadores contratados por tiempo indefinido si se encuentran en una situación análoga, esto es, si se pone fin a la relación laboral antes del término fijado en el contrato o antes de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados»*⁶.

⁵ «Distinto contrato ¿misma indemnización?» R. VÁZQUEZ RUIZ, en <http://www.elderecho.com/22/09/2016>.

⁶ Vid. Párrafo 39 de la sentencia TJUE de 11 de noviembre de 2015.

Son muchos los interrogantes que esta sentencia arroja y que debe pulirse en sucesivos pronunciamientos de nuestra doctrina judicial a fin de que pueda entenderse sin lugar a dudas que una finalización de un contrato interino pueda constituir una causa objetiva, en los mismos términos que el despido de un contrato de un trabajador indefinido cuando la causa del despido no sea la reincorporación del trabajador sustituido sino por razones económicas o productivas⁷. En todo caso, coincidimos con el comentario de Cruz Villalón⁸ en el sentido de que con esta sentencia se ha desviado la atención de lo que realmente es importante en el mercado laboral. Concretamente hacer una diferenciación entre contratación temporal justificada y la abusiva, con una aceptación de la primera y penalización de la segunda y, por supuesto, la reestructuración de la Administración Pública que rompan con el abuso de las contrataciones temporales y especialmente la interinidad. De hecho, debe ponerse de relieve que el propio Juzgado de lo social del que trae su causa la sentencia que comentamos ya indicó que la contratación había sido abusiva, reconociendo que los contratos se celebraron *en fraude de ley y que su relación laboral debía de haberse considerado indefinida*.

2. ¿DESIGUALDAD DE TRABAJADORES POR INDEMNIZACIÓN DIFERENTE DEPENDIENDO DE LA TEMPORALIDAD DEL CONTRATO? LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES

En este apartado nos vamos a detener en dos aspectos de interés sobre la igualdad en relación a los trabajadores temporales y fijos y en relación a los trabajadores interinos y el resto de los trabajadores utilizando como parámetro el principio de igualdad a la luz del Convenio Marco incluido en la Directiva 1999/70 CE, de 28 de junio.

2.1. *Aplicación por los Tribunales nacionales de la jurisprudencia comunitaria en relación a los trabajadores interinos*

En la sentencia de 14 de septiembre de 2015 el TJUE responde básicamente a tres cuestiones planteadas de la manera que sigue:

⁷ *Vid.*, «Los interinos tienen derecho a indemnización por fin de contrato, pero ¿qué cuantía?», Eduardo ROJO TORRECILLA, acceso el 23 de septiembre de 2016, <http://www.eduardorjotorrecilla.es>

⁸ Jesús CRUZ VILLALÓN, 27 de septiembre de 2016, <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com.es/>

- a) **Ámbito de aplicación de la cláusula 4, apartado 1, del Convenio Marco**
 ¿Se incluye entre las condiciones de trabajo el derecho a la indemnización por finalización de la relación laboral?

Esta cláusula establece en su apartado primero que *«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»*

La misma inspira la redacción del artículo 15.6 ET al señalar que *«los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tienen los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida»*. E incluso, *«cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación»*⁹. Ello es aplicable a todos los trabajadores, también a los trabajadores en la Administración Pública, como se reconoce en la STJ Cantabria de 8 de junio de 2005¹⁰. Conviene resaltar que en interpretación de esta cláusula, la sentencia TJUE de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05), que resuelve una petición de decisión

⁹ En aplicación de esta normativa, destaca la sentencia del TSJ Cantabria de 20 de enero de 2005 *«en particular, en lo que respecta a la igualdad de trato de los trabajadores temporales –siempre dentro del marco de la norma estatal y la autonomía colectiva apuntadas– se ha declarado con reiteración que los convenios colectivos no pueden excluir de su ámbito de aplicación a los trabajadores temporales ni establecer para éstos condiciones diferentes de signo peyorativo que no pueden justificarse por la temporalidad del vínculo. Especialmente, con relación al distinto trato retributivo derivado de la diversa modalidad de contratación se ha dicho que destruye la proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por la eventualidad del empleo, enmascarando una infravaloración de su trabajo. No se aprecia en este caso más factor diferencial que el meramente temporal, la duración, insuficiente como fundamento de la menor retribución (SSTC 52/1987, 136/1987, 177/1993, SSTC 13 y 22 mayo, 27 noviembre 1991, 23 de julio de 1999, 6 de julio de 2000, 3 de octubre de 2000), vid., PALOMINO SAURINO, P., «¿Es discriminatorio para el trabajador no reconocerle los trienios correspondientes al tiempo que ha trabajado como personal estatutario temporal?»*. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 15/2007.

¹⁰ *«En el ámbito de las Administraciones Públicas, la aplicación del principio de igualdad constitucional resulta mucho más rígida que en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues en aquéllas rige, de forma estricta y rígida, y así puede verse cómo la sentencia del TC 161/1991 afirmó que “cuando el empresario es la administración pública, ésta no se rige por el principio de autonomía de la voluntad sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al derecho (artículo 130.1 CE), con interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3)”»*.

prejudicial planteada por un juzgado de San Sebastián en el marco de un litigio entre una empleada estatutaria temporal y el Servicio Vasco de Salud sobre el pago de un complemento salarial, concretamente los trienios¹¹, señalaba que «(...) *habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas*». Indicando seguidamente que el principio de no discriminación como principio básico del derecho social comunitario no puede interpretarse de forma restrictiva. Es decir, el Tribunal aquí hace un pronunciamiento favorable para que a los empleados públicos se le aplique esta Directiva igual que al resto de los trabajadores¹². Será el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) el que establezca el derecho de los empleados públicos temporales a recibir los trienios (art. 25)¹³, aunque ya se había previsto en la anterior Ley del 2007. La sentencia de 22 de diciembre de 2010 Caso Gavieiro Gavieiro y

¹¹ En el asunto que nos ocupa la demandante, una trabajadora estatutaria fija del Servicio Vasco de Salud, había trabajado antes de obtener esta categoría durante más de doce años como auxiliar administrativa en diversos hospitales, formando parte durante ese periodo del «personal estatutario temporal». Al no serle reconocido su derecho a obtener el pago de los trienios vencidos durante el año anterior a su nombramiento, decide acudir al Juzgado de lo Social, alegando que la negativa a concederle con carácter retroactivo los efectos económicos resultantes del reconocimiento de la antigüedad en el servicio, constituye una discriminación al «personal estatutario temporal» con relación al «personal fijo de plantilla». *vid.*, PALOMINO SAURINO, P., *¿Es discriminatorio...?, op. cit.*

¹² Indicando así que se aplica «(...) *a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público*», añadiéndose que «*La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco, así como la aplicación uniforme de éstos en los Estados miembros, reservando a estos últimos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios*».

¹³ «*1. Los funcionarios interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. Percibirán asimismo las retribuciones complementarias a que se refieren los apartados b), c) y d) del artículo 24 y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre.*

en un asunto similar al anterior señalaba que «*la mera circunstancia de que una disposición nacional como el art. 25 apartado 2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70 no excluye que dicha disposición pueda ser considerada una medida nacional de trasposición del Directiva al derecho interno*»¹⁴.

Más recientemente la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2015 (Caso Regojo Dans) y referido a la situación de los trabajadores eventuales, entiende que la normativa española incumple la Directiva cuando excluye sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos a los funcionarios de carrera si ambas categorías de trabajadores se encuentran en situación comparable. En consecuencia, el complemento salarial de antigüedad es aplicable a todos los trabajadores dado que la naturaleza temporal o no de la relación laboral no es una causa objetiva de acuerdo con el Acuerdo Marco para considerarse justificada la diferenciación de trato.

En definitiva respecto a la primera cuestión se trata de dilucidar si se justifica el trato diferente de los trabajadores por el hecho de tener un contrato indefinido o de duración determinada. Esto es, ¿ello justifica un trato diferente por *condiciones de trabajo*? Aquí el Tribunal indica que el objetivo de este Acuerdo Marco incluido en la Directiva es favorecer la igualdad de trato de los trabajadores de duración determinada en relación a los trabajadores indefinidos en sus «condiciones de trabajo». Considera por condiciones de trabajo y, en consecuencia, la necesaria igualdad de todos los trabajadores, lo siguiente:

- El derecho a la **percepción de los trienios** que es un elemento retributivo al que tienen derecho los trabajadores con independencia de la duración de su contrato¹⁵. También aplicable a los «sexenios»
- Dentro de la igualdad en las condiciones de trabajo se incluye también el **plazo de preaviso** aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada¹⁶.

2. *Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo.*

¹⁴ Fundamento tercero de la sentencia.

¹⁵ En este sentido se pronuncian las sentencias de 13 de septiembre de 2007 (TJCE 2007, 229), Del Cerro Alonso (C-307/05), apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010, 414), Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, (C-444/09 y C-456/09), apartados 50 a 58.

¹⁶ Así la sentencia de 13 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 101), Nierodzik, (C-38/13), apartados 27 y 29.

- En las condiciones de trabajo también se incluye el derecho a la **indemnización** pues el criterio decisivo es la determinación de si una medida está incluida en el concepto de empleo, o dicho en otras palabras, en la relación entre empleador y trabajador¹⁷. De esta forma y dando respuesta a la primera cuestión prejudicial el Tribunal sostiene que *«debe interpretarse la cláusula 4 apartado 1 del Acuerdo Marco en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada»*¹⁸.

- b) ¿Existen razones objetivas para justificar un tratamiento diferenciado en relación a la indemnización, teniendo en cuenta el carácter temporal o no de la relación de trabajo?

Entiende el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 que *«La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización»*.

Esta afirmación que parece clara, sin embargo conlleva algunos interrogantes tales como si en virtud a esta cláusula, ¿cabe la equiparación en la indemnización a todos los trabajadores con independencia de que sean temporales o indefinidos en el umbral 20 o 33 días de indemnización por año de servicio? Además, el tema es mucho más complejo porque en los contratos temporales, si éstos se extinguen por causas legales sobrevenidas (antes de la finalización del contrato) las indemnizaciones se calculan en los mismos parámetros (20 días) y por ende no hay aquí disparidad alguna

¹⁷ De acuerdo con las sentencias de 12 de diciembre de 2013 (TJCE 2013, 448), Carratù, C-361/12, apartado 35, y de 13 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 101), Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 25).

¹⁸ En el mismo sentido, *vid.*, TJUE, sentencia de 13 marzo 2014; TJUE sentencia de 12 diciembre 2013; TJUE, sentencia de 18 octubre 2012; TJUE, sentencia de 8 septiembre 2011; TJUE, sentencia de 22 diciembre 2010; TJCE sentencia de 13 septiembre 2007.

en el derecho a la indemnización teniendo en cuenta la temporalidad del contrato¹⁹.

c) ¿Es discriminatoria la regulación del Estatuto de los Trabajadores?²⁰

Concretamente nos centramos en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores. Dispone que a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio. Por su parte, el artículo 53, apartado 1, letra b), del mismo texto legal indica que la extinción del contrato por causas objetivas genera *«[la puesta] a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades»*.

Dice el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 que a la recurrente debe aplicarse las mismas condiciones de trabajo pues al mantener su relación laboral durante tan largo periodo de tiempo (siete años consecutivos) permite considerar que la trabajadora tenía los mismos requisitos de formación y el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó²¹. En este sentido entiende el Tribunal que *«ni la naturaleza*

¹⁹ Una de las críticas de esta sentencia más reiterada es su falta de precisión técnica *Vid.*, I. Beltrán de Heredia Ruiz, «Una mirada crítica a las relaciones laborales», *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, <http://ignasibeltran.com/>

²⁰ De acuerdo con el art. 15 apartado 1 ET el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. [...]

b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. [...]

c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución».

En virtud del artículo 15, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, *«se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley»*.

²¹ Párrafo 42 *«En efecto, el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la*

temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas»²² Concluye señalando que «El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización»²³.

En definitiva, el Tribunal hace una lectura del principio de igualdad de los trabajadores teniendo en cuenta el Acuerdo Marco anteriormente mencionado, aunque no es la única norma europea que se pronuncia sobre el principio de igualdad en el marco de las relaciones de trabajo. Traemos a colación el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)²⁴ al indicar que «...Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual...». A estos efectos no debe obviarse la articulación de la Carta en tres subsistemas. Por un lado el propiamente comunitario; por otro, el derecho internacional y la deriva del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y, finalmente, su aplicación de acuerdo con la interpretación que deben hacer los Estados de su derecho interno de conformidad con los Tratados Internacionales suscritos por los mismos (art. 10.2 CE)²⁵.

No obstante, lo anterior contrasta con la anterior doctrina del Tribunal Constitucional elaborada en relación con el principio de igualdad en el ámbito laboral que ha manifestado que «(...) el funcionariado o personal interino presenta unas importantes peculiaridades con respecto al funcionariado de carrera que hacen objetivo y razonable un tratamiento diferenciado en materia retributiva entre una u otra categoría de personal al servicio de la Administración y ello tanto más en un tipo específico de concepto

que remplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo. En consecuencia, procede considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo».

²² Párrafo 50.

²³ Párrafo 52.

²⁴ Aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre 2000.

²⁵ Vid., CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado constitucional», *ReDCE*, n.º4, 2005, pp. 9-42.

retributivo esencialmente ligado a la propia carrera funcional como es el referido a los trienios» (ATC 112/2008, de 14 de abril)²⁶.

2.2. *Aplicación por los Tribunales nacionales de la jurisprudencia comunitaria en el trato igualitario entre trabajadores temporales y hijos*

Otra sentencia de gran interés es también la de 14 de septiembre de 2016 del TJUE (n.º 110/2016). Se trata de una resolución que resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante autos de 9 de marzo del 2015 y 29 de abril de 2015. En el primer asunto la demandante obtuvo un total de trece prórrogas de su contrato como personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo sin motivación específica en relación a las prórrogas. En el segundo caso el demandante trabajó como arquitecto para el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en diferentes categorías desde 1993 hasta 2012 que se puso fin a su relación de servicio con el Ayuntamiento.

Se pone en tela de juicio en ambos asuntos la utilización abusiva de la contratación temporal en el seno de la Administración Pública sin justificación razonable. Concretamente se trata de dilucidar si se está aplicando correctamente la Directiva 1999/70 en la normativa nacional y en la práctica judicial al no reconocerse al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación laboral. La pregunta principal es *«1) La cláusula 5²⁷, apartado 1, del [Acuerdo Marco] ¿debe ser interpretada en el sentido de que se opone a una legislación nacional que, en los supuestos de abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada, no reconoce con carácter general, en el caso del personal estatutario temporal eventual [(asunto*

²⁶ Vid., C. ROMERO REY, «El efecto directo de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada y su incidencia en el personal interino de las Administraciones públicas españolas». *Revista Aranzadi Unión Europea* (12/2010).

²⁷ «1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales».

C-184/15) y los funcionarios interinos (asunto C-197/15)] y a diferencia de lo que ocurre en idéntica situación para los contratados laborales por la Administración, el derecho al mantenimiento del vínculo como indefinidos no fijos, es decir, con derecho a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente establecidos?».

Como argumentación de peso el Tribunal sostiene que es indispensable que en el derecho interno se arbitre medidas que garanticen la protección de los trabajadores cuando se produce una utilización abusiva de la temporalidad. Así pues entiende que en sí misma cabe que la normativa nacional prohíba de forma absoluta en el sector público la transformación en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada. No obstante, para que ello sea conforme con el Acuerdo Marco es imprescindible que en el Ordenamiento Jurídico del Estado miembro se establezca otra medida para evitar y, en su caso, sancionar el abuso en este tipo de contrataciones. Desde este punto de vista y, teniendo en cuenta que existe ya una medida eficaz contra este abuso en lo que respecta los empleados públicos sujetos al derecho laboral por la consagración por la jurisprudencia del TS del concepto de trabajador indefinido no fijo, cabría la asimilación para el personal que presta los servicios a las administraciones públicas en régimen de derecho administrativo. De esta forma no habría infracción de la cláusula cinco del Acuerdo Marco.

Como ya hemos señalado más arriba, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco dicta sentencia el 18 de octubre de 2016 haciéndose eco de lo argumentado por el Tribunal europeo. En el caso que nos ocupa, a diferencia del de la sentencia del TSJ Madrid, no se está poniendo en tela de juicio la igualdad de trato desde el punto de vista de la indemnización entre trabajadores interinos (que, de acuerdo con nuestra legislación, no tienen derecho a dicha indemnización) y trabajadores temporales y fijos. Aquí la dicotomía se encuentra en la igualación de los temporales y fijos en su indemnización cuando exista una causa objetiva para el despido. Así, dado que en el ET se distingue entre uno y otro con un derecho de indemnización que varía de doce a veinte días por año de servicio, se trataría de analizar si esta legislación es inconstitucional por afectar al principio de igualdad tal como ha sido interpretado por el TJUE y, en consecuencia, se debe establecer para todos los trabajadores (con independencia de su temporalidad) la misma indemnización.

Piénsese que en el caso de la sentencia del TSJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 al elevar la indemnización a 20 días para los trabajadores temporales al acabar su contrato, su repercusión es muy alta dada la elevada tasa de temporalidad que presenta nuestro mercado laboral. En los nueve primeros meses de este año se ha formado 14.668 millones de contratos, de los que 91,35% han sido temporales (13.699 millones). Solo un 8.65% fueron indefinidos según

datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social²⁸. En el supuesto de hecho de la sentencia se considera ajustada a derecho la terminación del contrato por tiempo determinado suscrito entre los trabajadores (de limpieza) y la empresa. No obstante y, como indica en el Fundamento Jurídico sexto, durante el procedimiento se tiene noticia de la sentencia del TJUE lo que obliga a este Tribunal a plantearse si el supuesto de hecho queda subsumido en el fallo de este tribunal. Considera que se trata de dilucidar si la diferente indemnización de los trabajadores temporales y fijos es conforme al derecho comunitario (Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio) a pesar de que la normativa española, como es sabido, hace un trato diferenciado. Al tratarse de un contrato es obra o servicio determinado del art. 15.1 a) del ET, parece que claro que entra en la calificación de contrato de duración determinada al que se refiere la Cláusula 3.1 del Acuerdo Marco incluido en la Directiva que comentamos²⁹.

Como parte fundamental de la sentencia queremos resaltar el FJ octavo cuando indica que *«Es cierto, que el tipo de contrato que ahora analizamos y a diferencia del que trae causa la sentencia del TSJ de Madrid y por ende la del TJUE, tiene reconocida legalmente una indemnización al momento de extinguirse –art. 49.l.c) y disposición transitoria décimo tercera del ET...-. Pero con todo, persiste una distinción en el trato a dispensar al actor, ya que aun haciendo caso omiso de la última norma citada, la diferencia indemnizatoria seguiría siendo sustancial –12 días frente a 20 por año de servicio-, y, reiteramos, sin una causa que lo justifique y como no sea la temporalidad contractual»*

Por lo que termina concluyendo la citada sentencia en que *«no existe una justificación objetiva y razonable para que el actor no perciba la misma indemnización que la establecida para un trabajador fijo que fuera despedido por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica – parágrafos 45-47 de la sentencia»*

3. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC, en STC de 14 de abril de 2016 (71/2016) da respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad n.º 289-2014 promovida por la Sala de lo Social del

²⁸ Vid., ABC 30 de octubre de 2016.

²⁹ Donde se establece que se entenderá por: *«...trabajador con contrato de duración determinada: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado...».*

Tribunal Superior de Justicia de Canarias contra la disposición quincuagésima séptima de la Ley 10/2002, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias por vulneración del art. 14 en la interpretación que debe darse de acuerdo con la cláusula cuatro del Acuerdo Marco de la Directiva citada. Se alega, entre otros argumentos, que la norma cuestionada establece condiciones de trabajo diferentes y más perjudiciales al personal laboral indefinido y personal temporal frente al personal laboral fijo. El argumento por parte del Gobierno de Canarias gira en torno a la desestimación por entender que la naturaleza temporal o fija del vínculo laboral con la administración es suficiente para justificar la diferencia de trato³⁰. En este caso la disposición no afecta a los interinos sino que limita su objeto al personal laboral indefinido y temporal. Así pues, es la temporalidad del contrato de trabajo (trabajadores fijos por un lado y trabajadores indefinido y temporales por otro) lo que determina la aplicación de la reducción de la jornada de un 20% o no.

Entiende el TC (haciéndose eco de la jurisprudencia comunitaria) que toda diferencia de trato debe estar basada en razones objetivas y, en el caso que nos ocupa, la diferenciación únicamente marcada en la duración de la relación laboral es injustificable por razones objetivas y, en consecuencia, vulnera el art. 14 de la CE. Se apoya el Tribunal en la Directiva 1999/70/CE y dice textualmente el TC *«Conviene señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se ha pronunciado sobre la interpretación del principio de no discriminación contenido en la referida cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE ha establecido una doctrina muy similar a la que ha llegado este Tribunal en relación con las diferencias de trato entre trabajadores fijos y temporales. Esta doctrina se ha establecido, entre otras, en Sentencias que han sido dictadas con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles sobre complementos retributivos que la normativa interna no reconocía a los funcionarios interinos»*. Continúa señalando que para apreciar si los trabajadores tienen idéntico trabajo o similar hay que analizar un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales. La mera naturaleza temporal del personal al servicio de la Administración Pública no es razón

³⁰ *«La disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias ha previsto con carácter coyuntural durante el ejercicio 2013, por razones de contención del gasto público, una reducción de la jornada de trabajo del personal funcionario interino y del personal laboral temporal e indefinido de un 20 por 100. Esta medida no se aplica a los empleados públicos vinculados a la prestación de servicios públicos esenciales, como justicia, sanidad y educación. Para los trabajadores con jornada de trabajo a tiempo parcial inferior a 25 horas semanales la reducción es del 10 por 100»*.

objetiva para la diferenciación por lo que incumpliría la cláusula cuatro del Acuerdo Marco³¹. Así pues parece claro que la disposición impugnada establece una diferencia de trato entre trabajadores temporales (en los que se incluye el personal laboral indefinido) y fijos. Si bien ello no basta para infringir el art. 14 y la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Es necesario que esta diferenciación no esté basada en condiciones objetivas de trabajo. En el caso que nos ocupa la diferencia de trato no viene determinada por razones objetivas sino simplemente por el hecho de que el personal no tiene una relación de empleo fija con la Administración.

Destacamos también la STC 232/2015 de 5 de noviembre en cuyo fundamento jurídico sexto se alega al principio de primacía del derecho de la Unión lo que obliga a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para casos semejantes (Sentencias del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010, antes citadas). Se trataba del caso de la no concesión por un profesorado no universitario (funcionario interino) de determinadas retribuciones, concretamente por la denegación de reconocimiento a profesor interino del derecho a percibir los complementos específicos de formación o «sexenios». Hay que aclarar que ya existía jurisprudencia favorable al reconocimiento de esos sexenios a los funcionarios interinos³². Precisamente porque era una cuestión ya resuelta por el TJUE al resolver en una resolución anterior una cuestión prejudicial prácticamente idéntica, entiende el TC que la falta de aplicación de la Directiva citada sin motivación alguna supone la admisión del amparo dado que «(i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso”; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 290/2006, de 9 de octubre)»³³.

De esta forma y aunque efectivamente para acceder a un empleo fijo al servicio de la Administración es necesario pasar por un proceso selectivo que

³¹ Sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C444/09 y C456/09, apartado 56, y Autos Montoya Medina, C273/10, apartado 42, y Lorenzo Martínez, C556/11, apartado 49.

³² Singularmente, Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación en interés de la ley n.º 5303/2011, y Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2012, asunto C-556/11, caso Lorenzo Martínez, ambas resoluciones favorables a la equiparación de los profesores funcionarios interinos con los profesores funcionarios de carrera a estos concretos efectos de reconocimiento del derecho a percibir los llamados «sexenios».

³³ Fundamento Jurídico sexto.

acredite el mérito y la capacidad y que estos procesos selectivos son diferentes de los que deben superar quienes tengan un vínculo temporal con la Administración, ello no justifica la diferencia de trato por sí misma considerada³⁴. Aquí podríamos plantearnos flagrantes incumplimientos a esta normativa en el ámbito universitario cuando no se retribuyen complementos docentes como quinquenios o sexenios dependiendo de la naturaleza funcio-narial o contractual de la relación de profesor universitario con su Universidad (son varias las universidades españolas que reconocen dichos méritos docentes al profesorado laboral pero no lo retribuyen).

4. HACIA LA CONSOLIDACION DEL TJUE COMO ACTOR DE CONSTITUCIONALIDAD

No nos cabe duda de la importante función que está haciendo el TJUE en aras a homogeneizar la interpretación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. La recepción de esta jurisprudencia por parte de nuestros tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional en asuntos de gran calado da buena fe de ello³⁵.

Incluso el Tribunal de Justicia (Gran Sala), en su sentencia de 15 de abril de 2008 (asunto C-268/06), que resuelve la cuestión prejudicial

³⁴ «La menor dificultad que tiene los procesos selectivos que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo no justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo.», *Vid.*, STC 71/2016 FJ 5.

³⁵ *Vid.*, Marc CARRILLO, «Una institución de referencia», *El País*, 7 de octubre de 2016, el autor pone ejemplos de sentencias relevantes como la sentencia de 2013 en relación a que las normas hipotecarias españolas en los casos de desahucios de viviendas por impago del préstamos eran abusivas y no respetaban la directiva comunitaria sobre protección de consumidores (En el asunto C-415/11, Caso Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) Sentencia de 14 de marzo de 2014 que señala textualmente «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final»).

planteada por la Labour Court de Irlanda, indica que siempre que las disposiciones de una Directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, particularmente en su condición de empleador. Ha afirmado que la cláusula cuarta, apartado 1, de la Directiva, que antes hemos transcrito, tiene un contenido suficientemente preciso para que pueda ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez. Concretamente señala en su fallo (2) que «*La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70, es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional*»³⁶.

Tal como se ha podido apreciar por los fallos jurisprudenciales que hemos indicado en los apartados anteriores se está produciendo una suerte de permeabilidad de la interpretación que del derecho comunitario hace el TJUE en nuestra jurisprudencia. Aunque como es sabido, no siempre ha sido así. Los padres fundadores de la integración europea no incluyeron en los Tratados de París y Roma una Carta de Derechos. Ni en el Tratado de Roma ni en el de París había nada que pudiese hacer temer que el ejercicio de las competencias atribuidas a las Comunidades europeas fuese una amenaza para los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados miembros. Ni nadie, en aquel momento, podía tener duda alguna de que si ese improbable riesgo llegara a ser realidad, habrían de ser los Estados mismos los encargados de asegurar la protección de sus propios ciudadanos³⁷.

En ausencia de dicha declaración de derechos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se había atribuido para sí la tarea de controlar las normas comunitarias desde el punto de vista de unos derechos que, debido al

³⁶ Continúa en su fallo tercero que «*Los artículos 10 CE y 249 CE, párrafo tercero, y la Directiva 1999/70 deben interpretarse en el sentido de que una autoridad de un Estado miembro que actúe como empleador público no está autorizada a adoptar medidas, contrarias al objetivo perseguido por dicha Directiva y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada respecto a la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada, que consisten en renovar tales contratos por una duración anormalmente larga en el período comprendido entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a dicha Directiva y la de entrada en vigor de la Ley mediante la que se lleva a cabo dicha adaptación*».

³⁷ Así pues, los Tratados europeos no incluyeron un catálogo escrito de estos derechos; se limitaban a hacer referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Asimismo, los Tratados hacían referencia a los derechos fundamentales tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho de la Unión.

silencio de los Tratados, el propio Tribunal, tenía que ir descubriendo³⁸. En un repertorio de derechos que no aparecían declarados, sino simplemente latentes en un conjunto de normas y tradiciones de límites imprecisos³⁹. Ello contrasta con la situación actual en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está contribuyendo notablemente con su jurisprudencia al desarrollo y el respeto de los derechos fundamentales. Desde hace algunos años se ha venido observando, en los ámbitos de decisión de la Unión Europea, una creciente preocupación por la consecución de un sólido marco político en la protección de los derechos de los ciudadanos.

Con la adopción del Tratado de Lisboa la situación ha dado un cambio considerable, puesto que, desde entonces, la Unión cuenta con una Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante CDFUE) jurídicamente vinculante desde diciembre de 2009 con el mismo valor jurídico que los Tratados, de conformidad con el artículo 6 del TUE⁴⁰. Ello implica que la integración europea refuerza el estándar que tienen los derechos constitucionalmente reconocidos⁴¹. Así al reconocimiento de derechos en la CDFUE se le

³⁸ F. Rubio Llorente, «Una carta de dudosa utilidad», en AA.VV. *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, ed por Francisco Javier MATIA PORTILLA (dir.), (Madrid: 2002), 171-172.

³⁹ Lo que hace casi inevitable que el Tribunal que ha de aplicarlos se mueva, aun sin quererlo, entre la pasividad y el exceso de activismo Rubio LLORENTE, *Una carta...*, 180-181.

⁴⁰ «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*

3. *Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».*

⁴¹ De esta forma, las disposiciones de los Tratados y de la CDFUE se aúnan entre otras con las regulaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, *vid.*, FREIXES SANJUAN, T., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea, evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *ReDCE*, n.º 4, 2005, pp. 43-86.

acompaña de la revisión de garantías para su protección, a fin de asegurar que no se trate de un mero *lavado de cara* o una especie de marketing para vender mejor a los ciudadanos críticos o indiferentes una Unión Europea que quiere mantenerse a toda costa⁴².

Aún queda la Adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). La UE como tal no es parte del CEDH, a diferencia de todos sus Estados miembros, que sí son parte del mismo y el artículo 6, apartado 2, del TUE obliga a la Unión a adherirse al CEDH. Dicha adhesión permitirá a los ciudadanos europeos, pero también a los ciudadanos de terceros países presentes en el territorio de la Unión, recurrir directamente ante este Tribunal, sobre la base de las disposiciones del CEDH, los actos jurídicos adoptados por la Unión, en las mismas condiciones que los actos jurídicos de sus Estados miembros⁴³. Con independencia de la adhesión al CEDH lo que parece claro es que los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión van cobrando unidad a través de la labor interpretativa del TJUE. Por lo que parece irreversible una progresiva unificación de los Derechos nacionales hacia las pautas interpretativas fijadas desde la UE⁴⁴.

La ampliación de los horizontes del TJUE en materia de derechos fundamentales ha estado muy marcada, sobre todo, en aspectos como el derecho a la no discriminación. Así, mientras el TEDH ha fijado su línea jurisprudencial en materia de derechos en la fijación de estándar mínimos de tutela, la línea del TJUE va hacia otros derroteros por estar llamado por el art. 6 del TUE a hacer una operación interpretativa entre la tradición constitucional y el TUE a fin de extrapolar aquellos derechos que se encuadran en las

⁴² *Vid.*, M.A. ALEGRE MARTÍNEZ, «Derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, ed. Por AA.VV., (Valencia: 2004), 63-64; *Vid.*, M.J. CARAZO LIÉBANA, «La eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales en la Proyectoada constitución europea. En especial los derechos sociales», *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 8, 2004.

⁴³ Actualmente, la Unión Europea y el Consejo de Europa mantienen negociaciones sobre la adhesión de la Unión al Convenio. En julio de 2013, la Comisión pidió al Tribunal de Justicia que se pronunciara acerca de la compatibilidad del proyecto de acuerdo de adhesión con los Tratados. El 18 de diciembre de 2014, el Tribunal de Justicia consideró que el proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH no era compatible con el Derecho de la UE (dictamen 2/13) *vid.*, SALINAS DE FRÍAS, A., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», 23 noviembre 2015 *aquiescencia* blog de derecho internacional de Carlos Espósito <https://aquiescencia.net/2015/11/23/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-por-ana-salinas-de-frias/>

⁴⁴ *Vid.*, A. LOPEZ PINA, «Derecho europeo y principio constitucional de igualdad. El Tratado de la Unión ante la prueba de las tradiciones constitucionales», *ReDCE*, n.º 4, (2005): 123-136.

finalidades fundamentales de los tratados⁴⁵. Al final se trata de situar al Tribunal de Justicia en un sistema europeo de justicia constitucional, también llamado derecho constitucional común europeo⁴⁶. Parece evidente que los Tribunales de justicia y los tribunales constitucionales europeos se mueven en un sistema europeo de justicia constitucional. Esta justicia constitucional europea debe concebirse en un plano de integración material y no sobre bases jerárquicas. La comparación es comunicación, y una comunicación óptima debe rehuir de tentativas de jerarquización y ello se produce cuando nadie tiene la última palabra. O mejor dicho, esa última palabra se percibe como argumento de autoridad que se aplica de forma natural, tal como hemos podido apreciar en la sentencia del TSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016. La comparación debe alimentarse del diálogo de culturas⁴⁷. Podríamos hablar de un Estado constitucional cooperativo que va más allá de lo que se ha llamado dialogo de tribunales para constituir un auténtico sistema europeo de justicia constitucional produciéndose un desbordamiento del Estado constitucional de los límites del Estado nacional⁴⁸. Ello es así porque el rol del juez ordinario ha cambiado. La ley debe interpretarse de acuerdo con las pautas fijadas por el TJUE dada la primacía que tiene la legislación comunitaria. El juez debe estar cauteloso en la aplicación del ordenamiento jurídico en una doble vertiente. Por un lado, que la norma se ajuste a la Constitución y, si tiene dudas fundadas, plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero también debe estar cauteloso en la aplicación de la normativa comunitaria y en el acervo jurisprudencial del TJUE a fin de plantear cuestiones prejudiciales si también le surge dudas fundadas o, en el caso de que haya jurisprudencia clara sobre la interpretación de la legislación comunitaria, aplicarla sin más aunque ello suponga, como los casos que hemos tratado en el presente estudio, la aplicación de la legislación nacional.

Así pues se presenta un horizonte nuevo de control difuso de la constitucionalidad europea⁴⁹. El ordenamiento de los derechos fundamentales de la Unión, coloca a los jueces en ese control de constitucionalidad difuso en que podrían dejar de aplicar el Derecho nacional en el caso de resultar contrario

⁴⁵ *Vid.*, P. RIDOLA, «La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales», *ReDCE*, n.º 18 (2012): 217-248.

⁴⁶ Que se va formando como un ámbito de protección del individuo relativamente homogéneo, *vid.*, R. URIARTE TORREALDAY, «Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la constitución española y en el proyecto constitucional europeo», *ReDCE*, n.º 4, (2005): 333-372.

⁴⁷ *Vid.*, RIDOLA, *La justicia...*, 248.

⁴⁸ Nos parece realmente sugestiva la interpretación que del constitucionalismo multi-nivel hace RADIOLA, *La justicia...* 246 y ss.

⁴⁹ *Vid.*, S. GAMBINO, «Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea», *ReDCE*, n.º 18 (2012): 55-94.

con el Derecho de la Unión en el ámbito de los derechos fundamentales (como ha ocurrido en los supuestos comentados de la sentencia del TSJM de 8 de octubre del 2016 y la sentencia de 18 de octubre del 2016 del TSJ del País Vasco). Mediante la integración y la recepción de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal de Estrasburgo se ha creado lo que podríamos denominar «justicia europea de los derechos fundamentales»⁵⁰. Efectivamente en el sistema de protección de los derechos fundamentales, los jueces ordinarios deben propiciar una tutela de los derechos constitucionales y de los derechos comunitarios en cuanto deben ser garantes de la aplicación no sólo del derecho interno (con la Constitución a la cabeza) sino también del derecho de la UE, convirtiéndose el juez estatal en aplicador básico de la CDFUE. Los jueces estatales deben tener en cuenta la interpretación realizada por su TC pero también por la del TJUE ya que la jurisprudencia de uno y otro son de obligado cumplimiento. En el caso del TC su supremacía viene demarcada por la supremacía de la Constitución respecto al resto del ordenamiento jurídico; pero también viene prevista en el art. 123.1 CE y del art. 5.1 LOPJ. En el caso del TJUE por el art. 93 de la CE y por la propia jurisprudencia del TC que le otorga una posición preeminente⁵¹.

En el espacio europeo conjugan tres bandas. La UE, el CEDH y las constituciones nacionales donde es fundamental articular unas pautas que permitan la pacífica convivencia de estos sistemas⁵². En el art. 52 apartado 3 de la CDFUE se dispone que «*en la medida en que la presente Carta contenga derechos que corresponda a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*». En el inciso final señala que «*Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa*». Así se consagra que la Carta atribuye al CEDH un estándar mínimo de protección de la normativa europea, lo que no impide que la Carta dote a los derechos de una

⁵⁰ Vid., FREIXES SANJUAN, *Derechos Fundamentales...*, 82.

⁵¹ Destaca la STC 145/2012 que llega a sostener que si el juez ordinario no aplica una resolución del TJUE determinante está vulnerando el art. 24 CE en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de «*derecho a recibir una sentencia motivada y fundada en Derecho*» Vid., la brillante reflexión hecha sobre el tema por RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: los, efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 107, 2016, pp. 117-150.

⁵² Vid., A. CARMONA CONTRERAS, «El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 107 (2016): 13-40; vid., N. PÉREZ SOLA, *La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre Tribunales?*, (Madrid: INAP, 2015).

configuración más amplia⁵³. Confirma lo anterior el art. 53 de la Carta *«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la UE, el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales así como por las constituciones de los Estados miembros»*.

Nos planteamos qué disposición debería prevalecer en caso de colisión entre las constituciones nacionales y la CDFUE. Podemos considerar que en aquellas parcelas en que la actuación estatal no está supeditada a la normativa europea, la constitución y la interpretación que de esta hace el TC se coloca en la cúspide del ordenamiento jurídico. Esto es, el estándar constitucional en la protección de los derechos queda inmune. Por el contrario, respecto a aquellas parcelas en que la normativa comunitaria sea aplicable en los Estados, el estándar lo fija la Carta por el principio de primacía del derecho comunitario⁵⁴. Destacamos también la STC 232/2015, de 5 de noviembre que en su fundamento jurídico quinto entiende que *«...sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio [RTC 2012, 145], FFJJ 5 y 6)»*.

⁵³ Vid., CARMONA CONTRERAS, *El espacio europeo...*, 27.

⁵⁴ Destaca la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013 (C-399/11), asunto Melloni. En el supuesto de hecho de la sentencia nuestro Ordenamiento constitucional concedía un mayor grado de protección a los condenados en rebeldía en relación a la normativa europea (Decisión Marco del Consejo de 26 de febrero de 2009). Según nuestra doctrina constitucional en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, no cabe la concesión de la extradición por parte de autoridades españolas a un país si este no garantiza la celebración de un nuevo juicio. El TC se topa con un dilema cual es el estándar de protección que debe aplicarse al caso. El TC plantea cuestión prejudicial ante el TJUE mediante Auto 86/2011, de 9 de junio. El TJUE en resolución de febrero de 2013 opta por el reconocimiento del canon europeo de protección de los derechos frente a las normas internas de los Estados aunque estas tengan carácter constitucional. Así la sentencia del TC 26/2014, de 13 de febrero, aplicando la doctrina emanada por el TJUE en la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas abandona su propia doctrina para acoger la propia jurisprudencia comunitaria, *vid.*, CARMONA CONTRERAS, A., *«El espacio europeo...»*, *op. cit.*, pp. 36-37

Al final son varias las cuestiones que nos podemos plantear ante el escenario del TJUE que se erige como un verdadero Tribunal de derechos fundamentales. ¿Cuál debe ser la posición de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros? ¿Cómo afecta el mandato europeo a jueces y tribunales respecto a la posición de supremacía que juega la jurisprudencia del TC en la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en cada una de las Constituciones de los Estados miembros? ¿Se convierten los Tribunales constitucionales de los Estados miembros como «víctimas colaterales» de la CDFUE⁵⁵? Obviamente no se nos escapa que estamos asistiendo a una «transformación del derecho constitucional» y de los actores encargados de velar por su correcta aplicación y por dar uniformidad a la interpretación de los derechos fundamentales. Esta transformación se está produciendo de manera rápida y está perfectamente permeabilizada por sus actores principales. Los Tribunales Constitucionales no están siendo reacios a esta transformación en los últimos años, ni se están aislando ni manteniendo indiferencia o lejanía hacia este proceso de europeización de los derechos fundamentales. Todo lo contrario, se están abriendo gradualmente al Derecho de la Unión y buena prueba de ello son las cuestiones prejudiciales que plantean al Tribunal de Justicia como es el caso del Auto del TC 86/2011, de 9 de junio que parte de la duda que se le plantea al TC de que la Decisión Marco 2002/584/JAI se ajuste a los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento comunitario, por el CEDH y por la Constitución española⁵⁶. Destacamos el voto particular del Magistrado Pérez Tremps en el que, aun cuando discrepa del contenido o de las cuestiones principales de la cuestión prejudicial, no así del hecho de plantearla por considerar totalmente novedoso que el Tribunal Constitucional español se sume a ese proceso jurídico que se ha denominado el «diálogo de los tribunales» o «diálogo judicial europeo». Además, subraya que con la decisión de plantear esta cuestión prejudicial, el Tribunal se separa de su tradicional posición en la que negó explícita o implícitamente la posibilidad misma de acudir a este

⁵⁵ Vid., X. ARZOZ SANTIESTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, (Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública 2015), 18.

⁵⁶ Lo que se plantea es que si la condena en que trae su origen una Euroorden se ha producido sin que el condenado haya comparecido ante los tribunales que dictaron la condena ello podría haber vulnerado una garantía sustancial del proceso penal reconocida por el art. 24 de la Constitución «si esa posibilidad de ser condenado sin haber comparecido personalmente ante los Tribunales italianos, al estar amparada por la Decisión Marco, no supone una quiebra de las propias garantías procesales que el Derecho comunitario debe respetar por mandato directo del art. 6 TUE y 47 y 48 CDFUE interpretados a la luz del art. 6 del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “canon privilegiado”».

mecanismo prejudicial. Una de las cuestiones que suscita el caso en la sentencia TJUE (Gran Sala), 26 de febrero de 2013, asunto *Stefano Melloni* es la relativa al valor de la legislación europea derivada. Concluye que ésta ha de prevalecer en su ámbito de aplicación respecto de los derechos constitucionales de los Estados miembros cuando así se requiera para no comprometer la unidad y eficacia del derecho europeo⁵⁷.

En definitiva, los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁸ comparten una cultura de los derechos fundamentales, tal y como se deriva de su pertenencia a la UE. Dicha cultura se ha consolidado a través de un parámetro común compuesto de diversos elementos: las previsiones normativas del Derecho comunitario, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sometimiento de todos esos países al sistema de protección y garantía que ofrece el CEDH y la tarea que a su amparo lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todo ello confiere al derecho constitucional europeo una compleja dimensión con varias dinámicas, que deben converger al ofrecimiento de un sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales en la que los operadores jurídicos permeabilicen el cambio tan radical que ello implica, sin que en ningún caso este proceso sea usado para una disminución de las garantías de los derechos.

TITLE: The Court of Justice of the European Union as an actor of constitutionality: About the interpretation of right to non-discrimination at work and its consequences

RESUMEN: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, abre la posibilidad de que los trabajadores temporales e interinos puedan reclamar una indemnización de 20 días por año de servicio (o 33 si el despido es improcedente) al finalizar su contrato y/o ser despedidos. Ello es así aun cuando el Estatuto de los Trabajadores no prevea indemnización alguna para los trabajadores eventuales y una indemnización de 12 días para los trabajadores

⁵⁷ Desde *Melloni* (TJCE 2013, 54), ya no podrá confiarse en que el sistema nacional podrá mejorar los parámetros de protección acordados en la legislación secundaria —esa era la interpretación del artículo 53 de la Carta que había realizado el Tribunal Constitucional español— y por ello será deseable lograr que sea la propia normativa europea, también la derivada, la que establezca el nivel de protección de derechos más alto *Vid.*, L. Bachmaier Winter, «Más reflexiones sobre la sentencia *Melloni*: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios *in absentia* en el derecho europeo» *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 56, (2015), BIB 2015\16725.

⁵⁸ Tal como apunta el Magistrado Pérez Tremps en el voto particular del Auto TC 86/2011.

temporales. Se produce una suerte de control difuso de la legislación por parte de los tribunales ordinarios en relación a «sistema constitucional europeo». La ley nacional se interpreta de acuerdo con las pautas fijadas por el TJUE dada la primacía que tiene la legislación comunitaria, colocándose éste en el papel de actor de constitucionalidad tal como puede apreciarse en la praxis con recientes pronunciamiento jurisprudenciales en relación a la no discriminación de los trabajadores de duración determinada.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dialogo de tribunales, principio de no discriminación en el trabajo.

ABSTRACT: The sentence of the Court of Justice of the European Union of 14 September 2016, opens the possibility of temporary and interim workers to claim 20 days' compensation (or 33 if dismissal is unlawful) at the end of their contract and / or be fired. This is so, even if the Workers' Statute does not provide for any compensation for casual workers and a compensation of 12 days for temporary workers. It produces a kind of diffuse control of legislation by the ordinary courts in relation to "European constitutional system". The national law is interpreted according to the guidelines set by the CJEU given the primacy of Community law. This Court acquire the role of actor of constitutionality as can be seen in the praxis with recent jurisprudential pronouncement in relation to non-discrimination of fixed-term workers.

KEY WORDS: Constitution, Charter of Fundamental Rights of the European Union, dialogue of courts, principle of non-discrimination at work.

RECIBIDO: 08.02.2017

ACEPTADO: 17.05.2017

LA COMUNICACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL EN LOS SISTEMAS AMERICANO Y EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS A PROPÓSITO DEL DERECHO AL JUEZ NATURAL. HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alexandre H. Català i Bas y Marcela Ortiz Torricos

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp73-121](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp73-121)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL. 3. DIÁLOGO ENTRE EL TEDH Y LA CIDH. 3.1. *Juez competente*. 3.2. *Juez Independiente*. 3.3. *Juez imparcial*. 4. DIÁLOGO ENTRE EL TEDH Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 5. DIÁLOGO ENTRE LA CIDH Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES AMERICANOS (BOLIVIA, COLOMBIA Y PERÚ). 5.1. *Juez competente*. 5.2. *Juez independiente*. 5.3. *Juez imparcial*. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la Segunda Guerra Mundial se alcanzó el convencimiento de que la efectividad y garantía de los derechos humanos no era una cuestión doméstica de los Estados sino que era una prioridad de la Comunidad Internacional. Aparecen sistemas universales y regionales de protección de éstos con el claro mensaje de que si un estado quería formar parte de esa Comunidad Internacional debía aceptar que estos sistemas penetraran en sus fronteras y tuvieran la última palabra en cuanto a la protección de los derechos humanos en su territorio. El sistema europeo y el americano presentaban una particularidad: junto

a una declaración de derechos se incluía un tribunal, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respectivamente, que tenían competencia para juzgar casos elevados por los países miembros o por personas en ellos residentes. Y es que: «los derechos humanos deben ser protegidos en el plano internacional por un órgano judicial permanente, con jurisdicción compulsoria en materia contenciosa, al cual los individuos tengan el derecho de acceso», como entiende CANÇADO TRINDADE¹.

Sus sentencias adquirirían, por tanto, el efecto de cosa juzgada y de cosa interpretada. De acuerdo con LAMBERT, «el concepto de cosa juzgada (...), tiene como efecto poner fin a una controversia entre el individuo y el Estado (...). La cosa juzgada europea asegura la protección del individuo ante un orden estatal, responsable y juez a la vez. De otra parte, permite, sobre todo, que el Estado Parte respete sus obligaciones convencionales y participe en el desarrollo de valores europeos comunes»². Ese efecto deriva inexcusablemente del vigente artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando determina que los Estados Parte se comprometen a atajar o cumplir las sentencias definitivas de los respectivos Tribunales en los litigios en que sean parte. En relación con el segundo de estos efectos, el de cosa interpretada, destaca LINDE que poco se aportaría al sistema interno de protección con la introducción de una norma que a su vez necesita ser interpretada³. La existencia del TEDH y de la CIDH, encargados de interpretar y aplicar el Convenio y la Convención respectivamente en todos aquellos asuntos de los que conozca, es obligada a aceptar la interpretación que de los derechos y libertades contenidos en dichos instrumentos internacionales hagan estos Tribunales.

Ello supone que la autoridad de las sentencias se extiende de forma indirecta a los Estados no partes en el litigio⁴. En palabras de RUIZ MIGUEL refiriéndose al sistema europeo, «las sentencias del TEDH pueden tener efectos sobre los no implicados en el asunto juzgado, si bien esos efectos no van a

¹ Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE, «El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional» en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Costa Rica, San José: UNHCR, 2003), 93.

² Elisabeth LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, (Bruylant, 1999), 71.

³ Enrique LINDE en *et alii*, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, ed. Por Eduardo García de Enterría (Cívitas, 1978), 153-154.

⁴ Gérard COHEN-JONATHAN, «Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme» en *Liber amicorum Marc-André Eissent*, (Bruylant, 1995), 53.

tener la fuerza de cosa juzgada, en la medida en que estos terceros no fueron parte en el proceso. Este efecto radiactivo es el efecto de cosa interpretada»⁵. En este sentido, en la STEDH Irlanda c. Reino Unido de 18 de enero de 1978, el TEDH afirmó que:

«[sus] sentencias sirven no solamente para solucionar el caso en las que son dictadas, sino más ampliamente para clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención, y a contribuir al respeto de los Estados a las obligaciones que han asumido en su calidad de Partes Contratantes» (Párf. 158).

En esa misma línea se pronunció la CIDH en la Opinión Consultiva n.º 17/02, en la que al referirse al contenido de dicha opinión se señala que en la misma se «da un notable aporte a la construcción jurisprudencias de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana»⁶.

Ello ha sido propiciado por disposiciones constitucionales que así lo establecen. Por citar dos ejemplos, de acuerdo con el artículo 10. 2 de la Constitución española y el 13.IV de la Constitución boliviana los derechos en ellas reconocidos se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los respectivos países. El Tribunal Constitucional español en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre hablará de: «vía interpretativa impuesta por el artículo 10.2 de la Constitución» y en la 5/1985, de 23 de enero, admite que la referencia a la jurisprudencia del TEDH viene impuesta por el mandato constitucional contenido en el artículo 10.2 CE. DELGADO BARRIO concluye, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que «puede perfectamente apreciarse cómo el primer itinerario hermenéutico del Tribunal Constitucional es

⁵ Carlos RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias...*, 52-53. Sobre la cuestión del valor de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento español, vide, por todos, Enrique LINDE, *El sistema europeo...*, 153-4; Javier DELGADO BARRIO, *Proyección de las decisiones...*, 243; José María MORENILLA RODRÍGUEZ, *La ejecución de las sentencias...*, 53 y ss.; Manuel Martínez Sospedra *El Convenio de Roma...*, 891 y ss.; Fernando REY MARTÍNEZ, «El Criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)», *Revista General de Derecho*, n.º 537, (1989), 3616-3617; Lorenzo M. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del tribunal...*; Ana SALADO OSUNA, «Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en derecho español», en Cuadernos de derecho Judicial, jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos II, ed. por Consejo General del Poder Judicial, (1995), 190 y ss., Manuel ORTELLS RAMOS. «El juez ante el Convenio europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* ed. Por Generalitat Valenciana, (1998), 22 y ss.

⁶ Voto concurrente del Juez Cañado Trindade, en la OC 17/02 de 28 de agosto de 2002, que se refiere a la condición jurídica y derechos humanos del niño.

siempre (...) el que conduce a la jurisprudencia del Tribunal Europeo»⁷. El Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 2730-2006-PA/TC, Sentencia de 21 de julio de 2006, manifestó, por su parte, que las sentencias de la CIDH: «resultan vinculantes para todo el poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado no ha sido parte en el proceso». Y es que, de acuerdo con GARCÍA FALCONÍ, se tiene que las decisiones de este tribunal internacional son vinculantes: «no solo en su parte decisoria que afecta al país procesado específicamente (cosa juzgada), sino en sus consideraciones o *ratio decidendi* (cosa interpretada), en las cuales se desarrolla la interpretación obligatoria de la normas de la Convención»⁸.

Es una realidad, por lo tanto, que no nos encontramos ante dos sistemas, el convencional y el nacional, aislados o separados sino que, en el seno de una relación vertical, se observa una clara influencia del primero sobre el segundo. Aunque, en los últimos tiempos esta comunicación se ha convertido en bidireccional pues también existe de los tribunales estatales hacia el TEDH. Ello no obstante, la intensidad de la primera es mucho mayor que la segunda.

Por otra parte, es objeto de estudio las relaciones entre los dos sistemas de protección de los derechos humanos, enmarcado en una comunicación horizontal y bidireccional aunque esa bidireccionalidad no supone que las dos vías contengan una comunicación de similar intensidad siendo mucho más intensa la que va del TEDH a la CADH⁹.

A la hora de estudiar estas cuestiones, gran parte de la doctrina se ha decantado por utilizar la expresión, de origen anglosajón, diálogo entre tribunales (*jurisdictional dialogue*)¹⁰. Ello no obstante, su uso casi generalizado

⁷ Javier DELGADO BARRIO, «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», *Revista de Administración Pública*, n.º 119, (1989): 247.

⁸ Ramiro GARCÍA FALCONÍ: «Son obligatorias para los jueces nacionales las decisiones de los Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos y específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en *Temas fundamentales de derecho procesal penal*, (Quito: Ed. Cevallos, 201), 78.

⁹ Así lo destacan Javier GARCÍA ROCA, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ y Rafael BUSTOS GISBERT: «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo», en: *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*, ed. Por Javier GARCÍA ROCA, Pablo ANTONIO FERNÁNDEZ, Pablo SANTOLAYA, Raúl CANOSA (Civitas, 2012), 76.

¹⁰ A título de ejemplo Rafael BUSTOS GISBERT, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 95, (2012), 13 a 63; Javier GARCÍA ROCA, Pablo ANTONIO FERNÁNDEZ, Pablo SANTOLAYA, Raúl CANOSA: *El diálogo entre los sistemas* op. cit. Luis LÓPEZ GUERRA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y Realidad Constitucional*; Luis JIMENA QUESADA: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela*

no ha estado exento de reticencias¹¹ o críticas¹². LOPEZ GUERRA, define el diálogo como proceso de influencias y relaciones recíprocas entre tribunales¹³. Mantiene BUSTOS una postura más restringida sobre qué hay que entender por diálogo al definirlo como «la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho»¹⁴, dejando fuera a las influencias que pueden darse entre tribunales sin que exista obligación alguna, lo que en su opinión coincidente con la de VERGOTTINI no es más que un recurso a la comparación¹⁵.

Se ha detectado esa comunicación bidireccional dentro del sistema europeo, aunque sigue siendo predominante la vía que va del TEDH a los tribunales estatales. Asimismo existe esa bidireccionalidad entre el sistema europeo y americano. También aquí la influencia del TEDH es mayor. Poner de relieve que en esa comunicación no sólo habrá coincidencias sino que pueden darse «discrepancias e incluso oposiciones»¹⁶.

La comunicación entre tribunales, no ha de tender necesariamente hacia una homogeneización o identidad pero sí, hacia la armonización que permita

multinivel de derechos, (Aranzadi, 2013); Alejandro SAIZ ARNAIZ: «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo» en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, ed. Po VV.AA. (CEPC, 2013), 131 a 159.

¹¹ García Roca, Nogueira Alcalá y Bustos Gisbert, aunque se decantan por estos términos reconocen que a pesar de «haberlo dudado» optaron «por manejar esta expresión por su valor pedagógico y porque ha acabado por imponerse en la práctica (p. 66). Señalan que «esta indeterminación de la idea de diálogo posee la ventaja –y el inconveniente– de su tremenda flexibilidad para describir nuevos fenómenos (p. 74). Javier GARCÍA ROCA, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, y Rafael BUSTOS GISBERT, «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo», en Javier GARCÍA ROCA, Pablo ANTONIO FERNÁNDEZ, Pablo SANTOLAYA, Raúl CANOSA: *El diálogo entre...*, op. cit. el propio García Roca llega a afirmar que «si bien no es claro qué quiere decirse con “diálogo”, puede que de esta ambigüedad sea mejor no salir». Javier GARCÍA ROCA: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012, p. 223. Xiol Ríos describe considera que las objeciones a este concepto no tienen entidad suficiente para rechazar este concepto. Xiol Ríos: «El diálogo entre tribunales», en VVAA, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Cuadernos y Debates n.º 231, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 34-35.

¹² GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, (Civitas, 2010); y «El diálogo entre tribunales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, (2011), 335 a 352.

¹³ LÓPEZ GUERRA, *El diálogo entre...*, 139 a 158.

¹⁴ BUSTOS GISBERT, *XV proposiciones generales...*, 21.

¹⁵ GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo...*, 40.

¹⁶ Javier GARCÍA ROCA, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, y Rafael BUSTOS GISBERT, *La comunicación entre ambos sistemas ...*, 77.

afirmar la compatibilidad¹⁷ de dos construcciones jurisprudenciales. Ello permite plantearnos ya la existencia de un derecho global de los derechos humanos aunque para afianzar esta idea habría que acudir al análisis de otros sistemas, lo que excede del objetivo de este estudio.

En las páginas que vienen a continuación, se analiza la comunicación *intra* y *extra* sistemas de protección en relación al derecho a un juez natural. Así se estudia la producida entre la jurisprudencia del TEDH y la del Tribunal constitucional español, entre la jurisprudencia del TEDH y la CIDH y entre ésta última y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de la región andina (Bolivia, Perú y Colombia). Dejamos para un posterior estudio el análisis de la existencia o no de obligaciones jurídicas en estas relaciones.

2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Entre los instrumentos internacionales que consagra el mencionado derecho al juez natural, está el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 señala que: «Toda persona tiene derecho de presentar peticiones ... a cualquier autoridad competente ... obtener pronta resolución». A su vez, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 se refirió al derecho de las personas a ser: «oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley».

El CEDH de 4 de noviembre de 1950, en su art. 6.1, como parte de un proceso equitativo, regula el derecho que tiene toda persona, de ser oída por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación.

En el mismo sentido se ha regulado el art. 8.1 de la CADH de 22 de noviembre de 1969, que establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal u obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En ambos casos se está refiriendo al derecho al debido proceso, que tienen las personas de participar en demanda y/o en defensa del reconocimiento de sus pretensiones jurídicas e intereses que resultan ser controvertidos, por lo

¹⁷ Alejandro SAIZ ARNAIZ: «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo», en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, ed. Por VV.AA. (Centro de Estudios Políticos y constitucionales: Cuadernos y Debates, n.º 213, 2013), 136.

que también gozan del derecho a un juez natural, a efectos de que sea una autoridad jurisdiccional (juez o tribunal) –competente, independiente e imparcial y establecido por ley anterior– el que resuelva sus controversias jurídicas, acorde al derecho y la justicia que nace de las leyes, así como de la Constitución y normas internacionales de protección de los Derechos Humanos.

3. DIÁLOGO ENTRE EL TEDH Y LA CIDH

De la jurisprudencia de ambos tribunales se deduce que no pretenden organizar de manera perfecta a los órganos jurisdiccionales: «sino de garantizar derechos de los justiciables ... al ejercicio de las funciones jurisdiccionales por un órgano establecido en la ley y del cual pueden predicarse las notas de imparcialidad e independencia»¹⁸; de ahí que se puede hablar del derecho que se tiene a un juez competente (establecido por la ley), independiente e imparcial, que se pasa a analizar.

3.1. *Juez competente*

El derecho a un juez natural, debe satisfacer una de sus exigencias, cual es que la autoridad jurisdiccional sea competente, que resulta ser un elemento funcional, pues un Tribunal debe ser competente para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, es que: «un poder de decisión es inherente a la verdadera noción de Tribunal dentro del significado del Convenio», como en 1985 entendió el TEDH¹⁹, asimismo ese Tribunal en 1985 consideró que: «un Tribunal se caracteriza en el sentido sustantivo del término por su función judicial, es decir, por resolver asuntos dentro de su competencia sobre la base de reglas jurídicas y conforme a procedimientos conducidos de manera preestablecida»²⁰.

La CIDH, en 1999 considera que: «Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos»²¹; la interpretación realizada por la CIDH, no es precisamente la más afortunada, al considerar la independencia, como un

¹⁸ Javier GARCÍA ROCA y José Miguel VIDAL ZAPATERO, «El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia» en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª edición), 404.

¹⁹ Caso Benthem Vs. Holanda, Sentencia de 23 de octubre de 1985.

²⁰ Caso Belilos Vs. Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988.

²¹ Caso Castrillo Petruzzi Vs. Ecuador. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 129.

principio básico del derecho a ser juzgado con arreglos a procedimientos establecidos, cuando precisamente los procedimientos y normas legales, son los que determinan la competencia del juzgador y no la independencia, como correctamente y en la misma línea, se reconoció previamente, por el TEDH.

El derecho a ser juzgado por un juez natural, cuya competencia sea establecida con anterioridad por la ley, implica la constitución de un órgano jurisdiccional legal, que se expresa en: «El derecho a ser juzgado por un tribunal cuya composición (y competencia) obedezca a la ley» y no solo a la voluntad de los interesados, como entendió el TEDH en 1992²²; en consecuencia, primero es la ley la que establece la competencia de una autoridad, que sobre esa base juzga, asegurándose que los procesos sean resueltos por autoridades con potestad jurisdiccional y competencia, no por jueces o tribunales *ad-hoc*, creados para resolver un caso, donde habrá vulneración al derecho al juez natural, como entendió el TEDH en 2002, cuando señaló que «un órgano que no haya sido establecido conforme a la voluntad del legislador (tribunal *ad-hoc*) está necesariamente desprovisto de legitimidad ... para resolver conflictos entre particulares»²³, por carecer de competencia legal.

Es que solo cuando existe un juez o tribunal «establecido por la ley' concierne a la 'previsibilidad', según la ley»²⁴, se está frente a una autoridad jurisdiccional, que de acuerdo a las reglas de procedimiento, es competente para examinar y resolver un caso, por no ser parte de un tribunal especial o *ad hoc*; en ese sentido, se pronunció la CIDH, en innumerables casos, cuando señaló que la finalidad de un juzgamiento por un tribunal competente, establecido por ley anterior, es evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales o *ad-hoc*; también se expresó que se vulnera el derecho a ser oído por juez o tribunal establecidos con anterioridad por la ley, cuando se designa a uno que es *ad-hoc* para el caso *sub judice*²⁵.

El razonamiento dado por estos Tribunales, implica, por una parte, que «será el órgano legislativo el que decida la organización y la jurisdicción de los tribunales de un Estado»²⁶ a través de las leyes que al efecto emita; por otra parte los jueces o tribunales de justicia o funcionarios del Estado con poder jurisdiccional, tienen que actuar con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en la ley, asimismo deben actuar conforme a la competencia que

²² Caso Pfeifer y Plankl Vs. Austria, Sentencia de 25 de febrero de 1992, parr. 38.

²³ Caso Lavents Vs. Letonia, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

²⁴ Javier García Roca y José Miguel Vidal Zapatero, *El derecho...*, 370.

²⁵ Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú de 1999, Caso Cesti Hurtado Vs. Perú de 1999, Caso Ivcher Bronsein Vs. Perú de 2001, Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela de 2008, entre muchos otros.

²⁶ Cecilia MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, (Chile, Santiago: Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2005), 294.

le señaló la ley, por lo que esa facultad constituye: «un requisito que impide al poder político la alteración interesada de la competencia natural de los tribunales y sus procedimientos»²⁷, asegurándose así la efectividad y el cumplimiento del derecho al juez natural de todas las personas.

Los desarrollos antes mencionados, evidencian como de la jurisprudencia del TEDH parten los desarrollos que realiza la CIDH; sin embargo, tratándose del elemento competencia del juez natural, en el tema de jurisdicción y competencia militar, se produce un fenómeno inverso en la medida que las interpretaciones realizadas por la CIDH, son asumidas por el TEDH. Probablemente ello se deba a una realidad que caracterizó a una buena parte del continente americano, especialmente en las décadas de los 70 y 80, que fue la existencia de gobiernos militares que vinieron acompañados de jurisdicciones militares que en su actuación se caracterizaron por ser violatorias del derecho al juez natural, en su elemento competencia, provocando que ese tipo de irregularidades fueran llevadas ante la por la CIDH.

Hay que recordar que América, es un: «continente en el que la jurisdicción militar ha tendido muchas veces a ser expansiva»²⁸, en la medida en que su historia se ha visto afectada por militarismos que han creado tribunales *ad-hoc* o fueros de privilegio, que de manera reiterada y sistemática han usurpado funciones judiciales, violando el derecho a un juez natural y competente, cuando han asumido la jurisdicción ordinaria para procesar a civiles o para procesar a militares por delitos que hubieran correspondido conocer a tribunales ordinarios.

Esa situación ha motivado a las víctimas de atropellos a sus derechos humanos²⁹ a plantear reclamos internos, que al no haber tenido ningún eco, han acabado en demandas internacionales resueltas por la CIDH, que, a su

²⁷ Claudio NASH ROJAS: *Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)*, 127. Este comentario está disponible en: www.anuariocdh.uchile.cl.

²⁸ Diego GARCÍA-SAYÁN, «Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, (San José C.R: CIDH, 2005), 52.

²⁹ Los problemas de vulneración a los derechos humanos por militares, no es un tema que se hubiera estancado en la década de los 70 u 80 en América Latina con el Plan Cóndor u otras organizaciones de militares, contra opositores de sus dictaduras o de los gobiernos a los que han apoyado; sino también abarca la década de los 90 y de una u otra manera, aunque de de manera general de forma más morigerada, se extienden hasta nuestros días, para ello basta analizar el Informe Alerta 2010 sobre los Conflictos, Derechos Humanos y Construcción de Paz (Escola de Cultura de Pau. 1 mínima, 192 máxima, en el que evidencia como en los países en estudio), donde se evidencia como en Bolivia hay 78, Colombia 26, Perú 96, Chile 142 y Venezuela 77, de casos registrados de vulneración de derechos humanos por militares; como se desarrolló por Juan Sebastián Gómez y Paré Ortega, *Militarismo en América Latina*, (Barcelona-España: Justicia i Pau, 2010), 34.

vez, desarrolló una importante doctrina de protección al derecho al juez natural (competente), que no ha sido la misma en todos los tiempos, sino que gracias a una evolución positiva de protección, ha logrado revertir prácticas perniciosas y violatorias del derecho al juez competente, independiente e imparcial, tarea que indudablemente no ha sido fácil y menos rápida, sino producto de una construcción doctrinal desarrollada en el tiempo, que finalmente ha sido asumida por tribunales o Cortes de la región andina.

En el caso *Genie y Lacayo* (que dio lugar a la Sentencia de 29 de enero de 1997), en la relación de antecedentes, se tiene la posición que asumió la CIDH, que consideraba que juzgar delitos comunes como si fueran militares –por el sólo hecho de haber sido ejecutados por militares–, es violatorio al derecho al juez natural³⁰, sin embargo de ello y haciendo caso omiso a ese razonamiento la CIDH en su valoración consideró que el que se: «trate de una jurisdicción militar no significa *per se* que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora»³¹; es decir que de inicio no se reconoció que los militares estarían violando el derecho a un juez natural, cuando juzgaban delitos comunes.

A unos días de emitido ese razonamiento, la propia Corte lo cambió, en Sentencia de 17 de septiembre de 1997, en el Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*³², en la que se refirió que la de manera expresa a que: «la jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente ... al dictar sentencia firme absolutoria», pues considera que: «la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia ... Con esta conducta los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios»³³; lo que significa que la jurisdicción militar al disponer la detención y dictar sentencia contra una persona particular, por supuestos ilícitos de tipo común, han usurpado funciones de la jurisdicción ordinaria, actuando por tanto sin competencia y violando derechos humanos garantizados por la Convención, como es el derecho a un juez natural (usurpación de jurisdicción y actuación sin competencia).

³⁰ Párrafo 53.

³¹ Párrafo 84.

³² El caso tiene como antecedentes fácticos, que una persona particular, como es la señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada por el Estado Peruano en 06 de febrero de 1993, sin orden expedida por la autoridad judicial competente, como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso; la jurisdicción militar del Perú dictó a su favor sentencia absolutoria por el delito de traición a la patria del cual fue acusada.

³³ Párrafo 61.

La violación del derecho en estudio, también ha sido analizada desde el punto de vista de la competencia militar, que está dada y establecida para juzgar delitos militares, siendo otra la competencia de los jueces ordinarios para juzgar delitos comunes y un traslado de competencia, significa vulneración al derecho al juez natural, así se entendió en Sentencia de 29 de mayo de 1999, en el Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú³⁴, en la que se manifestó que el: «traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar ... supone excluir al juez natural ... Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a *fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuentra se íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia»³⁵ (traslado de competencia).

En consecuencia, por el tema de traslado de competencia, en el caso concreto se llegó a la conclusión de que la jurisdicción militar, no es la natural para juzgar a civiles que carecen de funciones militares; ese razonamiento se ha mantenido por la Corte en posteriores casos, así: en Sentencia de 18 de agosto de 2000 en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú³⁶; como en la Sentencia de 06 de diciembre de 2001 en el Caso Las Palmeras Vs. Colombia³⁷; también en Sentencia de 05 de julio de 2004, en el Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia³⁸; en igual sentido lo señalado en Sentencia de 25 de noviembre de 2004, en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú³⁹.

Igualmente, el indicado Caso Castillo Petruzzi y otros, resulta ser emblemático, pues además de la posición doctrinal referida (traslado de competencia) desarrolló otra posición doctrinal relativa a la obligación negativa del Estado, en sentido que: «El Estado no debe crear «tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios»⁴⁰; lo que significa que en un razonamiento más amplio, el Estado no solamente está impedido de

³⁴ La situación fáctica que tiene como base esta acción se encuentra en la detención de los señores Jaime Francisco Castillo Petruzzi y otros, entre el 14 y 15 de octubre de 1993, por DINCOT que fue un órgano del Estado encargado de prevenir, denunciar y combatir las actividades de traición a la patria por actos terroristas; finalmente procesados ante la justicia militar, por el delito de traición a la patria en el fuero militar.

³⁵ Párrafo 128.

³⁶ Párrafo 112.

³⁷ Párrafo 52.

³⁸ Párrafo 167.

³⁹ Párrafo 141.

⁴⁰ Párrafo 129, que en su pie de página, cita su fuente original que es: «Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asam-

trasladar competencias, sino que no puede sustituir la jurisdicción ordinaria por la jurisdicción militar, aplicando normas procesales previamente establecidas de lo uno hacia lo otro (sustitución de jurisdicción). Ese razonamiento se ha mantenido en la Sentencia de 25 de noviembre de 2004, en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú⁴¹.

Donde se aclara con mayor precisión el alcance restrictivo de la jurisdicción penal militar o sus límites, es en la Sentencia de 16 de agosto de 2000, en el Caso Durand y Ugarte Vs. Perú⁴², en la que se indicó que: «En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares ... sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar»⁴³; significa que el límite de la actuación de la jurisdicción militar está en juzgar delitos que atenten bienes jurídicos militares; en esa medida se excluye la posibilidad de que la jurisdicción militar juzgue a civiles, además se descarta la posibilidad de que sus miembros (militares) sean juzgados por esa jurisdicción militar por delitos comunes –para eso está la jurisdicción ordinaria– (alcance de la jurisdicción militar).

Ese alcance de la jurisdicción militar ha sido ratificado en forma posterior por la Corte, cuanto emitió la indicada Sentencia de 05 de julio de 2004, en el Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia⁴⁴; o lo expresado en la Sentencia de 22 de noviembre de 2005, en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile⁴⁵, en el que además en la misma línea se señaló: «la facultad de conocer las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, «de juzgarlas y de hacer ejecutar lo

blea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985».

⁴¹ Párrafo 143.

⁴² Tiene como antecedentes lo sucedido el 14 y 15 de febrero de 1986, cuando fueron detenidos Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, respectivamente, por efectivos de la Dirección contra el Terrorismo –DIRCOTE– bajo sospecha de haber participado en actos de terrorismo; procesados por la jurisdicción militar.

⁴³ Párrafo 117.

⁴⁴ Párrafos 165 y 173. Este caso resulta ser interesante, pues tiene origen el 6 de octubre de 1987, cuando comerciantes (víctimas) pasaron por el caserío de Puerto Araujo, donde fueron requisadas por miembros de las Fuerzas Militares, verificando si éstos llevaban o no armas; en la tarde fueron detenidos por miembros de un grupo «paramilitar» y dieron muerte a los 17 comerciantes; esto motivó el juzgamiento de los militares vinculados en la investigación, por jueces penales militares, sin considerarse que por el tipo de delito (común), debía ser juzgados por la jurisdicción ordinaria, produciéndose la violación al derecho al juez competente.

⁴⁵ Párrafo 124.

juzgado» pertenece exclusivamente a los tribunales militares establecidos en el mismo Código»⁴⁶; entre otros casos.

Esos criterios desarrollados por la CIDH han sido recogidos pero no asumidos estrictamente por el TEDH, en el Caso Ergin Vs. Turquía, de 5 de mayo de 2006. Si la CIDH en el caso Durand Ugarte, tal como hemos visto, excluye del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, el TEDH mantiene que «no puede sostener que el Convenio excluya absolutamente la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que impliquen a civiles. Sin embargo, tal caso deberá ser objeto de un examen especialmente riguroso»⁴⁷. Ahora bien, el Tribunal es consciente de los peligros que entraña que civiles sean juzgados por tribunales militares, por lo que advierte que solo en casos excepcionales puede un tribunal militar juzgar a un civil sin vulnerar el artículo 6 del CEDH⁴⁸, de tal manera que «la jurisdicción militar no puede extenderse a los civiles salvo que existan razones imperiosas que justifiquen tal situación basándose en una base legal clara y previsible. La existencia de tales razones habrá que ser demostrada en cada caso concreto. La atribución de ciertas categorías de delitos a la jurisdicción militar hechas in abstracto por la legislación natural no sería suficiente»⁴⁹.

Para llegar a esta conclusión hace referencia al informe sobre la cuestión de la administración de justicia por los militares, que en el seno de la ONU se sometió a la Comisión de Derechos Humanos, que lo debatió en la 62.^a sesión en 2006 (Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/9 de 16 de junio 2005) y en cuyo, Principio n.º 5 se afirma que «los tribunales militares ... no son competentes para juzgar a civiles. En todo caso, el Estado deberá garantizar que los civiles acusados de un delito de cualquier naturaleza sean juzgados por tribunales civiles»⁵⁰; situación que ha sido la adoptada por la CIDH en el caso Cantoral Benavides Vs. Perú, en Sentencia de 18 de agosto de 2000, en la que se expresó que tribunales militares han sido creado por varias leyes con el objetivo de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones»⁵¹.

⁴⁶ Párrafo 149.

⁴⁷ Párrafo 42.

⁴⁸ Párrafo 44.

⁴⁹ Párrafo 47.

⁵⁰ Caso Ergin Vs. Turquía, Sentencia de 05 de abril de 2006, párr. 45.

⁵¹ Como se ha referido en la sentencia del TEDH citada supra, remitiéndose al fallo de la CIDH, relativo al Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 112.

No hay una asunción de la jurisprudencia de la CIDH pero si una toma en consideración. El TEDH no ha llegado a la conclusión de la CIDH de impedir a los tribunales militares juzgar a civiles pero si somete esa posibilidad a una serie de exigencias que la hacen prácticamente inviable. El nivel de protección de la CIDH, el estándar americano, es más alto que el dispensado por el europeo pero las exigencias del TEDH hacen que en la práctica esa diferencia disminuya, aunque, eso sí, no desaparece. Podríamos afirmar que la CIDH ha llegado a buen puerto en su razonamiento y que el TEDH está en plena travesía (es decir, en plena evolución de su jurisprudencia) hacia el mismo destino. La referencia al Informe y al caso Durand y Ugarte como puntos de referencia puede entenderse en este sentido y como un aviso a navegantes de una futura postura similar a la de la CIDH.

3.2. *Juez Independiente*

El elemento de independencia, del derecho al juez natural, implica la existencia de un Tribunal, que «debe también satisfacer una serie de requerimientos (como es la) independencia, en particular del poder ejecutivo», como en 1988 entendió el TEDH. En consecuencia la independencia implica la existencia de un órgano que imparte jurisdicción, pero que está ajeno a presiones concretas; por eso se entiende por independencia: «la imposibilidad jurídica de dirigir instrucciones o recomendaciones a los miembros de un órgano judicial (u otro órgano que ejerza jurisdicción) en relación con su actividad jurisdiccional», reforzándose la dependencia de la ley y la independencia del juzgador.

De manera general, la facultad jurisdiccional debe ejercerse con independencia y no es una atribución exclusiva de las autoridades del órgano judicial, sino que alcanza a la actividad jurisdiccional que pueden realizar otras autoridades del Estado, que tienen funciones legislativas o administrativas; en tales casos, cuando un órgano colegiado tenga otras funciones –además administrativas–, no le impide ser un Tribunal cuando ejerza su función judicial, como reconoció expresamente el TEDH en 1984, esta posición del Tribunal Europeo: «supone renunciar exigir a los Estados firmantes una exclusividad judicial que, sin embargo, se desprende naturalmente de un entendimiento moderno de las reglas de la división de poderes».

Realizando una remisión expresa y específica al razonamiento del TEDH, la CIDH el 2001⁵², en la misma línea consideró que de conformidad al principio de separación de poderes o distribución de funciones, cualquier autoridad pública –sea administrativa, legislativa o judicial– puede ejercer –con

⁵² Sentencia de 31 de enero de 2001, en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.

independencia– función jurisdiccional, es que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, tiene la obligación de garantizar el derecho al juez natural independiente.

En la indicada línea, en dicha Sentencia se manifestó: «De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo»⁵³, aclarando a continuación que cuando la: «Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas»⁵⁴; lo que implica que el Estado, en cualquiera de los órganos que ejerce actividad jurisdiccional, está obligado a respetar el principio de separación de poderes o distribución de funciones, que garantiza la existencia de un juez natural que sea independiente.

Asimismo, y de manera especial, tratándose de autoridades judiciales, deben ejercer sus funciones con independencia, ajenos a presiones que puedan provenir de otros órganos de poder, tal como entendió el TEDH cuando considera que el Estado debe cumplir con la separación de poderes, mirando a los límites de interacción de poderes, debiéndose dar una separación entre los órganos políticos de gobierno y los judiciales⁵⁵. Y es que la independencia «no es un privilegio personal del juez es, sobre todo, una independencia funcional dentro del proceso, y actúa frente a otros órganos judiciales y frente a los demás poderes»⁵⁶, pues «un Estado en donde los jueces sufran coacción de los gobernantes, legisladores y políticos, deja de ser un Estado de Derecho»⁵⁷, perdiendo la administración de justicia una de sus mayores garantías, que es la independencia.

En cuanto a los mecanismos que aseguran la independencia del juzgador, el TEDH en 1984, estableció los criterios necesarios para asegurarla. Están referidos al tipo de nombramiento y duración del mandato, la existencia de garantía contra presiones externas (inamovilidad) y si el órgano presenta una apariencia de independencia⁵⁸; ese razonamiento ha sido

⁵³ Párrafo 71.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Caso Stafford Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de mayo de 2002; Caso Sacilor Lorminess Vs. Francia, Sentencia de 09 de noviembre de 2006.

⁵⁶ Javier GARCÍA ROCA y José Miguel VIDAL ZAPATERO, *El derecho* ..., 367.

⁵⁷ Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del Proceso*, (Buenos Aires-Argentina: Universidad S.R.L., 1997), 129.

⁵⁸ Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1984.

asumido de manera expresa por la CIDH en 2001 cuando considera que: «la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas»⁵⁹, aunque ya no hace mención al último mecanismo, relativo a determinar si el órgano presenta o no una apariencia de independencia.

El primer mecanismo referido al nombramiento de autoridades jurisdiccionales judiciales, de manera general se realiza por el órgano legislativo, forma de designación que ha creado cierta susceptibilidad, que ha motivado cambios hasta realizarse por elección popular, lo que ha provocado el riesgo de la politización; en todo caso, sea cual fuere la forma de designación, es necesario demostrar que la forma de nombramiento es: «insatisfactoria como un todo ... (o que) al menos el establecimiento de un Tribunal concreto fue influenciado por motivos impropios»⁶⁰.

El TEDH en 1998 ya consideró que el nombramiento de Presidentes de ciertos órganos administrativos con potestad sancionadora se hacía bajo el control del Gobierno⁶¹, en cuyo caso, mal puede un nombramiento de ese tipo asegurar la independencia de un juzgador. La CIDH, asumiendo específicamente razonamientos del TEDH, ratificó su posición en sentido de que la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento⁶².

Hay que tener en cuenta que en el sistema de nombramiento de las autoridades judiciales en particular, y de las jurisdiccionales en general, o de todos los que ejercen función jurisdiccional, debería garantizar su independencia, siendo «indispensable un procedimiento eficaz en los nombramientos de los funcionarios ... Es en la forma de designarlos y en su calidad, no en la vigilancia y castigo, donde se encuentra la garantía de una justicia independiente». Un elemento fundamental para el fortalecimiento de un Estado de Derecho, es la garantía de la independencia de jueces y tribunales, que solo se logra a través de un adecuado mecanismo de selección y designación de autoridades jurisdiccionales, sean judiciales o no.

Esta garantía de la independencia, tiene una estrecha relación con otra que es de la imparcialidad, así se dijo que «una línea de nombramientos interferidos políticamente, no se dará sin consecuencias en el plano de la imparcialidad, en particular, cuando se trate de juicios de relevancia política», es que la independencia e imparcialidad están estrechamente relacionados

⁵⁹ Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75.

⁶⁰ Zand Vs. Austria, Informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978.

⁶¹ Caso Kudabec Vs. Eslovaquia, Sentencia de 02 de septiembre de 1998.

⁶² En el referido Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 ya citado.

aunque no son lo mismo, la independencia es un presupuesto político y orgánico de la imparcialidad (que se estudiará con posterioridad), en todo caso un juez o tribunal no condicionado políticamente (independiente), podría al mismo tiempo no estar en posición de equidistancia con relación a las partes o al objeto del juicio mismo (parcial).

Se encuentra estrechamente relacionado a la forma de nombramiento y/o designación, el otro mecanismo referido a «si el órgano presenta una apariencia de independencia», que se entiende mejor a través de la casuística, por ejemplo, cuando un Consejo Policial con función jurisdiccional está integrado por una persona que prestó juramento al resto de los policías, está subordinado a sus superiores y leal a sus colegas, situación que «podía legítimamente plantear dudas sobre la independencia e imparcialidad organizativa del Consejo Policial» por tanto lesiona el art. 6.1 del CEDH, como entendió en 1988 el TEDH⁶³. En esa línea otros casos, cuando se conoció y resolvió asuntos relativos al sistema británico de la justicia militar, entre ellos en 1997, en el Caso Findlay contra el Reino Unido, en el cual el TEDH refiriéndose a la figura del *convening officer*, relativo a la acusación, señaló que la desconfianza del acusado y demandante acerca de la independencia del Tribunal penal militar estaban suficientemente fundadas, por el papel clave en la acusación y al mismo tiempo designación a los miembros de la corte marcial, quienes eran inferiores en rango a él y caían dentro de su cadena de mando⁶⁴.

El mecanismo referido a la apariencia de independencia (vinculado al nombramiento), si bien no fue asumido de manera expresa por la CIDH, lo ha sido implícitamente, cuando reconoció, por ejemplo, que jueces y tribunales militares no presentan una apariencia de independencia. Muchos son los pronunciamientos en ese sentido, tal el Caso de 1999, denominado Castillo Petruzzi, en el que se manifestó que: «el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones a sus inferiores. Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares»⁶⁵; resulta cuestionable y hace dudar la independencia de los tribunales

⁶³ Caso Belilos Vs. Suiza, Sentencia de 28 de abril de 1988.

⁶⁴ Caso señalado, Sentencia de 25 de febrero de 1997; en similares situaciones los casos Coine contra reino Unido, de 24 de septiembre de 1997, Cable y otros contra Reino Unido, de 18 de febrero de 1999, Wilkinson y Allen contra Reino Unido, de 06 de febrero de 2001.

⁶⁵ Párrafo 130.

militares, cuando los mismos son designados por el Ministro del ramo, que forma parte del Órgano Ejecutivo.

Asimismo en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile de 2005, se indicó que: «La Corte estima que ... tribunales militares ... su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales ... no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad»⁶⁶.

La CIDH, sin así decirlo, asume la posición que ya tuvo el Tribunal Europeo, cuestionándose en ambos tribunales la independencia del tribunal penal militar, por el origen o la forma de designación, dudándose de la independencia del juzgador.

Entre los mecanismos que aseguran la independencia del juzgador, además del nombramiento y de la apariencia de independencia –a las que se acaba de hacer referencia–, está la duración del mandato y la existencia de garantías contra presiones externas (inamovilidad), como reconoció el TEDH. Las últimas están referidas al hecho de que cuando una autoridad jurisdiccional ha sido adecuadamente nombrada, no debe ser removida de su cargo durante todo su mandato –salvo que existan causas legalmente previstas–, debiendo estar asegurada su inamovilidad, como garantía de su independencia o contra presiones externas.

La inseparabilidad de un miembro de un tribunal, durante el tiempo de su mandato, no precisa un «reconocimiento jurídico formal», como entendió el TEDH en 1984, cuando además considero suficiente que fuera «reconocida de hecho y que las otras garantías estuvieran presentes». Así se tiene que las autoridades jurisdiccionales de carrera, gozan de inamovilidad durante todo el tiempo de su mandato, como reconoció la Comisión IDH en 1997, salvo que sean destituidos de su cargo, mediando el ejercicio del derecho a la defensa, dentro de un debido proceso, como se entiende de señalado por la CIDH el 2001.

3.3. *Juez imparcial*

La independencia y la imparcialidad, se constituyen en dos principios básicos de la administración de justicia, distintos pero complementarios, así: «un juez imparcial requiere ... ser independiente ... mientras que un juez puede ser independiente y, sin embargo no ser imparcial a la hora de conocer una causa determinada»⁶⁷.

⁶⁶ Párrafo 155.

⁶⁷ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, (Navarra: Ed. Aranzadi S.A., 2002), 71.

No es suficiente que un Juez o Tribunal a tiempo de resolver una causa actúe de manera independiente⁶⁸, sino que es necesario que el mismo sea imparcial y que la única razón que lo guíe sea la correcta administración de justicia, sin desviar sus apreciaciones a ningún tipo de consideración: sea de amistad, enemistad, simpatías o antipatías, razones políticas, religiosas u otras, lucro personal o dádivas ilícitamente ofrecidas y obtenidas, etc.

La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice*⁶⁹, es decir que a tiempo de conocer y resolver una causa, sus apreciaciones no son parciales, sesgadas, ni cargadas de prejuicios con relación a ninguno de los sujetos procesales. Por eso se manifestó que la imparcialidad es una: «actitud, que nos muestra que este juzgada sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte»⁷⁰,

La doctrina de la imparcialidad del juez natural, ha sido desarrollada por el TEDH, recogida de manera expresa por la CIDH, en el caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, en Sentencia 5 de agosto de 2008, que señaló que esa imparcialidad se compone de elementos subjetivo y objetivo. «E el primer caso, «exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio», a su vez el segundo caso implica que un juzgador debe participar en una contienda judicial: «ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad».

De acuerdo a esa doctrina, el aspecto subjetivo de la imparcialidad está en relación con la convicción personal del juez en un determinado caso, sometido a una presunción *iusuris tantum*; es decir, que se presume la imparcialidad del juzgador, salvo prueba en contrario; imparcialidad que se: «origina por la relación extraprocesal que cualquiera (o todos) los miembros del órgano juzgador tenga o haya tenido con las partes en el proceso».

A su vez, el aspecto objetivo de la imparcialidad se refiere a la falta de contacto anterior por parte de los magistrados con el *thema dedidendi*, que pueda haberles causado un perjuicio a alguna de las partes; lo que implica que la imparcialidad objetiva deriva de la relación o contacto que el órgano judicial haya podido tener con los hechos y con alguna de las partes con anterioridad a la sustanciación del proceso.

⁶⁸ Actuación independiente que se dará cuando la autoridad jurisdiccional sea autónoma, sometida única y exclusivamente a la Constitución y las leyes, no así al poder de cualquier otro órgano del Estado, en el marco del principio de separación de funciones, que se constituye la base del sistema democrático.

⁶⁹ CIDH Informe n.º 78/02 de 27 de diciembre, en el Caso 11.335, Guy Malary Vs. Haití, párrafo 74.

⁷⁰ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad* ..., 71.

La imparcialidad subjetiva (personal) u objetiva (funcional), está relacionada a la percepción razonable de imparcialidad que pueda tener el que será juzgado, excluyéndose cualquier duda legítima de parcialidad del juez, sobre la base de elementos perceptibles (subjetiva u objetivamente, según el caso) que permitan establecer que el juzgador no está siendo sometido a ningún tipo de influencia, prejuicio o intromisión, sino motivado únicamente por el interés de lograr una correcta administración de justicia.

Dentro de las ideas-fuerza de la interpretación del concepto de imparcialidad realizado por el TEDH, está la apariencia de un juzgador imparcial, que debe valorarse en favor de la confianza que tienen los justiciables, en los órganos de administración de justicia⁷¹.

El TEDH en 1970, considero el adagio: «*justice must not only be done, it must also be seen to be done*» (no solo debe hacerse justicia, sino advertirse que se hace), estas consideraciones permitirán albergar algunas dudas sobre la naturaleza satisfactoria o no del sistema en cuestión⁷²; en ese sentido en la Sentencia Piersack de 1982, consideró que la imparcialidad descansa en la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos; y en el mismo sentido la Sentencia De Cubber de 1984, en la que también expresó que: «debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad ... esto se deriva de la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables».

Aplicando esos criterios se establece la desconfianza que tienen el acusado como el demandante, con relación a la independencia e imparcialidad de un tribunal penal militar, que tiene un papel de acusación, pero al mismo tiempo designa a los miembros de una corte marcial, que son inferiores en rango y caen dentro de una cadena de mando; en ese sentido se analizó en muchos casos en el TEDH⁷³.

Dichas interpretaciones, han sido asumidas de manera genérica por la CIDH en diversos casos, en los que consideró que miembros de tribunales militares, generan desconfianza o no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad, al ser parte y juzgar, al ser parte de fuerzas en servicio, al combatir y juzgar y otros; así se reconoció en diversos fallos de 1999, 2000, 2001 y otros⁷⁴.

⁷¹ Como entiendo Rafael JIMENEZ ASENSIO, citado por Javier GARCÍA ROCA y José Miguel DÍAZ ZAPATERO, *El derecho...*, 378 y 382.

⁷² Caso Delcourt Vs. Bélgica, Sentencia de 17 de enero de 1970.

⁷³ Caso Fidlay Vs. Reino Unido, sentencia de 25 de febrero de 1997; Caso Cooper Vs. Reino Unido, sentencia de 16 de diciembre de 2003, Miller y otros contra el Reino Unido, de 26 de octubre de 2004, entre otros.

⁷⁴ Caso Castillo Petrucci Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 130; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, Sentencia de 26 de agosto de 2000, párr. 126; Caso Cantoral

4. DIÁLOGO ENTRE EL TEDH Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El elemento imparcialidad del juez natural, garantiza la existencia de una justicia imparcial, por ello: «La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar: un Juez parcial no es un verdadero Juez»⁷⁵. Señala al respecto el Tribunal Constitucional en la STC 133/2014, de 22 de julio de 2014, que «constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional.».

Ha sido el TEDH quién en 1982 en el Caso Piersack ha configurado, el derecho a un juez imparcial, partiendo del reconocimiento de que la imparcialidad se define por la ausencia de prejuicios o parcialidades, contando con dos dimensiones, pudiéndose así distinguir entre: «un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto (que debía ser presumida mientras no se demuestre lo contrario), y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto»⁷⁶. En esa virtud se tiene que por esa doble dimensión, la imparcialidad puede apreciarse de modo subjetivo, apreciación que es difícil que tenga éxito, porque requiere la prueba de un factor interno o espiritual, como es un determinado prejuicio del juzgador respecto al caso; en cambio la otra dimensión objetiva, tiene más posibilidades de ser probada, porque puede apreciarse la imparcialidad, prescindiendo de la subjetividad del juez para el caso concreto⁷⁷.

Esta doctrina se va consolidando en 1984 en el Caso De Cubber, cuando el TEDH, reitera la doble dimensión de la imparcialidad, concluyendo que se ha lesionado la imparcialidad objetiva, comprendiéndose que: «un inculpado pueda inquietarse si encuentra, en el seno del Tribunal llamado a decidir sobre la fundamentación de la acusación, al Magistrado que le había puesto en situación de detención preventiva y le había interrogado durante la instrucción preparatoria»⁷⁸; hay que recordar que la instrucción en el proceso penal belga, es una de tipo inquisitivo, de ahí que el ejercicio sucesivo de las funciones de instrucción y enjuiciamiento por un mismo juez, contamina su imparcialidad,

Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 114; Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Sentencia de 06 de diciembre de 2001, párr. 53.

⁷⁵ Ignacio DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, (Madrid: Ministerio de Justicia, 1989), 23.

⁷⁶ Caso Piersack Vs. Bélgica, Sentencia de 1ro. de octubre de 1982.

⁷⁷ Como señala ORTELLS RAMOS, citado por Alexandre CATALÀ I BAS, «Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho*, (2001): 396.

⁷⁸ Caso Cubber Vs. Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984.

al poderse formar prejuicios del acusado cuando se celebra el juicio, sobre la base de la culpabilidad del imputado durante la fase de la instrucción.

En el contexto europeo, el Tribunal Constitucional de España, asumió de manera expresa y específica, la doctrina de la doble dimensión de la imparcialidad, cuando emitió la STC 145/1988, de 12 de julio, en la que basándose en la jurisprudencia de los casos Piersack y De Cubber, se ha declarado inconstitucional el art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que consideraba que el juez que instruía podía también resolver, por ser contraria al derecho al juez imparcial. Asimismo, en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, se asumió específicamente la doble dimensión desarrollada por el TEDH, cuando consideró que:

«El método de apreciación de estas exigencias empleado por el T.E.D.H., cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 C.E.), se caracteriza por distinguir dos perspectivas –subjetiva y objetiva–, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del T.E.D.H. dictadas en los casos Piersack (§ 30) y De Cubber (§ 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, § 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan.»

Posteriormente, siguiendo la doble dimensión de la imparcialidad, el Tribunal Constitucional Español va sentando significativas diferencias, cuando considera que la vertiente subjetiva de la imparcialidad atiende a las relaciones del juez con las partes en litigio y la vertiente objetiva con el *thema decidendi*, tal lo expresado en STC 85/2003, de 08 de mayo, igual que en STC 52/2001, de 26 de febrero. Es decir que mientras en el TEDH la imparcialidad subjetiva se sitúa en lo que piensa el juez o su fuero interno, en la doctrina que va creando el TC la imparcialidad afecta a las sospechas que puede existir en las relaciones del juez con las partes; a su vez, la imparcialidad objetiva del TEDH valora que el juez ofrezca o no las garantías para excluir toda duda legítima, en la doctrina del TC la imparcialidad afecta a la relación del juez con el objeto del proceso. De ahí se manifestó que: «puede que la matización efectuada por el Tribunal Constitucional español acaso fuera más eficaz en la

práctica»⁷⁹, porque la imparcialidad deriva de la relación o de los vínculos que pueda tener el juez, sea con las partes o con el objeto del proceso.

A pesar de ello, cabe advertir que la recepción de la jurisprudencia del TEDH por parte del Tribunal Constitucional en esta cuestión es muy notable. Valga de ejemplo la sentencia 133/2014, que, en el fundamento jurídico 3, transcribe de forma literal los párrafos 93 a 98 de la STEDH Micallef c. Malta, de 15 de octubre, que, con numerosas referencias a sentencias del propio Tribunal, sistematiza toda su jurisprudencia sobre el tema. Se habla así de valoración subjetiva en el sentido de ausencia de prejuicios o parcialidad, existiendo una presunción de imparcialidad en favor del tribunal; de valoración objetiva que asegura que el tribunal en si mismo, y, entre otros aspectos, su composición, vínculos jerárquicos o de otro tipo entre las jueces y los actores en el procedimiento, doble papel del juez, etc., ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima con respecto a la imparcialidad. También hay que tener en cuenta cuestiones de organización interna como la existencia de mecanismos para asegurar la imparcialidad como normas que regulen la recusación de los jueces. Tras ello reconoce el Tribunal Constitucional que «a esta distinción ha atendido también este Tribunal», exponiendo, eso sí, las diferencias sobre qué hay que entender por imparcialidad manifestadas *supra*.

5. DIÁLOGO ENTRE LA CIDH Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES AMERICANOS (BOLIVIA, COLOMBIA Y PERÚ)

En este epígrafe se analiza la comunicación entre la CIDH y los Tribunales Constitucionales de Bolivia, Perú y Colombia. Ello no obstante, se hará referencia en más de una ocasión a sentencias del TEDH con el objeto de mostrar la coexistencia de un dialogo horizontal entre los dos órganos supranacionales y de uno vertical entre la Corte y los órganos estatales. Es decir, como la jurisprudencia del TEDH es asumida por la Corte y, normalmente, a través de ella, por los tribunales estatales. Si con anterioridad hemos mostrado la influencia de la jurisprudencia del TEDH en el Tribunal Constitucional, se ve claramente como se produce una armonización *intra* y *extra* sistemas, creador de un estándar común a nivel europeo y americano.

5.1. Juez competente

La CIDH, en Sentencia de 30 de mayo de 1999 en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, con relación a la competencia legal del juez natural

⁷⁹ Javier GARCÍA DE LA ROCA y José Miguel VIDAL ZAPATERO, *El derecho...*, 380.

señaló: «toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos⁸⁰»; es decir que los jueces y tribunales deben juzgar con arreglo a una ley previamente establecida, no por jueces ni tribunales *ad-hoc*.

En el mismo sentido ya se pronunció el TEDH cuando en 1988, al referirse a un Tribunal que cumple función judicial, señaló que es aquel que debe: «resolver asuntos dentro de su competencia sobre la base de reglas jurídicas y conforme a procedimientos con conducidos de manera preestablecida»⁸¹, en la misma sentencia también se señaló que el tribunal debe cumplir con una serie de requerimientos, como es la independencia e imparcialidad.

Lo dicho por el TEDH, como lo señalado por la CIDH, ha sido asimilado por Tribunales estatales americanos, así Tribunales estatales como el Tribunal Constitucional de Bolivia, en ese mismo sentido, realiza interpretaciones sobre el alcance del juez competente, que es el llamado a resolver controversias de acuerdos a reglas establecidas por ley, efectuando referencias genéricas a fallos de la CIDH, en algunos casos la menciones son específicas (Tribunal Constitucional Vs. Perú) y, en otros casos las remisiones son a otras sentencias del TC, que a su vez hacen referencia específica a fallos interamericanos.

El artículo 8.1 de la Convención al garantizar el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, hace mención a que el mismo deberá ser: «... establecido con *anterioridad a la ley*», siendo necesario fijar el alcance de esa regulación normativa.

El derecho a ser juzgado por un juez natural con una competencia establecida con anterioridad por la ley, ha sido también reconocido por los países de la región andina, así el art. 139.3 de la Constitución Política del Perú, Y el párrafo II del art. 29 de la Constitución Política de la República de Colombia. Por su parte, El art. 120-I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, regula el derecho al juez natural, pero no se refiere de manera expresa a una ley anterior o una ley preexistente o previamente determinada, sino que menciona la existencia de autoridades que deben ser establecidas con anterioridad al hecho de la causa.

Si un asunto está siendo juzgado, tendrá que ser con jueces o tribunales cuya competencia haya estado establecida con carácter previo por la ley, con relación a criterios objetivos como: materia, cuantía, territorio, entre otros; pues caso contrario, se vulnera el derecho al juez natural y competente, como entendió la CIDH en el Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, en Sentencia de 06 de febrero de 2001, cuando señaló que: «La Corte considera que el Estado, al crear Salas y Juzgados ... y designar jueces que integran los mismos, en el

⁸⁰ Párrafo 129.

⁸¹ Caso Belilos contra Suiza, Sentencia de 29 de abril de 1988.

momento en que ocurrían los hechos del caso *sub judice*, no garantizó ... el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos «con anterioridad por la ley», consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana»⁸²; es que en ningún caso una persona puede ser juzgada con jueces que para el efecto o para ese juzgamiento se designaron, esa situación irregular implicaría la existencia de un juez o tribunal *ad-hoc*, un fuero especial y violación del derecho al juez natural con competencia previamente establecida por la ley.

Precisamente la CIDH, en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú citado así como en Sentencia de 05 de agosto de 2008 emitida en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, señaló que la finalidad o el objetivo que se persigue con el juzgamiento por un tribunal competente establecido por ley anterior, es garantizar el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, con lo que: «se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o *ad hoc*.»⁸³.

Vinculadas a estas interpretaciones, se tienen otras como las que desarrolló la CIDH, en el Caso Cesti Hurtado Vs. Perú, cuando emitió la Sentencia de 29 de septiembre de 1999, en la que manifestó que: «el juicio constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención»⁸⁴, por lo que «el fuero militar es incompatible con la Convención»⁸⁵. Es decir, cualquier fuero militar o especial, es violatorio al derecho a un juez competente (fueros militares incompatibles con el derecho a un juez competente). El reconocimiento de un fuero especial militar, que vulnera el derecho al juez natural, ha sido un razonamiento reiterado en la Corte, así el 2000 en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, cuando señaló: «este fuero ... supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas»⁸⁶», entre otros.

En esa virtud se tiene que, primero es la ley la que establece la competencia de la autoridad jurisdiccional, sobre esa base se juzga; con esto se tiende a asegurar que los procesos sean tramitados y resueltos por autoridades con potestad jurisdiccional y competencia, no así por jueces o tribunales *ad-hoc* que son diferentes a los que de manera regular juzgan, creados intencionadamente para resolver un determinado caso, donde indudablemente no habrá más que una grave violación al derecho al juez natural.

Con relación al derecho a un juez con competencia previamente establecida, dada para evitar juzgamientos con jueces o tribunales constituidos para casos concretos, que vienen a ser de carácter *ad-hoc*, violatorios al derecho al

⁸² Párrafo 115.

⁸³ Párrafo 50.

⁸⁴ Párrafo 151.

⁸⁵ Párrafo 194.

⁸⁶ Párrafo 112.

juez natural competente, la Corte Constitucional de Colombia realizó ciertas apreciaciones.

Sobre la base de la doctrina desarrollada por dicha Corte Constitucional, relativa a que la violación del derecho a no ser juzgado por tribunales constituidos con ocasión de una determinada conducta o conocida como «la fijación *ex post facto* de competencias», en la tramitación de una acción de tutela (amparo constitucional), se ha pronunció la Sentencia T-058/06 de 02 de febrero de 2006, en la que asumiendo de manera expresa criterios generales de la CIDH (del Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú), señaló que es una vía de hecho el desconocimiento del derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente, estando: «proscrita como lo está la fijación *ex post facto* de competencias judiciales ... como también su señalamiento *ad hoc* por parte de autoridades administrativas o judiciales ...»⁸⁷; en la misma Sentencia se indicó que: «la esencialidad del mismo (del derecho a un juez natural competente), centrada en que no se establezcan «jueces o tribunales *ad-hoc*»⁸⁸.

Es que es propio del derecho a un juez natural competente, que con carácter previo al conocimiento y tramitación de una causa, se defina quienes son los jueces competentes y que sean ellos y no un tribunal *ad-hoc* que conozca y resuelva los casos litigiosos.

Con referencia al hecho de que los procesos sean resueltos por autoridades con competencia previamente determinada por ley, de acuerdo a diversos criterios objetivos como: materia, cuantía, territorio, entre otros, debe tenerse en cuenta el desarrollo jurisprudencial que al respeto desarrolló el Tribunal Constitucional de Bolivia.

En SC 1364/2002-R de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional de Bolivia, señaló que el derecho a un juez natural tiene un doble alcance, así: «en criterio de la CIDH tiene dos alcances: a) la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver determinada causa»⁸⁹, refiriéndose a ese primer criterio señaló que: «la misma Corte ... entendió que se considera un tribunal competente al que es llamado a conocer y resolver una controversia de acuerdo a determinadas reglas preestablecidas ya sea de territorio, materia u otros elementos»⁹⁰, el alcance del segundo criterio sería el: «b) que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por ley»⁹¹.

Es necesario hacer notar, que lamentablemente esa Sentencia adolece de una imprecisión, pues con relación al alcance del derecho juez natural se

⁸⁷ Punto 4.1.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Punto III.1 de Fundamentos.

⁹⁰ Punto III.2 de Fundamentos.

⁹¹ Punto III.1 de Fundamentos.

refiere a los criterios que habría establecido la CIDH, pero no señala en qué casos se hubieran fijado los mismo, si en una Sentencia o en una Opinión Consultiva, lo que deja en duda cuál es el origen preciso de los razonamientos de esa decisión⁹². No es un fenómeno extraño. Así los autores han distinguido entre una referencia expresa y otra tácita o implícita⁹³.

El mismo Tribunal Constitucional de Bolivia en SC 0491/2003-R de 15 de abril de 2003, se ha referido de manera muy general, al derecho al juez natural competente, además de independiente e imparcial, como parte de un debido proceso, señalando: «Uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial», remitiéndose a lo señalado por: «la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77)»⁹⁴. Esta Sentencia tiene la virtud de establecer de manera expresa el carácter vinculante de la jurisdicción internacional de la CIDH, con relación a la jurisdicción constitucional del Estado de Bolivia; además los razonamientos en ella contenidos, han sido reiterados en innumerables casos⁹⁵.

El mismo Tribunal Constitucional de Bolivia, en SC 0074/2005 de 10 de octubre, realizó un interesante desarrollo sobre las condiciones que deben darse para que exista un juez predeterminado, con competencia previamente establecida en la ley, tal que el órgano judicial: «i) haya sido creado previamente por un precepto legal; ii) ... esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso ...; iii) ... no permita calificarlo de tribunal ad hoc o de comisión especial; iv) la composición ... venga determinada por la ley; y v) ... se siga el procedimiento ... para la designación de ... el órgano respectivo»⁹⁶.

⁹² Los criterios señalados, que se dice habrían partido de la Corte Interamericana (¿?), han sido reiterado en la SC 004/2003 que se emitió en la tramitación de un Recurso Directo de Nulidad, Sentencia que en las partes transcritas (relativas al criterio de la Corte en cuanto al alcance del juez natural), han sido repetidos en las SC 0093/2005-R, SC 0060/2005 RDI, SC 1581/2005-R, que equivocadamente asumen el razonamiento de la segunda (SC 004/2003) y no así la primera (SC 1364/2002-R), que fue en realidad la sentencia hito en el tema señalado.

⁹³ Vide Alexandre H. CATALÀ I BAS, «Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho*, (2001): 419 y GARCÍA ROCA, Javier, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y BUSTOS GISBERT, Rafael, *La comunicación entre ambos sistemas...*, 85, y Rodrigo BRITO MELGAREJO, «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret*, (2/2002), 19.

⁹⁴ Punto III.2. de Fundamentos.

⁹⁵ Tal en: SC 1148/2003-R, SC 1730/2003-R, SC 0009/2004, SC 0664/2004-R, SC 0430/2005-R, SC 0731/2005-R, entre otros.

⁹⁶ Punto III.3.a. de Fundamentos.

Todos estos razonamientos han sido asumidos, dirá el Tribunal Constitucional de Bolivia, «siguiendo ... la amplia jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»⁹⁷. Deben tenerse en cuenta dos consideraciones; por una parte, nuevamente este Tribunal vuelve a caer en una imprecisión similar a la antes mencionada, en cuanto no aclara si el razonamiento de la CIDH (referido a las condiciones), provienen de una Sentencia o de una Opinión Consultiva, menos se señala la fecha o algún otro dato que permita identificar ese razonamiento; por otra parte, cabe resaltar el desarrollo realizado, que en cinco puntos condensa el alcance (aunque venga con la denominación de condiciones) del derecho a ser sentenciado por un juez con competencia previamente establecida en la ley.

La finalidad de la existencia del establecimiento de una ley anterior, que asegure un juez competente, también ha sido señalada por el Tribunal Constitucional de Bolivia, en SC n.º 560/2002-R de 15 de mayo, cuando manifestó que el derecho al juez natural: «tiende a evitar la sustitución implantación de órganos jurisdiccionales distintos a los que de manera regular tienen establecida su competencia para conocer el asunto en cuestión».

Dicho establecimiento de un juez competente con anterioridad por la ley, conlleva un criterio de tipo temporal (de anterioridad), que a veces ha sido confundido con otro criterio temporal (de posterioridad), que se da con relación al juez designado de manera ulterior al hecho que se juzga sobre la base de la ley; última posibilidad que por prohibición constitucional en Bolivia parecería no estar permitida, cuando se señala que nadie: «podrá ser ... sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa»⁹⁸.

La acción de amparo constitucional que dio lugar a la referida SC n.º 560/2002-R, tiene como base una demanda en la que el accionante denunció la violación de su derecho al juez natural, porque la autoridad judicial que tomó conocimiento de su causa, era un juez designado con posterioridad (no con anterioridad) al hecho que motivó su proceso penal; el Tribunal Constitucional, a tiempo de denegar la acción planteada⁹⁹, entendió «que los alcances del precepto constitucional (art. 14¹⁰⁰) no pueden extraerse de la literalidad

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ El art. 120-I de la CPE de Bolivia, establece que: «Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa».

⁹⁹ Establecido en el art. 14 de la Constitución Política del Estado de 1967, reformada en 2004 y abrogada por la Constitución Política del Estado Plurinacional de febrero de 2009, que en el mismo sentido reguló en el indicado art. 120-I de la CPE.

¹⁰⁰ Ahora art. 120-I de la CPE.

del precepto, sino de la finalidad que el mismo tiene dentro del orden constitucional», De ahí que, de manera congruente con lo anotado, cuando dicho precepto dice «Nadie debe ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa», está desarrollando la garantía del Juez natural, dentro de los alcances anteriormente expuestos, y no a prohibir que un Juez designado después del hecho conozca y revuelva el caso, pues esto no sólo que no cumpliría la función teleológica del mismo, sino que sería de imposible aplicación; pues, ni aún existiendo jueces vitalicios podría cumplirse tal exigencia, que como ha quedado establecido no está presente en el espíritu de la norma»¹⁰¹. En definitiva, el Tribunal Constitucional de Bolivia entendió que el espíritu del juez natural, alcanza a aquel que formalmente ha sido designado con posterioridad al hecho de la causa que se juzga¹⁰², ya que materialmente su competencia se encuentra fijada con criterios objetivos establecidos con carácter previo por la ley, cuestión sobre la que la CIDH todavía no se ha pronunciado

La CIDH, en muchísimos casos como los antes mencionados¹⁰³, ha tenido que otorgar protección a las personas particulares, frente a los atropellos que en los procesos administrativos militares, han sido cometidos por ese tipo de jurisdicción, dejando sentado varios razonamientos, entre ellos que la jurisdicción militar no puede dictar sentencias contra particulares por ilícitos de tipo común, que la jurisdicción militar solo está para juzgar a militares por delitos de esa misma naturaleza y no otra, o lo que es lo mismo, cuando un tribunal militar juzga asuntos que debe conocer la justicia ordinaria, se convierte en un tribunal especial, creado para el caso o *ad hoc*.

La jurisprudencia desarrollada por la CIDH, con relación a la violación al derecho a un juez natural por usurpar jurisdicción, actuar sin competencia o trasladarla de la ordinaria a la militar, en temas de juzgamiento de civiles por jueces militares, o de militares por delitos comunes o tribunales sin rostro conocido, etc., ha sido asumida no solo por el TEDH como se ha señalado, sino que de manera significativa también ha sido acogida por tribunales nacionales de la región andina.

Entre los países andinos estudiados, Perú y Bolivia han atravesado dictaduras con gobiernos y tribunales militares que han vulnerado derechos humanos, lesiones que han sido protegidas por sus tribunales constitucionales, que

¹⁰¹ Considerando 5, punto 3.

¹⁰² Pese a que en su literalidad la norma se refiere al juez designado con anterioridad al hecho de la causa.

¹⁰³ Sentencia de 18 de agosto de 2000 en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú; Sentencia de 06 de diciembre de 2001 en el Caso Las Palmeras Vs. Colombia; Sentencia de 05 de julio de 2004, en el Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú; entre muchas otras.

de manera expresa e implícitamente han acogido la jurisprudencia internacional cuando han considerado que la competencia de los tribunales militares está dada para el juzgamiento de militares y no de civiles, sin embargo esas autoridades militares pueden ser juzgados por la justicia ordinaria cuando comenten delitos de tipo común; evidenciando una misma línea e igual razonamiento entre la CIDH y los tribunales estatales de Bolivia y Perú, como se pasa a constatar.

En temas de competencia militar, el Tribunal Constitucional del Perú, en una acción de hábeas corpus, en el Expediente n.º 0217-2002-HC/TC, dentro del que se dictó la Sentencia de 17 de abril de 2002, hizo mención expresa al razonamiento que tuvo la CIDH en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú¹⁰⁴, que le permitió llegar a la convicción de que: «encontrándose el ámbito de la competencia de la justicia militar reservado sólo para el juzgamiento de militares en caso de delitos de función y, excepcionalmente, para los civiles, siempre que se tratase del delito de traición a la patria, cometido en caso de guerra exterior, no podía juzgársele al recurrente en dicho fuero militar»¹⁰⁵; constatándose que un traslado de competencia que violaría el derecho al juez natural competente.

Como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad, el mismo Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n.º 010-2002-AI/TC emitió la Sentencia de 03 de enero de 2003, por la que declaró inconstitucionales, una serie de normas legales, que preveían que tribunales militares –en delitos de traición a la patria o de terrorismo–, puedan ser competentes para juzgar a civiles¹⁰⁶; entre los argumentos utilizados fueron: «no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles ... pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural»¹⁰⁷; asimismo se expresó que: «las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular ... los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad»¹⁰⁸.

En la referida Sentencia, cabe resaltar que las interpretaciones efectuadas, partieron de manera expresa de los criterios que la CIDH desarrolló, en el Caso Castillo Petruzzi¹⁰⁹, también en el Caso Cantoral Benavides¹¹⁰, así como

¹⁰⁴ Punto 2 de Fundamentos.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Se declaró la inconstitucionalidad del artículo 4.º del Decreto Ley n.º 25659 y el artículo 2.º del Decreto Ley n.º 25880 y, por conexión, también los artículos 2.º y 3.º del Decreto Ley n.º 25708.

¹⁰⁷ Punto 10.2.a.105.

¹⁰⁸ Punto 10.2.a.107.

¹⁰⁹ Punto 10.2.98.

¹¹⁰ Punto 10.2.99.

en el Caso Castillo Petruzzi¹¹¹, señalando que: «Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones» con relación a: «La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo»¹¹².

El Tribunal Constitucional de Bolivia emitió la SC n.º 0663/2004-R de 5 de mayo, como consecuencia de juzgamiento y procesamiento a militares por la jurisdicción ordinaria y no militar¹¹³ señaló que el que: «la justicia militar hubiera tenido prevención en el conocimiento de la causa, que esta previsión de orden procesal no es aplicable al caso en virtud de que no se trata de órganos que tengan competencia en el mismo ámbito jurisdiccional, pues el uno lo hace en la jurisdicción ordinaria y el otro en la jurisdicción militar»¹¹⁴.

Al realizar su análisis, el Tribunal Constitucional de Bolivia también expresó que: «El tema ha sido motivo de pronunciamiento de la CIDH. Citamos lo pertinente de la sentencia de 16 de septiembre de 2000 emitida por dicho órgano internacional»¹¹⁵; en esta cita, nuevamente este Tribunal vuelve a incurrir en imprecisiones, porque no señala el caso en el que se pronunció la sentencia. Con ese contenido no existe ninguna de 16 de septiembre de 2000, sino que se estaban refiriendo al contenido y lo señalado por la Sentencia de 16 de agosto de 2000, en el Caso Durand y Ugarte Vs. Perú.

También el Tribunal Constitucional de Bolivia, conoció otro caso en temas de militares, que se encuentra contenido en la SC 0664/2004-R de 06 de mayo, en el que no se refirió de manera expresa a ninguna Sentencia de la CIDH, sin embargo resulta evidente que asumió de manera íntegra los razonamientos que ya dio ese tribunal internacional, pues partiendo del hecho de que los: «los militares fueron imputados por la comisión de delitos comunes»¹¹⁶, «se concluye, que los supuestos delitos cometidos por los militares imputados, tienen que ser conocidos por los jueces y tribunales ordinarios»¹¹⁷, finalmente sobre esa base se afirmó que: «la jurisdicción militar está reservada al ámbito estrictamente militar, es decir a los delitos de

¹¹¹ Punto 10.2.100.

¹¹² Punto 10.2.a.102.

¹¹³ Lo que motivó la decisión constitucional, tiene como antecedentes los hechos luctuosos que se produjeron en el mes de febrero de 2003, disponiendo que los cuatro militares acusados de haber matado y herido, sean procesados y juzgados en la jurisdicción ordinaria y no así en la militar.

¹¹⁴ Punto III.6 de Fundamentos.

¹¹⁵ *Ibidem*; razonamientos que se refieren a que debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra los bienes jurídicos propios del orden militar.

¹¹⁶ Punto III.2.2 de Fundamentos.

¹¹⁷ Punto III.2.3. de Fundamentos.

función, entre los que no se encuentran ... los delitos presuntamente cometidos por los militares imputados»¹¹⁸.

En consecuencia, las determinaciones asumidas por el Tribunal Constitucional de Bolivia, en las señaladas SS.CC. Nos. 0663/2004-R y 0664/2004-R¹¹⁹, ha sido emitidas en resguardo del derecho a un juez natural competente, que tratándose de delitos comunes cometidos por los militares, no es otro que la jurisdicción ordinaria; como entendió la CIDH.

Obligada aquí es la referencia a los llamados jueces «sin rostro», valorados por la CIDH el marco de la competencia y como una violación a ella; pese a que *stricto sensu*, esos casos se acercan más a una violación del juez imparcial, que de juez competente, pues agravia la imparcialidad del juzgador cuando quienes están siendo juzgados desconocen la identidad de la persona que va a resolver y decidir su caso; con esta aclaración, con relación a la ubicación que hace la CIDH, se pasa a realizar alguna mención en el presente acápite.

En la mencionada Sentencia del Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, además de la doctrina relativa a la usurpación de jurisdicción y como consecuencia, actuación sin competencia, a tiempo de valorar la competencia también ha puesto en debate el tema relativo a los «tribunales sin rostro», que como parte de la normatividad antiterrorista peruana, se encontraban reconocidos en su legislación; así se señaló como un hecho probado por la Corte que la Sra. Loayza Tamayo, fue: «juzgada ... en el fuero militar ... por «jueces sin rostro»¹²⁰, lo que también dio lugar a la protección demandada.

El alcance de los tribunales sin rostro, se aclaró en el Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú, en 1999, cuando se expresó que: «la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean «sin rostro», determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia»¹²¹, situación injusta que ha motivado la protección internacional demandada, en cuanto constituye una vulneración al art. 8.1 de la CADH, el que un tribunal militar «sin rostro» o cuya identidad se ignora por completo, juzgue a una persona particular inculpada de la supuesta comisión de un ilícito que es de naturaleza común y no militar.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Esas decisiones, provocaron una dura reacción de los militares, que inclusive llegaron a generar crisis y desestabilizaron al gobierno de la época, que se encontraba a la cabeza del entonces Presidente Carlos D. Meza.

¹²⁰ Párrafo 46 inc. i); como consecuencia del pronunciamiento de la Corte Interamericana, el Estado de Perú, posteriormente emitió la Ley 26671 de 15 de octubre de 1997, en la que en su artículo único estableció que los magistrados encargados de juzgamiento de los acusados por terrorismo, deberían estar debidamente designados e identificados.

¹²¹ Párrafo 133.

Con relación a los tribunales sin rostro conocido, en el señalado expediente n.º 010-2002-AI/TC, ante la demanda de declaración de inconstitucionalidad de la norma que disponía que la identidad de los magistrados y los miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervinieran en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta¹²², el Tribunal Constitucional considero que carecía de objeto pronunciarse sobre la misma, en cuanto la disposiciones cuestionada fue superada con la disposición del artículo único de la Ley n.º 26671 de 15 de octubre de 1997, que previó que: «los magistrados encargados del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo ... serán debidamente designados e identificados»¹²³.

Como consecuencia del planteamiento de una acción de habeas corpus, dentro del que el Tribunal Constitucional del Perú dictó la Sentencia de 04 de diciembre de 2003, en el Expediente n.º 0516-2003-HC/TC, con relación a los jueces sin rostro, se manifestó que el: «hecho de desconocer la identidad de los magistrados encargados de llevar a cabo el juicio oral en contra del beneficiario lesionó el derecho al juez natural, toda vez que el justiciable no estaba en la capacidad de poder conocer con certeza quiénes eran aquellas personas que lo juzgaban y condenaban»¹²⁴, razonamiento que se dio asumiendo de manera expresa la interpretación que al respecto realizó la CIDH en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.

5.2. Juez independiente

El contexto constitucional de países de la región andina, contiene normas que garantizan la independencia de las autoridades encargadas de la administración de justicia; así la Constitución Política del Perú de 1993, que en su art. 141.1 el art. 230 de la Constitución de la República de Colombia de 1991 (con reformas hasta el 2005), artículo 120.I. de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

La independencia del juzgador implica: «autonomía, frente a cualquier otro órgano del Estado, para ejercer funciones jurisdiccionales, como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la separación de poderes, base del sistema democrático»¹²⁵; principio de separación de poderes e independencia que aseguran que cada órgano del Estado actúe en forma libre, sin injerencia

¹²² Artículo 15.º Decreto Ley n.º 25475.

¹²³ Punto 10.2.b.111. La Ley n.º 26671 de 15 de octubre de 1997 se emitió como consecuencia de los fallos de la Corte Interamericana, que cuestionaron el contenido del art. 15 del Decreto Ley n.º 25475 por ser violatorio al juez natural competente.

¹²⁴ Punto 2 de Fundamentos.

¹²⁵ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención ...*, 298.

y menos imposiciones o amedrentamientos, que provengan de otros órganos, lo que se logra solo cuando en un Estado existe un sistema político maduro.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que dichos principios de separación de funciones e independencia, son incompatibles con los principios de principios de jerarquía y obediencia, que hay que analizarlos dentro de los alcances de una jurisdicción militar.

Fue el caso en mayo de 1999 Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, en el que se empezó a considerar esta incompatibilidad, cuando se manifestó que «el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ... pese a la existencia ... de recursos ... aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso»¹²⁶; en la misma línea se trabajó el año 2004, en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú¹²⁷.

Los razonamientos relativos al encuentro que se produce entre el principio de separación de órganos e independencia, con los de jerarquía y obediencia dentro del ámbito militar, han sido acogidos por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n.º 0023-2003-AI/TC, en el que manifestó que «los principios de independencia ... además del principio de separación de poderes ... es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo»¹²⁸, esta interpretación se ha efectuado sin remitirse a algún caso de la CIDH, pero si asumiendo de manera absoluta los criterios que al respecto manifestó esa instancia internacional.

Esa incompatibilidad, ha sido más ampliamente desarrollada por ese mismo Tribunal en el Expediente n.º 0004-2006-PI/TC, cuando expresó que a:«diferencia de los órganos de la «administración militar», los órganos de la «jurisdicción militar» no pueden orientarse, entre otros, por los principios de obediencia y subordinación», pues «entre un juez penal militar de primera instancia y un juez penal militar de segunda instancia no existe subordinación y dependencia, pues ambos se encuentran protegidos mediante la garantía institucional de la independencia judicial»¹²⁹; en este punto tampoco citó precedente de la CIDH, pero asumió su criterio.

Es necesario hacer mención exclusiva a la relación de los principios de independencia judicial y separación de órganos o de distribución de funciones, sobre los cuales el Tribunal Constitucional del Perú desarrolló una doctrina complementaria a la expresada por la CIDH; así en el referido Expediente

¹²⁶ Párrafo 161.

¹²⁷ Párrafo 193.

¹²⁸ Punto 6.42.

¹²⁹ Punto 2.2.67.

n.º 0023-2003-AI/TC, analizó al principio de independencia judicial desde tres perspectivas: «a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes. b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción. c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia»¹³⁰.

El razonamiento señalado no se ha quedado a nivel de una independencia orgánica de los diferentes órganos del Estado que administran justicia, relacionado con el principio de separación de atribuciones o funciones; sino que va más allá a una independencia funcional relacionada con otros principios como son los de reserva y exclusividad de la jurisdicción; así como al ámbito personal del juzgador, sustentada en la convicción y fuerza que debe tener para hacer cumplir la independencia; estas interpretaciones son un avance y complemento a las efectuadas por la CIDH.

En el ejercicio de sus funciones estatales, las manifestaciones de voluntad que realizan los cargos representativos no son personales, sino que son imputables al órgano del Estado del cual forman parte, por lo que pueden conllevar responsabilidad internacional del Estado al que representa.

Ese tipo de responsabilidad internacional se dio en relación con el Estado del Perú, en el Caso Tribunal Constitucional¹³¹, que respondía a un juicio político que se llevó a instancias del Órgano Legislativo¹³², contra tres autoridades del Órgano Judicial, que fueron destituidos de sus funciones de magistrados del Tribunal Constitucional, por haber emitido un fallo contra los intereses del Presidente del Estado, cabeza del Órgano Ejecutivo, que tenía fuerza e influencia política sobre el Órgano Legislativo.

¹³⁰ Punto 5.31.

¹³¹ Esta Sentencia de 31 de enero de 2001, en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, tiene como hechos fácticos la Ley n.º 26.657 o Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución, promulgada el 23 de agosto de 1996, que establecía que la reelección presidencial «está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional... en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución». Esta Ley por una parte dio lugar a que el Presidente Alberto Fujimori inscribiera su candidatura y; por otra parte a que el Colegio de Abogados de Lima presentara una acción de inconstitucionalidad contra la Ley No. 26.657, por la violación del artículo 112 de la Constitución; el tribunal Constitucional declaró «INAPLICABLE, la ley interpretativa n.º 26.657 y como consecuencia los tres magistrados que emitieron su voto en el caso, fueron destituidos de sus cargos por el Poder Legislativo, en el marco de un juicio político que se les siguió; luego de sus reclamos nacionales, presentaron su acción a nivel internacional.

¹³² Siempre recordando que cualquier órgano del poder público puede tener función jurisdiccional.

Esa injusta situación, motivó que la CIDH, en el referido caso reconociera que «la destitución de las tres supuestas víctimas fue producto de la aplicación de una sanción por parte del Poder Legislativo en el marco de un juicio político»¹³³ y que el «ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político»¹³⁴ está relacionado con el derecho de toda persona que se encuentra «sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial»¹³⁵.

La tramitación de juicios políticos no garantiza ni asegura un proceso con juez natural independiente, pues «un órgano de naturaleza política, como es el Legislativo, no reúne las mínimas condiciones de imparcialidad en la tramitación de un proceso ... de naturaleza sancionadora»¹³⁶, siendo varias las razones, como es que «su composición está caracterizada por la presencia de políticos, más que juristas con experiencia en la función judicial»¹³⁷. Por otro lado, ciertas instituciones de representación política¹³⁸, tendrán el control de la mayoría en las Cámaras del Órgano Legislativo, en esa medida ante una acusación planteada por el Órgano Ejecutivo¹³⁹ «esa mayoría parlamentaria actuará con consigna y sobre la base de la disciplina partidaria»¹⁴⁰; lo que indudablemente no garantiza el derecho al juez natural independiente.

Por el principio de independencia se repudia todo tipo de coacción, que está muy presente en juicios de tipo político, por eso de manera correcta se manifestó que: «nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicios de los gobernantes o de los partidos políticos»¹⁴¹, el mismo autor manifestó su preocupación porque son: «gravísimas las consecuencias de permitir que ... la justicia esté a merced de la política y los políticos»¹⁴².

En los Estados en los que no existe madurez política, se tramitan juicios de tipo político, donde las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales,

¹³³ Párrafo 67.

¹³⁴ Párrafo 77.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ José Antonio RIVERA SANTIVAÑEZ, *Análisis de la Nueva Constitución Política del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 34. Este material puede darse lectura en: www.juridicas.unam.mx.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Como son el Bolivia los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas.

¹³⁹ Órgano Ejecutivo que no en pocas ocasiones busca impedir un control de constitucionalidad o de legalidad por el Órgano Judicial.

¹⁴⁰ RIVERA SANTIVAÑEZ, *Análisis ...*, 134.

¹⁴¹ DEVIS ECHANDÍA, *Teoría ...*, 56.

¹⁴² Ibidem, p. 130.

lejos de caracterizarse por la independencia, se encuentran sometidos a mandatos e intromisiones de otros órganos del poder público, con una clara violación a una de las garantías mínimas del debido proceso, que es el derecho a un juez natural independiente.

La independencia del juzgador se materializa a través de una serie de mecanismos mencionados la CIDH, en el señalado Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, cuando manifestó que: «la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución»¹⁴³; posteriormente indica «como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas»¹⁴⁴; además de estos mecanismos, el TEDH en las sentencias asumidas por la CIDH, reconoce otro que es el relativo a que: «el órgano presenta una apariencia de independencia».

De acuerdo a esa doctrina, los procedimientos con los cuales se logra independencia jurisdiccional están relacionados con: la forma de nombramiento, la duración en el cargo y la forma de destitución, que aseguran la existencia de un juez independiente, frente a presiones externas que se puede ejercer contra la autoridad jurisdiccional, además de la necesaria apariencia de independencia del órgano; esa doctrina tiene como fuente el razonamiento del TEDH (como reconoció la propia CIDH).

La forma de designación de autoridades judiciales, no tuvo una misma solución en todos los tiempos y en todos los países. La mayoría de los países de América, ha adoptado la posición que la designación de las autoridades del órgano judicial y/o de tipo jurisdiccional se realiza por el Órgano Legislativo (sea denominado Congreso, Asamblea, Parlamento u otro nombre); en el caso de los países de la Región Andina en estudio, por ejemplo se observa que en el Perú los magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros¹⁴⁵; a su vez en Colombia los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República¹⁴⁶.

¹⁴³ Párrafo 73.

¹⁴⁴ Párrafo 75. La referencia que realiza la Corte Interamericana a la fuente, no es otra que un razonamiento de la Corte Europea o Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalándose como precedentes el Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 1984, párr. 76 y 78 y; Caso Langborger Vs. Suecia, Sentencia de 22 de junio de 1989, párr. 32.

¹⁴⁵ Art. 204 párrafo III de la Constitución Política de Perú.

¹⁴⁶ Art. 239, párrafo II de la Constitución Política de la República de Colombia.

Ese tipo de nombramiento realizado por el Órgano Legislativo, ha creado en el ciudadano cierta desconfianza porque los magistrados serían: «designados por el Congreso sobre la base de un cuoteo que en el desempeño de sus labores se subordinan a la voluntad política de los partidos que los designan»¹⁴⁷; así también se manifestó: «Los nombramientos discrecionales para ... Magistrados del Tribunal Supremo y Constitucional han estado, por lo general, manchados de la impronta partidocrática que el órgano tiene»¹⁴⁸.

En busca de un cambio que supere las debilidades de la administración de justicia, partiendo de su forma de nombramiento, en Bolivia se cambia el sistema de una designación por autoridades del Órgano Legislativo, a una elección popular¹⁴⁹, en el marco de las reformas constitucionales que se han introducido en la CPE de 2009, cuyos arts. 182-I, 188-I, 194-I y 198, señalan que las y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional Plurinacional, serán elegidos mediante sufragio universal.

La elección popular de autoridades del Órgano Judicial, provoca un riesgo de politización, que puede restar de manera considerable la independencia que deben tener los órganos jurisdiccionales, es que la representación popular está circunscrita al campo de lo político: «por eso se vota por los representantes en los poderes legislativo y ejecutivo. En cambio, la función de los magistrados de los más altos tribunales de un país se caracteriza justamente por ser no política ... no se “deben” a ningún electorado, sólo se “deben” a su conciencia»¹⁵⁰; asimismo se manifestó que el imponer la elección directa por voto popular: «contribuye a que la politización se haga efectiva y se elimine la independencia de los jueces y magistrados»¹⁵¹, autoridades que a partir de su elección tendrán que tener habilidad política más que honestidad y capacidad técnica, pues: «los ciudadanos que voten por un determinado postulante exigirán un comportamiento de la autoridad acorde

¹⁴⁷ RIVERA SANTIVAÑEZ, *Análisis de la ...*, 142.

¹⁴⁸ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978» en *La imparcialidad judicial*, ed. Por Consejo General del Poder Judicial, (Madrid, 2008), 19.

¹⁴⁹ El voto popular, como un medio para elegir autoridades judiciales, solo tiene como antecedente el caso de Estados Unidos, en el que 30 Estados Federados eligen por voto popular a jueces de inferior jerarquía; manteniéndose la designación por el Legislativo de otras autoridades judiciales, a propuesta de su Presidente.

¹⁵⁰ Juan CARLOS URENDA, «El Problema de Fondo de la Elección de Magistrados». Instituto Libertad, Democracia y Empresa, www.institutoilde.org. Publicado el 17 de octubre de 2011.

¹⁵¹ José Antonio RIVERA SANTIVAÑEZ, *Estudios Sobre la Constitución Aprobada de enero de 2009* (Cochabamba: Ed. Kipus, 2009), 40.

con su voluntad política, exigirán rendición de cuentas y aplicarán revocatoria de mandato»¹⁵².

Entre los mecanismos que aseguran la independencia, está el relativo a que el órgano que va a juzgar, presente una apariencia de independencia, pues caso contrario se viola el derecho al juez natural independiente; este criterio ha sido reconocido expresamente por el TEDH, pero asumido por la CIDH de manera implícita en una serie de casos que se han dado vinculados al juzgamiento que realizan las autoridades militares.

Ya el TEDH en 1988 entendió que los miembros de un tribunal que tienen una relación significativa con alguna de las partes, plantean dudas sobre su independencia e imparcialidad, como se da tratándose de tribunales penales militares, que generan desconfianza en la víctima por la forma de designación de los miembros del tribunal marcial, que muchas veces son inferiores de rango con relación al que juzgan y caen dentro de una cadena de mando. Sin así decirlo, la CIDH asume la misma posición que el TEDH en diversos casos, razonamiento que también ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional del Perú, que si tiene referencias específicas a la jurisprudencia de la CIDH.

los razonamientos en cuanto al tema de nombramiento y su relación con la independencia de la autoridad jurisdiccional, han sido asumidos por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n.º 0023-2003-AI/TC, que corresponde a la Sentencia emitida el 09 de junio de 2004, en la que se ha citado de manera expresa a la Sentencia del Caso Castillo Petruzzi emitida por la CIDH, señalando que: «no está garantizada la independencia del juez militar frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste nombra a ... Jueces ... La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad»¹⁵³.

Asimismo, dicho Tribunal Constitucional del Perú, en Sentencia de inconstitucionalidad de 29 de marzo de 2006¹⁵⁴, pronunciada dentro del Expediente 0004-2006-PI/TC, se remitió de manera expresa al Caso Palamara Iribarne Vs. Chile pronunciado por la CIDH, declarándose inconstitucionales, una serie de disposiciones relativas al nombramiento de autoridades militares por el órgano Ejecutivo, por vulnerar el principio de independencia.

Otro de los mecanismos que aseguran la existencia de un juez independiente, es el referido a la duración del mandato, vinculado al mecanismo

¹⁵² RIVERA SANTIVAÑEZ, *Análisis de la ...*, 144.

¹⁵³ Punto 6.58.

¹⁵⁴ Que se pronunció como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad planteada por la Fiscal de la Nación contra una serie de disposiciones relativas a la Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

referido a la existencia de garantías contra presiones externas¹⁵⁵, que solo se asegura con la inamovilidad del juzgador, que no se da cuando se produce su arbitraria destitución; o dicho de otra manera, se protege la remoción durante el mandato de un juzgador, a través de la inamovilidad, salvo causas legalmente establecidas.

Tanto los jueces de carrera, como los magistrados de altas cortes, gozan de estabilidad en el desempeño de sus cargos, los unos durante el tiempo de su carrera judicial, los otros dentro del período de funciones para el que han sido designados o elegidos; estabilidad que se materializa con el principio de inamovilidad de los jueces que: «se establece como un valladar contra la remoción y el apartamiento de una causa, impuesta por la vía del traslado sin consentimiento, convirtiéndose, por ende, en un resguardo seguro para la permanencia en la sede y en el grado»¹⁵⁶.

La CIDH ha entendido como un principio que: «crea estabilidad en la magistratura; si el juez ha de ser removido, dicha remoción debe llevarse a cabo en estricta conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución», señalando también que: «el principio –de inamovilidad– se basa en la propia naturaleza especial de la función de los tribunales y garantiza la independencia de los jueces frente a las demás ramas del gobierno y ante los cambios político-electorales»¹⁵⁷.

En cuanto a la destitución de los jueces, la CIDH en el señalado Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, manifestó que: «la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe ... permitir el ejercicio del derecho de defensa»¹⁵⁸; es decir que por los principios de independencia de los jueces y tribunales, así como por el de inamovilidad¹⁵⁹, en caso de producirse un proceso en contra de esa autoridad jurisdiccional (que puede terminar o no con sanción de destitución), es necesario que se respete las garantías mínimas al debido proceso, como es su derecho a la defensa y también su derecho de ser juzgados por autoridades independientes.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente EXP. n.º 0023-2003-AI/TC, señaló que: «la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato ... debe entenderse, a su vez, como una garantía de

¹⁵⁵ Ambos mecanismos señalados por el TEDH, en el indicado caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido.

¹⁵⁶ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El Sistema Constitucional Español*, (Madrid-España: Ed. Dykinson, 1992), 1065.

¹⁵⁷ CIDH Informe n.º 30/97 de 30 de septiembre, en el Caso 10.087, Gustavo Carranza Vs. Argentina, párrafo 41.

¹⁵⁸ Párrafo 74.

¹⁵⁹ Inamovilidad que alcanza a los mecanismos de permanencia en el cargo y terminación de su ejercicio.

justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático»¹⁶⁰, al referirse a la posición que sumió la CIDH.

Es decir que los jueces y/ magistrados, al igual que cualquier funcionario público, gozan de inamovilidad y estabilidad en el desarrollo de sus funciones –por el tiempo que en cada caso pueda corresponder–, pudiendo ser destituidos o separados de sus actividades, solo cuando se ha observado a su favor un debido proceso en tiempo oportuno y razonable, que se tramite con las garantías mínimas de defensa e imparcialidad, además de contar con una decisión jurisdiccional debidamente motivada y fundamentada.

Finalmente es necesario referirse al Expediente EXP. n.º 0023-2003-AI/TC, en cuya sentencia el Tribunal Constitucional del Perú, entendió que la inamovilidad, debe tenerse en cuenta dos aspectos: «a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial (al que ya se hizo mención). b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro»¹⁶¹.

El traslado debe prohibirse porque pone en peligro la estabilidad del juez en su cargo y su carrera judicial, ya que «no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo»¹⁶²; y en el ámbito de la jurisdicción militar, se viola el juez independiente, pues: «por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo ..., resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales»¹⁶³.

El haberse incluido el traslado, como un mecanismo más que asegura la independencia de los jueces, refleja el carácter garantista y desarrollado que tiene el Tribunal Constitucional del Perú, complementando la línea del TEDH, asumida por la CIDH, al reconocerse al traslado como un medio más de garantía al derecho de las personas a un juez independiente.

5.3. *Juez imparcial*

La doctrina de la doble dimensión de la imparcialidad que partió del TEDH, tampoco ha estado ajena del desarrollo de la jurisprudencia de la CIDH, que el 2008, asume de manera expresa y específica aquella, cuando

¹⁶⁰ Punto 5.35.2.

¹⁶¹ Punto 5.35.2.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Punto 5.36.

considera que la imparcialidad se compone de dos elementos: subjetivo y objetivo, en exacto sentido de lo señalado por el TEDH¹⁶⁴.

Pese a la existencia de diversas clasificaciones¹⁶⁵, se hará mención a la imparcialidad subjetiva y objetiva, en la medida que esa clasificación, ha sido y es la más asumida en el medio judicial.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el EXP. n.º 0023-2003-AI/TC en Sentencia de 09 de junio de 2004, hizo mención a las dos acepciones objetiva y subjetiva de la imparcialidad, señalando como fuente de su razonamiento casos del TEDH¹⁶⁶, expresando que: «el principio de imparcialidad ... se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso»¹⁶⁷, asimismo detalló las dos acepciones del principio de imparcialidad, tal la: «a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) Imparcialidad objetiva ... el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable»¹⁶⁸.

En este caso se toma como fuente únicamente la jurisprudencia del TEDH y no así de la CIDH, no solo porque en el tema de las acepciones de la imparcialidad, asimiló la jurisprudencia desarrollada por el Sistema Europeo de Protección, sino porque el fallo interamericano fue pronunciado con posterioridad al estatal.

Cuando cualquiera de las partes considera que la autoridad judicial es parcial pueden estas acudir a la recusación. Ésta se constituye en un medio para separar al juez de la causa, por existir elementos que provocan dudas razonables y fundadas, en sentido de que el proceso no será resuelta con imparcialidad, sino con interés personal del juzgador o en sentido de que se favorecerá a uno de los sujetos procesales;

Esta institución se convierte: «no sólo en un derecho de la parte, sino también en una garantía del proceso justo, que se puede activar cuando fallan los mecanismos tradicionales de la inhibición o abstención por parte de los miembros de la propia judicatura»¹⁶⁹;

¹⁶⁴ Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008, párr. 56, que asume el razonamiento de casos resueltos por el TEDH; tales: Pullar Vs. Reino Unido, sentencia de 10 de junio de 1996; Fey Vs. Austria, Sentencia de 24 de febrero de 1993; Daktaras Vs. Lituania; Piersack Vs. Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982; De Cubber Vs. Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984.

¹⁶⁵ Vide Salvador GUERRERO PALOMARES, *La imparcialidad objetiva del juez penal. Análisis jurisprudencial y valoración crítica*, (Navarra: Ed. Aranzadi, 2009), 167.

¹⁶⁶ Se hizo mención al Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984, entre otros.

¹⁶⁷ Punto 5.34.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad...*, 250.

En el Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, la CIDH, entendió que la recusación tiene una doble finalidad: «por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción»¹⁷⁰, en función a esa finalidad define a la recusación como: «una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales»¹⁷¹,

Las instituciones señaladas: la inhibitoria como cuestión de competencia y, la recusación como cuestión de imparcialidad, están destinadas a garantizar la existencia de un juez competente e imparcial, respectivamente; estas dos instituciones han sido analizadas por la CIDH en la Sentencia de 05 de agosto de 2008, que se emitió en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela de 5 de agosto de 2008¹⁷², fallo internacional en el que también se examinó el alcance de la imparcialidad en sus aspectos subjetivo y objetivo, de acuerdo a la doctrina desarrollada por la Corte Europea, antes comentado.

Dentro de la tramitación del proceso disciplinario –que dio lugar a la emisión de la indicada Sentencia emitida por la CIDH en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela–, antes de la notificación con la destitución a los magistrados demandados, uno planteó recusación y otro inhibitoria en contra de los miembros del tribunal disciplinario (CFRSJ), la recusación no fue resuelta y se hizo mención a los casos en los que procede una inhibitoria; situación que ante la CIDH fue cuestionada en contra del Estado Venezolano, tanto por la CIDH como por las víctimas, como violación al derecho a un juez imparcial.

La CIDH considera que la recusación es: «un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial»¹⁷³; a su vez, señala que la inhibición (inhibitoria): «no es suficiente para garantizar la imparcialidad del tribunal, puesto que no se ha demostrado que el justiciable tenga algún recurso para cuestionar al juez que debiendo inhibirse no lo

¹⁷⁰ Párrafo 63.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Este caso tiene como base fáctica el proceso administrativo disciplinario que llevó la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial» (CFRSJ) contra Juan Carlos Apitz Barbera y otros, como ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que terminó con sanción de destitución por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo (lo que generó reacciones adversas por parte de altos funcionarios del Poder Ejecutivo). La sanción de destitución se dio por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable, cuando lo que existió fue una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada.

¹⁷³ Párrafo 64.

hicieren»¹⁷⁴; en el caso concreto y luego de una valoración la Corte tras poner de relieve que: «sí está demostrado que su legislación ... les impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador sea revisada»¹⁷⁵, por faltar la recusación en su legislación, concluyó que: «el Estado no garantizó el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención»¹⁷⁶.

Consiguientemente, la inhibitoria no garantiza la imparcialidad de un juez o tribunal, por ser la misma una cuestión de competencia y no una cuestión de imparcialidad. Al contrario, la recusación garantiza la imparcialidad del juzgador por ser una cuestión de imparcialidad o un medio procesal que tiene el justiciable para solicitar que su causa sea juzgada por un juez imparcial o respecto al cual no tenga duda razonable su de parcialidad; medio procesal que además puede ser utilizado cuando la autoridad jurisdiccional, debiendo inhibirse de conocer la causa –por falta de competencia– no lo hiciere; razón por la que se vulnera el derecho a un juez imparcial, en aquellos países en los que no existe esa herramienta procesal –recusación–.

La Sentencia antes comentada, emitida el año 2008, en el referido Caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, es la primera que analiza la imparcialidad subjetiva y objetiva del juzgador, conforme al desarrollo que al respecto se dio en el Tribunal Europeo; así como se complementó la reflexión con el alcance de dos instituciones jurídicas importantes como son la recusación e inhibitoria; antes de ese caso, los análisis que efectuó la Corte del tema del juez imparcial, están en íntima conexión a la exigencia de un juez competente, como se pasa a comentar.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n.º 010-2002-AI/TC, en el que se pronunció la Sentencia de 03 de enero de 2003, señaló que la: «recusación está destinada justamente a cuestionar la imparcialidad ... del juez en la resolución de la causa», violándose el derecho al juez natural imparcial: «si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos»¹⁷⁷, por esas razones declaró inconstitucional una norma¹⁷⁸: «al proscribir en forma absoluta la posibilidad de recusar a los magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en la causa, incurre en una desproporcionada e irrazonable restricción del derecho al juez natural y es

¹⁷⁴ Párrafo 65.

¹⁷⁵ Párrafo 66.

¹⁷⁶ Párrafo 67.

¹⁷⁷ Punto 10.2.c.112.

¹⁷⁸ El inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley n.º 25475.

también inconstitucional»¹⁷⁹; este fallo es anterior al emitido por la CIDH referido y aplicable a la situación de estudio.

Una vez más tenemos que hacer referencia a los tribunales militares. Desde una perspectiva objetiva, existen motivos por los que las partes tienen duda razonable sobre la parcialidad del juzgador, cuando militares activos participan de situaciones y con posterioridad juzgan a personas que han estado involucradas en ellas. El juzgador, no puede ser parte y juez al mismo tiempo. Así tratándose de las fuerzas armadas juegan un doble papel: por un lado conocen y deciden sobre una determinada situación (parte) y, por otra parte, la juzgan, lo que no satisface los requerimientos inherentes a las garantías de independencia y sobre todo de imparcialidad.

En el Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, en mayo de 1999, se manifestó: «las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador»¹⁸⁰.

En el Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, de 16 de agosto de 2000, se indicó: «los tribunales que conocieron los hechos relacionados con dichos sucesos ... y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo ... Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial»¹⁸¹.

En la misma línea, en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, de 18 agosto de 2000, cuando se indicó que: «la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos»¹⁸².

En diciembre de 2001, en el Caso Las Palmeras Vs. Colombia (06 de diciembre de 2001), se ha extrañado la falta de imparcialidad, porque: «En el caso *sub judice*, las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra los grupos insurgentes, son los encargados de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles, tal y como lo reconoció el propio Estado»¹⁸³.

El Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente EXP. n.º 0023-2003-AI/TC, que corresponde a una Sentencia de junio de 2004, asumió los razonamientos de la CIDH sobre la imparcialidad del juzgador, citando de manera expresa Caso Castillo Petruzzi, que se refiere a la imparcialidad del juzgador, señalando que: «el hecho de que los tribunales militares sean

¹⁷⁹ Punto 10.2.c.113.

¹⁸⁰ Párrafo 130.

¹⁸¹ Párrafo 126.

¹⁸² Párrafo 114.

¹⁸³ Párrafo 53.

conformados en su mayoría por «oficiales en actividad», vulnera los principios de ... imparcialidad de la función jurisdiccional»¹⁸⁴;

Ese mismo razonamiento ha sido reiterado por ese Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n.º 0004-2006-PI/TC, en el que se emitió la Sentencia de marzo de 2006, en la que se señaló que: «el juez militar no puede desempeñarse, a la vez, como oficial en actividad de las fuerzas armadas ... la situación de actividad implica un nivel de pertenencia ... al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia al Poder Ejecutivo» además el análisis concluyó con una apreciación lógica, en sentido de que: «no se podría afirmar que un juez especializado en lo penal militar es ... imparcial si existe la posibilidad de que este reciba, por ejemplo, beneficios asistenciales de salud, educación, vivienda y bienestar, por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional»¹⁸⁵.

Ciertamente, un militar activo y juzgador, difícilmente podría ser imparcial con la institución a la que pertenece, si de la misma recibe el trabajo, ascensos y otras ventajas. Al respecto resulta muy gráfico un cuestionamiento que se realizó el Tribunal Constitucional del Perú –con respuesta obvia–, cuando en el tantas veces referido Expediente n.º 0004-2006-PI/TC en marzo de 2006 se preguntó: «¿Qué ... imparcialidad se podría asegurar a los propios efectivos militares que puedan ser procesados, si los jueces que los van a juzgar son oficiales en actividad y, en cuanto tales, pertenecen a la estructura castrense? La respuesta es obvia, ninguna»¹⁸⁶. Es importante destacar como en este tema, el Tribunal Constitucional del Perú ha recibido la jurisprudencia de la CIDH, de manera expresa, realizando la cita y del precedente correspondiente.

Ese mismo Tribunal Constitucional del Perú, emitió otra Sentencia, en 13 de junio de 2006, en el EXP n.º 0006-2006-PI/TC, en la que también de manera expresa asumió y se refirió a los criterios que la CIDH dio en los Casos Durand y Ugarte vs. Perú (2000), Cantoral Benavides vs. Perú (2000), Tribunal Constitucional vs. Perú (2001), Palmeras vs. Colombia (2001), Lori Berenson vs. Perú (2004) y, Palamara Iribarne vs. Chile (2005), señalando que: «Respecto de los tribunales militares, la Corte ha sostenido, expresamente, que el hecho de que se encuentren compuestos por oficiales en actividad atenta contra la independencia e imparcial que debe tener toda autoridad que administre justicia»¹⁸⁷.

A su vez, la Corte Constitucional del Colombia en la misma temática, ha manifestado que: «la imparcialidad exige que el proceso no sea afectado por

¹⁸⁴ Punto 6.42.

¹⁸⁵ Punto 2.2.68.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Punto 1.12.

personas que tengan algún interés o relación personal con el asunto. Sólo así puede protegerse a los ciudadanos de injerencias inadecuadas y opiniones anticipadas de parte de los funcionarios. Es obvio entonces que los militares no gozan de la imparcialidad exigida por la Carta y los pactos de derechos humanos cuando investigan penalmente a sus enemigos en un conflicto armado»¹⁸⁸.

Esa apreciación la realizó haciendo mención a la garantía de imparcialidad, estudiada en varias ocasiones por la CIDH, pese hacer referencia a ese organismo de protección internacional y asumir su criterio, no se señaló cual fuera el precedente que se asumió en el caso concreto.

6. CONCLUSIONES

El intercambio y el aprendizaje recíproco de la jurisprudencia entre tribunales hace que se profundice en el diálogo jurisprudencial entre la CIDH y el TEDH y entre ellos y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman los sistemas americano y europeo de protección de los derechos humanos. Al TEDH y a la CIDH le corresponde fijar un mínimo común denominador que paulatinamente es asumido por los tribunales constitucionales. Aquí radica el germen de lo que podríamos denominar derecho global de protección de los derechos humanos.

La influencia entre TEDH y la CIDH es mutua pero del estudio del derecho al juez natural, se constata lo que, de momento, es la tónica general que no es otra que esa labor de armonización, en general, parte de la jurisprudencia del TEDH que se asume por la CIDH y a su vez, por los tribunales constitucionales de los diferentes Estados (en este estudio: España, Bolivia, Colombia y Perú), que son los principales interlocutores de dichos tribunales

Es una realidad que se está produciendo un entendimiento global de los derechos humanos, que se construye a partir de lo razonado en la jurisprudencia internacional, que establece los estándares mínimos comunes en materia de respeto y protección de los derechos humanos, jurisprudencia de mínimos que no debe ser considerada desde un punto de vista peyorativo de bajo nivel pues, las elaboraciones jurisprudenciales internacionales, en muchas ocasiones, fijan un listón de protección que es exigente. Ese listón mínimo puede e, incluso, debe ser superado por las interpretaciones que del derecho en cuestión hagan los tribunales estatales. Estos no deben ser considerados meros actores pasivos del diálogo sino que, al igual que existe una bidireccionalidad horizontal entre TEDH y CIDH, debe existir una bidireccionalidad vertical

¹⁸⁸ Sentencia C-251/02.

entre Tribunales supranacionales y tribunales estatales de tal suerte que las construcciones que estos elaboren que superen el estándar convencional deben ser asumidas tarde o temprano por aquellos, elevando así dicho estándar. Ello no obstante, hoy por hoy, la relación vertical es más bien un monólogo que un diálogo pues básicamente son el TEDH y la CIDH las que irradian sus construcciones doctrinales a los tribunales estatales detectándose muy pocos casos, aunque ya se han producido, a la inversa.

La formación del «derecho americano de los derechos humanos», se ha dado en forma paralela al desarrollo que se ha producido del «derecho europeo de los derechos humanos». Lo trascendente es la coincidencia casi absoluta en su contenido fruto de compartir una similar cultura jurídica¹⁸⁹. No hay que pretender que haya que tender necesariamente hacia la uniformización sino hacia la compatibilidad de soluciones. Ejemplo de ello se da en relación con la posibilidad de jueces militares juzguen a civiles. Para la CIDH ello no es posible. Para el TEDH es posible en situaciones verdaderamente excepcionales que habrá que demostrar y con las garantías que establece el artículo 6.1. para todo tipo de procesos.

En consecuencia, ante la realidad expuesta puede afirmarse que asistimos al nacimiento de un «derecho global de los derechos humanos». Ahora bien, somos conscientes del pero para poder hablar de ello es necesario analizar otros sistemas como el africano en los que puede que el grado de coincidencia cultural no sea tan alto como el que se da entre Europa y América.

TITLE: Horizontal and vertical communication in the American and European systems of protection of human rights on the right to the natural judge. Towards a global right to human rights

RESUMEN: El análisis de los sistemas americanos de protección de derechos humanos ha permitido concluir la existencia de una comunicación vertical entre el tribunal supranacional y los tribunales estatales y una comunicación horizontal entre TEDH y CIDH. Estas relaciones han de ser bidireccionales. Y en Europa ya se han detectado algún caso de influencia de la jurisprudencia de un tribunal estatal en la del TEDH. Ello no obstante, sigue siendo predominante en ambos sistemas la influencia de arriba-abajo. En cuanto a la relación entre ambos sistemas aunque se da esa bidireccionalidad, hay que destacar que es mucho mayor la influencia del TEDH sobre la CIDH. Estas afirmaciones quedan constataadas mediante el estudio del derecho al juez natural.

PALABRAS CLAVE: Comunicación judicial horizontal y vertical, TEDH, CIDH, Juez natural.

¹⁸⁹ En este sentido vide GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo...*, 63 y 315.

ABSTRACT: The analysis of the American systems of protection of the human rights has concluded in the existence of a vertical communication between the supranational court and the state courts and a horizontal communication between ECHR and IACHR. These relations must be bidirectional. And in Europe, some cases of jurisprudence influence have been already detected by a state court in the ECHR. It anyways continues being predominant the up-down influence in both systems. However the relation between both systems even there is this bidirectional setting, it is needed to starring the higher influence of the ECHR above the CIDH. These affirmations are constituted by the study of the right to the natural judge.

KEY WORDS: Horizontal and vertical communication, ECHR, IACHR, Natural Judge.

RECIBIDO: 20.09.2016

ACEPTADO: 30.05.2017

LAS INELEGIBILIDADES PARLAMENTARIAS DE ALTOS CARGOS Y PERSONAL DIRECTIVO DEL ESTADO: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

David Delgado Ramos

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp123-150](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp123-150)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS INELEGIBILIDADES ELECTORALES. 2.1. *El sentido de las inelegibilidades electorales en el Estado de Derecho.* 2.2. *El marco jurídico de la LOREG y su controvertido artículo 6.* a) Las inelegibilidades de los Directores de Gabinete. b) Las inelegibilidades de los Delegados del Gobierno. c) Las inelegibilidades de las entidades estatales autónomas. 2.3. *Praxis política, consecuencias y posible solución.* 3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Con cada convocatoria electoral, se suscita recurrentemente la cuestión relativa a la conformación de las diversas candidaturas electorales. Candidaturas que, compuestas por militantes, simpatizantes o afines de los diversos partidos concurrentes, conllevan necesariamente una serie de inelegibilidades e incompatibilidades para poder ser miembro de la candidatura, al objeto de prevenir, entre otras cuestiones, posibles conflictos de intereses.

Esta cuestión, ya de por sí compleja, adquiere una complejidad aún mayor cuando optan por pertenecer a la candidatura miembros del Gobierno y de la Administración Pública en sus distintos niveles, dado que las inelegibilidades previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, —en adelante, LOREG—, presentan ciertas disfuncionalidades que, analizadas, desdibujan el sentido último de las inelegibilidades en el

sistema electoral español, que no es otro que garantizar el libre ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo.

En ese sentido, las candidaturas en las que algunos de sus miembros forman parte del poder ejecutivo adquieren una vertiente problemática dado que las inelegibilidades no lo son para cualquier miembro de la candidatura que ostente la condición de alto cargo o personal directivo de la Administración General del Estado, sino tan sólo para determinados altos cargos y personal directivo, que se ven obligados a cesar para poder concurrir al proceso electoral.

Sin embargo, la cuestión más problemática y controvertida radica en que estas inelegibilidades se mantienen en niveles político-administrativos inferiores, ya que implican también el cese de personal funcionario que no ostenta la condición de alto cargo y que, sin embargo, se ve obligado a dejar su cargo para poder presentarse con una determinada candidatura electoral.

La controversia, por lo tanto, entre quiénes y por qué deben dejar su cargo resulta, con este planteamiento, de difícil justificación, toda vez que parece que, cuanto más se asciende en la pirámide jerárquica de la Administración, menos limitaciones parecen existir para poder compatibilizar el cargo con la pertenencia a una determinada candidatura electoral.

A lo largo de este trabajo pretenderemos dar una respuesta jurídica a la siempre difícil problemática de la existencia de altos cargos o personal directivo del Ejecutivo en las candidaturas electorales.

2. LAS INELEGIBILIDADES ELECTORALES

2.1. *El sentido de las inelegibilidades electorales en el Estado de Derecho*

Como es sabido, las inelegibilidades electorales se definen como supuestos legales que privan «del derecho de sufragio pasivo a una persona, que, de no estar incurso en él, gozaría de la plenitud del derecho, pudiendo ser candidato a un determinado proceso electoral», de tal suerte que suponen, en suma, «una limitación, absoluta o relativa, para determinadas elecciones o circunscripciones, por causas legales tasadas, de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo del que se es titular»¹.

Limitaciones, por lo tanto, al libre ejercicio del derecho de sufragio pasivo que, en cuanto al *tempus*, operan desde «el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior, hasta el día previo al de la votación», al objeto de dejar «abierta la posibilidad de que los funcionarios, miembros de las Fuerzas de Seguridad, miembros de las

¹ Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *Procedimiento y Garantías Electorales* (Madrid: Editorial Civitas, 2013), 91.

Juntas Electorales, etc., que deseen participar como candidatos, puedan pasar a la situación de servicios especiales, excedencia, o renuncien, según proceda, antes de ser incluidos en una candidatura» ya que, en caso contrario, «*si no lo hiciesen, y se mantuvieran en uno de los cargos enumerados en el art. 6 LOREG, la candidatura no podría ser proclamada*»², dado que el instituto de la inelegibilidad no permite ser convalidado a posteriori³.

En ese sentido, conviene distinguir la inelegibilidad de la estricta capacidad electoral pasiva dado que, si bien las inelegibilidades, en sustancia, tienen un componente esencial determinado por la voluntad, la capacidad electoral pasiva, por el contrario, «*es el conjunto de condiciones mínimas, independientes de la voluntad de su titular, que deben poseerse para concurrir válidamente al proceso electoral y poder resultar elegido*»⁴. Es decir, poseer nacionalidad española, ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus derechos políticos. Cuestiones que, por su propia naturaleza jurídica, se encuentran fuera de la esfera de voluntad del sujeto.

Por lo tanto, se establece ya una primera nota relevante que permite definir las inelegibilidades parlamentarias como limitación del libre ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y es su carácter esencialmente volitivo, dependiente de la libre voluntad del sujeto afectado. Voluntad que, también, permite distinguir las inelegibilidades de las incapacidades.

Una distinción que, como explica algún autor, tiene una indudable trascendencia práctica, que descansa en la titularidad subjetiva del derecho de sufragio activo⁵ lo que, en la práctica, no implica sino que las incapacidades no dependen de la voluntad, a diferencia de las inelegibilidades.

² María Vicenta GARCÍA SORIANO, *Elementos de Derecho Electoral* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 70.

³ Esta cuestión, nada baladí, añade una diferenciación más con respecto a las incompatibilidades, dado que «*La inelegibilidad impide ser candidato al ocupar ciertos cargos, desempeñar determinadas profesiones o incurrir en actuaciones reprobadas jurídicamente siendo por ello un impedimento insubsanable sin posibilidad de convalidación a posteriori, en tanto que la incompatibilidad permite ser candidato pero, de resultar elegido, se prohíbe al interesado el desempeño simultáneo de su actividad al margen de la parlamentaria estando obligado a optar por una de ellas*». José Antonio ALONSO DE ANTONIO y Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO, *Introducción al Derecho Parlamentario* (Madrid: Editorial Dykinson, 2002), 70.

⁴ Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho Parlamentario Español* (Madrid: Editorial Dykinson, 2013), 97.

⁵ Como clarifica Fernández-Miranda, «*Entre las condiciones que el ordenamiento jurídico exige para poder concurrir a las elecciones es preciso distinguir las que son de capacidad y las que son de elegibilidad en sentido estricto. La naturaleza de ambas es claramente distinta, pues mientras las de capacidad son condiciones subjetivas para el nacimiento del derecho al sufragio activo y pasivo que en nuestra Constitución, de acuerdo con los artículos 23.1 y 53, se configura inequívocamente como un derecho público*

Por ello, y pese a su carácter unívoco, las inelegibilidades permiten distinguir dos tipologías diversas⁶, como son la incapacidad, –entendida como ausencia de condiciones jurídicas para el nacimiento del derecho–, y la inelegibilidad *strictu sensu*, –en las que, por el contrario, sí existe la capacidad pero se imposibilita su ejercicio a quien ostente un determinado cargo–. Ambas tipologías, en cualquier caso, tienen como denominador común el imposibilitar el sufragio pasivo⁷.

En consecuencia, parece deducirse en una primera aproximación, que el sentido de las inelegibilidades, como limitaciones al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, radica en que no pretenden sino asegurar que la representación, como ficción jurídica⁸ de reducción de la complejidad en sociedades democráticas, no se vea sometida a obstáculos legales que, *a priori*, hagan inviable dicha representación por parte de una determinada candidatura electoral que se encuentre «contaminada» por personas incursoas en causa de inelegibilidad que, en definitiva, «vicien» el proceso electoral antes de que se produzca la elección.

Por lo tanto, las inelegibilidades se constituyen en limitaciones que tratan de asegurar que el derecho al sufragio activo, como núcleo de la legitimidad democrática, se vea protegido y garantizado desde el respeto al principio de igualdad⁹, dado que refuerzan la naturaleza y el sentido del voto en condiciones

subjetivo, las de elegibilidad son condiciones para el ejercicio de un derecho preexistente, el sufragio pasivo». Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «Artículo 70: causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ed. Por Óscar ALZAGA VILLAAMIL (Madrid: Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1989), 240.

⁶ Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, «Artículo 70: causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales», 235.

⁷ Sin embargo, como apunta Santaolalla, no se confunden en sus efectos, ya que «*el que es electoralmente incapaz no puede constituir en ningún sentido una válida relación electoral; pero el que siendo electoralmente capaz está afectado por una causa de inelegibilidad, sí puede hacerlo, cesando en esa causa dentro del plazo previsto en la ley electoral. En cualquier caso, el incumplimiento de una y otra categoría de requisitos determina la nulidad de la elección*». SANTAOLALLA, *Derecho Parlamentario Español*, 98.

⁸ Carmen FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR y Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *Sistema electoral, Partidos políticos y Parlamento* (Madrid: Editorial Colex, 2008), 89.

⁹ Para RECODER, «*la ratio de las inelegibilidades es variada: o bien se trata de impedir que, con menosprecio del principio de igualdad, alguien se aproveche de la influencia que le dé el desempeño de un cargo o función para ganar las elecciones (verbigracia: cargos públicos en provincias); o bien tiende a impedir que accedan al Parlamento quienes por su trabajo se supone que no pueden ejercer el mandato electoral imparcialmente*». Emilio RECODER DE CASSO, «Comentario al Artículo 70», en *Comentarios a la Constitución*, ed. Fernando Garrido Falla (Madrid: Editorial Civitas, 2001), 1170.

de plena igualdad para todos los electores y todas las candidaturas, que se ven libres de limitaciones u impedimentos jurídicos y, sobre todo, libres de posibles coacciones o intimidaciones para ejercer el derecho al sufragio¹⁰.

Con esa perspectiva, se configuran pues las inelegibilidades como un instituto jurídico no neutro, sino de naturaleza simultáneamente antagónica¹¹, dado que, desde la visión de los derechos fundamentales, perjudican un derecho, –el sufragio pasivo–, para garantizar y reforzar otro, –el sufragio activo–, siendo, en definitiva, lo contrario de un derecho¹².

¹⁰ Así lo apunta Solozábal, para quien «*La razón del instituto es, de una parte, asegurar la libertad del elector para que pueda emitir su sufragio sin sentirse coaccionado o intimidado, garantizando sobre todo una auténtica igualdad entre quienes se enfrentan en las urnas, de modo que nadie pueda disfrutar –en razón de su cargo o de la actividad que despliega– de especiales oportunidades institucionales en la contienda electoral*». Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Artículo 70: Las inelegibilidades e incompatibilidades de los Diputados y Senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso y al Senado», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ed. Por Óscar ALZAGA VILLAAMIL (Madrid: Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1998), 287-288.

¹¹ Para García López, «*la inelegibilidad se configura como un instituto que no obstante su incuestionable enraizamiento en la parte dogmática de la Constitución, se manifiesta simultáneamente como un Jano de dos cabezas. De una parte, y desde la óptica de los sujetos desprovistos del derecho de sufragio pasivo, la inelegibilidad representa la destrucción in radice de un derecho recogido en la Constitución para el conjunto de la ciudadanía. Pero de otra, desde la perspectiva del conjunto de los ciudadanos titulares del derecho al sufragio activo a los cuales se pretende defender, la inelegibilidad se define como un instituto de garantía, un instrumento concebido en defensa del más sagrado de todos los derechos democráticos: el de elegir libremente y sin coacciones a los sujetos que deberán actuar como representantes del pueblo*». Eloy GARCÍA LÓPEZ, «Inelegibilidad política e incompatibilidad parlamentaria. Algunas consideraciones acerca de su significación actual desde la lógica de la representación democrática», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 118-119 (1994): 109.

¹² Así lo expone, de nuevo, García López, cuando afirma que «*la inelegibilidad participa de una doble condición, ya que desarrolla dos diferentes cometidos funcionales: afecta de manera negativa a un derecho, y sirve de garantía en beneficio de otro. Si la inelegibilidad se considera incluida dentro de las normas correspondientes a los derechos fundamentales, habrá que reconocer que estamos ante una alteración de principio que sirve para articular la privación de un derecho al sufragio pasivo que como regla ha sido afirmado con carácter general a favor de todos. Eso es precisamente lo que se deduce del artículo 70 de la Constitución una vez es puesto en relación con el 23.1. Del conjunto de ciudadanos que en teoría pueden postularse a un cargo público electoral, se excluye a algunos perfectamente identificados no a título personal, sino en razón del puesto de responsabilidad que ocupan. La inelegibilidad se define entonces por ser justamente lo contrario de un derecho: una exclusión en el disfrute de un derecho*». Eloy GARCÍA LÓPEZ, «Irreelegibilidad, inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria: Los artículos 23 y 70 de la Constitución y las razones políticas de la prohibición de ser reelegido», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 14 (2006): 13.

Precisamente por ello, y con carácter previo a la promulgación de la LOREG, la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1983¹³, de 25 de mayo, definió la elegibilidad como *«un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del art. 23.2, de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien, estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no esté incurso en causas de inelegibilidad, definidas en la C.E. y por remisión, en la Ley Electoral, interpretadas dentro del marco constitucional»*.

2.2. El marco jurídico de la LOREG y su controvertido artículo 6

Consecuente con la tradición histórica del constitucionalismo español¹⁴ y el influjo del constitucionalismo europeo¹⁵, la Constitución señaló en su artículo 70¹⁶ las inelegibilidades e incompatibilidades genéricas para poder concurrir a un proceso electoral y asumir el cargo electo.

¹³ Esta sentencia, de indudable interés para el objeto de nuestro trabajo, trae causa del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, de 9 de octubre de 1982, en proceso contencioso electoral. Dicho recurso fue interpuesto por el partido político Centro Democrático y Social contra la candidatura al Senado de un miembro de Unión de Centro Democrático al considerar que, siendo el candidato de UCD Director provincial del Instituto Nacional de Asistencia Social, ex artículo 4.2 d) del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, se hallaba incurso en causa de inelegibilidad por aplicación del Real Decreto-ley a altos cargos de la administración autonómica. El amparo le fue concedido al recurrente, dado que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres hizo una interpretación extensiva del tenor contenido en el Real Decreto-ley 20/1977, por lo que pudo presentarse como candidato al Senado en las Elecciones Generales de 1982 por la provincia de Badajoz.

¹⁴ Las inelegibilidades electorales, pese a su naturaleza netamente democrática, forman parte del acervo constitucional español desde sus orígenes, como muestra su inclusión, de forma más menos directa, en las Constituciones de 1812 (artículos 95 a 97), 1876 (artículos 26 y 29) y 1931 (artículos 53 y 54), sin olvidar el Estado Real de 1834 (artículo 15).

¹⁵ Véanse, anteriores a nuestra Constitución, los modelos recogidos en las Constituciones de Italia de 1947 (artículos 65 y 66) y de Francia de 1958 (artículo 25) y, con posterioridad, en la Constitución de Portugal de 1976 (artículo 50).

16 Artículo 70 de la Constitución:

«1. La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán en todo caso:

- a) A los componentes del Tribunal Constitucional.*
- b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno.*
- c) Al Defensor del Pueblo.*

Inelegibilidades e incompatibilidades¹⁷ que se recogieron de forma conjunta en un único artículo pese a ser dos institutos jurídicos completamente distintos, –aunque con un denominador común–, generando así una cierta semejanza conceptual que, en puridad, no existe y que ha generado notable confusión¹⁸, no sólo en sí, sino debido también a que, con ello, se ha producido una confusión recíproca de atribuciones entre el Derecho Electoral, –a quien estarían atribuidas las inelegibilidades–, y el Derecho Parlamentario¹⁹, –a quienes se atribuyen las incompatibilidades parlamentarias–.

Posteriormente, la LOREG, en desarrollo del precepto constitucional estableció, en su artículo 6, el elenco completo de inelegibilidades que imposibilitan ser titular del derecho de sufragio pasivo y que, por lo tanto, inhabilitan para poder concurrir en una determinada candidatura electoral a quien se encuentre incurso en causa de inelegibilidad.

Las inelegibilidades, estructuradas en cuatro apartados, pretendieron distinguir con claridad la diversas causas de inelegibilidad, articulándolas en torno a los supuestos de inelegibilidad absoluta, –para los casos de miembros de las Altas instituciones del Estado, altos cargos y personal directivo de la Administración General del Estado²⁰–, inelegibilidad derivada de sanción penal, –sea ésta firme, con pena privativa de libertad, o no firme, pero que

d) *A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo.*

e) *A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.*

f) *A los miembros de las Juntas Electorales.*

2. *La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral).*

¹⁷ Para un estudio en profundidad de las incompatibilidades parlamentarias *cfr.* Juan Fernando DURÁN ALBA, *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España* (Madrid: Congreso de los Diputados, 2001).

¹⁸ Como explica Fernández-Miranda, «*la confusión entre inelegibilidades e incompatibilidades tiene dos causas: una impropia confusión entre el análisis político y el análisis jurídico, y la servidumbre, en la reflexión teórica de un derecho positivo no siempre suficientemente depurado y riguroso*». ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR. «Comentario al Artículo 70», 235.

¹⁹ Así, por ejemplo, lo ha entendido la STC 155/2014, de 25 de septiembre.

²⁰ Resulta sorprendente, en este punto, que las inelegibilidades contenidas en la LOREG proviniesen de la Transición, como se observa en el artículo 4.1.b) del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales, que estableció el marco jurídico a las primeras Elecciones Generales democráticas en junio de 1977. Así:

Artículo 4.1. b) del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales:

«*Los Subsecretarios, Directores generales de la Administración del Estado y los cargos asimilados a ellos, así como, en general, los que desempeñen cargos o funciones que hayan sido conferidos por Decreto, previa deliberación del Consejo de Ministros, salvo los que se mencionan en el apartado dos de este artículo*».

conlleve condena con inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo o suspensión de empleo o cargo público por delitos de rebelión, terrorismo, delitos contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado–, inelegibilidad relativa, –de ámbito territorial, donde desempeñe su cargo, para personal directivo ministerial o de la Administración Institucional del Estado–, y de equiparación entre las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad, –de modo que cuando concurra una causa de inelegibilidad también lo sea de incompatibilidad–.

Disposiciones que, con carácter específico para las elecciones de diputados y senadores, fueron complementadas por el artículo 154 de la LOREG²¹, ampliando el marco jurídico de las inelegibilidades del artículo 6 a quienes ejerciesen funciones o cargos para un Estado extranjero, –para evitar, lógicamente, que el diputado o senador como representante de la soberanía nacional, pudiera acabar representando intereses ajenos a los nacionales–, a los miembros de los gobiernos autonómicos, su personal de libre designación vinculado y a los miembros de sus instituciones autonómicas designados por la Asamblea Legislativa correspondiente, –al objeto de evitar una confusión de mandato y garantizar la independencia del parlamentario en el ejercicio de su función–, y por último, para evitar concurrir al Congreso y al Senado simultáneamente, –consecuencia lógica, máxime, si se tiene en cuenta la diversa naturaleza y sentido representativo de ambas Cámaras–.

Se trata, en ese sentido, de un *numerus clausus*²² asistemático²³ que, desglosado, trata de conjugar las diversas hipótesis en lo que a las causas de

²¹ Artículo 154 de la LOREG:

«1. Además de quienes incurran en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 6 de esta Ley, son inelegibles para el cargo de Diputado o Senador quienes ejerzan funciones o cargos conferidos y remunerados por un Estado extranjero.

2. Tampoco son elegibles para el Congreso de los Diputados los Presidentes y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, así como los cargos de libre designación de dichos Consejos y los miembros de las Instituciones Autonómicas que por mandato estatutario o legal deban ser elegidos por la Asamblea Legislativa correspondiente.

3. Nadie puede presentarse simultáneamente como candidato al Congreso de los Diputados y al Senado».

²² Como explica Entrena, «de la propia redacción del inciso inicial citado se desprende el carácter taxativo de la relación de las inelegibilidades así como la necesidad de dar a cada una de las causas de inelegibilidad una interpretación estricta, sin posibilidad de aplicación de la analogía o de interpretación extensiva». Ramón ENTRENA CUESTA, «Artículo 6.º», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, ed. Luis María Cazorla Prieto (Madrid: Editorial Civitas, 1986), 73.

²³ Para Santolaya, las inelegibilidades del artículo 6.1 de la LOREG «diseñan un amplísimo elenco de causas de inelegibilidad, un catálogo asistemático de una pluralidad de causas del que, se ha dicho, carece de justificación, de suerte que contiene algunas que no debieran ser tales, sino en el mejor de los casos supuestos de inelegibilidad relativa o

inelegibilidades se refiere, ya sean absolutas, –por provenir de la naturaleza de la función ejercida–, o relativas, –derivadas, más bien, de la capacidad del sujeto²⁴–.

Un elenco que, en el aspecto que nos ocupa y vista la experiencia democrática, resulta de difícil justificación actual en lo relativo a las inelegibilidades de determinados altos cargos y personal directivo del Estado y, más concretamente, a las relativas a los Directores de Gabinete ministeriales, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y el personal directivo de las entidades estatales autónomas.

a) Las inelegibilidades de los Directores de Gabinete

En ese sentido, y por lo que respecta a la inelegibilidad establecida para los Directores de Gabinete ministeriales, el apartado 1.f) del artículo 6²⁵, centrado en los altos cargos ministeriales y personal directivo funcional, presenta, ya en su lectura, un equívoco importante, –aunque de escasa trascendencia práctica–, al equiparar administrativamente rangos diversos, como son los de Director de Gabinete de Ministro y de Secretario de Estado, justificados en el momento de promulgación de la LOREG²⁶, pero no en la actualidad, ya que el

territorial o incluso de incompatibilidad, y por el contrario llamativas ausencia de instituciones creadas con posterioridad a la aprobación de la Ley». Pablo SANTOLAYA MACHETTI, «Artículo 70. de la Constitución: la inelegibilidad e incompatibilidad electoral» en *Comentarios a la Constitución Española*, ed. María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2009), 1373.

²⁴ Para Entrena, el artículo 6 de la LOREG «*distingue entre inelegibilidades absolutas e inelegibilidades relativas, teniendo el primer carácter las enumeradas en los apartados 1 y 2 mientras que las relativas son las contempladas en el apartado 3. Por otra parte, mientras que las inelegibilidades del apartado 1 están inspiradas en el principio de dejar fuera de la lucha electoral a los titulares de cargos que, por la índole de su función, podrían influir abusivamente sobre el electorado o bien, caso de la letra a), garantizar la posición de la Familia Real al margen y por encima de las luchas partidistas, respondiendo al mismo criterio, dentro del correspondiente ámbito territorial, las inelegibilidades del apartado 3, en cambio las dos enumeradas en el apartado 2 responden más bien a lo que en algunos precedentes españoles y en otros ordenamientos se configura como incapacidades*». Ramón ENTRENA CUESTA. «Artículo 6.º», 73.

²⁵ Artículo 6.1.f) de la LOREG:

«Los Subsecretarios, Secretarios generales, Directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular, los Directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado».

²⁶ El Real Decreto 1775/1982, de 22 de diciembre, por el que se determina la estructura y régimen de personal de los Gabinetes de los Ministros y Secretarios de Estado estableció, en su artículo 2.º, el rango de Director general para los Directores de los Gabinetes de los Ministros, señalando en su artículo 3.º, en una redacción ambigua, que los Directores de

Director del Gabinete de un Ministro es un alto cargo con rango de director general, mientras que el segundo posee el rango de subdirector general²⁷. Cuestión que, por otro lado, –y también por el mismo motivo–, se suscita también en el artículo en relación con los Directores de los diversos Departamentos que conforman el Gabinete de la Presidencia del Gobierno²⁸.

Gabinete de los Secretarios de Estado *«serán nombrados y separados por el Consejo de Ministros a iniciativa del Secretario de Estado y a propuesta del Ministro respectivo»*. Una confusa redacción que, en la práctica, conllevó que fuesen asimilados a altos cargos y que, consecuentemente, la LOREG, en su artículo 6.1.f), los tratase como tales. Esta redacción fue corregida, bien que por otros motivos, mediante el Real Decreto 68/1994, de 21 de enero, de modificación del Real Decreto 3775/1982. En él, y sin que se haya producido una modificación posterior, se establece el rango de Subdirectores generales para los Directores de Gabinete de los Secretarios de Estado especificando en su Disposición transitoria única que, no obstante la modificación efectuada, *«los Directores de los Gabinetes de los Secretarios de Estado, que se encuentren desempeñando sus funciones a la fecha de su entrada en vigor mantendrán su actual rango de Directores generales»*.

²⁷ Esta cuestión aparece resuelta en el artículo 14, relativo a los Gabinetes, del Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, y de ello se deriva, también, un procedimiento distinto de nombramiento, ya que los nombramientos del Directores de Gabinete del Presidente, Vicepresidentes y Ministros se efectúan por Real Decreto del Consejo de Ministros, mientras que los nombramientos de Director de Gabinete de Secretario de Estado se realizan mediante Orden Ministerial del ministro correspondiente. Así:

«1. El Gabinete de la Vicepresidenta del Gobierno estará integrado por un Director, con rango de Subsecretario, y un máximo de nueve asesores, uno de ellos con rango de Director General, y los demás con nivel orgánico de Subdirector General, pudiendo tener cuatro de ellos funciones de coordinación del resto. La Vicepresidenta del Gobierno no contará con el Gabinete a que se refiere el apartado siguiente.

2. Los Gabinetes de los Ministros estarán formados por un Director, con rango de Director General, y por un máximo de cinco asesores, con nivel orgánico de Subdirector General.

3. Los Gabinetes de los Secretarios de Estado estarán formados por un Director y un máximo de tres asesores, todos ellos con nivel orgánico de Subdirector General.

4. Los puestos correspondientes a las oficinas o unidades de prensa o relaciones sociales podrán ser cubiertos, dentro de las consignaciones presupuestarias, por personal eventual que se regirá, en todo lo relativo a su nombramiento y cese, por las mismas disposiciones aplicables al personal de los Gabinetes de los Ministros».

²⁸ El Gabinete de la Presidencia del Gobierno, en la actualidad, y a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 571/2013, de 26 de julio, de modificación del Real Decreto 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno, se compone de siete departamentos, de los que en dos su titular es alto cargo, mientras que en los otros cinco departamentos su titular es subdirector general. Sin embargo, no siempre fue así, dado que, tras la aprobación del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se puso en marcha un proceso de reducción de estructuras administrativas que conllevó la fusión, supresión o pérdida de categoría de direcciones generales y la supresión de subdirecciones generales. Proceso que afectó a varios Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno que, hasta ese momento, ostentaban el cargo de director general.

Sin embargo, y más allá de este equívoco, el problema radica en la falta de coherencia del mismo toda vez que, si bien está fuera de toda duda el que los órganos superiores de la Administración, esto es, los Ministros²⁹ y Secretarios de Estado³⁰, y directamente derivado del principio de responsabilidad, no deban cesar para poder concurrir en una determinada candidatura³¹ para evitar una interinidad gubernamental al más alto nivel que, además, pudiera generar una inestabilidad en un Gobierno en periodo electoral y en funciones, tal situación, y derivado del tenor de la norma, no se predica de sus órganos de apoyo y asesoramiento directos, como son los gabinetes de los distintos Departamentos y, más concretamente, para el caso de los Directores de Gabinete, no para el resto de sus miembros, que no se encuentran incursos en causa de inelegibilidad.

En ese sentido, el artículo 6.1. f) de la LOREG establece, en este punto, una extraña dicotomía, ya que, si bien establece la inelegibilidad para los Directores de Gabinete, –sean estos altos cargos o no–, no la impone para el resto de miembros del gabinete, estableciendo una diferenciación de difícil justificación normativa.

Conviene tener en cuenta, en este punto, que la naturaleza de los gabinetes ministeriales, en la previsión normativa contenida en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno³², los configura como «*órganos de apoyo*

²⁹ Así lo establece la Constitución en su artículo 98.3:

«Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna».

³⁰ En este punto, la nueva normativa en relación con los Altos cargos, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, establece expresamente, en su artículo 13.2.b), dicha compatibilidad:

«Los miembros del Gobierno o los Secretarios de Estado podrán compatibilizar su actividad con la de Diputado o Senador de las Cortes Generales en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. No obstante, no podrán percibir remuneraciones más que en virtud de uno de los dos cargos, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan legalmente».

³¹ Como explica Fernández-Miranda, y que conecta con la lógica de la compatibilidad entre miembro del Parlamento y del Gobierno, «*han primado consideraciones sobre la conveniencia, de un lado, de evitar vacíos de poder manteniendo un Gobierno en funciones y, de otro, impedir que los que forman parte de ese Gobierno democrático y que sin duda ostentarán siempre la representación de una o varias opciones políticas, deban optar entre el abandono del Gobierno o a la renuncia a una concurrencia electoral, lo que, por otra parte, resultaría incongruente con la institución del «Banco Azul» propia de un régimen parlamentario».* Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR. «Artículo 70: causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales», 247.

³² En la redacción dada por el apartado siete de la Disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica el artícu-

político y técnico», sin capacidad para «adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella», es decir, sin capacidad ejecutiva real más allá de los actos o disposiciones relativos al mismo gabinete que dirijan o al que pertenezcan, aunque la influencia y poder real de los gabinetes dependan en gran medida de la propia personalidad y competencias tanto del titular del órgano, como del propio órgano al que asisten.

Un artículo que, ya en sí, describe unas funciones y competencias asignadas muy limitadas, –aunque con escasa delimitación material–, centradas en labores políticas, de asesoría parlamentaria y de instrumento de conexión entre el titular del órgano y la organización administrativa que de él depende o con la que mantiene relación.

De ello deriva que su naturaleza híbrida, de carácter político-administrativa al ser órganos de asesoramiento político, pero administrativa como nexo imprescindible de coordinación con la Administración que sirve de soporte al órgano, los sitúa, –o debiera situar–, en la misma vertiente que los órganos superiores y, por lo tanto, como sujetos libres de inelegibilidad por cuanto garantizan la gestión ordinaria cuando el Gobierno se halla en plenitud de funciones pero, también, una transmisión ordenada con ocasión de los traspasos de poderes en la formación de un nuevo Gobierno.

Por ello, el planteamiento que en origen dio lugar a la génesis de este precepto, comprensible para el resto de cargos directivos en él recogidos,

lo 10, relativo a los Gabinetes, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se establece:

«De los Gabinetes.

1. Los Gabinetes son órganos de apoyo político y técnico del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Los miembros de los Gabinetes realizan tareas de confianza y asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella, sin perjuicio de su asistencia o pertenencia a órganos colegiados que adopten decisiones administrativas. Asimismo, los directores de los gabinetes podrán dictar los actos administrativos propios de la jefatura de la unidad que dirigen.

Particularmente, los Gabinetes prestan su apoyo a los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado en el desarrollo de su labor política, en el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario y en sus relaciones con las instituciones y la organización administrativa.

El Gabinete de la Presidencia del Gobierno se regulará por Real Decreto del Presidente en el que se determinará, entre otros aspectos, su estructura y funciones. El resto de Gabinetes se regulará por lo dispuesto en esta Ley.

2. Los Directores de Gabinete tendrán el nivel orgánico que se determine reglamentariamente. El resto de miembros del Gabinete tendrán la situación y grado administrativo que les corresponda en virtud de la legislación correspondiente.

3. Las retribuciones de los miembros de los Gabinetes se determinan por el Consejo de Ministros dentro de las consignaciones presupuestarias establecidas al efecto adecuándose, en todo caso, a las retribuciones de la Administración General del Estado».

dada su naturaleza y competencias de carácter eminentemente técnico, se centró en evitar la posible tentación de utilizar sus puestos, –y medios asociados– de cara a la campaña electoral. Un planteamiento que carece en el caso de los Directores de Gabinete de un fundamento objetivo, por dos motivos.

En primer lugar, porque su preeminencia como titulares de la jefatura del gabinete, que les permite dirigir, coordinar e impulsar su actividad, otorgándoles la capacidad de dictar determinados actos administrativos propios de dicha jefatura, aunque les sitúa como una suerte de *primus inter pares* con respecto al resto de miembros del gabinete, no menos cierto resulta que dichos actos, de indudable trascendencia, no sitúan a quienes los dictan en una posición de relevancia institucional superior que requiera del establecimiento de una inelegibilidad, dado que dichos actos, en esencia, son de supervisión, trámite y traslado, más allá del acceso a información sensible que puedan permitir.

Y, en segundo lugar, porque si de la naturaleza de los actos del resto de miembros del gabinete, a las órdenes directas del Ministro o Secretario de Estado correspondiente, no se exige el establecimiento de una inelegibilidad, como tampoco de los actos mismos del propio titular del Departamento, carece de fundamento jurídico alguno el que el punto de engarce entre ambos sí la posea.

En ese sentido, resulta curioso observar cómo, por el contrario, otros Altos cargos del Estado, como los Consejeros electivos del Consejo de Estado, sí son considerados elegibles por la Junta Electoral Central³³.

³³ Los Consejeros Electivos del Consejo de Estado son nombrados libremente por el Gobierno, en virtud del artículo 9 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, entre quienes hayan desempeñado los cargos de Diputado o Senador, Magistrado del Tribunal Constitucional, Juez o Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Defensor del Pueblo, Presidente o Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Ministro o Secretario de Estado, Presidente del Tribunal de Cuentas, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Presidente o miembro del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma (dos de ellos, por un período mínimo de ocho años), Embajador de la carrera diplomática, Alcalde de capital de provincia, Presidente de Diputación Provincial, de Mancomunidad Interinsular, de Cabildo Insular o de Consejo Insular o Rector de Universidad. Se diferencian del resto de Consejeros, además de la duración determinada de su mandato (cuatro años, salvo en el caso de los expresidentes autonómicos, de ocho años), en que no poseen causa de incompatibilidad, ya que no reciben retribución por su cargo, sino tan sólo dietas por asistencia al Pleno. De la naturaleza de sus funciones se infiere que no pertenecen ni a la Comisión Permanente ni a las Secciones, que despachan los asuntos de la Comisión Permanente, aunque sí forman parte del Pleno. En 2008, se formuló consulta a la Junta Electoral Central en relación con la posible causa de inelegibilidad de un Consejero electivo para presentarse a las Elecciones a Diputado del Congreso, que fue resuelta en su sesión de 4 de febrero de 2008 recordando que el artículo 6.1.c) de la LO-REG sólo incluye a los Consejeros permanentes como causa de inelegibilidad, por lo que,

Todo ello, en definitiva, exige modificar el artículo 6.1. f) de la LOREG, al objeto de suprimir del marco jurídico de las inelegibilidades del personal directivo a los Directores de Gabinete.

b) Las inelegibilidades de los Delegados del Gobierno

Una cuestión que se refuerza con el análisis de la dicotomía establecida, a efectos de organización y estructura, entre los órganos superiores y los órganos directivos³⁴ de la Administración General del Estado y que afecta en

a sensu contrario, se entiende que un Consejero electivo sí es elegible, aunque posteriormente deba el Congreso de los Diputados declarar o no la compatibilidad de su cargo. No obstante, y pese a los diferentes cometidos y funciones de ambos tipos de Consejeros, –Permanentes y Electivos–, su pertenencia común al Pleno, que delibera sobre asuntos de extraordinario calado, como expone el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980, les debiera situar a ambos cargos en causa de inelegibilidad.

³⁴ Artículo 55 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

«1. La organización de la Administración General del Estado responde a los principios de división funcional en Departamentos ministeriales y de gestión territorial integrada en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, salvo las excepciones previstas por esta Ley.

2. La Administración General del Estado comprende:

- a) La Organización Central, que integra los Ministerios y los servicios comunes.*
- b) La Organización Territorial.*
- c) La Administración General del Estado en el exterior.*

3. En la organización central son órganos superiores y órganos directivos:

a) Órganos superiores:

- 1.º Los Ministros.*
- 2.º Los Secretarios de Estado.*

b) Órganos directivos:

- 1.º Los Subsecretarios y Secretarios generales.*
- 2.º Los Secretarios generales técnicos y Directores generales.*
- 3.º Los Subdirectores generales.*

4. En la organización territorial de la Administración General del Estado son órganos directivos tanto los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, que tendrán rango de Subsecretario, como los Subdelegados del Gobierno en las provincias, los cuales tendrán nivel de Subdirector general.

5. En la Administración General del Estado en el exterior son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones internacionales.

6. Los órganos superiores y directivos tienen además la condición de alto cargo, excepto los Subdirectores generales y asimilados, de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

7. Todos los demás órganos de la Administración General del Estado se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo.

el ámbito de las inelegibilidades de forma similar, –aunque no idéntica–, a otros titulares de órganos directivos, también de híbrida naturaleza político-administrativa: los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, cuya inelegibilidad absoluta se recoge en el artículo 6.1.k) de la LOREG³⁵.

En ese sentido, esta clara diferenciación entre órganos superiores y directivos, trasladada al marco jurídico-constitucional de las inelegibilidades, permite articularla en torno a lo establecido con la separación entre órganos políticos y órganos técnicos, según la cual, los órganos superiores, –como órganos netamente políticos, aunque titulares de una organización administrativa–, deben poder ser elegibles, mientras que los órganos directivos, –como órganos de naturaleza esencialmente técnica y garantes de la objetividad, permanencia y neutralidad al servicio de los intereses generales–, deben ser sujetos administrativos inelegibles.

Sin embargo, y pese a este planteamiento general, de indudable lógica por cuanto permite estructurar un marco jurídico coherente en el marco de las inelegibilidades electorales, sería necesario delimitarlo, –al igual que en el caso expuesto para el caso de los Directores de Gabinete ministeriales–, clarificando las inelegibilidades de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

Por ello, se presenta como conveniente, como ha apuntado algún autor³⁶, excluir del elenco del artículo 6.1 de la LOREG³⁷, –esto es, del marco general

8. *Los estatutos de los Organismos públicos determinarán sus respectivos órganos directivos.*

9. *Corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución.*

10. *Los Ministros y Secretarios de Estado son nombrados de acuerdo con lo establecido en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.*

11. *Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, los titulares de los órganos superiores y directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, en la forma establecida en esta Ley, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:*

a) *La responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada.*

b) *La sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria.*

³⁵ **Artículo 6.1.k) de la LOREG:**

«Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y los Subdelegados del Gobierno y las autoridades similares con distinta competencia territorial».

³⁶ Pablo Santolaya Machetti, «Artículo 70. de la Constitución: la inelegibilidad e incompatibilidad electoral», 1373.

³⁷ Esta inelegibilidad, al igual que la precedente, proviene del marco jurídico establecido en el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, en la que, aun no existiendo entonces la figura de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, –se crearía en virtud del artículo 154 de la Constitución–, si se establecía la inelegibilidad para todos

de las inelegibilidades absolutas—, a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, y situarlos en el marco de las inelegibilidades relativas establecido en el artículo 6.3 de la LOREG.

La razón, que posee toda la lógica jurídico-política, es doble y estriba, en primer lugar, en que la naturaleza de sus competencias le sitúan como un órgano con un acceso a información y una capacidad de influencia territorial que, en un proceso electoral, de resultar elegible por alguna de las circunscripciones en la que desempeña el cargo de Delegado, podría suponer una preeminencia en el proceso electoral con respecto al resto de actores elegibles, que carecen del acceso a los mismos recursos públicos que el Delegado del Gobierno.

Y, en segundo lugar, porque pese a su definición como órganos directivos, los titulares de estos órganos desempeñan una función de especial confianza política como nexo de conexión entre la Administración General del Estado en la comunidad autónoma correspondiente y la propia comunidad, como prueba el hecho de que, aun ejerciendo competencias de naturaleza eminentemente técnica³⁸, sus titulares suelen tener un marcado perfil político habiendo desempeñado, —o desempeñando—, roles de dirección en el partido

los cargos nombrados por Decreto del Consejo de Ministros. Con este marco, y previamente a la promulgación de la LOREG, la Junta Electoral Central adoptó en su sesión de 13 de abril de 1981 el Acuerdo 4/1981, el único Acuerdo en el que se ha manifestado en relación con la inelegibilidad de los Delegados del Gobierno. En él, señala que *«el cargo citado no está comprendido, por razón de la configuración y contenido del mismo en ninguna de las letras a) o c) y siguientes del apartado 1 ni tampoco en ninguna de las del apartado 2 del artículo 4.º del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, por lo que, tratándose de un cargo de nombramiento por Decreto, previa deliberación del Consejo de Ministros, debe ser considerado inelegible a tenor de la regla general del apartado b) del art. 42, 1 del Real Decreto-Ley citado sin que, por tanto, le afecten las causas de incompatibilidad contempladas en los apartados 5 y 6 del repetido art. 44»*. El Acuerdo se había adoptado tras consulta del Gobierno en relación con la concurrencia de causa de inelegibilidad e incompatibilidad en el cargo de Delegado del Gobierno en el territorio de una comunidad autónoma.

³⁸ Así se desprende del artículo 22 de la LOFAGE:

«1. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas representan al Gobierno en el territorio de aquéllas sin perjuicio de la representación ordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas a través de sus respectivos presidentes. Ejercen la dirección y la supervisión de todos los servicios de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos situados en su territorio, en los términos de esta Ley.

Los Delegados del Gobierno dependen de la Presidencia del Gobierno, correspondiendo al Ministro de Administraciones Públicas dictar las instrucciones precisas para la correcta coordinación de la Administración General del Estado en el territorio, y al Ministro del Interior, en el ámbito de las competencias del Estado, impartir las necesarias en materia de libertades públicas y seguridad ciudadana. Todo ello se entiende sin perjuicio de la competencia de los demás Ministros para dictar las instrucciones relativas a sus respectivas áreas de responsabilidad.

2. Corresponde asimismo a los Delegados del Gobierno:

político en la comunidad autónoma en la que ejercen como Delegado del Gobierno.

Sin embargo, por estas mismas razones, no resulta comprensible una inelegibilidad de carácter absoluto que le impidiese concurrir por cualquier otra circunscripción que no fuese alguna de la comunidad autónoma en la que ejerce como Delegado del Gobierno, ya que carece de capacidad de influencia más allá de su territorio³⁹.

Por ello, dadas sus funciones y competencias, resulta jurídicamente comprensible que un Delegado del Gobierno se vea incurso en causa de inelegibilidad cuando desee concurrir por alguna de las circunscripciones de la comunidad autónoma en la que ejerce como Delegado del Gobierno, pero por ese mismo motivo, resulta de difícil comprensión el que resulte afectado por una inelegibilidad absoluta cuando desee concurrir por una circunscripción de otra comunidad autónoma en la que no haya ejercido su cargo y en la que, por lo tanto, carece de influencia real o capacidad política para poder interferir en el proceso electoral en condiciones que pudieran llegar a entorpecer en el libre ejercicio del sufragio activo.

a) *Mantener las necesarias relaciones de cooperación y coordinación de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, con la de la Comunidad Autónoma y con las correspondientes Entidades locales.*

b) *Comunicar y recibir cuanta información precisen el Gobierno y el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Realizará también estas funciones con las Entidades locales en su ámbito territorial, a través de sus respectivos Presidentes.*

3. *Los Delegados del Gobierno serán nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno y tendrán su sede en la localidad donde radique el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, salvo que el Consejo de Ministros determine otra cosa y sin perjuicio de lo que disponga, expresamente, el Estatuto de Autonomía.*

4. *En caso de ausencia, vacante o enfermedad, el Delegado del Gobierno será suplido, temporalmente, por el Subdelegado del Gobierno de la provincia donde aquél tenga su sede, salvo que el Delegado designe a otro Subdelegado. En las Comunidades Autónomas uniprovinciales, la suplencia corresponderá al titular del órgano responsable de los servicios comunes de la Delegación del Gobierno».*

³⁹ No obstante, desde su creación, tan sólo se le ha presentado un caso a la Junta Electoral Central en este sentido, en 1981. En ese caso, la consulta planteada por el Gobierno pretendía resolver, tomando como referente el marco jurídico previo a la LOREG, esto es, el del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, sobre la inelegibilidad de un Delegado del Gobierno en el territorio de una Comunidad Autónoma. La Junta resolvió en su Acuerdo que *«el cargo citado no está comprendido, por razón de la configuración y contenido del mismo en ninguna de las letras a) o c) y siguientes del apartado 1 ni tampoco en ninguna de las del apartado 2 del art. 4º del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, por lo que, tratándose de un cargo de nombramiento por Decreto, previa deliberación del Consejo de Ministros, debe ser considerado inelegible a tenor de la regla general del apartado b) del art. 42, 1 del Real Decreto-Ley citado sin que, por tanto, le afecten las causas de incompatibilidad contempladas en los apartados 5 y 6 del repetido art. 44».*

c) Las inelegibilidades de las entidades estatales autónomas

Por último, y por lo que respecta a las inelegibilidades establecidas en el apartado m) del artículo 6.1 de la LOREG⁴⁰, las relativas al personal directivo de las entidades estatales autónomas, presentan también una serie de disfuncionalidades derivadas de su falta de adecuación al marco jurídico actual, obsoleto desde el año 1988.

Así, las entidades estatales autónomas, creadas en 1958 en virtud de la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre régimen jurídico de las Entidades estatales autónomas, pretendieron, como se explicaba en su exposición de motivos, adecuar la estructura del Estado *«a los distintos intereses públicos, más cada vez en número, intensidad y diversidad por los problemas sociales, económicos y técnicos que plantea la sociedad actual»*, lo que ha conllevado en *«todos los países modernos a la creación de diversas Entidades estatales que bien pueden denominarse autónomas, ya porque ha sido preciso dotarlas de una personalidad jurídica distinta de la del Estado, ya porque, aun faltando esa personificación, requieren, no obstante, una cierta autonomía funcional y financiera, sin la cual los servicios que tienen encomendados no podrían atenderse o lo serían deficientemente»*.

La ley, en suma, clarificó el marco jurídico, hasta entonces inexistente, de la Administración Institucional del Estado, organizando el elenco de entidades estatales autónomas en torno a tres tipologías distintas, en función de su objeto y naturaleza: las empresas nacionales, los servicios administrativos sin personalidad jurídica y, por último, los organismos autónomos. Clasificación que, poco después, en 1962, y al amparo de la disposición transitoria quinta de la Ley de 1958, que establecía la creación de una Comisión clasificatoria de las entidades estatales, cobraría carta de naturaleza mediante el Decreto 1348/1962, de 14 de junio, que aprobó la clasificación de todas las entidades estatales autónomas⁴¹.

⁴⁰ Artículo 6.1 m) de la LOREG:

«Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de las entidades estatales autónomas con competencia en todo el territorio nacional, así como los Delegados del Gobierno en las mismas».

⁴¹ Este Decreto que, en puridad, se puede considerar una auténtica reforma administrativa, racionalizó el número de entidades estatales hasta entonces existentes, fruto de la fusión, modificación o supresión de muchas de ellas. Un proceso que dio como resultado, como se explica en la propia exposición de motivos, que la Comisión que efectuó dicha clasificación tras examinar *«las características de más de mil seiscientos de ellas, se llegó a una propuesta de clasificación que alcanzaba a trescientos cincuenta y dos, quedando las restantes fusionadas económicamente con otras de las que se declaraban subsistentes, siendo suprimido cierto número de ellas e incorporadas a los Presupuestos Generales del Estado los fondos de algunas otras»*.

Sin embargo, la aprobación del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, derogó, en virtud de lo dispuesto en su disposición transitoria segunda, la hasta entonces vigente Ley sobre régimen jurídico de las Entidades estatales autónomas, aunque sólo en las materias relativas a la Hacienda Pública, lo que conllevó la modificación de la clasificación y tipologías contenidas en la Ley.

Una modificación que afectó a los organismos autónomos, —que pasaron a ser desglosados en función de su objeto, entre organismos autónomos administrativos y organismos autónomos de carácter comercial—, y a las sociedades estatales, —que se dividieron, a su vez, entre sociedades mercantiles de participación mayoritaria del Estado y entidades de derecho público, con personalidad jurídica, cuyas actividades requieran el ordenamiento jurídico privado—.

Esta nueva clasificación, nada baladí, incidió de forma notable en la concepción de las inelegibilidades de las entidades estatales autónomas, dado que la definición unívoca establecida en la LOREG al amparo de la ley de 1958 había quedado desfasada y obsoleta, al haberse ampliado el número y tipologías de entes y organismos que, bajo el prisma de entidades estatales autónomas, podían entenderse como tales.

Una problemática que se acentuó con el paso del tiempo, —dado el sucesivo incremento y la multiplicidad de entes de la organización administrativa—, y finalmente, con la promulgación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, —LOFAGE—, que en su disposición derogatoria única establecía la derogación expresa de la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre régimen jurídico de las Entidades estatales autónomas, al englobar la Ley 6/1997, bajo la denominación de organismos públicos, a todas las entidades con dependencia de la Administración General del Estado.

La LOFAGE introdujo un cambio sustancial ya que simplificó aún más, en un esfuerzo de racionalización, el marco establecido por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, agrupando a todas las entidades de la Administración General del Estado con la denominación de «Organismos Públicos»⁴², subdivididos, a su vez, en organismos autónomos y entidades públicas empresariales.

⁴² Como exponía la propia LOFAGE en su exposición de motivos, «*resulta inaplazable racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada 'Administración Institucional del Estado'. Se opta, en primer lugar por una denominación genérica, 'Organismos Públicos', que agrupa todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado. Partiendo del concepto general, se distinguen después dos modelos básicos: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales. Los primeros realizan actividades fundamentalmente*

Posteriormente, una última vuelta de tuerca normativa contribuyó definitivamente a situar el marco jurídico en el actual vigente, dado que el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, fue derogado en 2003, con la aprobación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

La Ley General Presupuestaria de 2003 mantuvo inicialmente la misma clasificación, aunque amplió el concepto de Sector Público Estatal a la propia Administración General del Estado, a los organismos autónomos dependientes de ella, a las entidades públicas empresariales, a las entidades gestoras de la Seguridad Social, a las sociedades mercantiles estatales, a las fundaciones del sector público estatal, a las entidades estatales de derecho público y, por último, a los consorcios adscritos a la Administración Pública estatal.

Un elenco de entes y organismos que, finalmente, y con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha sido refundido en uno solo, aunando el establecido en la LOFAGE y en la Ley General Presupuestaria, desglosándolo entre sector público estatal y sector público administrativo, empresarial y fundacional⁴³.

En suma, la ampliación, desde la Ley de Entidades Estatales de 1958, del marco jurídico de la Administración Institucional del Estado, ha conllevado la teórica multiplicación de las inelegibilidades parlamentarias de los titulares de dichos organismos, empresas y entes, generando una notable confusión. Confusión que ha servido para declarar inelegibles a responsables de organismos que, en puridad, pudieran resultar elegibles.

Por ello, y como ya ha apuntado algún otro autor⁴⁴, resulta imprescindible modificar el apartado m) del artículo 6.1, toda vez que se encuentra desfasado y

administrativas y se someten plenamente al Derecho público; en tanto que los segundos realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento».

⁴³ La propia Ley 40/2015 explica, en su exposición de motivos, la razón de ser de esta reforma, que no es otra que la reducción de la complejidad normativa en aras de la claridad interpretativa. Así, y en el caso concreto de la Administración Institucional del Estado, «*La permanente necesidad de adaptación de la Administración Institucional se aprecia con el mero análisis de la regulación jurídica de los entes que la componen. Un panorama en el que se han aprobado de forma sucesiva diferentes leyes que desde distintas perspectivas han diseñado el marco normativo de los entes auxiliares de que el Estado dispone*».

⁴⁴ Como clarifica Pascua a propósito del artículo 6.1 m), «*ha quedado completamente desfasada con la clasificación de organismos integrantes de la Administración institucional hoy contenida en la LOFAGE y la Ley General Presupuestaria. En las escasas ocasiones en que la Junta Electoral Central ha tenido que enfrentarse a esta cuestión ha acudido a una interpretación histórica, de modo que ha considerado como entidades estatales autónomas a aquellos organismos públicos que podían encajar en el concepto utilizado por*

obsoleto, por lo que su transformación resulta más que necesaria hoy, ya que deja en el aire la inelegibilidad de determinados órganos de indudable relevancia en un proceso electoral, mientras que permite incluir otros que carecen de ella.

En ese sentido, el parámetro jurídico para dilucidar si el personal directivo de un ente u organismo público debe ser sujeto de inelegibilidad resulta a todas luces confuso. Tanto que la propia Junta Electoral Central ha considerado inelegibles, al amparo del artículo 6.1.m) de la LOREG, al Presidente de FEVE⁴⁵, al Director General de SEPES⁴⁶ o al Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro⁴⁷. Cargos cuya influencia en un eventual proceso electoral en un territorio es, cuanto menos, muy limitada.

la Ley de 1958, vigente en el momento de aprobarse la LOREG. (...) Lo cierto es que la clasificación de la Ley de 1958 ya resultaba anticuada incluso en 1985, fecha en la que estaba en vigor la Ley General Presupuestaria de 1977, que contenía una clasificación de organismos más cercana a la hoy vigente. (...). Piénsese, por ejemplo, en la falta de sentido de no reconocer como inelegible al Presidente de la Agencia Tributaria por no tener esta entidad naturaleza de organismo público o, peor aún, al Presidente de la Sociedad estatal Correos y Telégrafos, que al ser sociedad pública quedaría fuera con toda seguridad del concepto de organismo manejado en este precepto». Fabio Pascua Mateo, «Artículo 6», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, ed. Manuel DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO (Madrid: Editorial La Ley, 2014), 123.

⁴⁵ FEVE, Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, fue una entidad pública empresarial nacida en 1965 y suprimida a 31 de diciembre de 2012, mediante el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, integrándose en ADIF y RENFE-Operadora. Su presencia territorial se circunscribía al norte de España, concretamente a las provincias de Asturias, Cantabria, La Coruña, León, Murcia, Palencia y Vizcaya. La consulta a la Junta Electoral Central, formulada en 2004, versaba sobre la incompatibilidad de los cargos de concejal y Presidente de FEVE. Dado que FEVE era considerada entidad pública empresarial, quedaba englobada, en virtud de la LOFAGE y la Ley General Presupuestaria, bajo el concepto de entidad estatal autónoma y, por lo tanto, su titular sujeto a inelegibilidad.

⁴⁶ SEPES, Entidad Pública Empresarial del Suelo, es una entidad pública empresarial, con presencia en todo el territorio nacional, dedicada a la promoción, adquisición y preparación de suelo para asentamientos residenciales, industriales, terciarios y de servicios, elaborando para ello proyectos de urbanización y la ejecución de las infraestructuras urbanísticas. Creada en 1981, su marco jurídico se regula en el Real Decreto 1525/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial de Suelo. La consulta formulada a la Junta Electoral Central planteaba la incompatibilidad del cargo de Director General de SEPES con la con la condición de concejal. La Junta, mediante Acuerdo en su sesión de 27 de abril de 2005, resolvió declarando que SEPES es inequívocamente una entidad estatal autónoma, a tenor de lo dispuesto en los artículos 41 y siguientes de la LOFAGE, y que el cargo de Director General debía entenderse como «*cargo asimilado al de Presidente y Director de entidad estatal autónoma previsto en el apartado m) del artículo 6.1*».

⁴⁷ Las Confederaciones Hidrográficas, como organismos de cuenca, son organismos autónomos con una larga tradición histórica, ya que fueron constituidos en 1926, mediante Real Decreto. Su marco jurídico, la Ley de Aguas de 1985, fue posteriormente modificado

Por otro lado, pero con este mismo planteamiento, debiera modificarse también el artículo 6.3 de la LOREG⁴⁸, ya que plantea una problemática similar a la del artículo 6.1, con una variante relevante y es que, frente a la inelegibilidad absoluta establecida en aquél, –para todo el territorio nacional–, en este caso es relativa, –es decir, circunscrita a una circunscripción en concreto–.

Una cuestión que, por ello, presenta un cariz distinto, en una doble vertiente. En primer lugar, por su carácter exclusivamente territorial, –sea este ámbito el de una provincia o las provincias de una comunidad autónoma–, y, en segundo lugar, porque ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 6.3 posee la condición de alto cargo, sino personal directivo ministerial.

La problemática, en este caso, radica en que, dadas las frecuentes modificaciones en la configuración de la Administración Institucional⁴⁹ antes

mediante el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Sus funciones se circunscriben a la gestión de los recursos de dominio público hidráulico, la preservación de los recursos y la calidad del agua y la planificación hidrológica, entre otras. La consulta a la Junta Electoral Central pretendía resolver si existía causa de inelegibilidad para presentarse a las elecciones municipales del Presidente de una Confederación Hidrográfica, del Ebro, concretamente. La Junta, en su sesión de 22 de enero de 2015, acordó que existía causa de inelegibilidad, en este caso parcial, y no podía concurrir en el ámbito territorial de la Confederación, derivado de las atribuciones que el Real Decreto Legislativo 1/2001 confiere a la Presidencia de las Confederaciones Hidrográficas.

⁴⁸ Artículo 6.3 de la LOREG:

«Durante su mandato no serán elegibles por las circunscripciones electorales comprendidas en todo o en parte en el ámbito territorial de su jurisdicción:

a) Quien ejerza la función de mayor nivel de cada Ministerio en las distintas demarcaciones territoriales de ámbito inferior al estatal.

b) Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de Entidades Autónomas de competencia territorial limitada, así como los Delegados del Gobierno en las mismas.

c) Los Delegados territoriales de RTVE y los Directores de las Entidades de Radiotelevisión dependientes de las Comunidades Autónomas.

d) Los Presidentes y Directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social».

e) Los Secretarios generales de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.

f) Los Delegados provinciales de la Oficina del Censo Electoral».

⁴⁹ De conformidad con lo establecido en el artículo 84.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Administración Institucional se compone de:

«a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:

1.º Organismos autónomos.

2.º Entidades Públicas Empresariales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

c) Las sociedades mercantiles estatales.

d) Los consorcios.

e) Las fundaciones del sector público.

expuesta, se han generado no pocos problemas en el ámbito de las inelegibilidades, al incluir, entre otros muchos, los supuestos de los Delegados de Economía y Hacienda en cada una de las provincias, los Delegados de la Agencia Tributaria o los Delegados provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, entre otros.

Perfiles de naturaleza absolutamente técnica, pero que son considerados por la LOREG como supuestos de inelegibilidad en el ámbito territorial en el que ejercen su cargo y que, si bien puede resultar comprensible en el caso de los Delegados de Hacienda, –por el acceso a información de carácter muy sensible y especialmente protegida–, no se puede equiparar, por ejemplo, con los directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Supuestos complejos que, derivado del análisis del marco jurídico de una entidad u órgano del Sector Público concreto, puede conllevar el considerar inelegibles los casos de cargos que, en puridad, carecen de influencia real como para poder subvertir el principio de igualdad del sufragio pasivo al concurrir en un proceso electoral, como los de Presidente de una Autoridad Portuaria⁵⁰ o el de Director comarcal del INEM⁵¹, como expuso la Junta Electoral Central.

Supuestos que, no obstante, sí resultan comprensibles en el caso de los Delegados de los medios públicos de comunicación, dada la relevancia de su función en una campaña electoral y el eventual uso partidista que podían

f) *Los fondos sin personalidad jurídica.*

g) *Las universidades públicas no transferidas».*

⁵⁰ En este caso, destaca el caso del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla, cuya causa de inelegibilidad fue objeto de consulta a la Junta Electoral Central en diciembre de 2015, consulta que fue resuelta, mediante dos Acuerdos, –el segundo aclaratorio del primero–, en las sesiones de 15 de diciembre de 2015 y 4 de enero de 2016. En ellos, la Junta recuerda que, del tenor del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, «*la Autoridad Portuaria debe considerarse como una entidad estatal de Derecho Público*» y «*no como sociedades estatales como sucedía en 1999, y por ello cabe considerarlas incluidas dentro del supuesto previsto en el artículo 6.3 b) de la LOREG*». A todas luces resulta evidente que la influencia del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla en un proceso electoral subsiguiente, como el de unas elecciones generales, es prácticamente nula, por lo que su elegibilidad no hubiese afectado al proceso electoral.

⁵¹ Este supuesto, quizá el más paradigmático de la problemática expuesta en torno al sentido de las inelegibilidades del artículo 6.3.b), fue objeto de consulta en 1995, y resuelto en sesión de 22 de junio de 1995 recordando la Junta Electoral Central que el INEM ostentaba la naturaleza jurídica de una entidad estatal autónoma, por lo que, en su ámbito territorial, sus Directores y cargos asimilados son inelegibles. La cuestión es obvia: ¿Cómo puede un Director comarcal del INEM alterar el curso de un proceso electoral en beneficio propio tal que su cargo le facilite la obtención del cargo electo? En suma, resulta difícilmente comprensible que determinados cargos administrativos puedan llegar a determinar el resultado de unas elecciones en beneficio de un determinado candidato.

hacer de él, influyendo de modo desmedido y vulnerando, así, la igualdad de oportunidades de los diversos candidatos de los partidos políticos.

2.3. *Praxis política, consecuencias y posible solución*

La problemática planteada ha sido tradicionalmente resuelta por los partidos políticos de la forma más sencilla posible: mediante el cese del titular del cargo afectado por la causa de inelegibilidad.

Un cese que, forzosamente voluntario, no pretende sino sustraer la contienda electoral de la dirección político-administrativa de la Administración Pública, que debe ser siempre neutral y profesionalmente objetiva, pero en la que resulta perjudicada ésta, toda vez que los altos cargos y personal directivo cesan en sus cargos para poder dedicarse en plenitud a la campaña electoral, dejando vacante, normalmente, el cargo que hasta ese momento ocupaban.

Estos ceses que, si bien en circunstancias normales serían resueltos con nuevos nombramientos que supliesen el vacío de poder, en estos casos no suelen ser cubiertos, resolviéndose la problemática de la vacante con una atribución temporal de competencias, –normalmente, por el titular del órgano superior–, pero que dejan en un *impasse* administrativo, de cierta inacción y parálisis, a los centros directivos de los diversos Departamentos ministeriales.

Cierto resulta, no obstante, que normalmente estos ceses forzosos, –normalmente para concurrir en las candidaturas al Congreso de los Diputados o del Senado–, se producen en momentos cercanos a la propia convocatoria electoral, cuando el Gobierno se encuentra en periodo electoral⁵², no en funciones⁵³.

⁵² A tenor de lo dispuesto en el punto 1.2 de la Instrucción 2/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, *sobre interpretación del artículo 50 de la LOREG en relación al objeto y los límites de las campañas institucionales y de los actos de inauguración realizados por los poderes públicos en periodo electoral*, se puede entender como periodo electoral y, por lo tanto, la acción de Gobierno circunscrita a este periodo, como el que se comprende entre la publicación de la convocatoria electoral y el mismo día de las elecciones. Esta Instrucción, dictada para clarificar los límites materiales de la acción del Gobierno antes del inicio de la campaña electoral, pretendía que los principios de igualdad, objetividad y transparencia no se viesan vulnerados por campañas institucionales de logros o inauguraciones, entre otras. Por el contrario, la delimitación del Gobierno en funciones, que es cuando el Ejecutivo se encuentra verdaderamente limitado, se recoge en el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno:

«1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley».

⁵³ El periodo habitual en el que se mantiene un Gobierno en funciones, es decir, entre la fecha de las elecciones y la investidura, es de alrededor de un mes. Así, en nuestra his-

Momentos que, naturalmente, limitan la acción política del Ejecutivo por tratarse de fines de legislatura y cuya actividad, limitada, se suele dirigir a gestionar asuntos de tramitación ordinaria, aunque de cierta relevancia y trascendencia real.

Sin embargo, frente a este tipo de prácticas y las respuestas que tradicionalmente se han dado, se presentan otras posibles soluciones que sirvan para adaptar, a la actual dinámica político-administrativa, el marco jurídico de las inelegibilidades de altos cargos y personal directivo, sin que ello suponga un vacío administrativo de poder en ciertos niveles del Ejecutivo, aunque el Gobierno se halle en periodo electoral o en funciones.

En ese sentido, una posible solución podría consistir en el mejor acotamiento de las inelegibilidades, –concretamente, en los artículos 6.1. f) y k), m) y 6.3. b) y d)–, adaptando su sentido y naturaleza como instrumentos jurídicos que tratan de asegurar y reforzar el libre ejercicio del derecho de sufragio activo, –y también el pasivo–, excluyendo de ellas algunos cargos, toda vez que su presencia resulta de difícil explicación actual.

3. CONCLUSIONES

Las inelegibilidades de altos cargos y personal directivo del Estado, en su formulación actual, presentan varias disfuncionalidades que hacen perder eficacia a las inelegibilidades como instituto jurídico destinado a mejorar la calidad democrática desde el fortalecimiento de la libertad del elector en su ejercicio del derecho de sufragio activo.

La primera de ellas radica en la inclusión de una serie de figuras, como los Directores de Gabinete de los Ministros y de los Secretarios de Estado, que se ven ante la inexplicable paradoja de renunciar a sus cargos para poder concurrir en una determinada candidatura electoral cuando no sólo los titulares de los órganos de quienes dependen, –Ministros o Secretarios de Estado–, no tienen que hacerlo, sino tampoco el resto de los miembros del gabinete, con independencia de su nivel administrativo.

La razón estriba en que si, como hemos expuesto, las inelegibilidades electorales no afectan a los titulares de los órganos superiores de la Administración General del Estado, tampoco debieran afectar a quienes ejercen

toria democrática, en las diez legislaturas transcurridas, sólo en la IV Legislatura (1989-1993), –cinco semanas, ya que las Elecciones Generales tuvieron lugar el 29 de octubre y la investidura el 5 de diciembre–, la VI (1996-2000), –en la que las negociaciones para la investidura se prorrogaron por espacio de dos meses, dado que las elecciones fueron el 3 de marzo y la investidura el 4 de mayo–, y la VII Legislatura (2000-2004), –seis semanas, entre el 12 de marzo, fecha de las Elecciones, y el 26 de abril, fecha de la investidura–, la investidura se extendió por encima de los treinta días.

funciones calificadas como de asesoramiento directo o de especial confianza política, ya que, de lo establecido en la Ley del Gobierno, se deduce con claridad que constituyen órganos de apoyo sin capacidad ejecutiva y, por lo tanto, con escasa capacidad de interferir, sobre todo, si se tiene en cuenta que el sentido de su actuación no es sino actuar conforme a las directrices del órgano superior al que asisten.

Una paradoja que, sin embargo, no se plantea en otros niveles de Gobierno, como en el caso de los titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado, –Subsecretarios, Secretarios generales, Secretarios generales técnicos, Directores generales y subdirectores generales–, donde concurre el mismo supuesto de hecho que el relativo a los Directores de Gabinete, –por lo que, como establece el artículo 6.1.f) de la LOREG, deben renunciar a su cargo–, pero que, en estos casos, resulta perfectamente comprensible dados los perfiles profesionales de los cargos que desempeñan.

En efecto, estos puestos poseen un perfil netamente técnico dada la naturaleza del cargo y las características de su nombramiento, –personal exclusivamente funcionario, salvo que se aplicase la excepcionalidad prevista en el artículo 18.2 de la LOFAGE para algunos nombramientos de Directores generales, y de los Cuerpos superiores de las diversas Administraciones Públicas–, y cuyas funciones, de gestión ordinaria, jefatura de personal y dirección de servicios comunes, entre otras, los sitúan en una posición de eminente neutralidad y asepsia política, pese a la naturaleza esencialmente política de su nombramiento.

Por ello, la lógica de las inelegibilidades de los órganos directivos ministeriales radica en que sus funciones que, en suma, se sintetizan en garantizar el buen funcionamiento de la Administración del Estado, deben estar libres de toda controversia partidista y, por lo tanto, sus titulares ajenos a un posible uso indebido de sus competencias en beneficio de un determinado partido político.

La paradoja, en cualquier caso, quizá sí resultase comprensible en el entorno y contexto en el que nació la propia LOREG, marcado por una novel democracia que empezaba a andar y temía al uso indebido de la Administración Pública por el poder político, pero no hoy que, transcurridos cerca de cuarenta años de periodo democrático, la normalidad en la alternancia política y en los procesos electorales se constituyen en vectores que aseguran el buen funcionamiento del sistema.

Por ello, resulta hoy un lastre que, además, limita en cierto sentido la conformación de las listas electorales para los partidos políticos, dado que se ven en la tesitura de plantear la inclusión de determinadas personas que, necesariamente, se verán obligadas a renunciar a sus cargos ministeriales para poder concurrir a las elecciones en una determinada candidatura electoral. Cargos que, en algunas ocasiones, no resulta conveniente abandonar y

situar en un marco de interinidad funcional, por muy breve que este sea, por lo que se torna conveniente modificar el artículo 6.1 f) de la LOREG, excluyendo de las inelegibilidades del personal directivo ministerial a los Directores de Gabinete.

La misma problemática se predica también en lo relativo a las inelegibilidades de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas. Cargos de indudable calado que, aun poseedores de unas funciones y competencias de naturaleza eminentemente técnica, gozan de un muy marcado carácter político que, combinado, puede producir notables desequilibrios en una convocatoria electoral, lo que justifica el sentido de su inelegibilidad por su influencia y acceso a información pero que, del mismo modo, los sitúa como actores políticamente neutros en otra comunidad autónoma. Razón que justificaría que su inelegibilidad pasase de absoluta a relativa, es decir, del artículo 6.1 al 6.3 de la LOREG.

Asimismo, las inelegibilidades establecidas para las entidades estatales autónomas exigen de una revisión en profundidad, para lo cual también resulta imprescindible modificar el artículo 6.1 m) de la LOREG, relativo a los cargos de las entidades estatales autónomas, toda vez que su redacción, confusa ya en 1985, genera a día de hoy importantes problemas que desvirtúan el sentido de las inelegibilidades, ya que el sucesivo crecimiento de la Administración Institucional del Estado, —especialmente después de la Transición—, unido a la constante modificación de su marco jurídico, vía Ley General Presupuestaria, ha producido una multiplicación innecesaria de las inelegibilidades a titulares de órganos que, en puridad, pueden resultar elegibles dado su cargo y funciones.

Una cuestión que, por el mismo motivo que el precedente, aunque circunscrita a un ámbito territorial determinado, también se requiere en el caso del artículo 6.3 de la LOREG, quizá con una justificación aún mayor, dado que las inelegibilidades establecidas para determinadas entidades de naturaleza territorial carecen, en muchos casos, de explicación actual.

La segunda de las disfuncionalidades, que deriva de las anteriores, conlleva el que estos ceses resten eficacia a la acción del Ejecutivo en sus distintos Departamentos ministeriales ya que, aunque se produzcan al final de la legislatura, aproximadamente un mes antes de la convocatoria electoral, obligan, bien a no cubrir las vacantes asumiendo sus competencias los titulares de los órganos de quienes dependen, o bien a cubrirlas con personas que no son las más idóneas para el cargo.

Una cuestión que, además, se complica porque esta suerte de «interinidades» pueden acabar resultando, si la duración del Gobierno en funciones se amplía más allá de lo habitual, mucho más extensas, prolongando así una situación que en nada contribuye a la eficacia administrativa, dado que resulta lógico pensar que no se propone un nombramiento de la misma

manera si se piensa que sus funciones se van a prolongar más o menos en el tiempo.

En conclusión, ambas disfuncionalidades, directamente conectadas, exigen de una revisión en profundidad del marco jurídico vigente de las inelegibilidades de los altos cargos y personal directivo del Estado, al objeto de no desvirtuar su sentido y naturaleza y contribuir, así, a fortalecer la independencia en el ejercicio del derecho al sufragio.

TITLE: Parliamentary inelegibilities of senior officers and state management staff: the need for reform

RESUMEN: El objetivo de este trabajo consiste en analizar las inelegibilidades establecidas en la LOREG, concretamente las establecidas con carácter absoluto o parcial para determinados altos cargos del Estado y el personal directivo, proponiendo una modificación de la norma que resuelva las disfuncionalidades existentes en algunas de ellas.

PALABRAS CLAVE: inelegibilidades, alto cargo, personal directivo, elecciones.

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze the ineligibilities established in the LOREG [electoral legislation], namely those established with absolute or partial character for certain senior officers of the State and the managerial staff, proposing a modification of the norm that resolves the dysfunctions existing in some of them.

KEY WORDS: ineligibilities, senior officers, managerial staff, elections.

RECIBIDO: 03.04.2017
ACEPTADO: 17.05.2017

FALSIFICACIÓN DE PRODUCTOS MÉDICOS Y DELITOS SIMILARES CONTRA LA SALUD PÚBLICA: INFLUENCIAS INTERNACIONALES Y REGULACIÓN NACIONAL

Daniel González Uriel

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp151-183](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp151-183)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ALCANCE INTERNACIONAL DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE FALSIFICACIÓN DE MEDICAMENTOS Y OTRAS CONDUCTAS ILÍCITAS SIMILARES. 2.1. *El concepto «salud pública»*. 2.2. *Factores que influyen en su carácter transnacional*. 2.3. *Porcentajes de falsificación de medicamentos según la OMS*. 2.4. *Riesgos que comportan estas actividades*. 3. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL: EL CONVENIO MEDICRIME. 3.1. *Cuestiones terminológicas y conceptuales*. 3.2. *El Consejo de Europa*. 3.3. *El Convenio MEDICRIME*. 3.3.1. *Finalidad*. 3.3.2. *Contenido penal sustantivo*. 3.3.3. *Mecanismo de seguimiento*. 4. *NORMATIVA EUROPEA SOBRE LA MATERIA*. 4.1. *Competencia de la UE en materia penal*. 4.2. *La Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011*. 4.3. *Reglamento Delegado (UE) 2016/161 de la Comisión de 2 de octubre de 2015*. 5. *REGULACIÓN ESPAÑOLA*. 5.1. *Normativa anterior a la modificación del Código Penal de 2015*. 5.2. *Regulación vigente en el Código Penal*. 5.3. *Valoración global de la reforma*. 6. *CONCLUSIONES*.

1. INTRODUCCIÓN

En la sociedad de la información, las relaciones entre los sujetos no se limitan al interior de las fronteras de los propios países, sino que la globalización y

herramientas como Internet, las nuevas formas de comunicación y la introducción de nuevos cauces de relación comercial, han propiciado que surjan nuevas dinámicas delictivas, que requieren un esfuerzo y una cooperación internacionales en su prevención, descubrimiento, erradicación y sanción. La salud pública, como bien jurídico protegido con esta normativa, es susceptible de ser atacada de múltiples formas y de ser puesta en peligro por vías hasta ahora desconocidas. Para luchar contra estas nuevas formas de criminalidad, las Organizaciones Internacionales han elaborado distintos textos y normas. En este trabajo atenderemos al Consejo de Europa y a la normativa de la Unión Europea. En el caso del Consejo de Europa, se analizará el *Convenio sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública*, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2016; en cuanto a la Unión Europea, nos centraremos en la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un *código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal*, y en el Reglamento Delegado (UE) 2016/161 de la Comisión, de 2 de octubre de 2015, que completa la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo disposiciones detalladas relativas a los dispositivos de seguridad que figuran en el envase de los medicamentos de uso humano. En último lugar, se estudiarán las novedades introducidas en el Código Penal como consecuencia de los citados textos.

2. EL ALCANCE INTERNACIONAL DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE FALSIFICACIÓN DE MEDICAMENTOS Y OTRAS CONDUCTAS ILÍCITAS SIMILARES.

2.1. *El concepto «salud pública»*

La salud pública es un concepto que ha evolucionado a lo largo del siglo XX. Entre las distintas acepciones que se han propuesto por los autores, podemos atender a algunas de ellas, y, en concreto, a la del canadiense Hibbert Winslow Hill, quien definió la salud pública como *«la ciencia y el arte de prevenir las enfermedades, prolongar la vida, fomentar la salud y la eficiencia física y mental, mediante el esfuerzo organizado de la comunidad para: 1) El saneamiento del medio; 2) El control de las enfermedades transmisibles; 3) La educación de los individuos en los principios de la higiene personal; 4) La organización de los servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico precoz y el tratamiento preventivo de las enfermedades; 5) El desarrollo de los mecanismos sociales que aseguren a todas las personas un nivel de vida adecuado para la conservación de la salud, organizando estos*

beneficios de tal modo que cada individuo esté en condiciones de gozar de su derecho natural a la salud y a la longevidad». Otra definición a tener en cuenta es la del norteamericano Milton Terris en 1992, que entendía la salud pública como «el arte y la ciencia de prevenir la enfermedad y la incapacidad, prolongar la vida y promover la salud física y mental mediante esfuerzos organizados de la comunidad». Se comprueba, a la vista de las definiciones doctrinales, que subyacen como denominadores comunes la prevención y cura de las enfermedades y el elemento comunitario. La Organización Panamericana de la Salud propuso en 2002 la siguiente acepción: «la Salud Pública es el esfuerzo organizado de la sociedad, principalmente a través de sus instituciones de carácter público, para mejorar, promover, proteger y restaurar la salud de las poblaciones por medio de actuaciones de alcance colectivo». En último término, podemos citar la definición del Diccionario de la Real Academia Española, que la concibe como «conjunto de condiciones mínimas de salubridad de una población determinada, que los poderes públicos tienen la obligación de controlar y proteger».

2.2. Factores que influyen en su carácter transnacional

Vamos a centrarnos en la elaboración, distribución, comercialización, ofrecimiento, falsificación de información en prospectos y conductas similares relacionadas con la adulteración de medicamentos, obviando los aspectos relativos a los derechos de propiedad industrial y sus consecuencias económicas.

La delincuencia que estamos abordando, y cuyas conductas típicas serán examinadas posteriormente, tiene un carácter internacional, y los flujos monetarios y las transacciones comerciales se producen entre sujetos que se encuentran en muchas ocasiones en distintos países, por lo que es preciso atender a los conceptos de mundialización y seguridad global y, siguiendo a González Radío¹, entender que «*queda planteado el problema de la ley a nivel mundial, lo cual nos lleva a establecer unas nuevas bases de lo que es la democracia, la participación, la representación, la ciudadanía, etc., donde el Derecho Internacional se convierte en referente y en elemento sustentador, construyendo y abriendo un nuevo proceso legislativo internacional*». Ante este panorama, podemos sintetizar cuáles son los factores que propician el alcance internacional de estos actos ilícitos, que Eric Tardif² resume en seis elementos: i) **altos precios** de los medicamentos legítimos,

¹ V. GONZÁLEZ RADÍO, *Justicia y globalización*, (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000), 102-106.

² E. TARDIF, «Medicamentos falsificados: una píldora difícil de tragar y un reto sanitario global», *Anuario español de Derecho Internacional*, n.º 27 (2011): 591-613, 598-602.

ii) **bajo costo** de los medicamentos falsificados, iii) la existencia de un «**mercado gris**» y un comercio paralelo, que define como aquellas situaciones en que los medicamentos no pasan de las plantas de los fabricantes a los grandes mayoristas, para que sean éstos quienes suministren el producto a los vendedores primarios, sino que se produzcan interrupciones en dicha cadena y exista una matriz de proveedores y mayoristas más pequeños que comercien entre sí, dando lugar a miles de transacciones en las que se facilita que las falsificaciones puedan entrar en la cadena de suministro; iv) **los aranceles** y los controles de precios de los medicamentos, v) un **marco jurídico variable**, dadas las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de cada país, y vi) las ventas a través de **Internet**, que se ha convertido en el gran suministrador de dichos productos, pese a que la OMS ha llegado a señalar que el 50% de los medicamentos que se distribuyen en la red han sido falsificados.

A estos seis factores, que se pueden reducir a dos, a saber, causas económico-jurídicas y facilitación de los cauces de distribución a través de las nuevas tecnologías de la información, debemos añadir otros dos de gran importancia: la aparición de grupos criminales internacionales y la automedicación. **El surgimiento de organizaciones criminales internacionales** es de la máxima relevancia, por cuanto el establecimiento de estas organizaciones y grupos con una implantación internacional facilitan la comisión de las actividades de falsificación: las nuevas tecnologías hacen posible que las comunicaciones se universalicen, que se creen vínculos con sujetos que se encuentran en distintos Estados y que se forjen nuevas alianzas y relaciones que culminen en el establecimiento de dichas organizaciones y grupos criminales. La organización diseña sistemas de fabricación, cauces de distribución y canales suministro; ofrece los productos falsificados y, con los beneficios que obtiene por sus actividades ilícitas, fomenta el desarrollo y la ampliación de estas «factorías del crimen», apareciendo nuevas organizaciones que deseen emular a las ya existentes, a la vista de los cuantiosos rendimientos económicos de tal actividad. Con ello se genera un círculo vicioso en el que aparecen nuevos actores, se falsifican más medicamentos y se genera un mayor peligro para la salud pública.

La automedicación puede definirse como³ la toma de medicamentos por iniciativa del paciente a partir de una experiencia previa o sin ella. Cuando se efectúa de una manera irresponsable, fuera del diagnóstico o la prescripción médica, por exclusiva iniciativa del paciente, y en ocasiones hasta en contra de las advertencias de cualquier profesional sanitario, incluido el farmacéutico,

³ E. GRANDA, «Automedicación. ¿Qué medicamentos y otros productos toman los ciudadanos para el cuidado de su salud y por qué?», *Farmacia Profesional*, Vol. 22, n.º 1, (2008): 9.

puede conllevar graves riesgos para la salud de las personas que los consumen. Los medicamentos que se utilizan en estos casos son los sobrantes de tratamientos anteriores, medicamentos que no necesitan receta, medicamentos que necesitan receta y se obtienen sin ella y otros medicamentos alternativos (hierbas, productos naturales, etc...). El sujeto que se automedica ve en Internet la gran farmacia online en la que abastecerse, en la que puede adquirir fármacos que no podría conseguir en las farmacias por carecer de receta, sin ser consciente en muchas ocasiones de los peligros que ello conlleva; se adquieren así, ingentes cantidades de medicamentos a través de las compras online, y en muchas de las ocasiones estos medicamentos son falsificaciones. En España se ha producido un incremento en la adquisición y empleo de medicamentos sin la supervisión facultativa, y por ejemplo en el caso de los analgésicos, según un estudio del año 2014⁴, el 23.7% de los españoles que consumen analgésicos para el dolor, lo hace de forma automedicada, variando esta prevalencia según la localización del dolor analizada. Este dato sirve para mostrar la magnitud de la automedicación y permite conectarla con la adquisición de productos médicos falsificados a través de las nuevas tecnologías de la comunicación. Constituye así un factor coadyuvante en el empleo de Internet para comprar tales productos.

2.3. Porcentajes de falsificación de medicamentos según la OMS

Una vez que hemos apuntado los factores que favorecen el carácter transnacional de la delincuencia analizada, debemos atender a los porcentajes establecidos por la OMS en sus informes sobre la implantación mundial de la falsificación de medicamentos, teniendo en cuenta la dificultad para cuantificar estos ilícitos y el carácter orientativo de tales cifras, por cuanto es imposible detallar de forma precisa un mercado opaco e ilegal, pero que sirven para constatar la repercusión de las citadas conductas. Los autores⁵ sistematizan estos porcentajes y diferencian cuatro grupos de países: *i) Países de muy elevada incidencia*: África, América Central y Sudamérica, en estos países las cifras de medicamentos falsificados son superiores al 20% y en los casos más severos pueden superar el 50%. En algunos Estados, como Nigeria o Angola, la OMS estima que hasta el 70% de los medicamentos podrían ser falsificaciones. *ii) Países de elevada incidencia*: Sudeste Asiático, China y

⁴ P. CARRASCO-GARRIDO, «Factores predictivos de uso de analgésicos automedicada en adultos españoles: un estudio nacional de la sección transversal», *BioMed Central*, 2014.

⁵ A. MIGUEL REDONDO, «La falsificación de medicamentos y la venta en Internet, un problema de salud pública», *RqR Enfermería Comunitaria (Revista SEAPA)*, Vol. 2, n.º 3, (2014): 44.

las antiguas Repúblicas Soviéticas, con cifras entre el 11 y el 20%. En Rusia la cifra oficial es el 10% pero algunos estudios la cuantifican en el 35%. *iii) Países de baja incidencia:* Cuenca mediterránea de África, Península Arábiga y Oriente Medio. Las cifras rondan el 1-10%, si bien existen casos como el Líbano o los Emiratos Árabes Unidos, donde según la OMS podrían superar el 30%. *iv) Países de incidencia puntual:* Norteamérica, Europa, Japón y Australia. Incidencia inferior al 1%. Estas cifras muestran que, en los países más desarrollados, la incidencia de la problemática es menor y que los países subdesarrollados y en vías de desarrollo son los que más sufren esta delincuencia.

Se puede establecer una evidente conexión entre desarrollo socio-económico y grado de alfabetización e instrucción, y el impacto de la falsificación de productos médicos: en muchos de los países menos desarrollados económicamente existen enfermedades crónicas, auténticas plagas endémicas, y las organizaciones criminales se aprovechan de tales circunstancias de necesidad para abastecer de sustancias inocuas –cuando no abiertamente perjudiciales para la salud–, haciéndolas pasar por auténticas, lucrándose con la salud y haciendo negocio de la enfermedad. Encuentran un mercado perfecto para vender sus productos y obtener grandes beneficios: una población poco instruida, enferma, sin recursos económicos y que no pueden sufragar los gastos de los medicamentos genuinos suministrados por grandes empresas farmacéuticas.

2.4. Riesgos que comportan estas actividades

Cuando analizamos los riesgos de esta forma de criminalidad, debemos diferenciar entre los riesgos directos y los riesgos indirectos. Entre los riesgos directos⁶ podemos señalar que la falsificación de un excipiente o de un principio activo de un medicamento ha ocasionado la muerte de numerosos pacientes, como ocurrió en EEUU en 2008, en que una heparina adulterada con condroitinsulfato sobresulfatado causó al menos 81 muertos, por lo que se puede hablar de una **toxicidad directa** e inmediata; en segundo lugar cabe referirse a aquellos supuestos en que los medicamentos falsificados no contengan sustancias tóxicas o en dosis tóxicas, pero que⁷ puedan causar resistencia a medicamentos indicados para atacar causas importantes de mortalidad: un ejemplo que señala la OMS es el paludismo, que produce cerca de un millón de fallecimientos cada año, y que, en una investigación sobre antipalúdicos falsificados permitió comprobar que la mitad de las

⁶ V. REGGI, «Medicamentos falsificados y desabastecimiento de medicamentos», *Butlletí Groc, Fundació Instituto Catalán de Farmacologia*, Vol. 27, n.º 4 (2014): 15.

⁷ «La falsificación de medicamentos: una amenaza creciente», *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, Vol. 88, 2010.

muestras recogidas no contenían el principio activo (artesanato), o lo contenían en porcentajes insignificantes, y que ello había conllevado muertes por paludismo no tratado en Asia Sudoriental. Así, si bien no son directamente tóxicos, ciertos medicamentos adulterados pueden producir que los medicamentos genuinos pierdan su eficacia, con lo que comportan un serio peligro para la salud de las personas.

Entre los riesgos que hemos denominado indirectos, que no se conectan de una manera inmediata con la salud pública, podemos señalar los siguientes: i) las grandes **pérdidas económicas** para los fabricantes legítimos, que ven reducidos sus ingresos de una manera ilegítima, lo que también conlleva repercusiones en las economías nacionales, que dejan de percibir los ingresos basados en los impuestos que estas farmacéuticas deberían desembolsar si hubiesen obtenido tales ganancias; ii) la **vulneración de los derechos de propiedad industrial e intelectual** y el daño a la imagen de las empresas farmacéuticas, que ven empleados sus hologramas, imitados sus envases, marcas y otros signos distintivos, y que puede conllevar un riesgo de confusión en el público y una aminoración de la credibilidad de dichas casas comerciales. iii) La **reducción de la confianza de los ciudadanos** en determinados fármacos fundamentales, al haber consumido medicamentos ilegítimos que no han supuesto beneficios o mejoras en su salud. iv) El **fomento de la economía sumergida, el blanqueo de capitales y otras conductas delictivas**: dado que las organizaciones criminales obtienen cuantiosos beneficios de esta ilícita actividad, y que esas cuantías pecuniarias son opacas, para reintegrarlas en los flujos económicos deben proceder a su blanqueo o lavado, llevando a cabo adquisiciones de bienes muebles e inmuebles, efectuando transacciones e inversiones, que tienen un carácter delictivo, además de ser un estímulo para el surgimiento de la economía sumergida, sufragándose actividades no declaradas oficialmente con los rendimientos derivados de este comercio fraudulento. Asimismo, como ya apuntamos en un punto anterior, esta rápida obtención de beneficios puede fomentar el surgimiento de nuevos grupos y organizaciones criminales que se dediquen a tales actividades ilícitas, aumentando la oferta de productos médicos falsificados.

3. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL: EL CONVENIO MEDICRIME

3.1. *Cuestiones terminológicas y conceptuales*

El primer elemento que debe quedar aclarado antes de estudiar el Convenio MEDICRIME es el terminológico, puesto que, para aludir a la materia que tratamos, la colaboración interestatal –bien a través de tratados bilaterales, multilaterales o textos internacionales surgidos al amparo de una

organización internacional—, se ha empleado habitualmente el concepto «cooperación judicial internacional en materia penal», entendida como los sistemas necesarios para posibilitar el proceso judicial penal en un Estado determinado, y que conllevaba unas connotaciones eminentemente procesales. Por el contrario, en la actualidad, a la vista de la ampliación de las materias incluidas en dichos textos internacionales, parece más adecuado⁸ referirse a «cooperación jurídica internacional en materia penal», incluyendo elementos de puro Derecho Penal, y no solamente aspectos adjetivos o procesales, estimando que *«puede considerarse que por cooperación jurídica internacional se entiende el conjunto de instrumentos legales de carácter supranacional que determinan las condiciones en las cuales deben actuar conjuntamente los Estados a fin de hacer efectiva la administración de justicia y, en última instancia, asegurar el ejercicio del ius puniendi»*. El Derecho Penal se basaba históricamente en el principio de territorialidad y en el principio de soberanía estatal⁹, entendido por Bacigalupo Zapater del siguiente modo: *«para un jurista las fronteras del Estado son un límite territorial de la vigencia de las normas. Las leyes de un Estado sólo tienen validez dentro del espacio territorial en el cual pueden ser impuestas, es decir, dentro del territorio en el que el Estado ejerce su soberanía. Dicho de otra manera: las fronteras de mi soberanía son las fronteras de mi Derecho. Desde la perspectiva inversa, o sea, desde el exterior hacia el interior, las fronteras del Estado materializan un límite del poder de otros Estados: definen un ámbito de exclusión que se expresa en el llamado principio de no intervención»*. Sin embargo, el ordenamiento punitivo se ha adaptado a las nuevas necesidades: se ha puesto de manifiesto que la delincuencia es un fenómeno que en muchas ocasiones conlleva elementos de extranjería o que vinculan a distintos países, han aparecido nuevos ilícitos penales con repercusión en varios Estados, ha sido necesario poner en conexión a las autoridades judiciales de distintos países, llevar a cabo agilización de relaciones y entrega de documentos, y, en última instancia, armonizar los ordenamientos jurídicos, también en materia penal sustantiva, para lograr una mayor coherencia y eficacia en la lucha contra la delincuencia internacional. Se ha producido, de este modo, un cierto cambio de paradigma, y de una visión eminentemente nacional e interna se ha pasado a un mayor protagonismo del Derecho Penal Internacional.

⁸ A. ARNÁIZ SERRANO, «Evolución de la Cooperación Judicial Penal Internacional: en especial, la Cooperación Judicial Penal en Europa», *Cooperación judicial penal en Europa*, (Coord. A. ARNÁIZ SERRANO; Dir. M. CARONA RUANO, I. GONZÁLEZ VEGA, V.M. MORENO CATENA), (Madrid: 2013), 1-40, 5-7.

⁹ E. BACIGALUPO ZAPATER, «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, (2001): 199-224, 199.

3.2. El Consejo de Europa

El Consejo de Europa es una Organización Internacional que tiene como objetivo¹⁰ la consecución de una unión más estrecha entre sus miembros a fin de salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio y de favorecer su progreso económico y social, y entre los principios que presiden su actuación podemos señalar los siguientes: la defensa de los Derechos Humanos y la fe en la justicia y en la cooperación internacional, como base de una paz consolidada y como garantía de la preservación de la sociedad humana y de la civilización. La relevancia de esta Organización Internacional ha sido subrayada por la doctrina¹¹ con base en tres razones: i) en su Carta Constitutiva –el Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949–, se afirma que el respeto de los Derechos Humanos constituye un principio básico del patrimonio común que define la identidad europea, exigiendo a todo Estado para ser miembro que garantice el disfrute de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales a cualquier persona bajo su jurisdicción; ii) la adopción del Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo CEDH), confiándose su protección a una Comisión –extinta desde el Protocolo Adicional 11.º al CEDH– y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como garante jurisdiccional del citado Convenio, y iii) en atención a los resultados obtenidos, como afirmó la Sentencia del TEDH de 23 de marzo de 1995, en el asunto *Loizidou c. Turquía*, «*el Convenio Europeo constituye un verdadero instrumento constitucional del orden público europeo para la protección de todos los seres humanos*».

Pero la importancia del Consejo de Europa no se reduce a la elaboración del CEDH, sino que ha jugado un papel decisivo en la cooperación jurídica internacional, como destaca García Moreno¹² «*supuso el inicio de una nueva fase en la que los instrumentos jurídicos a través de los cuales se articula la cooperación internacional trascienden de los meros convenios bilaterales o multilaterales para enmarcarse en un proceso de integración europea más o menos intenso y que incluye otros aspectos además de la mera asistencia o cooperación jurídica*». En esta tarea, el Consejo ha promovido la adopción de numerosos convenios, dado su carácter multidisciplinar, y, en el ámbito penal existen más de treinta, entre los cuales existen convenios de carácter general

¹⁰ F.J. MONTES FERNÁNDEZ, «El Consejo de Europa», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 47, (2014): 57-92, 63.

¹¹ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Sistema de Derecho Internacional Público*, 2.ª Ed. (Navarra: Cizur Menor, 2012), 422-423.

¹² J.M. GARCÍA MORENO, «Principales Convenios del Consejo de Europa en materia de cooperación judicial penal», *Revista de Jurisprudencia*, n.º 3 (2011): 1.

y otros dedicados a una concreta materia delictiva. Éste es el caso del *Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública*, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, conocido como Convenio MEDICRIME.

3.3. El Convenio MEDICRIME

3.3.1. Finalidad

Con el objetivo¹³ de salvaguardar la salud pública, penalizando determinados actos, prestando una especial atención a los derechos de las víctimas y pretendiendo promover la cooperación nacional e internacional, surge el Convenio MEDICRIME, que es el primer y único tratado internacional en la materia. Subraya Alarcón Jiménez, como causas que han propiciado la firma del convenio, las siguientes: la corrupción, la reticencia a reconocer la existencia del problema, la multiplicación de los intermediarios, la ineficacia de los sistemas de control de fabricación y distribución de estos productos y, sin lugar a dudas, la ausencia de un marco jurídico penal adecuado para la persecución de estos delitos.

Para hacer frente a esta situación, surge el Convenio MEDICRIME, que en su Preámbulo señala que su finalidad es *«prevenir y combatir las amenazas que gravitan sobre la salud pública introduciendo nuevos delitos y sanciones penales»*. Por lo tanto, desde el principio el texto internacional aboga por recurrir a la vía penal para luchar contra esta clase de delincuencia, con lo que se pone de manifiesto que han fracasado las vías previas, es decir, las medidas de naturaleza civil y administrativa, y se ha considerado necesario acudir a la última ratio que es el Derecho Penal.

El **objeto del Convenio** se expresa en el artículo 1¹⁴, en el que se expone la idea ya aludida de garantizar la salud pública, bien jurídico objeto de protección en el presente texto, y se incide en la utilización de la vía penal para reprimir tales conductas. Asimismo, se establece un mecanismo específico de seguimiento del Convenio como instrumento necesario para valorar su eficacia.

¹³ O. ALARCÓN JIMÉNEZ, «Soluciones a la falsificación de productos médicos», *En genérico, revista de la asociación española de medicamentos genéricos AESEG*, n.º 17, (2015): 10.

¹⁴ Artículo 1. **Objeto y finalidad:** *«1. El presente Convenio tiene por objeto prevenir y combatir las amenazas que gravitan sobre la salud pública: a) penalizando determinados actos; b) protegiendo los derechos de las víctimas de los delitos establecidos en virtud del presente Convenio; c) promoviendo la cooperación nacional e internacional. 2. Con el fin de asegurar la aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el presente Convenio establece un mecanismo específico de seguimiento»*.

Por su parte, el **ámbito de aplicación** del Convenio MEDICRIME aparece recogido en términos amplios en su artículo 3¹⁵: hace alusión a **«productos médicos»** y no solamente a medicamentos o fármacos, con lo que está extendiendo su influencia más allá de los simples compuestos o elaborados farmacéuticos, incluyendo otros elementos sanitarios, como se comprobará al examinar las definiciones contenidas en el artículo 4. No importa que los productos médicos en cuestión no estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o industrial, por cuanto se protegen de igual manera los genéricos y los que estén cubiertos por una marca o casa comercial, dado que el objeto del Convenio es la protección de la salud pública y no los derechos de naturaleza mercantil. A su vez, se amplía la protección a los dispositivos médicos, sus accesorios y a las sustancias activas, los excipientes y los materiales que podríamos considerar «precursores de medicamentos o fármacos». De esta manera se están adelantando las barreras de protección y se quiere tutelar que desde un inicio, el proceso de fabricación de los productos sanitarios sea lícito y siga los cauces legítimos. Para interpretar correctamente el contenido de este artículo 3 es necesario acudir a las definiciones contenidas en el artículo 4¹⁶, por cuanto se emplea un lenguaje técnico, y no se aplicaría

¹⁵ Artículo 3. **Ámbito de aplicación.** «El presente Convenio se aplicará a todos los productos médicos, estén o no protegidos por derechos de propiedad intelectual o sean o no productos genéricos, incluidos los accesorios destinados a ser utilizados con los dispositivos médicos, así como las sustancias activas, los excipientes, los elementos y los materiales destinados a ser utilizados en la fabricación de los productos médicos».

¹⁶ Artículo 4. **Definiciones.** «A efectos del presente Convenio: a) por **«producto médico»** se entenderá los medicamentos y dispositivos médicos; b) por **«medicamento»** se entenderá los medicamentos de uso humano y veterinario, esto es: i. toda sustancia o composición que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas de enfermedades humanas o animales; ii. toda sustancia o composición que pueda usarse en, o administrarse a, seres humanos o animales con el fin de restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico; iii. un medicamento elaborado para fines de investigación; c) por **«sustancia activa»** se entenderá toda sustancia o combinación de sustancias destinada a ser utilizada en la fabricación de un medicamento y que, cuando se utiliza para la producción de un medicamento, se convierte en un principio activo de dicho medicamento; d) por **«excipiente»** se entenderá toda sustancia que no sea una sustancia activa ni un medicamento terminado, pero que entre en la composición de un medicamento de uso humano o veterinario y sea esencial para la integridad del producto terminado; e) por **«dispositivo médico»** se entenderá todo instrumento, aparato, equipo, programa informático, material o cualquier otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a fines de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en el buen funcionamiento de dicho dispositivo médico, destinado por el fabricante a ser utilizado en el ser humano con fines de: i. diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; ii. diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia; iii. inves-

correctamente el Convenio si se desconoce el significado de sus términos; también serán relevantes a la hora de analizar la reforma operada en el Código Penal español (en adelante CP), puesto que se emplean dichos conceptos, por lo que es de todo punto necesaria, pese a su extensión, la reproducción íntegra del artículo 4. De dicho listado cabe destacar la referencia a los «dispositivos médicos», expresión traducida del inglés «medical devices», y que en algunos países se denominan «equipos médico-quirúrgicos» o simplemente «equipos médicos» o «productos sanitarios», como ocurre en España, y que abarcan una pluralidad de instrumentos y aparatos, que van desde ecocardiógrafos, endoscopios, sistemas radiográficos, hasta desfibriladores, prótesis, marcapasos, ventiladores de cuidados intensivos, o preservativos y pruebas de embarazo; con esta variedad de ejemplos se pone de manifiesto que es un vasto campo de protección, que incluye no solo los medicamentos stricto sensu, sino que se ha querido intensificar la protección más allá, en todo lo relacionado con la sanidad, atendiendo no solo a los fármacos y el resultado final del proceso curativo, sino que se pone el foco de atención en los elementos de prevención, diagnóstico, intervención y, finalmente, el campo propiamente curativo o terapéutico. A mayor abundamiento,

tigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; iv. regulación de la concepción; y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunitarios ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios; f) por «accesorio» se entenderá todo artículo que, sin ser un dispositivo médico, esté específicamente destinado por su fabricante a ser utilizado de forma conjunta con el dispositivo médico, a fin de que este último pueda utilizarse de conformidad con lo previsto por su fabricante; g) por «elementos» y «materiales» se entenderá todos los elementos y materiales que entren en la fabricación de los dispositivos médicos y estén destinados a ser utilizados por estos últimos, siendo esenciales para su integridad; h) por «documento» se entenderá todo documento vinculado a un producto médico, sustancia activa, excipiente, elemento, material o accesorio, incluido el embalaje, etiquetado, modo de empleo, certificado de origen o cualquier otro certificado que lo acompañe, o que esté directamente relacionado con su fabricación y/o distribución; i) por «fabricación» se entenderá: i. en relación con un medicamento, todas las fases del proceso de producción del medicamento, o de una sustancia activa o un excipiente de aquel, o de acabado del medicamento o de algunos de sus excipientes o sustancias activas; ii. en relación con un dispositivo médico, todas las fases del proceso de producción, incluido el diseño, del dispositivo médico, así como de sus elementos o materiales, o de acabado del dispositivo médico y de sus elementos o materiales; iii. en relación con un accesorio, todas las fases del proceso de producción, incluido el diseño, y de acabado del accesorio; j) por «falsificación» se entenderá la presentación engañosa de la identidad y/o de la fuente; k) por «víctima» se entenderá toda persona física que haya sufrido daños físicos o psicológicos como consecuencia de la utilización de un producto médico falsificado o de un producto médico fabricado, proporcionado o puesto en el mercado sin autorización, o que no cumpla con los requisitos de conformidad, tal y como se describe en el artículo 8».

debemos recordar en este punto la definición de medicamento falsificado dada por la OMS¹⁷: *«un producto etiquetado indebidamente de manera deliberada y fraudulenta en lo que respecta a su identidad y/o fuente. La falsificación puede afectar a productos de marca y genéricos, y los productos pueden incluir ingredientes correctos o incorrectos, sin principios activos, con principios activos insuficientes, o con envases falsificados»*. Como podemos apreciar, el concepto manejado en el convenio MEDICRIME es mucho más amplio y se robustece el campo de actuación.

3.3.2. Contenido penal sustantivo

i) Conductas que deben ser tipificadas

La parte central del Convenio se encuentra en los artículos 5-8, ubicados en el Capítulo II, que lleva por rúbrica «Derecho Penal Material». En estos artículos se recogen las conductas que deben ser tipificadas por los Estados Parte. En el artículo 5¹⁸ se recoge la **fabricación de falsificaciones**, y del texto del Convenio se deriva que dicha fabricación o adulteración debe ser intencionada, es decir, dolosa. Nuevamente se acude a un concepto extensivo, pretendiendo la protección de la seguridad del paciente y consumidor de productos médicos y fármacos en todas las fases del proceso de producción. Se persigue no solo la fabricación ex novo de productos falsos, sino la adulteración, que podemos interpretar como aquellos supuestos en que se parte de una sustancia o producto legítimo y se modifica su composición de forma ilícita.

En el artículo 6¹⁹ se recoge como conducta tipificable por los Estados **el suministro, oferta de suministro y el tráfico de falsificaciones**. Es un

¹⁷ Organización Mundial de la Salud, Medicamentos falsificados. Pautas para la formulación de medidas para combatir los medicamentos falsificados, Ginebra, OMS, 1999, p. 6.

¹⁸ Artículo 5. **Fabricación de falsificaciones**: *«1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su legislación interna la fabricación intencionada de productos médicos, sustancias activas, excipientes, elementos, materiales y accesorios falsificados. 2. En relación con los medicamentos, y, en su caso, los dispositivos médicos, las sustancias activas y los excipientes, el apartado 1 será igualmente aplicable a cualquier adulteración de los mismos. [...]»*.

¹⁹ Artículo 6. **Suministro, oferta de suministro y tráfico de falsificaciones**: *«1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su legislación interna, cuando se cometa intencionadamente, el suministro o la oferta de suministro, incluido el corretaje, el tráfico, incluidos el almacenamiento, la importación y la exportación, de productos médicos, sustancias activas, excipientes, elementos, materiales y accesorios falsificados. [...]»*.

precepto centrado en los canales de distribución y en los sujetos que participan en la comercialización de la ilícita mercancía en todos sus niveles; de esta forma, no solo se castiga al vendedor final, que comercializa los citados productos y los expende al destinatario final, sino que se persiguen las redes, atendiendo a figuras como mediadores, intermediarios, depositarios o almacenadores, que sirven de apoyo logístico esencial a la ocultación de este tráfico a las autoridades. Se persiguen tanto la importación como la exportación, otorgando así un enfoque internacional a la delincuencia analizada. Nuevamente nos encontramos ante una conducta dolosa, en que los intervinientes deben conocer lo ilícito de su distribución comercial y, pese a ello, desean llevarla a cabo.

El artículo 7²⁰ se centra en la **falsificación de documentos**. Se recogen dos conductas dolosas, la fabricación de documentos falsos, con lo que se produce una creación ilícita de un documento no existente, y la falsificación de documentos, donde se incardina la modificación irregular de un documento original; hay que atender a la definición amplia de documentos recogida en el artículo 4 anteriormente transcrito, en la que se recoge todo lo relativo a prospectos, embalajes, etiquetas, certificados de origen o modo de empleo. La ratio de esta protección se fundamenta en la confianza que infunde en los consumidores y usuarios la documentación que acompaña a los medicamentos, existiendo una apariencia de autenticidad y de ser ciertas las propiedades curativas y características atribuidas a los productos que acompañan. La falsedad en estos documentos supone una quiebra en la legítima confianza de la ciudadanía en la calidad de los medicamentos y demás productos sanitarios, en su eficacia curativa, e induce a error en la población. Por tanto, se pretende hacer hincapié en la necesidad de una sociedad debidamente informada en los aspectos sanitarios.

En último lugar, el artículo 8 recoge un crisol de comportamientos delictivos próximos a los recogidos en los artículos anteriores. De esta forma, bajo la rúbrica **delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública**²¹, en los que se parte de un principio de subsidiariedad al establecer

²⁰ Artículo 7. **Falsificación de documentos:** «1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar comer delito en su legislación interna, cuando se cometa intencionadamente, la fabricación de documentos falsos o la falsificación de documentos. [...]».

²¹ Artículo 8. **Delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública.** «Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su legislación interna, cuando se cometa intencionadamente, y en la medida en que no resulten de aplicación los artículos 5, 6 y 7: a) la fabricación, el almacenamiento para el suministro, la importación, la exportación, el suministro, la oferta de suministro o la puesta en el mercado de: i. medicamentos sin autorización, cuando dicha autorización sea obligatoria en virtud de la legislación interna de la Parte; o ii.

que habrá que estar a su texto en la medida en que no resulten de aplicación los artículos anteriores. En este caso, la ratio de la punición de las conductas, obliga a diferenciar los apartados a) y b). En el apartado a), se sanciona la comercialización y la puesta en los canales de distribución de medicamentos sin la autorización requerida, cuando la misma sea necesaria, o que los dispositivos médicos carezcan de los requisitos de conformidad cuando ésta sea requerida por la legislación interna del Estado parte: en los dos supuestos, el bien jurídico protegido estaría más próximo al respeto a las normas administrativas que regulen el sector sanitario, puesto que se castiga el hecho de carecer de la autorización o de la conformidad, y no se trata de que los medicamentos o dispositivos médicos sean falsos o hayan sido falsificados, sino que se trataría de productos legítimos que carecen de los permisos necesarios: aquí, por lo tanto, no subyace una ilegitimidad de origen, sino que la ilicitud procede de no haber obtenido los permisos y licencias requeridos para llevar a cabo la fabricación, almacenamiento, importación, exportación, suministro, oferta de suministro o puesta en circulación en el mercado de los referidos medicamentos y dispositivos médicos.

En el caso del apartado b), se trata del empleo irregular de documentos originales, a los que se da un uso distinto al que están destinados. En este supuesto se está protegiendo la confianza en los documentos genuinos y en su uso según la legislación. Tampoco se produce aquí una falsificación o falsedad en el propio documento, sino que se induce a error en la población a través de un uso indebido; el bien jurídico directamente protegido sería la confianza de la sociedad en determinados signos distintivos –en este caso en los documentos– que le otorgan una cierta credibilidad y unas expectativas, que se verían menoscabadas si se producen conductas como las recogidas.

ii) Cláusula de reserva estatal

Los artículos 5 (apartado 3), 6 y 7 (apartado 2 de cada uno), contienen una cláusula de reserva o descuelgue estatal con el siguiente tenor literal: *«en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, cada uno de los Estados o la Unión Europea, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa podrá manifestar que se reserva el derecho de no aplicar, o de aplicar solamente en casos o condiciones específicas lo dispuesto en el apartado 1 en lo*

dispositivos médicos que no cumplan con los requisitos de conformidad, cuando dicha conformidad sea obligatoria en virtud de la legislación interna de la Parte; b) la utilización comercial de documentos originales con fines distintos del uso al que están destinados en la cadena de abastecimiento legal de productos médicos establecida por la legislación interna de la Parte».

referente a los excipientes, elementos y materiales (en el artículo 7 se añaden los documentos)». Con esta cláusula se posibilitaba a los Estados Parte llevar a cabo una exclusión al contenido íntegro del Convenio, en todos los supuestos o en aquellos casos específicamente recogidos en la legislación interna. Debemos hacer constar que España no ha llevado a cabo ninguna reserva al contenido del Convenio, que en su artículo 30 consagra que *«no se admitirá ninguna reserva a las disposiciones del presente Convenio, con excepción de las expresamente establecidas»*.

iii) Responsabilidad de las personas jurídicas

Atendiendo a la propia dinámica comisiva de la delincuencia que analizamos, a la existencia de redes internacionales, de fábricas de producción, de canales de distribución y a que se requiere un poderoso entramado logístico, es de todo punto lógico que estas conductas se lleven a cabo en el seno de personas jurídicas, aprovechando la cobertura proporcionada por la apariencia de legalidad en las actividades desarrolladas. De este modo, al amparo de una actuación legal, o bajo el manto societario, resulta más sencillo ponerse en contacto con proveedores, distribuidores, depositarios, establecer alianzas comerciales y efectuar pagos, así como, al propio tiempo, se dificulta la labor de las autoridades gubernativas y judiciales en la persecución de tales ilícitos. Por ello, resulta evidente la necesidad de perseguir estos comportamientos en el entramado societario y que el Convenio dedique el artículo 11 a la responsabilidad de las personas jurídicas, que podrá resolverse en sede penal, civil o administrativa, dependiendo de los principios jurídicos propios del Estado parte, como consagra el apartado 3 del precepto citado, y sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas que hayan cometido la infracción. A su vez, entre las sanciones que se pueden imponer a las personas jurídicas, el artículo 12.2 recoge que deben imponerse sanciones **efectivas, proporcionadas y disuasorias**, incluidas las de tipo pecuniario y, en su caso, otras medidas como: a) la inhabilitación temporal o definitiva para desarrollar actividades comerciales; b) la sujeción a supervisión judicial; c) la disolución judicial.

iv) Circunstancias agravantes

En el artículo 13 del Convenio se recoge una serie de circunstancias²² que agravan la penalidad de las conductas analizadas. Atendiendo a la literalidad

²² Artículo 13. **Circunstancias agravantes.** *«Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para que las siguientes circunstancias, en la medida en que no sean ya elementos constitutivos del delito, puedan ser consideradas,*

del precepto podemos distinguir tres grupos de circunstancias: i) **objetivas**, basadas en el resultado producido, que coincide con la letra a), en la que se atiende a la causación de una víctima mortal o al menoscabo a su salud física o psíquica; ii) **subjetivas**, que atienden a la persona del autor y a sus circunstancias personales y relaciones con la víctima, en la que se incluye el abuso de confianza de la letra b), el abuso de su status de profesional y la confianza que ello infunde en terceros, recogida en la letra c), y la previa comisión de delitos de la misma naturaleza por el mismo sujeto, recogida en la letra f), puesto que dicha reincidencia pondría de relieve que la pena anterior no ha cumplido su finalidad de prevención especial y que el sujeto no ha sido resocializado, incurriendo en un mayor desvalor de acción e incrementando el reproche culpabilístico al autor. En esta dirección se enmarca la posibilidad de que se introduzca la reincidencia internacional en los ordenamientos internos, como recoge el artículo 14, en los supuestos en que exista una previa condena firme dictada en otro Estado Parte por delitos de la misma naturaleza. En último lugar, podemos hacer mención a las iii) **circunstancias instrumentales** que favorecen la comisión del delito, en las que el sujeto emplea medios e instrumentos que facilitan la dinámica comisiva, y que en el artículo 13 se recogen en la letra d), al hacer mención a los sistemas de difusión a gran escala y particularmente a Internet, puesto que el anonimato y la rapidez de comunicaciones facilitan la comercialización de dispositivos médicos y medicamentos falsificados, y en la letra e), al recoger la comisión del delito en el marco de una organización delictiva, que permite una distribución de tareas en el grupo, una mayor especialización, agilidad y que las transacciones ilícitas se lleven a cabo de una forma más segura para los integrantes de la misma.

3.3.3. Mecanismo de seguimiento

En el Capítulo VIII del Convenio, en sus artículos 23-25, se recoge el mecanismo de seguimiento del mismo, estableciéndose el Comité de las

de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho interno, como circunstancias agravantes en la determinación de las penas relativas a los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio: a) que el delito hubiera causado la muerte de la víctima o un menoscabo a su salud física o psíquica; b) que el delito se hubiese cometido por una persona que hubiera abusado de la confianza que le confiere su condición profesional; c) que el delito se hubiese cometido por una persona que hubiera abusado de la confianza que le confiere su condición de fabricante o proveedor; d) que los delitos de suministro y oferta de suministro se hubiesen cometido recurriendo a medios de difusión a gran escala, tales como los sistemas informáticos, y en particular Internet; e) que el delito se hubiese cometido en el marco de una organización delictiva; f) que el autor hubiera sido condenado anteriormente por delitos de la misma naturaleza».

Partes, que estará integrado por los representantes de las Partes en el Convenio; además, se designará un representante por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, otro por el Comité Europeo para Problemas Criminales y otro por los demás comités intergubernamentales o científicos competentes del Consejo de Europa, con la finalidad de coadyuvar a un enfoque multidisciplinar y multisectorial. El Comité de las Partes aprobará su propio reglamento, y según el artículo 25, tendrá como funciones: i) facilitar la utilización y aplicación del Convenio, ii) emitir un dictamen sobre cualquier cuestión relativa a su aplicación y iii) dirigir recomendaciones específicas a las Partes concernientes a la aplicación.

4. NORMATIVA EUROPEA SOBRE LA MATERIA

4.1. *Competencia de la UE en materia penal*

La Unión Europea (en lo sucesivo UE), como proyecto de integración territorial, tuvo en su origen una finalidad económica y mercantil: se pretendía la creación de un mercado común, que posteriormente avanzó a una unión monetaria. Con el devenir de la práctica comunitaria se puso de manifiesto la utilidad de sus fórmulas y mecanismos de actuación en otros ámbitos, abarcando mayores competencias y objetivos. Sin embargo, en lo que concierne a la política penal, existe acuerdo en la doctrina²³ en que la UE carece de competencias penales, no pudiendo crear normas penales ni imponer tales sanciones, siendo éste un ámbito reservado a la soberanía estatal. No obstante, pese a que no exista una atribución competencial directa, ha surgido en los últimos años una tendencia a la aproximación entre los ordenamientos penales de los Estados miembros.

En primer lugar, como ya apuntó Tiedemann²⁴ hace dos décadas, no parece esperable a corto plazo la promulgación de un Código Penal Europeo, teniendo en cuenta la multiplicidad de valores culturales europeos y el carácter político del Derecho Penal —con una fuerte vinculación a la tradición—, pero sí se aprecian elementos tendentes a la aproximación y a la equiparación, atendiendo en síntesis a sus cuatro tesis: i) son susceptibles de armonización algunos ámbitos y sectores individuales del Derecho Penal, superando la división tradicional en Parte Especial y Parte General. ii) La europeización del Derecho Penal consiste en la selección y en el reconocimiento de unos

²³ I. BLANCO CORDERO, «El Derecho Penal y el Primer Pilar de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6 (2004): 1-26, 2-3.

²⁴ K. TIEDEMANN, «La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 49 (1996): 385-405, 386-392.

principios y en el establecimiento de unos estándares mínimos que resulten ser susceptibles de dar lugar a consenso, especialmente en lo relativo a garantías de derechos fundamentales y humanos, y no en el desarrollo de unas reglas más o menos estáticas. iii) La necesidad de la armonización se deriva parcialmente de las obligaciones normativas europeas, y, en igual medida, de instituciones procesales como la extradición y la cooperación judicial, que tienen como presupuesto un Derecho Penal material que se encuentre equiparado. iv) El hecho del surgimiento de los Tribunales Internacionales, como los tribunales ad hoc de crímenes de guerra, conlleva la necesidad ineludible de crear una ordenación procesal, sobre la base de una consideración comparativa de muchos ordenamientos jurídicos, lo que producirá tendencias al acercamiento entre los sistemas penales nacionales.

En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 13 de septiembre de 2005, en el asunto C-176/03, en que se pretendía la anulación de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, reconoció²⁵ que, pese a que la UE carezca de atribuciones penales, el legislador europeo puede adoptar medidas relacionadas con el Derecho Penal de los Estados miembros para proteger el medio ambiente, con lo que existe una cierta «competencia implícita» o por conexión, que el TJUE interpreta en términos amplios, en aquellos supuestos en que se persiga la consecución de las metas y objetivos que se encuentren explicitados entre las materias propias de la UE, pese a la ausencia como tal de una atribución competencial específica en materia penal en favor de la UE.

Por lo tanto, para la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia que proclama como objetivo el propio Tratado de la UE, se

²⁵ STJUE de 13 de septiembre de 2005, párrafos 47 y 48 (negrita y cursiva mías): «47 Por lo que atañe al contenido de la Decisión marco, ésta recoge en su artículo 2 una lista de conductas particularmente lesivas para el medio ambiente que los Estados miembros deben sancionar penalmente. Es cierto que los artículos 2 a 7 de dicha Decisión comportan una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a los elementos constitutivos de diferentes infracciones penales contra el medio ambiente. Ahora bien, en principio, **la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal** (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de noviembre de 1981, *Casati*, 203/80, *Rec. p.* 2595, apartado 27, y de 16 de junio de 1998, *Lemmens*, C-226/97, *Rec. p.* I-3711, apartado 19). 48 Sin embargo, **esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental**, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente».

requiere²⁶ una acción política concertada y firme frente a los problemas surgidos de la delincuencia organizada, como sería en nuestro supuesto la que se produce en los casos de organizaciones internacionales dedicadas a la falsificación de medicamentos. Se necesita una armonización normativa en el terreno sustantivo, con identidad de tipos penales y sanciones, y en el procesal, además del fortalecimiento de la cooperación policial y judicial. En esta línea, podemos distinguir tres campos de actuación para el legislador europeo²⁷, atendiendo al artículo 83²⁸ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): i) cuando el legislador europeo entiende que un determinado bien jurídico ostenta una gran trascendencia y debe ser protegido a través del Derecho Penal, especificando los elementos esenciales del tipo delictivo que debe regularse y la naturaleza e intensidad de las sanciones, lo que permite muy poco margen de autonomía a los Estados. ii) Cuando la UE establece que un bien jurídico ha de ser tutelado mediante «sanciones o medidas eficaces, adecuadas y disuasorias», con lo que se amplía la libertad estatal a la hora de configurar la protección. iii) Cuando la norma europea recoge que un determinado bien o interés jurídicamente relevante obtenga la misma protección que se dé en el Derecho nacional a un bien análogo, lo que se configura con el término «asimilación». Se aprecia, de este modo, una

²⁶ J.A. ZARAGOZA AGUADO, «La cooperación judicial internacional en materia penal en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a la materia de las drogas», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 15 (2001): 63-72, 64.

²⁷ B. FERNÁNDEZ OGALLAR, *El Derecho Penal armonizado de la Unión Europea*, (Madrid: Dykinson, 2014), 171-174.

²⁸ Artículo 83 TFUE: «1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, **normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes**. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, **se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate**. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76[...].»

distinta gradación o intensidad en la intervención europea en la armonización penal, que debe atender²⁹ al principio de subsidiariedad y al principio de legalidad, esencial en materia penal, existiendo un sector doctrinal que defiende que el estándar o vara de medir no deben ser los ordenamientos internos, sino que acuden a un principio de legalidad europeo, entendiendo Nieto Martín que *«dado que el principio de legalidad es indudablemente parte del ordenamiento supranacional, es el principio de legalidad penal comunitario, conformado a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos internacionales, el que debe servir para establecer el nivel de respeto»*.

Una vez que hemos señalado los principales problemas existentes en materia de armonización penal, debemos centrarnos en este punto en la regulación europea de la materia que estamos analizando, y que se encuentra recogida en dos textos: la Directiva 2011/62/UE y el Reglamento UE 2016/161.

4.2. *La Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011*

Modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal. En su considerando 2 recoge la problemática que ha llevado a su adopción: un alarmante incremento de medicamentos detectados en la Unión que son falsificados en cuanto a su identidad, su historial o su origen, constituyendo una amenaza para la salud pública. A su vez, señala que estos medicamentos no solo llegan a los pacientes a través de vías ilegales, sino también mediante las cadenas de suministro legal, por lo que se pone el foco de atención en el cumplimiento de requisitos para llevar a cabo las actividades de distribución, obtención, conservación, almacenamiento, suministro o exportación de medicamentos, atendiendo no solo a los distribuidores al por mayor, sino también a todos los agentes e intermediarios que participen en tales actividades. Se dispone en su considerando 11 que se deben armonizar en la UE los **dispositivos de seguridad** de los medicamentos, los cuales deben servir para que se verifique la autenticidad y la identificación de

²⁹ A. NIETO MARTÍN, «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)», *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, ed. Por Coord. L.A. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES MORENO, (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007), 325-344, 335-341.

envases individuales, y deben servir para comprobar si han sido objeto de manipulación. Estos dispositivos deben acompañar, como regla general, a los medicamentos sujetos a receta médica, pero no a aquéllos que no la precisen, salvo casos excepcionales. También se recoge en los considerandos iniciales la existencia de las «evaluaciones de riesgo». A su vez, el considerando 12 establece que cualquier agente de la cadena de suministro que envase medicamentos debe ser titular de una autorización de fabricación. Para garantizar la transparencia, el considerando 16 dicta que debe publicarse, en una base de datos a escala de la UE, la lista de distribuidores al por mayor cuyo cumplimiento de la normativa de la UE haya quedado constatado mediante una inspección por una autoridad competente.

Inciendo en el campo de la prevención, se recoge la obligación de someterse a inspección por parte de las instalaciones que fabriquen principios activos, no solo en los casos en que exista sospecha de incumplimiento sino también en los casos basados en análisis de riesgo.

En cuanto al contenido de la Directiva y las modificaciones que introduce en la Directiva 2001/83/CE, pueden resumirse en las siguientes: i) se introduce una definición de medicamento falsificado³⁰ en el artículo 1. ii) El titular de la autorización de fabricación cumplirá una serie de obligaciones recogidas en el artículo 46: llevará a cabo una evaluación formal de riesgos, y garantizará que se aplican las prácticas correctas de fabricación, documentando dicha constatación; comprobará que los fabricantes, importadores y distribuidores de principios activos están registrados ante la autoridad competente y verificará la autenticidad y calidad de los principios activos y de los excipientes. iii) Requisitos impuestos a los principios activos para poder ser importados (artículo 46 ter): que se hayan fabricado correctamente y que estén acompañados de una confirmación por escrito de la autoridad del país exportador que exponga que las normas de fabricación son equivalentes a las de la UE y a que la instalación se somete a controles periódicos. iv) Obligación de registro de actividad por parte de importadores, fabricantes y distribuidores de principios activos, artículo 52 bis. v) Necesidad de una autorización estatal para ejercer la actividad de mayorista de medicamentos en los casos de distribución al por mayor, llevando a cabo un control de

³⁰ «Cualquier medicamento cuya presentación sea falsa con respecto a: a) su identidad, incluidos el envase y etiquetado, el nombre o composición en lo que respecta a cualquiera de sus componentes, incluidos los excipientes, y la dosificación de dichos componentes; b) su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización, o c) su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados. La presente definición no comprende los defectos de calidad involuntarios y se entiende sin perjuicio de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual».

dichas personas y la inspección de los locales de que dispongan, artículo 77. vi) Necesidad de registro ante la autoridad competente por las personas que se dediquen a la intermediación de medicamentos, artículo 85 ter. vii) Cuando se oferten al público medicamentos mediante venta a distancia, se requiere autorización a la persona física o jurídica, así como previa comunicación de sus actividades, según establece el artículo 85 quater. viii) Se conceden a las autoridades nacionales amplias facultades de inspección, estando sometidas a tales inspecciones, de conformidad con el artículo 111, los fabricantes y los mayoristas, fabricantes o distribuidores de principios activos establecidos en terceros países y los fabricantes e importadores de excipientes. ix) Los Estados miembros deben sancionar³¹ las infracciones de las disposiciones que transpongan la Directiva: en dicho precepto se atiende a la imposición de sanciones, sin que se recoja que las mismas deban ser de naturaleza penal, sin perjuicio de que se siga el criterio de «asimilación» y se confiera la protección equivalente a la otorgada en el ordenamiento interno al bien jurídico protegido.

4.3. *Reglamento Delegado (UE) 2016/161 de la Comisión de 2 de octubre de 2015*

Este Reglamento pone el foco de atención en las medidas de seguridad y los controles que deben pasar determinados medicamentos. Como subraya en su considerando 2, la disparidad de los mecanismos de autenticación de medicamentos debida a los diferentes requisitos nacionales o regionales de trazabilidad, puede limitar la circulación de los mismos en la UE e incrementar los costes para todos los que intervienen a lo largo de la cadena de suministro. Para evitar estos inconvenientes conviene establecer una normativa de aplicación de los dispositivos de seguridad para los medicamentos de uso

³¹ Artículo 118 bis de la Directiva: «1. Los Estados miembros establecerán las normas sobre las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurarse de que se aplicarán dichas sanciones. Las sanciones establecidas deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. Estas sanciones no serán inferiores a las aplicables a las infracciones de la legislación nacional de naturaleza e importancia similares. 2. Las normas a que se refiere el apartado 1 cubrirán, entre otros, los aspectos siguientes: a) la **fabricación, distribución, intermediación, importación y exportación de medicamentos falsificados, así como la venta a distancia al público de medicamentos falsificados mediante servicios de la sociedad de la información**; b) el incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en materia de fabricación, distribución, importación y exportación de principios activos; c) el incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en materia de excipientes. Si procede, las sanciones tendrán en cuenta el riesgo que representa para la salud pública la falsificación de medicamentos [...]».

humano. Se trata de un Reglamento técnico, complejo, basado en incrementar los niveles de seguridad de todas las fases de la cadena de distribución de fármacos y en robustecer la confianza de los pacientes y consumidores de fármacos. Debemos tener en cuenta el objeto del Reglamento, que se contiene en el artículo 1³², así como su ámbito de aplicación, que se recoge en el artículo 2, y que se reduce a tres campos: a) los medicamentos sujetos a receta médica que llevarán dispositivos de seguridad en el envase de conformidad con el artículo 54 bis, apartado 1, de la Directiva 2001/83/CE, salvo que estén incluidos en la lista que figura en el anexo I del presente Reglamento; b) los medicamentos no sujetos a receta médica incluidos en la lista que figura en el anexo II del presente Reglamento; c) los medicamentos a los cuales los Estados miembros hayan ampliado el ámbito de aplicación del identificador único o de los dispositivos contra las manipulaciones, de conformidad con el artículo 54 bis, apartado 5, de la Directiva 2001/83/CE.

También destacan los deberes de no suministrar ni exportar los medicamentos, por parte de los mayoristas, si consideran que el envase ha sido manipulado o la verificación de los dispositivos de seguridad pone de manifiesto que puede que no sea auténtico, contenida en el artículo 24, así como la obligación similar impuesta a las personas autorizadas para dispensar medicamentos en el artículo 25. En todo caso, tales sujetos deben informar inmediatamente a las autoridades competentes en esos supuestos. Según los artículos 43 y 44, las autoridades nacionales están obligadas a facilitar información sobre los medicamentos que deban cumplir los requisitos de seguridad, supervisarán el funcionamiento de cualquier repositorio ubicado en su territorio y deberán comunicar los informes de las actividades de supervisión a la Agencia Europea de Medicamento. Este Reglamento será aplicable a partir del 9 de febrero de 2019.

³² Artículo 1 del Reglamento. **Objeto.** «El presente Reglamento establece: a) las características y especificaciones técnicas del identificador único que permite verificar la autenticidad de los medicamentos e identificar cada envase; b) las modalidades de verificación de los dispositivos de seguridad; c) las disposiciones de creación, gestión y accesibilidad del sistema de repositorios que contendrá la información sobre los dispositivos de seguridad; d) la lista de los medicamentos y las categorías de medicamentos sujetos a receta médica que no llevarán dispositivos de seguridad; e) la lista de los medicamentos y las categorías de medicamentos no sujetos a receta médica que llevarán dispositivos de seguridad; f) los procedimientos para la notificación de los medicamentos por las autoridades nacionales competentes a la Comisión, por lo que se refiere a los medicamentos no sujetos a receta médica que consideren que corren riesgo de falsificación y a los medicamentos sujetos a receta médica que consideren libres de tal riesgo, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 54 bis, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/83/CE; g) los procedimientos para un sistema rápido de evaluación y decisión sobre las notificaciones a que se refiere la letra f) del presente artículo».

5. REGULACIÓN ESPAÑOLA

5.1. Normativa anterior a la modificación del Código Penal de 2015

España ha sido un país pionero³³ en la lucha contra la delincuencia que estamos analizando y ha implementado desde hace más de una década distintos mecanismos de actuación frente a la misma. Según datos de INTERPOL y de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen, en 2012 el mercado ilegal de medicamentos en España superó los 1.500 millones de euros, representando un 14,3% del total del mercado negro europeo, cifrado en 10.500 millones de euros. Para hacer frente a estas actividades, se ha dictado una serie de normas, no solamente penales, sino también de naturaleza administrativa. Así, en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos, de 24 de julio, se estableció la prohibición de venta telemática cuando los productos sanitarios requirieran prescripción médica³⁴, tipificándose como infracción administrativa muy grave en el largo listado del artículo 111 de la citada ley, entre otras conductas, «*fabricar, importar, exportar, intermediar, distribuir, dispensar y vender medicamentos falsificados. Esta infracción también se aplicará en el caso de que esta venta se efectúe a distancia*».

Otra protección administrativa derivada de la transposición de la Directiva 2011/62/UE, se encuentra en el Real Decreto 870/2013, de 8 de

³³ C. JORDÁ SANZ y A. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, «El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17 (2015): 1-22, 5-7.

³⁴ Artículo 3.5 del RDL 1/2015: «*Se prohíbe la venta, por correspondencia y por procedimientos telemáticos, de medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción. La normativa de desarrollo establecerá los requisitos aplicables y regulará dichas modalidades de venta con respecto a los medicamentos no sujetos a prescripción garantizando, en todo caso, que los medicamentos de uso humano se dispensen por una oficina de farmacia autorizada, con la intervención de un farmacéutico, previo asesoramiento personalizado conforme previenen los artículos 19.4 y 86.1, y con cumplimiento de la normativa aplicable en función de los medicamentos objeto de venta o de la modalidad de venta y cumplimiento de los requisitos en materia de información recogidos en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y, en el caso de los medicamentos veterinarios, se dispensen por uno de los establecimientos descritos en los párrafos a) y b) del artículo 38.2, con la intervención de un farmacéutico, debiendo asimismo cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 34/2002, de 11 de julio. Se prohíbe, asimismo, la venta a domicilio y cualquier tipo de venta indirecta al público de medicamentos. Las Administraciones sanitarias, por razones de salud pública o seguridad de las personas, podrán limitar, condicionar o prohibir la venta a domicilio y cualquier tipo de venta indirecta al público de productos sanitarios*».

noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica, cuyo artículo 3 recoge las condiciones de la venta a distancia³⁵, debiendo ser efectuada por un farmacéutico autorizado mediante oficina de farmacia abierta al público.

La sanción penal de tales conductas se regulaba en los artículos 361 –que castigaba la expendición o despacho de medicamentos deteriorados o caducados–, 361 bis –que se centraba en el dopaje en el deporte– y 362 –que atendía a la alteración en la fabricación de un medicamento, a su imitación, simulación, y al hecho de tenerlos en depósito para su expendición o hacer publicidad de los mismos, exhibirlos, anunciarlos, ofrecerlos, venderlos o facilitarlos conociendo su alteración– (*vid.* texto completo de dichos artículos en su redacción anterior a la reforma de 2015). En dichos preceptos se hacía referencia a «*medicamentos*» en los artículos 361 y 362, y a «*sustancias y grupos farmacológicos prohibidos*» en el artículo 361 bis al sancionar el dopaje. En los mismos, la principal dificultad radicaba, como subrayaba Muñoz Conde³⁶, en diferenciar el concepto de medicamento de los productos cosméticos y alimenticios, puesto que el artículo 7 de la entonces vigente Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 7, más que una definición ofrecía una enumeración de los que debían considerarse como tales. Para salvar este escollo, el citado autor acudía a un criterio pragmático de interpretación, considerando únicamente como medicamentos «*aquellos productos químico-farmacéuticos que solo pueden venderse en farmacias*».

5.2. Regulación vigente en el Código Penal

Después de la reforma operada en el texto punitivo en el año 2015, en concreto, por la LO 1/2015, la sanción de los delitos contra la salud pública

³⁵ Artículo 3 RD 870/2013. «1. Únicamente podrán llevar a cabo la venta a distancia de medicamentos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 1, mediante sitios web, aquellas oficinas de farmacia abiertas al público, legalmente autorizadas, que hayan efectuado la notificación de esta actividad conforme a lo previsto en el artículo 4. 2. La venta debe ser realizada con la intervención de un farmacéutico, desde su oficina de farmacia, previo asesoramiento personalizado conforme previenen los artículos 19.4 y 84.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y deberá cumplirse la normativa aplicable a los medicamentos objeto de venta. 3. La venta de medicamentos únicamente puede realizarse directamente desde la oficina de farmacia responsable de la dispensación, sin intervención de intermediarios [...]».

³⁶ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 18 ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 651.

en la modalidad de falsificación de medicamentos y otras conductas similares se recoge en los artículos 361-362 sexies. En ellos se ha llevado a cabo una ampliación no solamente cuantitativa, sino también cualitativa, dado que se ha extendido el objeto material del delito y se han introducido nuevas conductas típicas. Además de los medicamentos de uso humano y veterinario, constituyen objeto material del delito sus sustancias activas y excipientes, así como los medicamentos en investigación, los productos sanitarios, sus accesorios, elementos o materiales esenciales para su integridad y cualquier documento falso o de contenido mendaz sobre los mismos. Como se pone de relieve por la doctrina³⁷, es innegable la influencia de la normativa europea en estas figuras delictivas y ha supuesto una mejora sustancial en la materia; sin embargo, critica Queralt Jiménez la técnica legislativa empleada, por sus continuas reiteraciones; asimismo, define estas conductas como pluriofensivas, por cuanto se ven afectados la salud pública, los derechos de propiedad industrial de los fabricantes y el patrimonio de los intermediarios legítimos y de los consumidores, públicos o privados.

Para entender el concepto de medicamento y otros términos de difícil comprensión para un sujeto sin conocimientos técnicos en farmacia y en medicina, debemos efectuar una remisión en bloque al artículo 2 del RDL 1/2015 de 24 de julio, donde se contienen las definiciones necesarias para comprender su significado, precepto que será necesario tener en cuenta en todas las conductas castigadas, dado el tecnicismo y dificultad de la materia regulada.

Centrándonos de una forma sintética en los delitos tipificados, debemos comenzar por el artículo 361³⁸, que castiga la **producción, comercialización y expendición de medicamentos y productos sanitarios ilegales**, puniendo todas las fases del ciclo o cadena de distribución de medicamentos y productos sanitarios, incluido el depósito o almacenamiento para cualquiera de dichos fines, cuando se carezca de la requerida autorización, o no se disponga de la documentación necesaria, o se trate de elementos en mal estado, bien por haber transcurrido su período de caducidad, porque hubieran sido alterados o se hayan deteriorado. Además, se trata de un delito doloso, de peligro abstracto, que requiere que se ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

³⁷ J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 1062.

³⁸ Artículo 361 CP: «*El que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, será castigado [...]».*

El artículo 362³⁹ castiga la **falsificación o alteración de medicamentos o productos sanitarios**: en este caso se parte de una falsedad inicial en el producto comercializado, bien en su composición, bien en la información o documentación necesaria para su comercialización; también cuando dicha alteración se produzca en un momento posterior, pero suponga una reducción en el efecto terapéutico del medicamento. Se pone en juego la confianza de los consumidores en una marca, unos símbolos o una composición, que resultan no ser los presentes en el medicamento. Asimismo, son necesarios dos requisitos para que se pueda aplicar este tipo: i) que estos productos estén **destinados al uso o al consumo por terceras personas**, con lo que se pretende evitar que puedan entrar en los canales de distribución y convertirse en elementos de riesgo para la salud de la población, y ii) que **se genere un riesgo** para la vida o la salud, sin que se especifique un peligro concreto, sino que basta con un peligro abstracto, adelantándose las barreras punitivas por el potencial lesivo de semejantes elementos. Es un precepto complejo, de frases largas y con una técnica legislativa abigarrada en la que se produce una enumeración que pierde al lector y que lleva a difuminar las conductas típicas; se produce una concatenación de frases subordinadas y es de tal magnitud la enumeración de los objetos materiales del delito que son necesarias varias lecturas para comprender íntegramente el tipo.

El artículo 362 bis⁴⁰ sanciona el que podríamos denominar **tráfico ilegal de medicamentos y productos sanitarios**, atendiendo a todas las fases del

³⁹ Artículo 362. «1. Será castigado [...] el que elabore o produzca, a) un medicamento, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación; o una sustancia activa o un excipiente de dicho medicamento; b) un producto sanitario, así como los accesorios, elementos o materiales que sean esenciales para su integridad; de modo que se presente engañosamente: su identidad, incluidos, en su caso, el envase y etiquetado, la fecha de caducidad, el nombre o composición de cualquiera de sus componentes, o, en su caso, la dosificación de los mismos; su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización o de los documentos de conformidad; datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones; o su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados, siempre que estuvieran destinados al consumo público o al uso por terceras personas, y generen un riesgo para la vida o la salud de las personas. 2. Las mismas penas se impondrán a quien altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de cualquiera de los medicamentos, sustancias, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior, de un modo que reduzca su seguridad, eficacia o calidad, generando un riesgo para la vida o la salud de las personas».

⁴⁰ Artículo 362 bis: «Será castigado [...] el que, con conocimiento de su falsificación o alteración, importe, exporte, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite, expendá, despache, envase, suministre, incluyendo la intermediación, trafique, distri-

proceso de comercialización de las mercancías. Es un delito eminentemente doloso, por cuanto el propio tipo requiere que se tenga «conocimiento de su falsificación», por lo que no admite la forma imprudente regulada en el artículo 367 que será objeto de comentario posterior. Las conductas típicas son la importación, la exportación, el anuncio y la publicidad, la exhibición, la venta, la facilitación, la expendición, el despacho, el envase y el suministro, incluyendo la intermediación. Si anteriormente he criticado la técnica legislativa, en este supuesto debemos poner de manifiesto que el dogma legalista, y en especial el principio de taxatividad, han sido escrupulosamente respetados, por cuanto las conductas punibles han sido minuciosamente detalladas. Se aprecia el componente internacional de esta actividad al penalizar la importación y la exportación, y debemos poner de relieve que sobre todo se tratará de la primera, puesto que las industrias clandestinas ilegales suelen estar fuera del territorio nacional y de la Unión Europea. El objeto material es amplio, recayendo las citadas conductas sobre los medicamentos y demás productos sanitarios apuntados. Vuelve a ser preciso que se ponga en peligro la vida o salud de las personas, elemento necesario del tipo que lo configura como un delito de peligro abstracto. En su último inciso se sanciona a aquéllos que adquieran tales sustancias y elementos y los conserven en depósito con la ulterior finalidad de comerciar con ellos, destinándolos al consumo público: en este caso el adelanto de las barreras punitivas es evidente, dado que las sustancias potencialmente dañinas aún no han sido puestas en circulación ni se han introducido en los canales de distribución, y podría incardinarse en la esfera de los actos preparatorios de las conductas anteriormente apuntadas. Su ratio es evitar el peligro de su puesta en circulación; sin embargo, resulta criticable que la pena impuesta sea la misma que en el párrafo que le precede, por cuanto el desvalor subjetivo de acción es menor, y la lesión del bien jurídico protegido en este caso —la salud pública—, también resulta sensiblemente inferior, lo que debe ser valorado por el juzgador con el reducido cauce del artículo 66.1.6.^a del CP, al tener en cuenta «*la mayor o menor gravedad del hecho*».

En el artículo 363 ter⁴¹ se recoge la **falsedad documental en el ámbito de los medicamentos**. Su ratio es la protección de las legítimas expectativas de

buya o ponga en el mercado, cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el artículo anterior, y con ello genere un riesgo para la vida o la salud de las personas. Las mismas penas se impondrán a quien los adquiera o tenga en depósito con la finalidad de destinarlos al consumo público, al uso por terceras personas o a cualquier otro uso que pueda afectar a la salud pública».

⁴¹ Artículo 362 ter: «*El que elabore cualquier documento falso o de contenido mendaz referido a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos*

los consumidores, que confían en lo expuesto en los prospectos y demás elementos documentales. Se sigue el criterio del Convenio Medicrime y se opta por un concepto amplio de documento, en el que se incluye el etiquetado. La naturaleza de este precepto estaría más próxima a los delitos de falsedades, y sistemáticamente no estaría bien ubicado en este título del texto punitivo, puesto que el bien jurídico directamente atacado es la confianza de la población en unos signos externos y en un contenido determinado; no obstante, atendiendo al elemento teleológico, se pretende la tutela de la salud pública. Es un delito doloso, en el que no cabe la comisión imprudente, ya que los términos «falso» y «mendaz» son suficientemente descriptivos de la existencia de los elementos cognoscitivo y volitivo –propios del dolo– de llevar a cabo la ilícita conducta. Se requiere que la falsedad se efectúe para cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362. A propósito de su relación con dicho precepto debemos entender que si concurre el artículo 362, la conducta del artículo 362 ter quedaría absorbida por aquél, según el principio de consunción enunciado en la regla 3.^a del artículo 8 CP.

El artículo 362 quater⁴² recoge los tipos cualificados de los anteriores, atendiendo a varios criterios: i) **circunstancias subjetivas del autor**: atiende al sujeto activo, debiendo tener la cualidad señalada en el número 1 y prevalecerse de la misma. Así, no basta con que el sujeto ejerza alguna de las profesiones enumeradas, sino que debe aprovecharse de su ejercicio y que de este modo se facilite la comisión del delito. ii) La **condición de la víctima**: aumenta el desvalor cuando se facilitan a menores de edad o personas discapacitadas o necesitadas de especial protección, puesto que son más vulnerables y debe velarse por su vida y salud física y psíquica de una forma especial. iii) El medio o **instrumento empleado**: cuando se utilicen medios

sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el apartado 1 del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo, para cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362, será castigado [...]».

⁴² Artículo 362 quater: «Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos 361, 362, 362 bis o 362 ter, cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Que el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, profesional sanitario, docente, educador, entrenador físico o deportivo, y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. 2.^a Que los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales referidos en el artículo 362: a) se hubieran ofrecido a través de medios de difusión a gran escala; o b) se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado. 3.^a Que el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos. 4.^a Que los hechos fuesen realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos».

de difusión a gran escala, principalmente Internet, puesto que se incrementa el riesgo de propagación de las citadas mercancías y del deseo de imitar el ilícito comercio; cuando se cometan en el seno de una organización o grupo criminales que se dediquen a la comisión de tales infracciones y, en último lugar, atendiendo al elemento locativo, por cuanto el empleo de un establecimiento público facilita llegar a un mayor nicho de mercado. Se echa en falta en este precepto una agravación objetiva, atendiendo a los daños producidos en la vida y en la salud, como sí se recoge en el artículo 13 del Convenio Medicrime.

El artículo 362 quinquies establece el *delito de dopaje*, y no será objeto de comentario, puesto que no ha sido modificado en su tenor literal y simplemente se ha producido una reenumeración, siendo el antiguo artículo 361 bis.

En el artículo 362⁴³ sexies se ha introducido el decomiso de las sustancias y productos de referencia, así como de los bienes, medios, instrumentos y ganancias. Debemos valorar positivamente su inclusión, al eliminar de los flujos comerciales la mercancía susceptible de causar daños en la vida y salud de las personas, así como suponer la pérdida de las ganancias obtenidas por los sujetos activos. El artículo 366 ha sido modificado y se ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando de las conductas recogidas en dicho capítulo fuesen responsables penalmente las mismas, posibilidad consagrada en el artículo 11 Medicrime. La imprudencia grave ya aparecía en la anterior regulación en el artículo 367, por lo que no constituye novedad alguna. A mayor abundamiento debemos referir que gran parte de las conductas estudiadas no admite la comisión imprudente, puesto que el dolo resulta connatural a las mismas.

5.3. Valoración global de la reforma

Debemos destacar que España ha llevado a cabo las reformas necesarias en la materia analizada. Pese a ser pionera en su regulación, ha adaptado el ordenamiento interno a las exigencias derivadas del Convenio Medicrime y de la normativa europea expuesta, y se ha afrontado la respuesta desde todas las perspectivas: en el ámbito administrativo, promulgando el Texto Refundido RDL 1/2015, que ha perfilado las infracciones administrativas y sus sanciones, así como las obligaciones de los agentes involucrados en todo el circuito de distribución. En el plano penal, la normativa internacional ha encontrado plasmación en el texto punitivo: se han reformulado y

⁴³ Artículo 362 sexies: «En los delitos previstos en los artículos anteriores de este Capítulo serán objeto de decomiso las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128».

reenumerado los tipos, se han incrementado las conductas punibles –sancionando todas las acciones recogidas en los artículos 5 a 8 del Medicrime–, se ha adaptado la terminología y las definiciones, se ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se ha llevado a cabo una ampliación del objeto material del delito. La influencia internacional, como se aprecia, es evidente y fundamental, y ha robustecido la tutela de la salud pública en el ámbito de la seguridad de los medicamentos y de los productos sanitarios. Es una regulación detallada, completa y técnica.

6. CONCLUSIONES

1. El Derecho Penal Internacional –y fundamentalmente Europeo– es una tendencia imparable en los últimos años, puesto que las nuevas formas de delincuencia transnacional requieren respuestas novedosas, que agilicen la lucha contra el delito. Se pone de manifiesto que los antiguos dogmas del Derecho Penal, como un conjunto de normas meramente nacionales, resultan ineficaces para luchar contra las nuevas redes de delincuencia, que se caracterizan por su sofisticación, el empleo de las tecnologías de la comunicación, disponer de ingentes cantidades de dinero y la movilidad y dispersión territorial. Para perseguir las conductas ilícitas en los distintos territorios es preciso que se aproximen y armonicen las legislaciones, y el cauce adecuado no es la elaboración de un texto punitivo único, sino que debe profundizarse en la elaboración de convenciones y tratados internacionales sectoriales, que fijen la hoja de ruta a seguir, pero dejen un margen de manobra a los Estados, respetuoso con las tradiciones y los Derechos nacionales.
2. El mecanismo de seguimiento del Convenio Medicrime será un elemento clave para valorar su eficacia. De esta forma, teniendo en cuenta los datos que aporte, se podrán trasladar sus técnicas, métodos y elementos esenciales a otros sectores del Derecho Penal Internacional, para lo que se requiere una colaboración leal entre los Estados y que existan cauces de información continua y constante entre ellos.
3. A la vez que avanza el Derecho sustantivo, debe continuarse en la senda de la cooperación judicial internacional, implementando mecanismos procesales conjuntos para dotar de una mayor eficacia los procesos internos que se sigan contra estas conductas. Solo con unos buenos instrumentos de cooperación interestatales se podrá hacer frente a la delincuencia internacional y a las organizaciones y grupos criminales que desarrollen sus actividades en varios Estados. Estos mecanismos deben desarrollarse en todos los planos: policial, procesal y legislativo.

4. La salud pública no es solo un bien jurídico que deba tutelarse por el Estado, sino que los propios ciudadanos deben velar por su salvaguarda. Además de las campañas publicitarias y de los planes informativos, debe llevarse a cabo una concienciación en el seno de la sociedad de lo peligroso de las compras de medicamentos y fármacos por Internet. Debe quedar claro, vistos los porcentajes manejados por la OMS, que en una gran parte de estas adquisiciones se corren graves riesgos, y que, por lo tanto, debería actuarse en consecuencia. Resulta capital que se mantengan elevados los parámetros de información y educación en aspectos sanitarios.

TITLE: Falsification of medical products and similar crimes against public health: international influences and national regulations

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto analizar el impacto que ha tenido en el ordenamiento jurídico español la aparición del Convenio del Consejo de Europa sobre falsificación de medicamentos y otros delitos similares contra la salud pública, y la promulgación de normativa europea sobre la materia. Se ha producido, atendiendo a la repercusión de las citadas conductas, una respuesta de alcance internacional, dada la relevancia de tales ilícitos, intentando armonizar los ordenamientos internos, ya que se ha puesto de manifiesto la gravedad de tales comportamientos y los riesgos que comportan. La falsificación de medicamentos supone un gran peligro para la salud pública y la confianza de los pacientes, y los Estados deben coordinar su actuación en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Falsificación, medicamentos, Consejo de Europa, salud pública, productos sanitarios.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the impact it has had on the Spanish legal system the appearance of the Council of Europe Convention on counterfeit medicines and similar crimes against public health, and the enactment of European legislation on the subject. It has been produced, based on the effect of those behaviors, a response of international scope, given the importance of such unlawful, trying to harmonize domestic laws, as it has highlighted the seriousness of such behavior and the risks involved. Counterfeiting of medicines is a major threat to public health and patient confidence, and States should coordinate their action in this area.

KEY WORDS: Counterfeiting, medicines, Council of Europe, public health, medical devices.

RECIBIDO: 29.09.2016

ACEPTADO: 30.05.2017

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD: UNA APROXIMACIÓN AL CASO ECUATORIANO

Sebastián López Hidalgo

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp185-217](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp185-217)

SUMARIO: 1. PRECISIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 2. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD: EL CASO ECUATORIANO. 3.1. *Corte Constitucional de Transición*. 3.2. *Primera Corte Constitucional*. 4. REFLEXIONES FINALES.

1. PRECISIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es un concepto e instrumento jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones de las cortes o tribunales contemporáneos como canon para controlar la actividad legislativa que riñe con el contenido de los derechos fundamentales.

Ahora, como lo ha puesto de manifiesto Bernal Pulido, no se trata de un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX. La relación *medio-fin* que subyace a una idea de proporcionalidad se reveló como una forma de pensamiento en la

filosofía práctica de la Grecia clásica¹. Sin embargo, el resurgimiento del principio como concepto del Derecho europeo se remonta al contractualismo iusnaturalista de la Ilustración, cuando maduraron los demás presupuestos del Derecho moderno, fundamentalmente del Derecho penal².

La nueva concepción liberal del Estado y de la actividad de policía que surge en el siglo XIX, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, determina un claro desarrollo del principio de proporcionalidad en la práctica jurídica³.

En principio, todo el discurso de los derechos públicos subjetivos alimentó la concepción individualista frente al Estado, restringiendo toda actividad de intervención estatal a circunstancias excepcionales, y siempre que fuese necesaria y proporcional⁴, con lo cual, el principio de proporcionalidad comenzaría a aplicarse en las más variadas áreas del Derecho administrativo, especialmente el administrativo sancionador y, con primordial relevancia en el ámbito del Derecho penal⁵, con el fin de evitar un exceso de intervención sobre el contenido de los derechos.

Tras la consolidación del Estado democrático, la utilización del principio de proporcionalidad se ha generalizado y ha venido a desempeñar un papel

¹ Sobre la génesis y los antecedentes del principio de proporcionalidad en el derecho público europeo y, concretamente, en el caso español, se puede consultar Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 39 y ss. También puede consultarse Javier BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, (1998): 23 y ss.

² Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Trotta, 1995), 398.

³ Isabel PERELLO DOMENECH, «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia*, n.º 28, (1997): 69.

⁴ George JELLINEK, *Teoría General del Estado*, (Granada: Comares, 2000), 205.

⁵ Entre otros, pueden verse Teresa AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, (Madrid: EDERSA, 1999); Nicolás GONZÁLEZ – CUELLAR, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, (Madrid: Colex, 1990); José Luis Díez RIPOLLÉS, «El control de constitucionalidad de las leyes penales» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, (2005): 59-106; Gloria LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006); Santiago MIR PUIG, «Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal» en *Estudios en memoria de José María Lidón*, ed. Por Juan ECHANO BASALDÚA (Bilbao: Universidad de Deusto, 2002), 349-366; Hernán FUENTES CUBILLO, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena» en *Revista Ius Et Praxis*, n.º 2, (2014): 15-42.

relevante no solamente en el área del Derecho penal o del Derecho administrativo⁶, sino, fundamentalmente, en el área del Derecho constitucional y de los Derechos humanos, ocupando un rol importante en la fundamentación de las decisiones tanto de los tribunales internos, como de los tribunales internacionales de derechos humanos⁷.

La generalizada aceptación que hoy en día goza en la doctrina jurídica el principio de proporcionalidad conlleva que todos los poderes públicos estén sometidos al mismo en una doble vertiente, es decir, como criterio de actuación y como parámetro de control. De manera que «todos los poderes públicos, sea cual sea su ámbito y modo de actuación, deben actuar, pues, de conformidad con el principio de proporcionalidad y, a su vez, pueden ser controlados jurisdiccionalmente desde esta perspectiva»⁸.

No obstante, es evidente que la diversa posición institucional del legislador, de los órganos administrativos y de los tribunales, supone que su vinculación al principio de proporcionalidad difiera tanto en el plano del control como en el de la actuación de cada uno de estos órganos⁹.

En el ámbito del control de constitucionalidad, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán la precursora en la aplicación de éste principio respecto de los actos provenientes de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales¹⁰, línea que ha sido seguida y emulada posteriormente por diferentes Cortes o Tribunales, entre ellas, la Corte Constitucional ecuatoriana.

⁶ Teresa AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*, (Madrid: EDERSA, 1999), 79 y ss.

⁷ Bardo FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, (1998): 52 y ss.; Javier BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5 (1998): 15-49.

⁸ Markus GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2da. ed. (Navarra: Aranzadi-Thomson S.A., 2015), 79.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ En Alemania, la sentencia dictada en el famoso caso de las farmacias inauguraría una tendencia en la que el principio de proporcionalidad constituye la piedra angular de la fundamentación de las decisiones de control constitucional sobre los actos que intervienen en los derechos fundamentales. De acuerdo con dicha línea jurisprudencial, toda intervención estatal en los derechos fundamentales que no cumpla las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional. Véase, Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 50-51, nota al pie 40. No obstante, Enrique Alonso sugiere que los orígenes de este test se encuentran en la jurisprudencia norteamericana. Véase, Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984), 204 y ss.

Sin embargo, una de las deficiencias más notorias que puede evidenciarse en relación con el principio de proporcionalidad es aquella que se refiere a su inconsistencia terminológica¹¹. Este problema se presenta con particular evidencia en el uso intercambiable y confuso que se genera entre los términos *proporcionalidad* y *ponderación*.

Con mucha probabilidad una de las causas de este problema estriba en la pluralidad de significados o el uso disímil que puede adscribirse al término *ponderación*¹². Pero, también, es probable según Arroyo Jiménez «que esta oscuridad esté asociada al hecho de que, aunque en algunas jurisdicciones hayan adquirido una cierta estabilidad, ambas técnicas se encuentran en permanente evolución, tanto por lo que atañe a su contenido y funciones, como por lo que se refiere a su ámbito de aplicación»¹³.

Así, por *ponderación* se puede entender «una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales»¹⁴. En otros términos, una forma de «sopesar razones que juega a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción...»¹⁵.

¹¹ Sobre la caracterización del principio de proporcionalidad y su diferenciación con otros principios interpretativos como interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad, concordancia práctica e igualdad, puede consultarse Markus GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 82 y ss.

¹² Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 565.

¹³ Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo» en *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Por Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coords.), (Barcelona: Marcial Pons, 2009), 33.

¹⁴ Luis PRIETO SANCHÍS, «El constitucionalismo de los derechos» en Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2007), 220.

¹⁵ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, 565.

El juicio de ponderación supone un método argumental¹⁶ que se exterioriza y controla desde sus propias reglas (ley de la ponderación)¹⁷, con el fin de dar una prevalencia a una de las razones en conflicto¹⁸.

¹⁶ Para Zagrebelsky, los métodos hacen referencia a los medios o instrumentos a través de los cuales se vuelve efectiva una actividad interpretativa en concreto. Véase Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, (Madrid: Trotta, 1992), 134.

¹⁷ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 160 y ss. Sobre la ley de la ponderación también puede consultarse el artículo de Robert ALEXY, «La fórmula del peso» en Miguel CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 13-42. Como referiría José Juan MORESO: «Según Alexy, la ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero. Podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy– el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.» Véase, José Juan MORESO, «Alexy y la aritmética de la ponderación» en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Por Miguel CARBONELL (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 71-72.

¹⁸ Sobre la ponderación y sus críticas Jürgen Habermas ha indicado que: «...la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado. En la medida en que un tribunal constitucional adopta la –teoría de los valores– o –teoría del orden valorativa– y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicio irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos... En cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis –costes-beneficios–. Véase, Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, (Madrid: Trotta, 1998), 332. Una respuesta a la posición de Habermas, adoptada por Alexy puede consultarse en Robert ALEXY, «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad» en, *El canon neoconstitucional*, ed. Por Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA (Madrid: Trotta, 2010), 106-116. Igualmente puede consultarse sobre la crítica: Antonio GARCÍA AMADO, «Derechos y pretextos» en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, ed. Por Miguel Carbonell, (Madrid: Trotta, 2007). Finalmente, un análisis interesante de la crítica y defensa a la ponderación como método, puesto que resume un debate más amplio respecto del modelo neoconstitucionalista mantenido entre García Amado y Prieto Sanchís, puede verse en: Carlos BERNAL PULIDO, *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, (Colombia: Universidad Externado, Bogotá, 2009).

Dicho en otras palabras, se trataría de un instrumento que explicita las circunstancias específicas en la cuales un derecho prima sobre otro en un caso concreto, en una suerte de jerarquía móvil o axiológica¹⁹, lo que significa, según la regla constitutiva de la ley de la ponderación, que, «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»²⁰.

Dentro del campo específico de los derechos fundamentales el tema no es pacífico y puede afirmarse que, mientras algunos autores opinan que ponderación y proporcionalidad son nociones sinónimas²¹, otros indican que se trata de ideas contrapuestas, bajo el entendido de que la ponderación es un método de *decisión*, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de *control* en relación con el grado de restricción de los derechos, aun cuando ambos conceptos puedan estar relacionados²². Hay finalmente quienes consideran que su coincidencia es solo parcial²³.

¹⁹ Luis PRIETO SANCHÍS, «El constitucionalismo de los derechos» en *Teoría del neo-constitucionalismo*, ed. Por Miguel CARBONELL (Madrid, Trotta, 2007), 220.

²⁰ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, 161. Una regla de la ponderación que coincide con la definición que trae la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador en su art. 3, numeral 3 cuando manifiesta: «...Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».

²¹ Francisco VELASCO CABALLERO, «Método de la ponderación y sistema competencial» en, *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Por Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coords.) (Barcelona: Marcial Pons, 2009), 155 y ss.

²² Para Luis ARROYO JIMÉNEZ, «...ponderación y proporcionalidad no son instituciones homogéneas. Por un lado, la primera es un método decisorio característico de determinados contextos normativos, caracterizados por un conflicto de normas que no se puede resolver mediante el establecimiento de una relación de preferencia incondicionada. Por otro lado, la segunda es esencialmente un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya adoptada. La propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control... *ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control*». (La cursiva, fuera del texto original) Véase, Luis ARROYO JIMÉNEZ, «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo...», 33-34. Igualmente, Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, «El caso 'Valenzuela Contreras' y nuestro sistema de derechos fundamentales» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 56, (1999): 233 y ss.

²³ Este es el perfil que le ha dado Carlos BERNAL PULIDO en su obra, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, 566. También Daniel SARMIENTO, «El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local», en *Revista de administración pública*, n.º 162, (2003), 170 y ss.

Para lo que interesa, ponderación se identificará con *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, como un subprincipio del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* con todas sus máximas²⁴.

Así, la ponderación y su núcleo, –la «ley de la ponderación»– que lo explica y lo fundamenta desde sus reglas como expresión de racionalidad, constituiría una parte integrante del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* en el marco del control abstracto²⁵. Es decir, una parte del gran argumento de la proporcionalidad en sentido amplio que opera en la fundamentación externa de la premisa mayor de las sentencias sobre el control de constitucionalidad de la ley²⁶.

Esto se explica, según Alexy, por el hecho de que los subprincipios de idoneidad y necesidad que integran el test de proporcionalidad, «expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, en los cuales las ponderación como método no juega ningún papel»²⁷, en tanto que, «el principio de proporcionalidad en estricto sentido se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación»²⁸.

Quizá, es en los casos de control concreto, donde pueden comparecer derechos en conflicto, que se representa la virtualidad más apreciable del juicio de

²⁴ En términos de José Juan Moreso es en el principio de proporcionalidad en estricto sentido donde la ponderación ocupa propiamente su lugar. Véase, José Juan MORESO, *Alexy y la aritmética de la ponderación...*, 71. Igualmente, Markus Gonzáles Beilfus, en una referencia a Rodríguez de Santiago, indica que la ponderación tiene entrada en el tercer requisito de la proporcionalidad, es decir, en la proporcionalidad en estricto sentido. Véase, GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 84. De hecho, la LOGJCC parece tratarlos como dos métodos diferentes o autónomos previstos en dos numerales distintos (2 y 3) del art. 3 de la ley; sin embargo, una lectura detenida y atenta confirma que la ponderación como método se identifica también con el subprincipio o subjuicio de la proporcionalidad: el de proporcionalidad en estricto sentido, lo que explica el grado de prevalencia de un derecho siempre que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

²⁵ Según José María Rodríguez de Santiago, «junto a la ponderación como tercer requisito del principio de proporcionalidad aparecen supuestos de aplicación del método de la ponderación no incluidos en el campo de proyección de aquel principio por faltar el elemento de la intervención del poder en la libertad del individuo. Son especialmente los casos de conflicto entre derechos individuales: libertad de información veraz de un periodista frente a derecho al honor de otro ciudadano; ... –etc.–». Véase, JOSÉ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, (Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000), 109.

²⁶ Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, 566.

²⁷ Robert ALEXY, «La fórmula del peso» en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Por Miguel CARBONELL (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 15.

²⁸ *Ibid.*

ponderación constitucional²⁹. Sin embargo, lo que se ponderará en el caso del control abstracto como una ejecución o puesta en práctica del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, que no es sino un mandato de ponderación³⁰, «no es el derecho fundamental intervenido, con la ley que lo afecta sino, el derecho fundamental con la disposición constitucional, –*otro derecho fundamental*– que constituye el fundamento de la ley de intervención»³¹, acudiendo a un agotamiento óptimo del sentido normativo de los principios en pugna bajo la consideración atenta de las circunstancias del caso³².

Así, no se pretende ubicar en un mismo nivel de comparación los derechos fundamentales contenidos en la Constitución frente a normas infraconstitucionales, sino, todo lo contrario, ser congruentes con el mismo nivel de jerarquía de los derechos fundamentales en aras de una aplicación racional del principio de proporcionalidad en el marco de la unidad y sistematicidad constitucional³³.

²⁹ Quizá Prieto Sanchís lleve razón en el hecho de que «... la virtualidad más apreciable de la ponderación quizá no se encuentre en el enjuiciamiento abstracto de leyes, sino en los casos concretos donde se enjuician comportamientos de los particulares o de los poderes públicos». Sin embargo, para nuestro análisis, la ponderación importa como un componente del principio de proporcionalidad en sentido amplio para enjuiciar la labor del legislador democrático. Véase, Luis PRIETO SANCHÍS, «El juicio de ponderación constitucional» en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. por Miguel CARBONELL, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008) 106. Por otro lado, el mismo Luis Prieto Sanchís llama la atención sobre el distinto modo en el que el juicio de ponderación puede entra a operar. Así, uno es el ámbito de la esfera pública y, otro, el de la esfera privada, y dice: «En la primera se muestra lógicamente más riguroso... En cambio, en los conflictos entre derechos de particulares creo que la ponderación se reduce a este último tramo de la proporcionalidad en sentido estricto». Véase, Luis PRIETO SANCHÍS, «Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales», en *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Por Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coords.) (Madrid: Marcial Pons, 2009), 70.

³⁰ Daniel SARMIENTO, «El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local» en *Revista de administración pública*, n.º 162 (2003): 170.

³¹ Bernal PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, 486.

³² Klaus GUNTHER, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 17-18, (1995): 291 y ss. trad. Juan Carlos Velasco.

³³ Un claro ejemplo que confirma nuestra afirmación constituye el fallo de la Corte Constitucional ecuatoriana 048-13-SCN-CC de fecha 04/09/2013 en donde, mediante una consulta de constitucionalidad de la Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia y la Tabla de pensiones alimenticias mínimas expedidas por el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, el órgano jurisdiccional, con el fin de resolver el caso en cuestión, identifica como principios en colisión, primero, la vida digna de los niños, niñas y adolescentes, el interés superior del menor, la

Parece clara entonces, la existencia de una relativa independencia conceptual de los términos, puesto que, como tercer subprincipio o escalón del principio de proporcionalidad en sentido amplio, la ponderación forma parte de éste, aunque no se confunde con él en su integridad³⁴.

Conviene decir en este momento que, la Corte Constitucional ecuatoriana ha abordado de forma poco precisa el tema de la relación existente entre el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación. Aun cuando el órgano jurisdiccional indicó que su utilización e invocación no necesariamente implica que estos conceptos puedan analizarse de manera desarticulada, de manera poco consistente, indicó también que, «como métodos de interpretación, ambos constituyen instrumentos puestos a disposición de la jueza o juez constitucional para dilucidar el contenido de la norma fundamental»³⁵. Es decir, la Corte jamás definió de forma clara el alcance de dicha relación y su vinculación con la teoría de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional³⁶.

Por lo demás, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, como principio jurídicamente exigible, es esencialmente un concepto relacional³⁷ que carece de vida propia, ligado siempre a un sustrato normativo³⁸ y vinculado a una determinada teoría de la interpretación.

igualdad y la seguridad jurídica los mismos, que son deducidos como principios que se derivan de la ley en cuestión; y, segundo, la vida digna del alimentante, como el otro derecho fundamental en pugna. Consecuentemente, dicha colisión de principios, a pesar de que lo que se cuestiona es una ley, no se produce, como podría pensarse erróneamente, entre el derecho fundamental intervenido en forma de principio y la ley que lo afecta, sino entre el derecho fundamental intervenido y la disposición constitucional, *otro derecho fundamental*, que constituye el fundamento de la ley de intervención.

³⁴ JOSÉ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, (Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000), 109.

³⁵ Puesto que, el juicio de ponderación no constituye en estricto sentido un método de interpretación sino una técnica argumental o de fundamentación para resolver el conflicto entre derechos de la misma jerarquía. Véase, la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana 048-13-SIN-CC, de fecha 04/09/2013.

³⁶ Por el contrario, a pesar de haberse enunciado en su sentencia un epígrafe destinado al análisis de «*el principio de proporcionalidad y la ponderación en el ordenamiento ecuatoriano*», la Corte diluye su argumentación indicando que la intención de los consultantes es que se «dilucide una pretendida colisión entre principios constitucionales, por medio de la utilización del método de interpretación denominado test de proporcionalidad» lo cual, poco ha contribuido a aclarar el tema, así como a arrojar luces sobre el alcance y relación entre uno y otro concepto. Véase, la sentencia indicada, 048-13-SIN-CC, de fecha 04/09/2013.

³⁷ En el sentido de que compara dos magnitudes: medios y fines. Véase, BARNÉS, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar...*, 15-49.

³⁸ *Ibid.*, p. 17. Un sustrato normativo que relaciona una norma expedida por el legislador frente a un derecho fundamental.

Se trata de una pieza dentro de un sistema, de un universo más amplio en el que se enmarca y al que pertenece, como el que encarnan la teoría general de los derechos fundamentales, las técnicas de control judicial, el canon de constitucionalidad, etc.³⁹

Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se encuentra integrado por un conjunto de herramientas que permiten medir la licitud de toda intervención de género normativo en el ejercicio de los derechos desde un concreto perfil, que es evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada⁴⁰.

Según criterio de algunos autores, el principio de proporcionalidad constituye también uno de los límites a la limitación de los derechos⁴¹, comúnmente empleado en el ámbito del control de constitucionalidad para definir el ámbito de validez de una medida normativa utilizada en relación con un fin propuesto. Una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad también es conocido en la doctrina y en la jurisprudencia como proporcionalidad de los medios, proporcionalidad del sacrificio, proporcionalidad de la injerencia, prohibición de exceso⁴², etc., entre otras denominaciones expresivas de la idea de moderación, como límite a la esfera de la libertad del legislador democrático⁴³.

2. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Varios son los trabajos que exploran la aplicación del principio de proporcionalidad, de los juicios que la integran y de sus posibilidades y límites

³⁹ *Ibíd.*, p. 15.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 16.

⁴¹ El concepto de límite de los límites se refiere a aquellos límites que deben observarse cuando se interfieren en el campo de los derechos, es decir un resultado de la estructura triádica idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a la que se deben someter las limitaciones de los derechos. Véase, Laura CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 23. También Miguel Carbonell se ha referido al principio de proporcionalidad como el límite de los límites a los derechos fundamentales. Véase, Miguel CARBONELL, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 10.

⁴² Teresa Aguado Correa indica que, aunque actualmente no se discute en la doctrina alemana sobre la exigencia de respecto de este principio por parte de los poderes públicos; legislativo, ejecutivo y judicial, puesto que se trata de un principio general del ordenamiento jurídico que abarca todos los ámbitos del Derecho, sobre lo que no existe unanimidad en el seno de la doctrina alemana es sobre la denominación y el contenido del principio. Véase, Teresa AGUADO CORREA, *El principio constitucional de proporcionalidad*, (San José: Editorial Jurídica Continental, 2013), 55-56.

⁴³ Javier BARNÉS, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar...*, 19.

como instrumento de control de diversas intervenciones sobre los derechos fundamentales⁴⁴.

Sin embargo, conviene recordar la estructura básica del principio o test de proporcionalidad en sentido amplio, implementado mediante la formulación de los tres criterios escalonados, máximas o subprincipios que lo integran: *idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido*⁴⁵.

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, excluyéndose la adopción de medios que no contribuyan a la realización de los fines para los cuales han sido adoptados⁴⁶.

No se trata aquí de suplantarse al legislador democrático y de imponer el medio más idóneo, sino tan sólo de excluir aquellos que resulten ineficaces

⁴⁴ Entre la extensa bibliografía disponible conviene mencionar, entre otros, los trabajos de Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, CEPC, 2001); Robert ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, (2002), 13-64 trad. Carlos BERNAL PULIDO; Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: CEPC, 2005); Laura CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 408; así como los trabajos incluidos en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, en Miguel CARBONELL (coord.), (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008); o, Miguel CARBONELL, *El principio de proporcionalidad en el derecho comparado*, (Lima: Palestra, 2010).

⁴⁵ Véase, Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 9, (2011): 11-29; Manuel MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, (Madrid: Mc Graw Hill, 1997), 120 y ss.; Javier BARNÉS, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar» en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, (1998): 15 y ss.; Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2005), 37 y ss.; Gloria LOPERA MESA, «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre la experiencias de Chile y Colombia», en *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXIV n.º 2, (2011): 114 y ss.; Markus GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2da. ed., (Navarra: Aranzadi-Thomson, 2015), 48 y ss.; Laura CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, (Buenos Aires: Eudeba, 2009).

⁴⁶ Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 9 (2011), 13. Conviene precisar, conforme sostiene el propio Alexy, que, casos en los cuales se ha declarado inconstitucional una ley a causa de su inidoneidad son poco frecuentes. Normalmente, el medio adoptado por el legislador buscará, por lo menos, realizar sus fines en alguna medida. Esto basta para superar el test de idoneidad.

con el fin de evitar una tensión entre corte y legislador⁴⁷. Así, una medida que afecte a un derecho sólo es válida si es también *funcionalmente idónea*⁴⁸.

Podría decirse que tampoco se exige que el fin perseguido tenga rango constitucional. El fin debe ser constitucionalmente legítimo, esto es, ha de caber dentro de las posibilidades de actuación que la Constitución permite al legislador⁴⁹.

El subprincipio de necesidad, por su parte, se refiere a que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido entre aquellas que revisten la misma idoneidad para alcanzar el objetivo buscado. Dicho en otras palabras, lo que este subprincipio exige es que de entre dos medidas igualmente idóneas respecto a un principio, se escoja la menos levisa al derecho intervenido⁵⁰.

La medida restrictiva no sólo debe ser idónea para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravoso para alcanzar aquella finalidad propuesta⁵¹.

Debe señalarse que, en el caso del legislador, y por su especial posición constitucional dentro del ordenamiento constitucional, la densidad del control con respecto a la necesidad es más reducida, en la medida en la que la elección de una alternativa en lugar de otra suele entrar a formar parte del margen de libre configuración legislativa⁵².

⁴⁷ Como lo dice textualmente PRIETO SANCHÍS: «Ciertamente, no queda del todo claro si el fin perseguido con la norma o actuación enjuiciada ha de coincidir precisamente con un principio o valor constitucional o basta cualquiera que no esté proscrito. En línea de principio, pudiera pensarse que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual respaldo constitucional, pero creo que en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, un respeto hacia su autonomía política –que, en verdad, constituye en sí misma un valor constitucional– de manera que se acepten como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico. Véase, Luis PRIETO SANCHÍS, «El juicio de ponderación constitucional...», p. 109.

⁴⁸ Ignacio VILLAVERDE, «La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad» en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Por Miguel CARBONELL (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 184.

⁴⁹ GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 49.

⁵⁰ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad...*, 14.

⁵¹ VILLAVERDE, *¿Existen los conflictos entre derecho fundamentales? ¿Ponderación de bienes o delimitación de los derechos?...*, 184.

⁵² BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 51.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido –ponderación– es aquel que se orienta a guardar una adecuada relación entre el derecho intervenido y el derecho satisfecho. En otras palabras, las ventajas que se obtengan con la medida deben compensar los sacrificios que aquella comporta para algún derecho.

Tal como lo ha referido Alexy:

La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en ahorrar costos que pueden ser evitados. Sin embargo, los costos devienen en inevitables si los principios entran en conflicto. La ponderación entonces se hace necesaria. La ponderación es el tema del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁵³.

A diferencia de los pasos anteriores, éste último escalón o paso, entraña más bien un juicio normativo o jurídico que no trata de indagar si en la práctica, o desde un punto de vista técnico, la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, «sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión»⁵⁴.

Se trata, en último término, como señala Díez Ripollés en el marco del Derecho penal, «de evitar un desequilibrio patente, excesivo o irrazonable entre los fines perseguidos y los medios empleados, de modo que el derecho o los derechos fundamentales afectados por la pena no sean objeto de un sacrificio injustificado»⁵⁵.

Estos tres subprincipios expresan en su conjunto la idea de optimización⁵⁶. Cada uno de los criterios o máximas (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio o estricto o «ponderación») requieren de un análisis diverso en su aplicación.

De alguna manera «*todos juzgan la relación de medio a fin, pero bajo un perfil diferente*. El medio ha de ser *idóneo* para la consecución del objetivo; *necesario* –el más moderado– respecto de todos los *medios útiles y susceptibles de alcanzarlo*; y *razonable o proporcionada* la ecuación *costes-beneficios* en su resultado»⁵⁷.

De lo dicho se evidencia que el principio de proporcionalidad no es estrictamente un juicio positivo con el fin de determinar si la intervención pública

⁵³ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad...*, 15.

⁵⁴ Véase, PRIETO SANCHÍS, *El juicio de ponderación constitucional...*, 112.

⁵⁵ JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, «El control de constitucionalidad de las leyes penales» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, (2005):88.

⁵⁶ ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad...*, 13.

⁵⁷ BARNÉS, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar...*, 25.

pudo ser más proporcionada o no. No sirve, pues, para medir o encontrar la solución más idónea, de mayor equilibrio del medio óptimo, sino sólo para cuestionar aquellas conductas normativas que se sitúen en el extremo inferior de la escala⁵⁸.

Con todo, la afirmación anterior debe ser matizada en el ámbito del control abstracto de norma, puesto que si se entiende efectivamente que la Corte o Tribunal, una vez constatada la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada puede hacer uso de las denominadas sentencias modulativas o manipulativas, se habría sobrepasado ese límite negativo del control tan cuestionado en los actuales momentos, para asumir un rol más activo-positivo en defensa de los derechos fundamentales.

Una adecuada concreción del principio de proporcionalidad por parte de la justicia constitucional contribuirá a la pretensión de corrección⁵⁹ de las decisiones jurídicas adoptadas. Es decir, como parámetro o fuente de legitimidad de sus actuaciones frente a la tarea desplegada por el legislador.

La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional en el marco de una teoría de la interpretación, exige que una decisión tomada por un tribunal sea tanto posible como racional. En tal virtud, la única forma de control de dicha racionalidad se hace posible mediante un control sobre la argumentación de la decisión.

El problema consistirá, entonces, en verificar en la motivación de las sentencias qué argumentos y criterios interpretativos centrales pueden constituirse en un marco válido para la utilización de dicho principio, al estar provistos de un grado de racionalidad controlable y aceptable por un auditorio que se mira como destinatario de las decisiones jurídicas.

De lo contrario, el principio de proporcionalidad, y fundamentalmente su aplicación a los casos concretos, no sería más que una «composición salomónica»⁶⁰ en manos de los jueces que ahondaría la crítica a legitimidad democrática de las cortes, restringiendo indebidamente la libertad legislativa de configuración constitucional.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 28-29.

⁵⁹ Una decisión judicial, si no formula o satisface una pretensión de corrección, es jurídicamente deficiente. A una pretensión jurídica de corrección corresponde un deber jurídico de satisfacerla en aras de ser correcta y susceptible de ser fundamentada. Así, una pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de Derecho. Véase, Robert ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, (Barcelona: Gedisa, 1997), 41 y ss.

⁶⁰ Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, (Madrid: Trotta, 1999), 73.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD: EL CASO ECUATORIANO

Reconstruir y evidenciar el discurso de la Corte Constitucional ecuatoriana en sus sentencias para proceder luego con la interpretación de las mismas, analizando las relaciones de significado que el órgano de justicia constitucional reproduce o asigna a ciertas instituciones del Derecho, concretamente, al principio de proporcionalidad como canon del control de constitucionalidad y fuente de legitimidad, constituye la tarea fundamental de este apartado.

Para ello, resulta necesario recordar que, dado que el principio de proporcionalidad se relaciona con una noción de racionalidad lógico-operacional a través de la cual las Cortes y Tribunales desarrollan su actividad de control⁶¹, su exigencia en la fundamentación ha de estar provista de unas ideas claras en relación con su utilización y puesta en práctica, a afectos de convertirse en un canon de constitucionalidad controlable y, por tanto, en un mecanismo de fuente de legitimidad de la tarea jurisdiccional.

Ciertamente, en un ánimo de construir un parámetro de fundamentación racional de las decisiones adoptadas por la Corte, la introducción de la idea de proporcionalidad tanto por la Corte Constitucional de Transición –CCT–, como por la Primera Corte Constitucional del Ecuador –CC–, ha sido cada vez más frecuente a la hora de justificar su intervención respecto de medidas adoptadas por el Legislador.

3.1. *Corte Constitucional de Transición*

A pesar que la Corte, al menos en materia de control abstracto de norma, ha esperado a la reciente sentencia 048-13-SCN-CC para aclarar el sentido general del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, manifestando que «en nuestro ordenamiento jurídico la proporcionalidad tiene dos sentidos distintos: constituye a la vez un principio reconocido en diversos artículos de la Constitución de la República pero también se configura como un método de interpretación constitucional constante en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

⁶¹ Bernal PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, 491, manifiesta que la idea de racionalidad del principio de proporcionalidad se enmarca dentro del ámbito de la llamada *racionalidad teórica* de los conceptos jurídicos. Es decir, un tipo de racionalidad que enfatiza que los conceptos y las argumentaciones utilizadas por los teóricos del Derecho y por los Tribunales en la fundamentación de sus decisiones deben estar provistos de un elevado nivel de precisión.

Constitucional, junto con el método de la ponderación»⁶², dicho principio fue recogido ya en los primeros fallos del órgano jurisdiccional.

En sus inicios, la utilización del principio de proporcionalidad por parte de la jurisprudencia constitucional fue más bien informal e intuitiva, asociada vagamente a la idea de un nuevo modelo de Estado imperante desde la vigencia de la Constitución de 2008, lo cual no quiere decir que la proporcionalidad, como principio, no haya estado presente con anterioridad en el constitucionalismo ecuatoriano⁶³.

Quizá, la recepción del principio de proporcionalidad por parte de la jurisprudencia constitucional, más allá de su positivización como norma, se vio impulsada por el desarrollo jurisprudencial que los tribunales internacionales

⁶² Véase, sentencia de la Corte 048-13-SCN-CC, de fecha 04/09/2013, sobre la consulta de norma jurídica.

⁶³ Varias son las Constituciones ecuatorianas que han recogido el principio de proporcionalidad en su articulado, aun cuando en muchas de ellas el ámbito de referencia sería el fiscal. Por ejemplo, la Constitución de 1851, art. 113, Capítulo XIX de las Garantías, indica que «...en todo impuesto se guardará la proporción posible con los haberes de industria de los contribuyente»; la Constitución de 1852, art. 121, Título XI de las Garantías, establece igualmente que «...en todo impuesto se guardará la proporción con los haberes o industria de cada ecuatoriano»; la Constitución de 1861, art. 116, Título XI de las Garantías indica que «...en todo impuesto se guardará la proporción posible con los haberes e industria de cada persona». De forma idéntica, en la Constitución de 1869, art. 101, Título XI de las Garantías, se menciona que «...en todo impuesto se guardará la proporción posible con los haberes e industria de cada persona»; la Constitución de 1878 reproduce lo mismo en su art. 17, numeral 2, literal c) del Título II, Sección III; la Constitución de 1884, art. 26, Título IV de las Garantías, reitera, al igual que las anteriores, que «...en todo impuesto se guardará la debida proporción con los haberes e industrias del contribuyente»; la Constitución de 1897 lo vuelve a concebir en iguales términos en su art. 17, Título IV de las Garantías y la Constitución de 1906 lo recoge de la misma manera en su art. 17, Título V de las Garantías Nacionales. La Constitución de 1928 en sus disposiciones transitorias hace referencia a la proporción en materia de representación electoral; la Constitución de 1945, art. 23 se refiere igualmente a la representación proporcional en materia electoral, pero también habla en su art. 148, Sección V del Trabajo, que los trabajadores serán partícipes de las utilidades de las empresas en la forma y proporción que fije la ley; la Constitución de 1946 retoma en su art. 182, Título II de las Garantías, que «no se pueden crear impuestos u otros ingresos públicos sino en virtud de una ley y en proporción a la capacidad económica del contribuyente»; la Constitución de 1967, art. 71, vuelve sobre el tema de la representación proporcional en materia electoral, esta vez en referencia de las minorías, la Constitución de 1979, art. 34, habla igualmente de la representación proporcional a las minorías; la Constitución de 1998, art. 24, numeral 2, Capítulo II, avanza en consagrar como garantía del debido proceso el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones en su art. 99 se refiere a la representación proporcional de las minorías y en su art. 256 relaciona la proporcionalidad con el régimen tributario. Así, hasta llegar a la Constitución de 2008, en donde, existen varias disposiciones relativas al principio de proporcionalidad.

de derechos humanos o los instrumentos internacionales de derechos humanos han dado a otro principio básico: el de igualdad, muy ligado a una idea de proporcionalidad⁶⁴.

Así, aunque la Corte Constitucional para el período de Transición acudió tempranamente a la idea de proporcionalidad en el marco del control abstracto de norma, su invocación en las sentencias adoptadas fue descriptiva y general, dirigida a interpretar otros principios fundamentales como el de la igualdad.

En efecto, en la sentencia 002-09-SIN-CC, en el cual se demandó la inconstitucionalidad de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos, en relación con los requisitos para poder acceder al cargo de director general y subdirector de la Unidad de Inteligencia Financiera, la CCT abordó de manera poco consistente el principio de proporcionalidad y lo vinculó de forma directa con el principio de igualdad.

En el caso en referencia, la Corte indicó: «En relación al principio de igualdad, no se ha verificado la vulneración acusada, pues los destinatarios de la ley requieren el reconocimiento de la diferencia, ya que la generalidad del acceso al cargo público es la profesión; sin embargo, la medida legislativa aquí cuestionada es proporcional ya que exige la verificación de tres supuestos... En ese orden de ideas, satisfacen los parámetro de razonabilidad y proporcionalidad, aquellos límites que inequívocamente permiten asegurar la realización de los principios que orientan la función pública».

Es decir, en este caso, la Corte no sólo invirtió el orden lógico de su argumentación, al afirmar, primero, que la norma cuestionada era proporcional, para luego indicar los «tres supuestos» –como lo llama inicialmente la

⁶⁴ Puede verse, por ejemplo, en la sentencia de la Corte 022-12-SIN-CC, p. 25, de fecha 07/06/2012, donde se hace una referencia al principio de igualdad tomada del voto salvado del juez A. Cancado Trindade en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También la sentencia 027-12-SIN-CC, pp. 11-12, de fecha 21/06/2012, en la que se recurre a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por la Asamblea General de la ONU en 1965, para referirse al principio de igualdad. En la Primera Corte Constitucional se pueden encontrar casos como la sentencia 015-15-SIN-CC, p. 13, de fecha 29/04/2015, en la cual se hace una referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, para desarrollar el principio de igualdad en relación con una idea de proporcionalidad. Asimismo la sentencia de la Corte Constitucional 006-14-SIN-CC, p. 13, de fecha 24/09/2014, donde, para dotar de contenido al principio de igualdad, se recurrió a la misma referencia, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Corte— que integran el juicio de proporcionalidad, sino que, además, no diferenció el principio de proporcionalidad de una idea general de razonabilidad y lo vinculó al análisis del principio de igualdad.

Conviene destacar que esta sentencia sentó lo que sería una constante en las decisiones de la Corte, consistente en admitir, que es al legislador en ejercicio de su autonomía, a quien corresponde configurar con criterios de oportunidad y conveniencia el ejercicio de los derechos, lo cual será confirmado en una serie de casos siguientes tanto por la Corte de Transición, como por la Primera Corte Constitucional⁶⁵.

Ahora bien, independientemente de dichas referencias, la concreción de una idea de proporcionalidad como principio interpretativo, ha sido más bien confusa y tan solo enunciativa a lo largo varias sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional.

Así, por ejemplo, en ninguna de las sentencias citadas, la Corte desarrolló un estándar estricto de aplicación del principio de proporcionalidad con los subjuicios que lo integran. Más bien, se lo utilizó de forma imprecisa y general, relacionándolo directamente con el principio de igualdad y/o razonabilidad⁶⁶.

En efecto, conforme se ha venido evidenciando, el principio de proporcionalidad tiene un carácter relacional, en el sentido de que no es predicable de una actuación considerada aisladamente⁶⁷. La proporcionalidad se articula, siempre, en torno a una relación que supone un medio utilizado y un fin propuesto.

Es decir, se trata de un principio de *medio-fin* que se diferencia de otros principios interpretativos, entre ellos, los de la razonabilidad, concordancia práctica⁶⁸, igualdad y ponderación como juicio autónomo.

⁶⁵ Véase, la sentencia de la Corte Constitucional 002-09-SIN-CC, de fecha 14/05/2009. Dicho reconocimiento es ratificado en varias sentencias de la Corte, por ejemplo, los fallos: 002-10-SIN-CC, de fecha 08/04/2010; 007-10-SIN-CC, de fecha 15/07/2010; 002-011-SIN-CC, de fecha 21/06/2011; 003-11-SIN-CC, de fecha 21/06/2011; 010-12-SIN-CC, de fecha 17/04/2012; 019-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012; 007-13-SIN-CC, de fecha 25/03/2013; 008-13-SIN-CC de fecha 13/06/2013; 010-13-SIN-CC, de fecha 25/09/2013.

⁶⁶ En la sentencia 017-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012, la Corte, haciendo uso de la institución del precedente constitucional, se refirió a un criterio de razonabilidad ligado al concepto de igualdad.

⁶⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 81.

⁶⁸ A este respecto, para Bernal Pulido «... el principio de proporcionalidad en sentido amplio y sus subprincipios no se oponen a la concordancia práctica, sino que por el contrario, son un medio para hacerla efectiva» en la medida en la que, a pesar de que el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad consiste en la atribución de carácter definitivo a las normas o posiciones que se adscriben a uno de los derechos

De lo dicho, se desprende que cuando la CCT ha invocado el principio de proporcionalidad en sus sentencias, lo ha hecho de forma muy precaria y genérica, revelando la poca claridad del concepto en el ámbito de su aplicación práctica.

Otro caso patente de falta de definición del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la CCT es la sentencia 005-09-SIN-CC, en la que el ejercicio del control abstracto de norma recayó sobre un Decreto Ejecutivo de declaratoria de estado de excepción. Debido a que la Constitución de la República indica que el estado de excepción debe observar entre otros, los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁶⁹, lo cual le habría permitido concretar el alcance de cada principio en relación con una situación excepcional⁷⁰, así como una oportunidad precisa para ejercer el control sobre los excesos de poder que afectan a los derechos fundamentales, asegurando, la fuerza normativa de la Constitución, sin embargo, en el voto de mayoría no hubo mayor análisis respecto del principio de proporcionalidad, más allá de la cuestionada referencia a una relativización del principio de temporalidad, en función, dijo la Corte, de su excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad⁷¹, permitiendo que dichas declaratorias de excepción se extiendan en el tiempo más allá de lo previsto constitucionalmente.

La amplia discrecionalidad de valoración con la que la Corte ha interpretado y aplicado el principio de proporcionalidad resulta patente. Esto es especialmente evidente, en su jurisprudencia inicial, en la que la alusión a dicho principio no pasa de ser un mero enunciado general y disperso, sin mayor concreción, análisis o aportación que ayude a dotar de contenido al mismo.

En la dimensión más clásica del principio de proporcionalidad, como es la relativa a las sanciones en relación con las infracciones, la Corte, en el fallo 004-12-SIN-CC que se refiere a una impugnación de una Ordenanza Metropolitana que sancionaba el uso de suelo por parte de los vehículos

fundamentales en conflicto, dicha consecuencia solo es posible hacerla efectiva si se tienen en consideración unos derechos que se encuentran en igualdad de condiciones. Véase, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, 557.

⁶⁹ Véase, el art. 164 inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

⁷⁰ Aun cuando en la figura de estado de excepción está clara la conexión de los principios a ser controlados.

⁷¹ Un análisis interesante respecto de la instrumentalización de los estados de excepción por parte del Ejecutivo, así como del deficiente control de constitucionalidad sobre los mismos, puede verse en Agustín GRUJALVA, Elsa GUERRA y Dunia MARTÍNEZ, «Límites constitucionales al poder ejecutivo» en *Derecho Constitucional e instituciones políticas. Derechos humanos y justicia constitucional. Ensayos en honor al Prof. Hernán Salgado P.*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2015), 99 y ss.

privados, se limitó a indicar que la norma cuestionada no transgredía dicho principio.

Consecuentemente, en el caso analizado, a la Corte le bastó decir que no existía falta de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción administrativa impuesta por los municipios respecto de las normas que regulan el uso de suelo⁷², sin desarrollar ningún test de proporcionalidad tendente a justificar tal posición, e independientemente de otros argumentos que hubiera podido aportar el órgano control constitucional.

En el mismo sentido, en la sentencia 010-12-SIN-CC, la CCT indicó que procedería a realizar un análisis de la norma impugnada, –Ley de Impuestos para la Junta de Beneficencia de Guayaquil–, con el fin de determinar si la medida impositiva de carácter tributario que contenía era proporcional. Sin embargo, el anunciado ejercicio interpretativo, en realidad, no pasó de una simple fórmula retórica, sin que se desarrollara una concreción del principio y de su aplicación. Es decir, en este caso no se realizó ningún test de proporcionalidad de la medida enjuiciada que hubiera llevado a la convicción razonable y controlable de la Corte de que tal medida no era desproporcional y, en consecuencia, era conforme a la Constitución⁷³.

Cosa similar ocurrió en la sentencia 005-12-SIN-CC, en la que de forma genérica y enunciativa, frente a una demanda de impugnación de un acuerdo ministerial que imponía un pago de registro a las empresas de vigilancia y seguridad privada, analizando el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica-empresarial, la Corte sostuvo: «...La interpretación proporcional de este derecho nos conduce a observar que el requisito de pago por concepto de gastos administrativos no restringe la actividad empresarial

⁷² En este fallo, la Corte sostuvo: «...los municipios, a través de las ordenanzas, expiden normas por las cuales regulan aspectos relacionados con sus atribuciones y competencias, disponiendo las sanciones que correspondan por la inobservancia o transgresión de tales normas, dependiendo también de la gravedad de las mismas (por ejemplo no contar con permisos de funcionamiento de locales comerciales, construir o efectuar reparaciones a los inmuebles sin contar con los planos y permisos respectivos, lotizar terrenos sin contar con la autorización y permisos correspondientes, etc.); por tanto, la sanción administrativa que impone el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por estacionar vehículos en lugares prohibidos, en contravención de las normas que regulan el buen uso del suelo, no transgrede el principio de proporcionalidad ente infracción y sanción».

⁷³ En esta sentencia, la Corte manifestó: «Frente a aquello, esta Corte debe realizar un ejercicio de interpretación constitucional en donde determine si la medida impositiva es proporcional con el objeto y finalidad para el cual está destinado este impuesto. Al respecto, se colige que el impuesto en cuestión resulta absolutamente necesario y legítimo a la luz de todos los servicios sociales que presta la Junta de Beneficencia de Guayaquil...es decir, por medio de este impuesto la sociedad se ve ampliamente retribuida, por tanto la medida adoptada es completamente proporcional y guarda armonía con el marco constitucional al propender la protección de varios derechos sociales...».

de las compañías de vigilancia y seguridad privada, ya que al establecer un costo por la actividad administrativa de registro no se está coartando el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, sino que se protege el interés de la sociedad en la regulación de las actividades en las que se encuentra comprometida la seguridad interna del Estado»⁷⁴.

Independientemente de lo acertado o no de la decisión adoptada, tampoco en el caso en mención se estructuró un test de proporcionalidad que integrara en debida forma los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Y sin embargo, una adecuada utilización del principio de proporcionalidad es lo que puede hacer de éste, un parámetro de control objetivo de mayor calidad.

En alguna otra ocasión, como, por ejemplo, en la sentencia 011-12-SIN-CC, cuando la Corte indicó que una resolución del Consejo Nacional Electoral que exige la presentación del certificado de haber sufragado no limita el ejercicio de los derechos, ni impone una exigencia injustificada que genere una desigualdad salvo el caso de los trámites jurisdiccionales, se pudo haber recurrido a una aplicación racional y controlable del principio de proporcionalidad para reforzar el razonamiento del órgano jurisdiccional, no obstante, la argumentación no se encaminó en dicho sentido. Es decir, las referencias genéricas primaron en la argumentación de la Corte.

Este uso poco depurado y más bien intuitivo y discrecional de la aplicación del principio de proporcionalidad durante los primeros años de la Corte también generó una falta de claridad sobre aspectos dogmáticos de la teoría general de los derechos, dada la importancia que, a pesar de todo, el órgano de justicia constitucional, en ocasiones, ha dado a la proporcionalidad en relación con la tutela de ciertos derechos fundamentales, principalmente, el principio de igualdad, tal como se indicó anteriormente.

El uso de una retórica dispersa y confusa ha contribuido a que la Corte no mantenga una definición consistente del principio de proporcionalidad y de otros elementos de la teoría general de los derechos.

Al margen de lo anotado, un esfuerzo interesante por desarrollar el contenido y el sentido del principio de proporcionalidad con los subjuicios que lo integran, es decir, de concreción del contenido normativo del principio, lo constituye la sentencia 002-11-SIN-CC, en la que se resolvió sobre la constitucionalidad de Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos⁷⁵.

⁷⁴ Véase, la sentencia de la Corte 005-12-SIN-CC, p. 14, de fecha 29/04/2012.

⁷⁵ En esta sentencia, la Corte entró a conocer algunos problemas relativos a la demanda de inconstitucionalidad, tanto formal como material. En la forma, se cuestionó por parte del legitimado activo: 1) La finalidad de la ley, ya que la misma, a su juicio, debía tener el carácter de orgánica, 2) Que la iniciativa fuera exclusiva del Presidente de la República, 3) El respeto al principio de unidad de la materia, al haber regulado en un solo

En dicha sentencia, luego de una enunciación poco favorable al uso método tópico así como al principio de unidad constitucional y del criterio de interpretación finalista, la Corte indicó que procedería al análisis de la norma impugnada sobre la base de «un test de razonabilidad y proporcionalidad»⁷⁶.

Efectivamente, en este caso, la CCT identificó por separado lo que llama un test de razonabilidad y un test de proporcionalidad⁷⁷, desarrollando en el marco del control abstracto de norma, los subjuicios o subprincipios del principio de proporcionalidad, frente a la imprecisión con la que se había venido manejando hasta ese momento.

Así, evidenció de forma autónoma lo que llamó el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad y, también, un tercer subprincipio, el de proporcionalidad, como ingredientes del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

A pesar de la falta de precisión técnica en la denominación del tercer subprincipio, la Corte de Transición, en el caso que se comenta, pasó a dotar de una definición y contenido básico a cada uno de los subjuicios que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio con el fin de desarrollar el test propuesto⁷⁸.

No obstante, si bien la Corte definió correctamente el alcance de cada uno de los subprincipios o subjuicios del test, su aplicación no fue la más precisa. Confirmada la idoneidad en el caso concreto, en el juicio de necesidad, el órgano jurisdiccional, a pesar de que alcanzó a definirlo de forma adecuada, terminó por justificar que la vigencia de la norma encontraba un respaldo en el marco de la propia Constitución, desatendiendo el juicio valorativo que impone el análisis de la necesidad de la medida empleada.

Es decir, desconociendo que el subjuicio de necesidad no tiene por objeto la relación causal que existe entre la medida cuestionada y su pretendida finalidad, sino la comparación entre dos medidas alternativas en relación con un mismo fin⁷⁹, la Corte diluyó la fundamentación correcta de la aplicación del principio.

cuerpo normativo diferentes registros. Por otro lado, en cuanto a la inconstitucionalidad de fondo, se alegaron como derechos fundamentales violados: la seguridad jurídica, el derecho a la intimidad, la prohibición constitucional de confiscación, entre otros.

⁷⁶ Véase, la sentencia de la Corte 002-11-SIN-CC, p. 9, de fecha 21/06/2011.

⁷⁷ Vale mencionar que en este fallo, el apartado de la Corte que llama test de razonabilidad, más allá de una argumentación retórica, no cumplió con desarrollar, con una exigencia metodológica, un test propiamente dicho.

⁷⁸ En lo que respecta a la definición del subprincipio de necesidad, la Corte no es clara. Sin embargo, su argumentación se enmarca dentro de lo que la teoría del derecho exige para definir el subjuicio de necesidad.

⁷⁹ GONZÁLEZ BEILFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 104.

Por otro lado, tampoco se hizo ninguna mención al grado de afectación de la medida a los derechos en relación al fin propuesto. Dicho en otras palabras, no se verificó el grado de intensidad de la intervención de la medida cuestionada sobre los derechos fundamentales, siendo que, una intervención legislativa leve sobre los derechos habilita un control menos intenso, en tanto que, una intervención intensa sobre los mismos debe ser objeto de un control material más riguroso⁸⁰.

Como sucedió con los casos 004-12-SIN-CC, 005-12-SIN-CC o 010-12-SIN-CC, donde la referencia de la Corte al principio de proporcionalidad sólo fue enunciativa, sin haber desarrollado ningún test de proporcionalidad en debida forma, también la sentencia 019-12-SIN-CC, a pesar de que contaba con el antecedente de la sentencia 002-11-SIN-CC, —en donde, de alguna manera, se había definido la estructura básica del principio a partir de los subjuicios que lo integran— dejó pasar la ocasión de dar un contenido riguroso a algún test que reflejara una utilización controlable del principio.

En este caso, el órgano de revisión constitucional, más allá de indicar que resultaba preciso analizar la norma cuestionada a la luz del principio de proporcionalidad en el marco de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸¹, añadiendo una argumentación general en torno a la idoneidad del fin, no terminó por concretar cada uno de los subjuicios de una manera adecuada.

Como se evidencia, la temprana utilización del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte, con sus pequeños avances y múltiples inconsistencias, no se vio acompañada por una concepción clara y uniforme de su aplicación a los casos concretos. En efecto, no se establecieron perfiles definidos en la jurisprudencia constitucional acerca de la utilización del principio.

Probablemente, las causas que permiten explicar por qué la Corte apenas se esforzó en definir y concretar el contenido normativo del principio de proporcionalidad son varias. Por un lado, la propia indeterminación del concepto de *proporcionalidad*, que parece remitir a una genérica relación

⁸⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, 789. Un caso en que la Corte Constitucional ecuatoriana para el período de Transición ha procedido de alguna manera a realizar un juicio de intensidades es el resuelto por la sentencia 002-09-SAN-CC, de fecha 02/04/2009. Se trata de una acción por incumplimiento contra un pronunciamiento del Procurador General del Estado, Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera ecuatoriana.

⁸¹ Véase, la sentencia de la Corte 019-12-SIN-CC, p. 20, de fecha 26/04/2012. Cabe destacar que en este caso, a diferencia de lo que sucedió con la sentencia 002-11-SIN-CC, de fecha 21/06/2011 donde el tercer subjuicio del test de proporcionalidad fue calificado, solamente, como subprincipio de proporcionalidad, aquel fue denominado como proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, de una forma más técnica.

entre dos elementos –medio y fin– ligado a un valor de justicia; por otro lado, el surgimiento de una Corte nueva encargada de dar vigencia efectiva al nuevo texto constitucional de 2008; finalmente, la dificultad de concretar los contornos difusos de un concepto de carácter abierto, que tiene relación con otros principios interpretativos, contribuyeron a su indefinición⁸².

Ejercicios de jurisprudencia dispersos, poco precisos y más bien intuitivos en relación al principio de proporcionalidad, constituyen una constante en el período inicial de la Corte de Transición, a pesar de que algunos estudios hayan reflejado de manera general –sin un referencia a un principio en concreto, sino más bien, a algunas competencias generales de la Corte–, que el parámetro de claridad conceptual utilizado por el órgano de revisión ha observado una tendencia a la mejora⁸³.

3.2. *Primera Corte Constitucional*

Si el período de estudio referido a la Corte de Transición arrojó como conclusión la utilización de un uso intuitivo y confuso del principio de proporcionalidad, en este nuevo período, aun cuando se puede constatar una utilización más depurada del principio, no puede decirse que el mismo haya logrado consolidarse en el ejercicio de la práctica jurisdiccional de la Primera Corte Constitucional.

A pesar de que la utilización del término «proporcional» o «proporcionalidad» aparece cada vez con mayor frecuencia en el ejercicio de las tareas de revisión de la Corte, su aplicación en la mayoría de los casos sigue siendo general, dispersa y poco uniforme, aunque en casos puntuales se pueda evidenciar un criterio más refinado en su uso.

Por ejemplo, en la sentencia 010-13-SIN-CC, donde se analizó la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, así como del Reglamento para el concurso de oposición y méritos para la integración del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Corte, luego de admitir que el legislador puede *restringir* el ejercicio de los derechos fundamentales, concretamente el derecho de participación y acceso a la función pública, –indicó–, que dicha limitación, restricción como lo llama la Corte, tiene que

⁸² GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 24.

⁸³ Al respecto puede verse el *Estudio sobre la argumentación de las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana (Enero 2010 a Diciembre de 2012)*, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE, Serie Investigación Nro. 3, (2015): 44.

ser razonable y proporcional, respetando siempre el contenido esencial de los derechos⁸⁴.

No obstante, a pesar de que la Corte habría manifestado que una intervención en el ejercicio de los derechos debe estar ajustada a los cánones de la razonabilidad y la de proporcionalidad, en ningún momento desarrolló una estructura o contenido de dichos principios. Sin llegar a diferenciar o desarrollar tales conceptos, su argumentación fue más bien general y repetitiva⁸⁵.

De la misma manera, en la sentencia 012-13-SIN-CC, a pesar de que la Corte se refirió, en el marco del principio de igualdad, que toda diferencia basada en una dimensión subjetiva es sospechosa y, por ende, debe ser sometida a un «riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad», dicha alusión a la razonabilidad y proporcionalidad no pasó de una simple enunciación.

A pesar de que en este caso se utilizó el principio de igualdad para juzgar la constitucionalidad de la norma impugnada, vinculándolo a la idea de razonabilidad y proporcionalidad, tal como había sucedido en la Corte de Transición, el órgano jurisdiccional en ningún momento estructuró el anunciado «riguroso» test de razonabilidad y proporcionalidad.

Y es que la simple enunciación del principio de proporcionalidad no es una casualidad en la argumentación de la Corte. También en las sentencias 006-14-SIN-CC y 005-15-SIN-CC faltó una utilización estricta del principio proporcionalidad con todos los subjuicios que lo integran, a pesar de que la Corte se ha referido a él en el fundamento de sus resoluciones, como el argumento trascendental de su decisión.

En la sentencia 006-14-SIN-CC, independientemente de la decisión adoptada que declaró la inconstitucionalidad parcial de la Ley de ejercicio profesional de óptica y optometría y su Reglamento, y más allá de una referencia a que el medio normativo empleado por el legislador no resultaba razonable en relación con el fin propuesto⁸⁶, la alusión al principio de proporcionalidad como una herramienta idónea de evaluación de las decisiones que

⁸⁴ Véase, la sentencia de la Corte 010-13-SIN-CC, pp. 44-47-49, de fecha 25/09/2013.

⁸⁵ En varios pasajes de la sentencia 010-13-SIN-CC, de fecha 25/09/2013, el argumento central de la Corte en torno a las facultades del legislador, así como sobre la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales sobre la base de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, fue repetitiva.

⁸⁶ En la sentencia en cuestión, que juzgaba la constitucionalidad de la Ley de ejercicio profesional de óptica y optometría y su Reglamento, que prohibía a los médicos oftalmólogos participar en actividades económicas tales como ser dueños, socios o accionistas de almacenes de óptica, pretendiendo satisfacer el derecho a la salud pública, se declaró que dicha previsión resultaba irrazonable. Véase la sentencia de la Corte 006-14-SIN-CC, p. 17, de fecha 24/09/2014.

intervienen sobre derechos fundamentales, nuevamente fue enunciativa y general.

En la sentencia 005-15-SIN-CC, algunas referencias generales sobre la razonabilidad y la proporcionalidad ligadas al principio de igualdad, así como la recurrente deferencia al legislador democrático y su margen de configuración legislativa, le sirvieron a la Corte para negar la demanda de inconstitucionalidad propuesta⁸⁷.

Por otro lado, como ha sido común tanto en la Corte de Transición, como en la Primera Corte, en los casos 001-14-SIN-CC, 012-13-SIN-CC, 006-15-SIN-CC y 011-15-SIN-CC se vinculó el principio de proporcionalidad al juicio de igualdad. Lo cierto es que, a pesar de existir una relación entre los principios para poder juzgar tratamientos tachados de discriminatorios, en la jurisprudencia constitucional no ha quedado del todo claro el sentido y alcance de cada uno de los principios cuando los mismos son puestos en relación, lo cual ha contribuido a la dispersión y la imprecisión de la Corte en el momento de fundamentar sus fallos.

En otros casos se abordó el tema objeto de discusión a través del principio de igualdad, pero sin decir nada sobre el principio de proporcionalidad⁸⁸. Es decir, en unos casos se hizo una referencia expresa a la proporcionalidad en el marco de la igualdad y en otros no, situación que demuestra la falta de precisión de la Corte en el uso de estos conceptos, así como una fuerte dosis de discrecionalidad en su aplicación.

Aun así, de forma similar a lo que sucedió con la Corte de Transición en la sentencia 002-11-SIN-CC, la primera Corte Constitucional, en la sentencia 003-14-SIN-CC, sobre la Ley de Comunicación, aplicó un test de proporcionalidad con algún grado de concreción, pretendiendo afirmar la utilidad del principio en materia de control abstracto de norma, frente a la imprecisión con la que se había venido manejando.

Para tal propósito, la sentencia 003-14-SIN-CC tomó como referencia la 048-13-SCN-CC, acerca de una consulta de norma jurídica (Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Tabla de pensiones alimenticias mínima), en la cual la Corte enfatizó el

⁸⁷ En esta sentencia, la Corte argumentó que la suficiencia de motivos que justifican el trato diferente aplicado al reintegro laboral de los ex servidores de la Asamblea Nacional, así como al ingreso de aspirantes a trabajar en ella, frente al reintegro laboral de los ex servidores o al ingreso de aspirantes a trabajar en las otras instituciones públicas, responde a un test de razonabilidad. No obstante, nunca desarrolló dicho test y poco sirvió dicha afirmación para clarificar el concepto del principio de proporcionalidad que manejó la Corte. Véase, la sentencia de la Corte 005-15-SIN-CC, p. 16, de fecha 18/03/2015.

⁸⁸ Véase, las sentencias de la Corte 005-14-SIN-CC, de fecha 24/09/2014 y 009-15-SIN-CC, de fecha 31/03/2015.

carácter relacional del principio de proporcionalidad⁸⁹ así como la posibilidad de colisión que en el ejercicio de control abstracto puede suscitarse, al confrontar los principios que subyacen a la norma cuestionada en relación con otros derechos fundamentales en juego⁹⁰.

La Corte, en varios pasajes de la sentencia 003-14-SIN-CC, estructuró un test de proporcionalidad con el fin de juzgar la constitucionalidad de las normas impugnadas, haciendo una especial mención a los diferentes subjuicios o subprincipios que integran la proporcionalidad⁹¹, incluso, con una referencia a la intensidad de la intervención en relación con el grado de satisfacción del derecho⁹².

No obstante, a pesar de haber estructurado adecuadamente las bases del test de proporcionalidad para juzgar la constitucionalidad de algunas de las normas impugnadas, en otros pasajes de la misma sentencia, la Corte se limitó a decir que otras normas, lejos de contemplar un límite inconstitucional al derecho a la información, eran proporcionales, sin haber estructurado o desarrollado ningún test que diera soporte a tal conclusión⁹³, llevando el ejercicio argumental de la Corte a un juego amplio de discrecionalidad judicial.

En la sentencia 007-14-SIN-CC, cuyo objeto de control se relacionó con la impugnación de la norma de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que exigía la renuncia previa de los funcionarios públicos antes de la convocatoria a concursos públicos o conformación de ternas, el test de proporcionalidad trazado por la Corte para juzgar el grado de intervención del legislador sobre el contenido de los derechos también

⁸⁹ Sobre lo dicho, la Corte afirmó: «... Tomando en cuenta los criterios señalados, con el objeto de realizar el test que propone el principio de proporcionalidad, esta Corte deberá someter a la medida analizada al examen sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto...». Véase, la sentencia de la Corte 048-13-SCN-CC, p. 71, de fecha 04/09/2013.

⁹⁰ En esta sentencia la Corte indicó: «...debe verificarse si la Tabla está encaminada a proteger un fin constitucionalmente válido y si este se halla en eventual colisión con otro». Véase, la sentencia 048-13-SCN-CC, p. 71, de fecha 04/09/2013.

⁹¹ Véase, en la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014, el análisis de los arts. 18 (pp. 100 y ss. del fallo), 26 (pp. 134 y ss. del fallo), 42 (pp. 164 y ss. del fallo) de la Ley de Comunicación.

⁹² La sentencia mencionó que: «Por otra parte, el no limitar levemente el derecho de los medios de comunicación y no establecer una medida que implica una sanción en el cambio administrativo para el caso de aquellos que, deliberada y reiteradamente, no difundan información de interés general, pondrá en grave riesgo el derecho de todas las persona a recibir información de los acontecimientos de interés general, por lo que una restricción leve de los derechos de los medios de comunicación para evitar un riesgo grave de vulneración de los derechos de todas las personas, indudablemente supera el examen de proporcionalidad...». Véase, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, p. 102, de fecha 17/09/2014.

⁹³ Véase, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, pp. 124-125, de fecha 17/09/2014.

incluyó una mención a los subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. A pesar de aquello, el desarrollo de cada uno de ellos no fue el más adecuado.

Podría pensarse, quizá, que este momento de invocación y aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte, podría haber sido el inicio de una paulatina institucionalización en el uso del mismo, una vez precisado su contenido normativo y su estructura básica. Sin embargo, se trataría de una conclusión precipitada, puesto que, posteriormente, la propia Corte ha sido inestable en su jurisprudencia, sin haber logrado consolidar una estructura analítica ambiciosa del principio interpretativo.

¿Por qué la Corte decide en unos casos aplicar el principio de proporcionalidad con su estructura básica y en otros le basta la simple enunciación? ¿No se diluye la tarea del control racional de la Corte en un ejercicio de prácticas retóricas no controlables que ahondan la denominada crítica contramayoritaria? ¿Cuál es la justificación racional que utiliza la Corte para concluir en unos casos que las normas cuestionadas son simplemente proporcionales y en otros no?

Como se ha visto, no existe en la jurisprudencia de la Corte unos perfiles definidos del principio de proporcionalidad, que sirvan de pauta argumentativa controlable en materia interpretativa, puesto que el discurrir argumental de aquélla se ha movido, más bien, en términos genéricos, muchas veces poco convincentes, altamente discrecionales y escasamente motivados.

Por otro lado, no existe en la jurisprudencia de la Corte, decisiones que, bajo el test de proporcionalidad, y una vez superado el análisis de la idoneidad y necesidad, las normas impugnadas hayan sido declaradas desproporcionales en sentido estricto.

En otras palabras, como ha sido rescatado en algunos estudios comparados sobre la materia, una medida idónea que es a la vez indispensable desde la visión de la Corte, casi siempre resultará, al propio tiempo, ponderada en relación con los derechos que juegan en sentido contrario⁹⁴.

De suerte que, superada la idoneidad, la Corte no encontraría parámetro alguno apto para desviar la atención del fallo hacia la convalidación de la medida en cuestión. Lo cual explica también que, en materia de control abstracto de norma, la revisión judicial por vía del test de proporcionalidad no ha gravitado esencialmente sobre un juicio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto, sino, sobre la idoneidad y necesidad del medio utilizado⁹⁵.

⁹⁴ Pedro GRÁNDEZ CASTRO, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano» en *El principio de proporcionalidad en el derecho comparado*, (Lima: Palestra, 2010), 361.

⁹⁵ Probablemente por ello sigue pendiente un desarrollo exigente de argumentación por parte de la Corte en relación al juicio de ponderación constitucional como un método

Asimismo, parece bastante improbable que, en la práctica, una medida adoptada por el legislador resulte absolutamente *inidónea* para conseguir un fin propuesto en el marco de una Constitución amplia en derechos protegidos.

Por lo general, el abanico de posibilidades que brinda una Constitución amplia en derechos, habilita, como consecuencia, la construcción de un argumento que permita superar con cierta facilidad el juicio de idoneidad al cual está sometida una norma impugnada.

Es más, si se piensa que tampoco se exige siempre que la finalidad perseguida tenga rango expresamente constitucional para ser considerada idónea, sino que basta que sea constitucionalmente legítima, esto es, que quepa dentro de las posibilidades de actuación que la Constitución permite al legislador, el margen puede resultar aún más amplio y flexible.

Esto podría tener algunas lecturas, tal como sostiene Pedro Grández. La menos optimista sería aquella que considera que la proporcionalidad en sentido estricto no aporta mayores controles al test de proporcionalidad en sentido amplio, por implicar un juicio muy subjetivo. Otra lectura posible evidenciaría que la Corte no es lo suficientemente estricta en el tercer subjuicio del test y, consecuentemente, éste se habría convertido en un mero paso formal dentro de una construcción que exigiría mayores capacidades argumentativas⁹⁶.

En lo que respecta al criterio de necesidad como parte del principio de proporcionalidad en sentido amplio, éste resulta ser un tanto más complejo que el subjuicio de idoneidad. Ello resulta lógico si se tiene presente que la relación causal que presenta el subjuicio de necesidad no tiene por objeto la relación que debe presentarse entre la medida cuestionada y su pretendida finalidad, sino la comparación entre dos medidas alternativas que compiten como idóneas para alcanzarla⁹⁷, lo que no significa, sin embargo, que éste no sea un juicio normativo, como lo ha sugerido K. Larenz⁹⁸.

Por otro lado, tampoco existe en la jurisprudencia ecuatoriana una carga argumentativa que sustente una motivación suficiente en relación con un test de intensidades sobre los grados de satisfacción o afectación a los derechos en pugna.

de fundamentación racional de las decisiones judiciales. Aun así, existen otras facultades de la Corte en donde puede haberse evidenciado en mayor medida un desarrollo de dicho juicio, como por ejemplo, la competencia de revisión o la que recae sobre el conocimiento de las acciones extraordinarias de protección.

⁹⁶ GRÁNDEZ CASTRO, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano...*, 361.

⁹⁷ *Ibid.*, 104.

⁹⁸ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del derecho...*, 472.

Contrariamente, bajo el argumento simple que ha esgrimido la Corte en alguno de sus fallos, en el sentido de que se trata de intervenciones leves en los derechos⁹⁹, podría pensarse que una injerencia debería ser absoluta para ser considerada grave.

Finalmente, en lo relativo al subjuicio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, también se mantiene pendiente un desarrollo exigente de argumentación en la Corte, que logre vencer la crítica de falta de racionalidad en su utilización¹⁰⁰.

De todas formas, el principio de proporcionalidad ha ido extendiéndose progresivamente, como es natural, en relación con varios derechos fundamentales y distintas materias, como por ejemplo, en material electoral¹⁰¹ y, muy ampliamente, en materia tributaria, como resultado de la reiterada jurisprudencia expedida en casos similares por parte de la Corte ecuatoriana¹⁰². Aun así, la consecuencia ha sido la misma: una retórica general y dispersa que se ha constituido en el principal obstáculo para la formalización de principio.

Si bien en las condiciones expuestas se puede considerar que el papel otorgado al principio de proporcionalidad es altamente discrecional y subjetivo, lo que impondría la urgente necesidad de repensar su utilización, parece altamente difícil dar marcha atrás en su aplicación.

Lo que queda es la exigencia de un uso más depurado y técnico de la aplicación del principio, que lo convierta en un canon de legitimidad aceptable en el marco de las decisiones que adopta la Corte.

⁹⁹ Véase, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ BELFUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 370

¹⁰¹ Véase, la sentencia de la Corte 019-15-SIN-CC, de fecha 31/03/2015. También la sentencia 028-12-SIN-CC, de fecha 17/10/2012, se refirió al principio de proporcionalidad en materia electoral.

¹⁰² Véase, las sentencias de la Corte 016-15-SIN-CC, de fecha 13/05/2015; 021-15-SIN-CC, de fecha 01/07/2015; 022-15-SIN-CC, de fecha 01/07/2015; 025-15-SIN-CC, de fecha 22/07/2015; 026-15-SIN-CC, de fecha 22/07/2015; 028-15-SIN-CC, de fecha 29/07/2015; 029-15-SIN-CC, de fecha 29/07/2015; 030-15-SIN-CC, de fecha 29/07/2015; 031-15-SIN-CC, de fecha 05/08/2015; 032-15-SIN-CC, de fecha 05/08/2015; 033-15-SIN-CC, de fecha 12/08/2015; 035-15-SIN-CC, de fecha 02/09/2015; 037-15-SIN-CC, de fecha 16/09/2015; 038-15-SIN-CC, de fecha 16/09/2015; 041-15-SIN-CC, de fecha 16/09/2015; 042-15-SIN-CC, de fecha 16/09/2015; 043-15-SIN-CC, de fecha 23/09/2015; 044-15-SIN-CC, de fecha 23/09/2015; 045-15-SIN-CC, de fecha 23/09/2015; 046-15-SIN-CC, de fecha 23/09/2015; 049-15-SIN-CC, de fecha 23/09/2015; 051-15-SIN-CC, de fecha 21/10/2015; 052-15-SIN-CC, de fecha 21/10/2015; 053-15-SIN-CC, de fecha 21/10/2015; 054-15-SIN-CC, de fecha 21/10/2015; 055-15-SIN-CC, de fecha 21/10/2015, entre otras.

En palabras de Markus González, «el carácter principal de buena parte de los preceptos constitucionales y, singularmente, de las normas que garantizan derechos fundamentales y la posibilidad de los poderes públicos de restringirlos, así como la necesidad constante de resolver colisiones entre bienes jurídicos, están en el origen, en efecto, de la consolidación del principio de proporcionalidad»¹⁰³.

4. REFLEXIONES FINALES

El principio de proporcionalidad no se trata de un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX. Tras la consolidación del Estado democrático, la utilización del principio de proporcionalidad se ha generalizado viniendo a desempeñar un papel relevante, fundamentalmente, en el área del Derecho constitucional y de los Derechos humanos. De ahí que, la generalizada aceptación que hoy en día goza en la doctrina jurídica el principio de proporcionalidad, conlleva que todos los poderes públicos estén sometidos al mismo en su doble vertiente: como criterio de actuación y parámetro de control.

Sin embargo, a pesar del auge en su utilización, una de las deficiencias más notorias que puede evidenciarse es aquella que se refiere a su inconsistencia terminológica. Quizá el problema se encuentre en la pluralidad de significados o el uso disímil que puede adscribirse al término ponderación y su asimilación directa a la idea de proporcionalidad.

Por otro lado, ha quedado claro que el principio de proporcionalidad en sentido amplio es un concepto esencialmente relacional que se encuentra ligado siempre a un sustrato normativo, vinculado a una determinada teoría de la interpretación que permite medir la licitud de toda intervención de género normativo en el ejercicio de los derechos desde un concreto perfil, que es evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada.

Ahora bien, en el caso ecuatoriano, la concreción del criterio de proporcionalidad invocado por la Corte como principio interpretativo ha sido más bien confusa y tan solo enunciativa en varias sentencias. Salvo casos excepcionales, que no permiten apreciar una actuación constante y uniforme ni de la Corte de Transición, ni de la Primera Corte Constitucional, la amplia discrecionalidad en la valoración del principio de proporcionalidad por parte de la Corte ecuatoriana resulta patente. Esto es especialmente criticable en la Primera Corte Constitucional, que a pesar de la experiencia acumulada, tan solo ha avanzado en un uso algo más depurado del principio sin ser consistente.

¹⁰³ GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, 125.

Una revisión atenta de la jurisprudencia de la Corte no hace más que poner en evidencia que la utilización del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, no es del todo alentadora.

Cabe destacar que a pesar de que la utilización del principio de proporcionalidad dentro del control de constitucionalidad pueda resultar altamente discrecional y merezca fundados reparos, parece altamente difícil dar marcha atrás en su utilización por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana. Es más, como era de esperarse, el uso del principio de proporcionalidad ha ido extendiéndose progresivamente en los diferentes fallos de la Corte.

Lo que queda es la exigencia de un uso mucho más depurado y técnico del principio capaz de convertirlo en un canon de legitimidad que dote de racionalidad y previsibilidad a las decisiones que adopta la Corte. De lo contrario, habríamos asistido como lo indicara Lambert en su momento, a un verdadero gobierno de los jueces caracterizado, además, por su déficit de legitimación democrática directa, e irresponsable respecto de sus actuaciones.

TITLE: The principle of proportionality as a canon of constitutionality: an approach to the Ecuadorian case

RESUMEN: Debido a que un grado de legitimidad del ejercicio de las funciones jurisdiccionales¹⁰⁴ puede ser apreciado a través de la utilización y puesta en práctica de ciertos parámetros o cánones objetivos del control de constitucionalidad, como por ejemplo, el principio de proporcionalidad; un análisis de dicho instrumento jurídico puede resultar relevante a efectos de justificar un grado de intervención racional y controlable del órgano jurisdiccional sobre la obra del legislador.

Es verdad que existen otros principios, técnicas argumentales, métodos de interpretación o herramientas jurídicas que son utilizadas por la Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales contemporáneas en el ejercicio de su actividad de control, sin embargo, fijar una precisión conceptual del principio, analizar su estructura y composición como método, así como, evidenciar al principio de proporcionalidad como parámetro o canon objetivo de constitucionalidad y fuente de legitimidad de la revisión judicial en la Corte ecuatoriana, es el objetivo del presente artículo.

¹⁰⁴ Función jurisdiccional será entendida como aquella facultad atribuida a las juezas y jueces para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para el caso en análisis, la Corte Constitucional ecuatoriana ejerce funciones jurisdiccionales en materia constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia constitucional. Véase, art. 429 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

PALABRAS CLAVE: proporcionalidad, principio de proporcionalidad, canon de constitucionalidad, legitimidad, racionalidad y proporcionalidad.

ABSTRACT: Because a range of the legitimacy of the exercise of jurisdictional functions can be assessed through the use and the implementation of certain parameters or objective canons of the constitutionality control, such as the principle of proportionality, an analysis of that instrument may be relevant in order to justify a degree of national intervention and controllable by the court over the work of the legislator.

It is a fact that there are other principles, techniques of argumentation, methods of interpretation or legal tools that are used by the Constitutional Courts or Contemporary Constitutional Courts in the exercise of their control activity; however, establishing a conceptual precision of the principle, analyzing its structure and composition as a method, as well as, evidencing the principle of proportionality as a parameter or objective canon of constitutionality and source of legitimacy of judicial review in the Ecuadorian Court, is the objective of this article.

KEY WORDS: proportionality, principle of proportionality, canon of constitutionality, legitimacy, rationality and proportionality.

RECIBIDO: 16.03.2017

ACEPTADO: 30.05.2017

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS

Ana Marrades Puig

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp219-241](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp219-241)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DIGNIDAD Y SUS DERECHOS INHERENTES. 2.1. *Dignidad e instrumentalización de las mujeres*. 2.2. *Maternidad y filiación*. 2.3. *El derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes*. 2.4. *El derecho a la reproducción v. el derecho a la maternidad*. 2.5. *La opción de gestar para otros: ¿una cuestión de libertad?* 3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 3.1. *La Ley y otras fuentes del derecho: la importancia de la jurisprudencia*. 4. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NUEVA REALIDAD: ¿DÓNDE ESTAMOS? Y ¿QUÉ HACEMOS?

1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad subrogada, vientres o úteros de alquiler, según la perspectiva de quien la mencione, está convirtiéndose en un tema cada vez más polémico especialmente en España, porque aquí no está permitida pero hay personas, solas o en pareja, que se están acogiendo a esta práctica¹ en otros países. Así la sociedad está polarizada en dos tendencias bastante encontradas: por un lado, quienes desean que

¹ La gestación subrogada no es una Técnica de Reproducción Asistida, sino una práctica mediante la cual una mujer, a través de una fecundación in vitro –generalmente con óvulo de donante (o de la comitente) y esperma del comitente– gesta un bebé para otra persona o para una pareja.

se regule y se pueda convenir libremente mediante contrato, y quienes consideren que no debe permitirse como práctica aceptable por vulnerar derechos fundamentales de las mujeres y convertir a los bebés en mercancías.

Estas dos posturas están representadas básicamente por: La *Asociación por la gestación subrogada en España*, la *Asociación padres por la gestación subrogada*, y la asociación *Son nuestros hijos*; y por otro lado, la *Plataforma «No somos vasijas»* y, recientemente la *Red Estatal contra el alquiler de vientres*².

Los partidos políticos también están divididos, incluso entre sus militantes. Por ejemplo, la iniciativa de *Ciudadanos* es la más clara por la regulación de esta práctica. La postura del *Partido Popular* es confusa, ya que hay diversas opiniones a favor y en contra de su regulación dependiendo del sector del partido y del interés de quien plantea el problema. *Podemos* está muy dividido, encontramos argumentos muy claros a favor y en contra, entre los y las militantes. El *Partido Socialista* ha sido tal vez el que más claramente se ha posicionado en contra, a pesar de que algunos sectores, especialmente entre los jóvenes, siguen solicitando un debate abierto para tomar una postura, y finalmente parece ser que hay un acuerdo por postularse en contra³.

El tema que se nos plantea presenta numerosas posibilidades de intervención desde el punto de vista ético y jurídico. Son muchas las aristas que tiene el problema, pero me centraré solamente en aquéllas que considero más importantes para apoyar mi argumento contra la práctica de alquilar o utilizar los cuerpos de las mujeres para gestar hijos para otras personas que lo encarguen a través de un contrato: la afectación a la dignidad de las gestantes y a sus derechos inherentes, la renuncia de los derechos de filiación, y la supuesta libertad de las gestantes para aceptar las condiciones del contrato.

2. LA DIGNIDAD Y SUS DERECHOS INHERENTES

La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento del orden político y de la paz social, y también de la totalidad del ordenamiento, incluido el artículo 1.1, que recoge el reconocimiento de unos valores que están al servicio de la dignidad. Por eso el

² <http://www.noalquilesvientres.com/>

³ Amelia VALCÁRCEL, Ponencia al 39 Congreso del partidos socialista: «Todo lo que sea comercializar el cuerpo de las mujeres mediante trata, prostitución o vientres de alquiler no puede formar parte de las ideas que nos remiten a la tradición socialista», «son prácticas comerciales abusivas que obtienen de **la debilidad del otro** un sí forzado por la necesidad», «el psoe no debe “en modo alguno” apoyarla». www.eldiario.es, 24 marzo 2017.

concepto de dignidad debe adaptarse a unas circunstancias culturales concretas, a espacios y tiempos determinados⁴, y el marco de la constitución resulta el idóneo para facilitar la comprensión de un concepto que es complejo y tiene muchas connotaciones.

Respecto a la naturaleza jurídica de este valor, Alegre Martínez⁵ considera que la dignidad de la persona presenta un triple carácter:

Primero, la dignidad es la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona. El reconocimiento y respeto de esos derechos es imprescindible para que la vida de la persona se desarrolle de modo conforme con su dignidad, o dicho de otra forma, el reconocimiento de los derechos fundamentales es la manifestación obligada de la primacía del valor de la dignidad⁶.

Segundo, la dignidad funciona como un fin, tanto del reconocimiento de los derechos, como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos. El reconocimiento constitucional de unos determinados valores, y la materialización de estas opciones axiológicas en un determinado elenco de derechos y libertades, va encaminado a posibilitar el desarrollo integral de la persona, exigido por su propia dignidad.

Y por último, según se deduce de lo anterior, la dignidad se convierte en un límite. Si el ejercicio de las propias libertades y el desarrollo de la personalidad gracias al ejercicio de los propios derechos tienen sus límites en «el respeto a la ley y a los derechos de los demás»; y los derechos propios y ajenos son consecuencia de su dignidad y medio para que su vida se desarrolle de acuerdo con la misma, entonces, la dignidad de los demás (y también la propia en la medida en que los derechos inherentes a la misma son irrenunciables) actúa como límite de los derechos propios.

¿Sería posible considerar que en el caso de la gestación por sustitución la dignidad de las mujeres que ofrecen su cuerpo para gestar un ser humano para entregarlo después a otras personas a cambio de dinero no afecta a su dignidad? Si afecta a su dignidad, ésta sería un límite para la realización de esta práctica y por lo tanto no podría ampararse por nuestro ordenamiento jurídico.

⁴ Eugenio RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, (Turín: Giapichelli, 2014). En el primer capítulo «Sulla dignità umana», el autor hace un análisis sobre la «relatividad» del concepto de dignidad, incluso del recurso al concepto de dignidad de los clásicos de la filosofía.

⁵ Miguel Ángel ALEGRE, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, (Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1996), 62.

⁶ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, (Madrid: Dykinson, 1992), 163.

María Luisa Balaguer⁷ define la dignidad como la posibilidad que el Estado se reserva para intervenir desde el derecho, cuando se da la circunstancia de que una conducta atenta a la esfera del sujeto lesionando ese contenido de humanidad, que es considerado como intangible. En el caso de la maternidad subrogada se trataría de injerencias o actuaciones que contravengan el sentido de la dignidad. Cuando se habla de posibilidades científicas, surge la necesidad de intervenir en la garantía de la dignidad, porque no todo lo científicamente posible es jurídicamente lícito. Y por eso destaca la necesidad de incidir en el valor orientador e interpretativo de la dignidad en la Constitución, pues no constituye un bloque cerrado de posibilidades, sino que en los casos que ponen en relación el valor de la libertad con el del mercado, deben tener en cuenta los valores y bienes constitucionalmente protegidos.

El Tribunal Constitucional ha concretado el significado constitucional de la dignidad en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona que se proyecta sobre los derechos individuales» (STC 53/1985 de 11 de abril, Fto Jco 8.º, STC 120/1990, de 27 de junio, Fto Jco 4.º...). Como dice Yolanda Gómez⁸, la dignidad es un elemento constitutivo de un gran número de derechos que contribuye a la configuración del propio derecho y obliga a una interpretación y aplicación del mismo que deje incólume la dignidad. Se convierte así la dignidad en un concepto transversal tanto en los ordenamientos nacionales –en estricto sentido– como en el ordenamiento comunitario. En ocasiones, la dignidad humana se manifiesta como parte del contenido esencial de los diferentes derechos fundamentales, formando parte, como antes hemos señalado, de los mismos. Este carácter o dimensión relacional de la dignidad se proyecta también en la interpretación y aplicación de los derechos y sirve de criterio para los pronunciamientos jurisdiccionales. Es transversal porque fundamenta los derechos, en este caso de las mujeres gestantes a quienes, considero, se instrumentaliza y cuyos derechos a la integridad física y moral quedan vulnerados.

2.1. La dignidad y la instrumentalización de las mujeres

La dignidad puede ser descrita como un concepto normativo⁹, y como tal puede ser usado para justificar los derechos humanos. De las dos dimensio-

⁷ María Luisa BALAGUER, *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, (Madrid: Tecnos, 2017), 14, en prensa.

⁸ Yolanda GÓMEZ, «Dignidad y ordenamiento comunitario», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, (2005): 226.

⁹ Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «Sobre el concepto de dignidad humana», *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Casado, M. (coord.), (Civitas, 2009), 92.

nes que pueden distinguirse en la noción normativa de dignidad: una contempla la dignidad como fundamento último de los derechos; en este sentido la dignidad señala el límite de la moral y ordena no tratar a los demás exclusivamente como medios; la otra, es la que se traduce en derechos fundamentales concretos, que pueden ser ponderados con otros.

La primera dimensión se basa en la segunda formulación del imperativo categórico que prohíbe instrumentalizar al ser humano: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio»¹⁰. Manuel Atienza señala¹¹ la importancia del adverbio solamente: «Si la prohibición de instrumentalizar un ser humano, la obligación de respetar su dignidad se entiende como debe entenderse (no que esté prohibido tratar a otro o sí mismo como un medio, sino sólo como un medio), se comprende que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad»¹². Sin embargo, me pregunto, como qué otra cosa se trata a una mujer que gesta para otra persona o personas sino como un medio para satisfacer los deseos de las personas que le hacen el encargo a la gestante, es decir, como un instrumento, y sólo como un instrumento.

Ana Rubio se refiere a esta práctica como «útero de alquiler» para evidenciar que la maternidad «comprada» reduce a la mujer a un recipiente reproductor y critica con acierto la instrumentalización de las mujeres sometidas a esta práctica: «llama la atención que siempre que se habla de esta práctica se exalta la maternidad biológica, el valor del deseo en quien compra y la libertad personal de quien ofrece su cuerpo, ignorándose el proceso fisiológico y emocional que encierra para toda madre gestante el embarazo, o la instrumentalización a que son sometidas las mujeres pobres, o necesitadas para satisfacer los deseos de otros. A todos estos hay que añadir el negocio...»¹³ Se refiere a continuación a las Ferias que han

¹⁰ Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad García Morente, Espasa-Calpe (4.ª ed), 1973), 84.

¹¹ Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», *El Notario del siglo XXI*, n.º 63, (2015); y en «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de bioética y derecho*, Barcelona, Universitat de Barcelona, (2015); con anterioridad en «Reproducción Humana Asistida: sobre la nueva ley» en el n.º 9 de la *Revista El notario del siglo XXI* (2006).

¹² Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias» en *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, ed. Por María CASADO (coord.) (México: Fontamara, 2016), 59.

¹³ Ana RUBIO CASTRO, «Sujeto, Cuerpo y mercado», *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, ed. Por María CASADO (coord.), (México: Fontamara, 2016), 67, en nota a pie de página n.º 5.

comenzado a proliferar ya en nuestro país: hubo ya una en mayo de 2016 y otra «Surrofair»¹⁴ programada para los días 6 y 7 de mayo de 2017, donde se exponen los distintos tipos de centros que gestionan estas prácticas y se explican los «mejores» destinos para los españoles: Estados Unidos y Ucrania; también se ofrece Rusia, Georgia, Grecia y Canadá. Aunque claro este último no ofrece tantas garantías porque al ser la gestión por sustitución «legal» pero «altruista» no hay madres gestantes disponibles. ¿Quién lo haría verdaderamente por motivos altruistas, sin que exista la contraprestación económica?: nadie. Nadie pondría en peligro su salud y su vida si no fuera por una urgencia económica. Por más que existan contratos «abusivos» ninguno lo es tanto como este en que el objeto del contrato es el propio cuerpo y su salud, no existe una fuerza de trabajo, es el propio cuerpo el que se expone solamente para gestar un bebé que será entregado a los comitentes que verán así colmados su deseos. No se trata de ceder el propio cuerpo o parte de él para salvar una vida o hacer posible el derecho a la vida o a la salud de otra persona, sino más bien de la «utilización» del cuerpo de una mujer para la satisfacción de un deseo –que aun así podría incluso ser lícito si no se pusiera en riesgo la salud y no se tratara sólo como medio a las mujeres-:

El deseo de ser madre a toda costa, porque la presión social es brutal sobre las mujeres para que sean madres; y además porque es lo que de ellas se espera. Es una función de las mujeres.

El deseo de ser padre con las propias características genéticas, como si la adopción fuese incompleta porque la persona adoptada no tendrá los mismos rasgos físicos o de carácter.

De todos modos la altruista «de verdad» sería un caso excepcional (y nunca podría justificar una regulación que facilitase el abuso de todos los casos en que se produce una total instrumentalización) porque la llamada «compensación» que acompaña a la gratuidad es sólo un eufemismo: nadie lo va a hacer sin dinero a cambio.

Por ejemplo pongamos el caso de Canadá donde es legal pero «altruista» –es decir que la Ley canadiense de reproducción asistida¹⁵ prohíbe completamente el pago de cualquier retribución por la gestación subrogada– aun así se está pagando una cantidad nada desdeñable por «gastos derivados del embarazo»: alrededor de 22.000 dólares canadienses. Por tanto, a pesar de que los gastos hospitalarios están cubiertos, la «compensación» existe. En total todo el proceso cuesta entre 60.000 y 80.000 euros, a diferencia de Estados

¹⁴ <https://www.surrofair.com/>

¹⁵ <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>. Assisted Human Reproduction Act (section 6).

Unidos donde cuesta casi el doble o más, entre 120.000 y 150.000 euros¹⁶ porque los gastos médicos no están cubiertos.

Y si comparamos con otros países donde existe una retribución «auténtica» (que no compensación) observaremos que el precio puede ser incluso mucho más bajo, por ejemplo Ucrania, donde cuesta entre 35.000 y 55.000 euros (más honorarios de las agencias)¹⁷. Nos sirve este caso para añadir otro problema que apoya el argumento de la instrumentalización: se paga de forma diferente el alquiler de un cuerpo de una mujer de un país más pobre donde se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad¹⁸. También en Rusia la retribución oscila entre las mismas cantidades pero la mujer gestante no está obligada a la renuncia del bebé. Pero es que ¿puede renunciarse a un hijo?, ¿se puede renunciar a la filiación?

2.2. Maternidad y filiación

El artículo 44.4 de la Ley 20/2011 de Registro civil, modificada por la Ley 19/2015 dispone que: «*La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*».

Y el Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se refiere expresamente a la gestación por sustitución disponiendo que:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Y 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». Es decir que la madre es la que pare y por tanto a ella le corresponden los derechos derivados de la filiación.

Aun así, la ley 20/2011 (artículo 44.4) establece que el acceso a la filiación materna «*será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite, y siempre que renuncie a ejercer los derechos*

¹⁶ <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-eeuu-y-canada>, recogido con fecha 5 de abril 2017.

¹⁷ La diferencia de precios dependerá del programa de gestación subrogada escogido. Así, la opción más económica únicamente incluye un intento y el uso de óvulos propios. La opción de 40.000 euros hace referencia al programa «embarazo seguro», es decir, incluye la donación de óvulos, el DGP (diagnóstico genético preimplantacional) y el número de transferencias necesarias hasta conseguir el embarazo de la gestante. www.babygest.es

¹⁸ Ana RUBIO, *Sujeto, cuerpo y mercado*, 90.

derivados de dicha filiación», entendiéndose que se trata de supuestos de renuncia a los derechos como madre en favor de una adopción y transcurrido el plazo legal previsto.

Si seguimos avanzando por esta confusa reforma legislativa¹⁹, nos encontramos con el artículo 45 de la Ley 20/2011 que señala algo insólito: «la renuncia al hijo en el momento del parto». ¿Qué es eso?: primero, ¿se puede renunciar a un hijo?; segundo, ¿se puede renunciar en el momento del parto? O se renuncia antes (en el momento de la transferencia embrionaria para quienes piensan que debería legalizarse y regularse la gestación por sustitución en España), o se renuncia cuando la ley lo permite para la adopción, es decir seis semanas después del parto.

Por tanto, no se puede renunciar a la maternidad ni a la filiación en tanto que no se produzca la adopción. Luís Muñoz de Dios Sáez explica²⁰ con buen criterio que «la madre no renuncia a nada en el momento del parto: ni «al hijo» (redacción por parte del legislador poco precisa), ni a la maternidad, ni a la patria potestad. Tan solo anuncia que podría dar a su hijo en adopción». Lo único que hace la ley es eximir a la renunciante de promover la inscripción en el Registro –porque lo que dice la ley en su artículo 45 es que la madre que renuncie al hijo en el momento del parto no tiene la obligación de inscribir el nacimiento (o sea, puede no inscribirlo), que será asumida por la entidad pública correspondiente–; y por otro lado, constata que el dato de su domicilio en dicha inscripción será de publicidad restringida (art.49.4).

El mencionado autor se plantea que si la madre pudiera renunciar a la maternidad (aunque fuera solo al parir) estaríamos «ante una revolución del derecho de familia»: y ya puestos, ¿por qué sólo en el parto y no también unos meses o años después?, y más puestos ¿por qué no también el padre puede renunciar?

Además si la adopción es irrevocable (art.180.1 del Código Civil) ¿cómo va a ser revocable la filiación por naturaleza?, sería obviamente un caso de abandono de familia. El extraño precepto de la renuncia de la filiación en el momento del parto propugna una renuncia abdicativa sin sentido: Por un lado, no puede referirse a la adopción porque la parturienta tiene que esperar seis semanas para asentir, por lo que no tiene sentido que esta renuncia se resuelva en el parto; por otro, tampoco parece que se esté refiriendo (dando otro extraño rodeo) a la maternidad subrogada, donde hay una renuncia traslativa a favor de los comitentes, que es previa a la gestación y al parto, pero no en el momento del parto; y además no está permitida en nuestro

¹⁹ Ley 20/2011, reformada por Ley 19/2015 (que no entrará en vigor de forma completa hasta el 30 de junio de 2017).

²⁰ LUÍS MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto», *El notario del siglo XXI*, n.º 65 (2016).

ordenamiento jurídico, ya que aunque no esté expresamente prohibida el contrato sería nulo y no produciría efecto alguno.

O tal vez sí que pueda estar refiriéndose el legislador, de forma velada, a una forma de amparar la maternidad subrogada porque su voluntad fuera esa. Hay que recordar que el Partido Popular en la tramitación parlamentaria de reforma de la Ley de Registro Civil, la mencionada ley 19/2015, intentó introducir una enmienda para que la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado sobre la inscripción de los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero –para que se haga a favor de los comitentes, como de hecho se viene haciendo desde 2010– fuese elevada a la categoría de ley.

El mencionado precepto, según el análisis que hace Mar Esquembre²¹, podría tener dos posibles intenciones: una, que sea una forma encubierta de permitirse la gestación por sustitución en España pudiendo pactar previamente el comitente –que supuestamente, y ésta es la hipótesis, ha aportado su material genético– y la gestante la renuncia de ésta en el momento del parto, y la reclamación judicial de la paternidad (obviamente en fraude de ley) por parte del comitente. La otra, una figura por la cual se estaría también de forma encubierta, proporcionando la posibilidad de no asumir la obligación del hijo no deseado sin abortar.

2.3. *El derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes*

La cuestión de la renuncia de los derechos derivados de la filiación es muy importante para las mujeres: nos ha costado demasiado ir consiguiendo derechos como para empezar ahora a renunciar a ellos. La consecución de los derechos derivados de la maternidad constituyó un hito histórico, y no hace mucho tiempo que la renuncia a alguno de ellos fue objeto de polémica: algunas mujeres que ostentaban cargos públicos importantes renunciaron por ejemplo, al permiso de maternidad²².

El hecho de que la madre gestante tenga que renunciar a sus derechos desde el momento que asume la transferencia del embrión es en sí mismo un acto bastante agresivo. ¿Qué ocurre si la madre se arrepiente?, por más que se regule ninguna legislación podría resolver el problema del «arrepentimiento» de las mujeres, ¿cómo debería regularse una revocación del consentimiento de la mujer?, ¿estableciendo un plazo?, o ni siquiera eso, por ejemplo la propuesta

²¹ Mar ESQUEMBRE CERDÁ, «¿Legalización encubierta del contrato de gestación por sustitución o maternidad no querida?». *Diario Información* de 9 de abril de 2017.

²² Beatriz GONZÁLEZ, «Políticas y bajas de maternidad ¿predicar con el ejemplo?», *Mujer Hoy*, n.º 512 (2009): 14-15.

de la SEF²³ para su regulación consiste en que «en ningún caso podría la gestante negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada». ¿No atentaría esta condición contra el derecho de la mujer gestante a su integridad moral?

El derecho a la integridad moral y física se ve seriamente comprometido en la gestación por sustitución. Los peligros físicos para la madre gestante son reales y contundentes como lo es cualquier embarazo, pero además está el componente emocional. Estamos hablando de un futuro bebé con quien –a pesar de que las «terapias psicológicas» (por llamarlas de alguna manera) que asisten a las gestantes son brutales– la mujer embarazada contrae un vínculo físico y emocional, especialmente ya en una fase de gestación avanzada. ¿En serio podemos creer que no ha de surgir vínculo alguno entre la mujer embarazada y el bebé que está gestando? Cuesta pensarlo por más que ella firme ese contrato «consciente» de que al fin del embarazo «cederá» su hijo/a a otra persona o personas. Parece ser que en la mayoría de las clínicas especializadas, en Estados Unidos y en la India por ejemplo, las mujeres reciben instrucciones para aprender a disociarse del bebé. Les enseñan a no decir nunca «te amo» sino «tus padres te aman», a no ponerle nombre y a no pensar que el hijo es suyo. Para no sufrir hay que disociarse y pensar en el útero como una fábrica²⁴, es necesario deshumanizar el proceso para que sea más llevadero para la mujer que alquila su cuerpo.

Por otro lado, hay recientes estudios e investigaciones que muestran que a través del embarazo se transmite carga genética. Se ha identificado una molécula específica del líquido endometrial que es capaz de reprogramar genéticamente al embrión, entonces aunque no sea una madre «genética», pero sí biológica en el sentido de que gesta en su cuerpo el feto, puede entenderse que se podría transmitir carga genética al mismo. Por eso hay madres que no comparten ADN con su hijo/a (por ejemplo al gestar un embrión por donación) y sin embargo tienen rasgos físicos similares²⁵. Eso significaría que aun con los argumentos de quienes presentan esta práctica como un «mero» proceso de gestación al final del cual se entrega al bebé sin ningún lazo físico ni emocional, sería muy difícil aceptar que no hay dificultad en disociarse del futuro bebé.

²³ Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (Coord. NÚÑEZ, FEITO y ABELLÁN), *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, Abril 2016.

²⁴ En el artículo de Raquel PEREIRA MALAGÓN, «Mujer pobre, sana, se alquila», *El País* 7 de mayo de 2016. Y en Kajsa EKIS EKMAN, *El ser y la mercancía* (Barcelona: Belaterra, 2015), 214-215.

²⁵ VILELLE, MORENO-MOYA, BALAGUER, GRASSO, HERRERO, MARTÍNEZ, MARCILLA y SIMÓN, «Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the implantation embryo and might modify its transcriptome», *The Company of Biologists Ltd, Development*, 142 (2015): 3210-3221.

Además es necesario valorar los riesgos físicos que conllevan para la salud el embarazo y el parto. No se trata sólo de «alquilar» un útero –por eso más que útero de alquiler creo que debería llamarse «cuerpo de alquiler»–. La mujer gestante por sustitución no sólo cede su útero sino que expone su cuerpo a todos los riesgos derivados del embarazo. Durante nueve meses el organismo de la mujer hace un esfuerzo extra por el que el feto extrae de su madre vitaminas, minerales, nutrientes y demás elementos que necesita para crecer sano. A través de la placenta se difunden desde la madre estos los nutrientes y hacia ésta los productos del metabolismo fetal durante todo el proceso de gestación que culmina con el parto. Hay por tanto un vínculo no sólo emocional sino también físico. A los riesgos²⁶ derivados de la gestación hay que añadir los eventuales riesgos del parto o cesárea, como cualquier otra intervención quirúrgica.

Por tanto, la gestación por sustitución afecta al derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes y por eso afecta a su dignidad porque lesiona importantes derechos que le son inherentes y además, porque existe una clara instrumentalización de las mujeres para satisfacer deseos al servicio de una estructura patriarcal que se manifiesta en la presión tanto de ser madre a toda costa, como en la necesidad de buscar descendencia con características genéticas propias.

2.4. *El derecho a la reproducción v. derecho a la maternidad*

La Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994 seguida de la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, 1995²⁷

²⁶ La OMS recoge los riesgos graves frecuentes en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>, y en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.STA.MMRT>, se muestra la tasa de mortalidad materna por cada 100.000 nacidos vivos. Entre los países que hemos tomado como ejemplo, Canadá 7 x 100.000, EEUU 14, Ucrania 24, India 174...

²⁷ Aunque existe un precedente que habla del derecho de los padres a determinar libremente y con responsabilidad el número y espaciamiento de sus hijos (la Proclamación de Derechos Humanos de Teherán de 1968), son estas dos Conferencias las que recogen el derecho expresamente. *«Teniendo en cuenta la definición que antecede (se refiere a Salud reproductiva), los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libremente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta*

reconocían la existencia de los derechos reproductivos que se concretaban en el derecho de las personas a decidir el número de hijos y el espaciamiento de sus nacimientos sin interferencias ni discriminación, teniendo en cuenta sus obligaciones con los hijos nacidos y futuros. Es decir, no se trata de un derecho a procrear a toda costa. En su día J. Robertson²⁸ como pionero entre la doctrina en Estados Unidos y Canadá, y Yolanda Gómez²⁹ en España reconocían la existencia de este derecho, pero como libertad procreativa, que implicaría la posibilidad de acceder a su desarrollo mediante técnicas de reproducción asistida si fuese necesario para procurar la reproducción. Pero ello no implica que todo sea posible, además aquí se está tratando sobre una práctica que necesita de la reproducción asistida, no de que sea una técnica de reproducción asistida.

Como explicaba Robertson a propósito del caso *Eisenstadt v. Baird* (405 U.S. 438-453, 1972), «a nadie debería serle negado el derecho simplemente por ser estéril, por lo que las técnicas de reproducción asistida entran dentro de las vías de ejercicio del derecho a la reproducción. Sólo una razón imperativa (*compelling interest*), que no pudiera ser protegida por medios menos restrictivos, justificaría restringir las acciones de una persona o de una pareja para formar una familia»³⁰. En el caso de la gestación por sustitución creo que existe una razón importante que es la utilización del cuerpo de una mujer para su exposición a riesgos que uno no puede o no quiere correr³¹.

La Ley de Técnicas de Reproducción asistida permite a la mujer sola³² acceder a las técnicas porque puede disponer de su útero y su cuerpo para

*las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia». Cfr.par.7.3, Cap.VII, ICPD (A/CONF.171/13, pp.41-42). Para un análisis de los contenidos de la Conferencia de Pekín y sus precedentes, ver Paloma DURÁN LALAGUNA, «La posición de las Naciones Unidas ante la igualdad varón/mujer», *Mujer y Derecho*, Ayto de Valencia, Valencia, 1998.*

²⁸ John. A. ROBERTSON, *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*, (New Jersey: Princen University Press, 1994), 22-23; y en ROBERTSON, «Reproduction and rights: a response to Dorothy Roberts», *Law and social inquiry: journal of the American Bar Foundation* (1996), 1025.

²⁹ Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana* (Madrid: Marcial Pons, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1994), 48.

³⁰ J.A. ROBERTSON, «Liberty and Assisted Reproduction», *Trial*, August (1994), 50.

³¹ No solamente se acude a la gestación por sustitución por el deseo de tener un hijo con las características genéticas propias sino que también en algunos casos se recurre a ella por motivos de salud, incluso estéticos, para evitar la incomodidad y la transformación del cuerpo que el embarazo produce.

³² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, artículo 6:

gestar. La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción, es una práctica que involucra a otra persona en el proceso, que debe aceptar las consecuencias que puede conllevar someter su cuerpo al mismo; eso excede del ámbito del derecho, y en definitiva y en última instancia compete solo a las mujeres que son las que tienen útero para gestar. Eleonora Lamm³³ dice que es discriminatorio con los hombres permitir el acceso a estas técnicas a la persona individualmente si es mujer, y que por tanto debería permitirse la gestación subrogada a los hombres (porque obviamente no hay otra forma de hacerlo). Pero es que hay cosas que no son posibles y el Derecho no existe para posibilitar lo imposible sino para solucionar problemas reales³⁴. La maternidad o paternidad también puede realizarse por la vía de la adopción y el Derecho así lo establece para todas las personas, tanto para parejas homosexuales y heterosexuales como para una mujer o un hombre solo, porque además de ser posible no afecta la dignidad ni los derechos de nadie.

Hace tiempo me manifesté sobre el reconocimiento del derecho a la maternidad³⁵ por dos razones esencialmente, (además de por la cuestión demográfica obvia, o necesidad que tiene la sociedad del recambio generacional): la primera, por el coste que conlleva para las mujeres la realización de la maternidad en el ámbito laboral y profesional, que afecta al derecho a la igualdad porque la maternidad es un factor de discriminación; y la segunda, porque la libertad reproductiva constituye una proyección del desarrollo libre de la personalidad que implica tener o no tener descendencia en el ámbito de lo que es posible y la ciencia puede procurar. En este segundo aspecto están incluidas ambas decisiones tanto la de tener hijos/as como la de no tenerlos, que implica poder decidir sobre tu «propia» gestación.

En el ordenamiento español se ha admitido jurisprudencialmente que la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal³⁶, en ningún

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

³³ Eleonora LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler* (Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013), 67.

³⁴ Como decía M. L. BALAGUER, ob. cit., «No todo lo científicamente posible es jurídicamente lícito» (en nota a pie de página n.º 7 de este trabajo).

³⁵ Ana MARRADES PUIG, *Lucas y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, (Valencia: Universidad de Valencia, 2002).

³⁶ Miguel A. PRESNO LINERA, y Pilar JIMÉNEZ BLANCO, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 51 (2014).

Se refieren los autores a que «se ha admitido que forman parte también del libre desarrollo personal la libertad de procreación y la decisión de continuar o no una relación

caso se habla de un derecho a la reproducción; en el caso que nos ocupa –la gestación por sustitución– ni para los comitentes, ni para la madre gestante porque ella sólo «acepta» las condiciones de un contrato de gestación para otros, no decide ejercer en su ámbito de libertad individual un derecho a procrear.

Ningún derecho es absoluto. Por tanto, no lo es el derecho a la maternidad, ni tampoco lo sería el derecho a la reproducción en caso de que se reconociese, porque su límite estaría en la dignidad y los derechos ajenos, en este caso de los derechos de las mujeres gestantes. El derecho a la maternidad no es el derecho a tener un hijo o hija, se trata más bien del derecho al respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, sin más limitaciones que las que se deriven de la dignidad y de los derechos de las demás personas, principalmente las hijas y los hijos que nazcan, que comportaría además la obligación de prestarles asistencia. Por tanto se proyecta no sólo en la decisión de tener hijos/as (naturales o por adopción) sino en la obligación de procurarles cuidados y atención, sin que el hecho de la maternidad menoscabe otras facetas que forman parte del libre desarrollo de la personalidad.

2.5. *La opción de gestar para otros: ¿una cuestión de libertad?*

El derecho a la maternidad implica en primer lugar, la libertad de procrear, o de adoptar; y en segundo lugar, la obligación de atender las necesidades de la descendencia. Y la libertad de procrear implica a su vez la decisión de concebir, gestar y parir un hijo/a (o no hacerlo), pero no implica ni «encargarlo», ni gestarlo para otra persona o personas porque eso es simplemente ceder temporalmente el propio cuerpo durante el tiempo que dure la gestación de un ser humano³⁷. Pero además debemos detenernos en la cuestión de la libertad de gestar para otros y preguntarnos si es verdaderamente libre.

El hecho de que existan tantas diferencias –de todo tipo, pero especialmente económicas– en las posibilidades de llevar a cabo una gestación por sustitución en distintos países del mundo nos hace pensar en algo evidente: se trata de un negocio y como en todo negocio se comercia con objetos. El problema es que no estamos comerciando con objetos sino con personas, y

afectiva o de convivencia (SSTC 215/1994, de 14.6.1994, F. 4, y 60/2010, de 7.10.2010, F. 8.b) y se ha relacionado la libertad con el pluralismo (STC 47/1993, de 8.2.1993, F. 3).

³⁷ Presno y Jiménez (Ibidem) pretenden en el artículo anteriormente citado, evidenciar que la libertad de procrear justifica la gestación por sustitución porque ampara la libertad de la mujer que gesta para otros, que ellos la llaman también «libertad de procrear», pero eso no es libertad de procrear, sino de gestar, que no tiene nada que ver.

aun a pesar de que el argumento más socorrido para apoyar estas prácticas es el recurso a la libertad, al consentimiento libremente otorgado de las mujeres que se prestarán a ellas, no podemos desconsiderar las circunstancias en que estas mujeres prestan su consentimiento. Como explica Ana Rubio³⁸ «la libertad no es una cualidad natural, se desarrolla o se constriñe en el marco de las relaciones sociales que permiten las estructuras y las instituciones. No se nace libre, se hace libre el cuerpo-sujeto como un efecto colateral de su capacidad de pensamiento, elección y acción, en la interacción con los otros cuerpos-sujetos con los que convive y es. Minimizar las diferencias entre quienes son reconocidos por el mercado como sujetos, y quienes quedan reducidos a cuerpos estereotipados y ocupados, es ocultar que la verdadera igualdad solo es posible en la reciprocidad, en la equivalencia y en el reconocimiento mutuo de igual valor y dignidad, tanto en el derecho como en el mercado». El discurso de los derechos humanos se ve afectado de un proceso de deshumanización y mercantilización. La defensa de la libertad y de la autonomía individual no nos puede llevar a considerar que carece de relevancia moral y política la comercialización de los cuerpos. Como en toda práctica social es muy importante analizar el contexto.

Una elección entre pobreza y un embarazo subrogado no puede considerarse una libre elección³⁹. Es difícil asumir la libre elección aun considerando que no haya una contraprestación económica por medio ya que el dinero no es la única moneda para comprar la voluntad de una persona.

María Luisa Balaguer hace referencia a la posición que cada cual ocupa en el mercado para calibrar la decisión con libertad. «Esta apariencia de libre autodeterminación está sin embargo contradicha por bastantes evidencias, que demuestran que es la posición que se ocupa en el mercado la que define la posibilidad de elección individual... Hay que dejar fuera del mercado, las cuestiones atinentes a la protección de ciertos derechos, si no se quiera incurrir en injusticias históricas irreparables desde las posiciones de la libertad individual como justificativa de todo tipo de conducta»⁴⁰.

Si tenemos un consenso básico acerca de que no todos los derechos son susceptibles de entrar en el mercado, y por lo tanto, determinadas actividades no podrán ser susceptibles asimismo de tráfico comercial, entonces, estamos en condiciones de abordar en qué casos esa mercantilización es insostenible para la convivencia humana, por superar los límites de la tolerancia social.

³⁸ Ana RUBIO CASTRO, «Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja», 86-87 y 89.

³⁹ Entre tantas, en «El País Semanal» de 16 de abril de 2017, Almudena Grandes escribía exactamente en este sentido sobre «Últimas noticias del machismo: Legalizar la subrogación de la maternidad desembocará en la explotación de las mujeres pobres, que no podrán elegir con libertad».

⁴⁰ María Luisa BALAGUER, *Hij@s del mercado*, 96 (en prensa).

Como argumenta Laura Nuño⁴¹ «hay bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quien pueda o desee comprarlos. No podemos subastar al mejor postor nuestros órganos (aunque salve una vida o dos) ni vendernos como esclavos si nos garantizan techo y comida de calidad que regalar a nuestros hijos/as en caso de necesidad».

El voluntarismo típico del liberalismo entiende que cada persona ocupa en la sociedad la posición que quiere, y a la larga, el mercado es capaz de redistribuir esas posiciones en función del esfuerzo que cada una quiera realizar. Pero la verdad no es esa, sino que son las posiciones de poder las que se desarrollan cada vez más en el incremento del poder, y la desigualdad la que crece cada vez más en las capas sociales más débiles. El hecho de que dos partes se reúnan para acordar mutuamente un intercambio no presupone una posición igualitaria, ya que la relación suele ser asimétrica, porque nos encontramos ante un contrato con una fuerte desigualdad⁴².

Puede decidir con libertad quien no está sometido a condiciones extremas, por eso las decisiones libres sobre acciones que comprometen la salud y la vida de las personas deberían tomarse sólo en condiciones de plena igualdad. Se nos puede argumentar que tantos otros «trabajos» y «contratos» son duros y a ellos se acogen las personas por necesidad que en otras circunstancias no lo harían, y ante ello caben una respuesta obvia: el embarazo por sustitución ni es un trabajo ni puede ser objeto de contrato. Sólo las cosas o los servicios pueden serlo pero no un embarazo ni el bebé que se está gestando. Además, no puede compararse un embarazo de sustitución con un contrato de trabajo. Ni siquiera extremando las precauciones para que las mujeres gestantes no sean víctimas de unas condiciones abusivas. No puede aceptarse igual que no puede aceptarse un contrato de prostitución o de esclavitud. Esta última se abolió hace mucho tiempo, y como argumentaba Rousseau la libertad individual no puede legitimar a nadie para justificar la aceptación de la propia esclavitud⁴³. Según Rosa Cobo⁴⁴ a propósito de su análisis sobre la libertad y la igualdad en Rousseau: «el consentimiento no puede servir para que un individuo se convierta en esclavo de otro, pues nadie puede utilizar la libertad para decretar su propia esclavitud». La pretendida libertad de las mujeres que deciden aceptar las condiciones del contrato de gestación suele estar condicionada por circunstancias de necesidad, y el

⁴¹ Laura NUÑO GÓMEZ, «Gestación comercial: deseos y derechos», *El notario del siglo XXI*, n.º 72, marzo-abril 2017.

⁴² BALAGUER, *Hij@s del mercado*, 97.

⁴³ Jean JACQUES ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, en *Escritos de combate*, (Madrid: Alfaguara, 1979), 191.

⁴⁴ Rosa COBO, «Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau», en *Avances del Cesor*, Año IX, n.º 9 (2012): 109-121.

ejercicio de esa libertad las coloca además en una posición de tener que ceder parte de la misma.

Por eso, invocar la libertad de la mujer para «elegir» si quiere prestar su cuerpo para gestar un embarazo, es ignorar que precisamente el contrato de maternidad subrogada lesiona la libertad de la mujer porque al aceptar sus condiciones cede parte de aquélla. El Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo⁴⁵ ya en su día señaló que poner el cuerpo de las mujeres como cualquier otro producto a disposición del mercado afecta a los derechos humanos y lesiona la autonomía de las mujeres y la capacidad de control sobre su cuerpo y su derecho a la salud. Por eso dice la SEF⁴⁶ en su propuesta de regulación (en caso de que ello fuese a tener lugar) que «sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, en su caso, puedan originarse por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, a la gestante debe reconocérsele su autonomía y plenitud de derechos desde el momento de la transferencia embrionaria hasta el instante del nacimiento, en el sentido de que podrá interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la pareja subrogada». Pero a continuación añade que: NO podrá negarse a entregar el recién nacido a la pareja subrogada, en ningún caso. Por eso el contrato deberá establecer muy bien qué hacer en situaciones «conflictivas» y «el compromiso de la gestante de que se acogerá a un determinado «estilo de vida».

Existe pues una verdadera intromisión en el ámbito de la autonomía individual de la mujer que produce incluso una lesión en sus derechos. Quienes defienden la gestación por sustitución basada en la libertad de las mujeres de decidir someterse a esta práctica obvian que esa libertad se ve quebrada por el propio contrato por el que asume que cede parte de su libertad y queda presa de unas condiciones que la someten a una presión a veces insoportable.

3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una ley que regule la gestación subrogada, pero se refiere a ella diciendo que «cualquier contrato que convenga la gestación por sustitución será nulo de pleno derecho», y que «la

⁴⁵ El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

⁴⁶ Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, (Coord. NÚÑEZ, FEITO y ABELLÁN), *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, Abril 2016. Hay que tener en cuenta que la SEF no se muestra partidaria de la gestación subrogada y que solo la aceptaría como ultimísimo recurso, si bien ha elaborado un informe de propuesta para el caso de que se regulara.

filiación será determinada por el parto» en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, artículo 10).

Tal vez habría sido más ortodoxo comenzar el artículo con el marco normativo y jurisprudencial pero me ha parecido que debía mostrar primero la situación real de los derechos de las mujeres que pueden verse afectados, para mostrar después qué tratamiento ha estado dando nuestro ordenamiento jurídico ante una práctica no permitida por el derecho español en el sentido mencionado (nulidad de los contratos celebrados y filiación determinada por el parto) pero que se está llevando a cabo en el extranjero y que está produciendo unas consecuencias jurídicas a las que nuestros operadores jurídicos han tenido que dar una solución.

No contamos con una ley, aunque las propuestas para que se regule⁴⁷ y sea una práctica legal están sobre la mesa, pero también las que entienden que debería regularse para prohibirla expresamente⁴⁸ y tipificarla como delito. El tema es complejo. Lo que tenemos hasta ahora es jurisprudencia y una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

3.1. *La ley y otras fuentes del derecho: la importancia de la jurisprudencia*

La situación es anómala porque no hay una legislación que permita celebrar contratos de gestación subrogada en España pero éstos se están celebrando en el extranjero y los bebés nacidos por esta vía necesitan una cobertura legal. Ante esta situación se encuentran enfrentadas dos posturas opuestas: la de la DGRN y la del Tribunal Supremo que sentó su jurisprudencia en la ya conocida y estudiadísima Sentencia 247/2014, que resulta de suma importancia como fuente del derecho para resolver los problemas que aquí se plantean al no existir una ley reguladora de la gestación subrogada, ya que la única de la que disponemos no prohíbe expresamente esta práctica sino que dispone la nulidad de los contratos celebrados para convenir una gestación subrogada.

⁴⁷ Octavio SALAZAR BENÍTEZ, «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, (2017): 107. —Octavio Salazar plantea una propuesta, que destaca por ser conciliadora, tanto que él mismo la explica como «garantista», y por tanto «poco probable», y siempre altruista—: 108.

⁴⁸ Vicente BELLVER CAPELLA, «¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional». *SCIO Revista de Filosofía*, n.º 11 (Noviembre de 2015), 48. Vicente Bellver entiende que «se debería optar por una prohibición universal o, al menos, adoptar todas las medidas legales y políticas para evitar la proliferación de mercados de úteros en países donde la pobreza femenina puede abocar a muchas mujeres a ver esta práctica como la única salida».

El problema de origen que condujo al pronunciamiento del TS surge cuando dos varones españoles casados solicitaron la inscripción en el Registro Civil consular de Los Ángeles de sus dos hijos nacidos en dicho estado mediante gestación por sustitución, y el encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción invocando la «prohibición» de ésta práctica por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (los contratos celebrados a su amparo son nulos).

Ante la negativa a la inscripción, los comitentes interpusieron recurso ante la DGRN solicitando la revocación de la decisión y la inscripción de los menores. La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción considerando que no vulneraba el orden público internacional español, evitaba discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor. Posteriormente el Ministerio Fiscal presentó una demanda en la que impugnaba dicha resolución porque infringía el artículo 10 de la LTRHA que establecía la nulidad del contrato y la filiación por el parto.

Los comitentes contestaron a la demanda, oponiéndose a ella. El Juzgado de Primera Instancia estimó la impugnación de la Fiscalía, y la Audiencia Provincial a la que apelaron los solicitantes desestimó su recurso, por lo que interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo que también fue desestimado, ordenando al Ministerio Fiscal a que ejercitase las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores «en la medida de lo posible», y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los menores en un núcleo familiar «de facto».

De los fundamentos jurídicos nos interesa resaltar dos aspectos en relación con los problemas aquí planteados:

Primero: que el TS considera que el hecho controvertido contraviene el orden público porque resulta incompatible con las normas de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia (fo. tercero n.º 7 y 10) –normas que reconocen la filiación a favor de los comitentes, incluso tipifican como delito ciertos supuestos de entregas de menores, incluso en el extranjero (art. 221.2 del Código penal)–. En concreto, la mercantilización que supone la filiación de un menor a favor de quien lo encarga mediante contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil.

Segundo: que existen en nuestro ordenamiento jurídico fórmulas para acceder a la filiación, en el caso que nos ocupa; en concreto dos: la paternidad biológica, que puede reclamar judicialmente el comitente que sea padre genético; y la adopción, que pueden intentar los demás comitentes.

«Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El artículo 10 de la LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo

fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como la adopción o el acogimiento familiar permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar» (fto. quinto, n.º 11).

Este sería el motivo por el no resulta directamente aplicable al derecho español la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado que los ordenamientos de otros países, por ejemplo Francia o Italia, han vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –el derecho del hijo al respeto de la vida privada y familiar– al negar la inscripción, ya que estos países no disponían de otra opción.

En los casos *Labassee* y *Menesson* (de 26 de junio de 2014) el TEDH declaró que Francia contravenía el artículo 8 del CEDH al no permitir a los bebés nacidos por gestación por sustitución establecer la filiación por ningún medio. Una cuestión similar se planteó en el caso *Paradiso* y *Campanelli* (de 27 de enero de 2015) donde Italia privó de la custodia a la pareja comitente, declarando al bebé idóneo para la adopción, y el TEDH consideró también que Italia había actuado contra el CEDH.

Ahora bien, recientemente en sentencia del 24 de enero de 2017, la Gran Sala del TEDH dictó sentencia en esta causa (25358/12) y consideró que la decisión de los tribunales italianos no constituye una violación del art. 8 (respeto a la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos, revocando así la sentencia anterior de 27 de enero de 2015. El TEDH reconoce que si el Estado Italiano hubiera permitido a los solicitantes seguir con la custodia del menor, habría significado legalizar una situación creada por los comitentes vulnerando principios básicos del ordenamiento jurídico italiano. Lo que hace el estado italiano es ponderar de forma equilibrada que el menor no sufra daños.

Nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con el TEDH, reconoce que debería protegerse el vínculo si existen relaciones familiares «de facto», pero no a costa de hacer quebrar el ordenamiento jurídico. Por otro lado, se está hablando de que la filiación debe ser conforme a ley, no que el o la bebé nacidos no vayan a tener un nombre o no vayan a adquirir una nacionalidad. «A fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7.1 de la Convención sobre los derechos del niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad, la denegación de la certificación registral ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido» (fto. quinto, 11).

En el fallo de la sentencia, el TS insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar «de

facto». Persigue así alcanzar un equilibrio entre el bienestar de las partes implicadas y la preservación del ordenamiento jurídico.

4. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NUEVA REALIDAD: ¿DÓNDE ESTAMOS? Y ¿QUÉ HACEMOS?

El fallo del Tribunal Supremo y su argumentación no ha convencido a algunos autores⁴⁹. Manuel Atienza⁵⁰ considera que la gestación por sustitución ni está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, ni es contraria al orden público, por lo que la decisión del TS (y de los órganos jurisdiccionales previos) de no admitir la inscripción de los menores estaría equivocada. Especialmente porque el TS sí que se planteó que su decisión podría tener consecuencias negativas (perjuicio a los niños), pero aun así éstas no eran tan graves y además quedaban compensadas por la importancia de ser fieles al ordenamiento jurídico; por eso, la decisión en cuestión constituiría un caso de formalismo jurídico, que ignora la existencia de una «nueva realidad».

El problema está en que esta «nueva realidad» se construye sobre intereses más bien egoístas de unos pocos en lugar de apostar por la adopción. Con tantos menores sin padres, ni hogar, encerrados en orfanatos o incluso en peores condiciones..., me resulta difícil comprender los argumentos que refieren que la gestación por sustitución es la única oportunidad real de tener un hijo para algunas personas⁵¹. Esto nos tendría que hacer reflexionar sobre qué nos está pasando. Me pregunto con Ana Rubio⁵² «¿por qué vivir la paternidad o maternidad exige un hijo propio? ¿Qué no satisface la adopción? ¿Todos nuestros deseos son necesidades? Desde hace tiempo hemos luchado por poner en valor que lo importante eran los afectos y el cuidado y no el origen biológico de la paternidad o maternidad, pero todo esto parece haber perdido sentido ante el deseo de la descendencia propia, aunque sea a cualquier coste». Creo que las políticas públicas deberían concentrarse en el fomento de la adopción facilitando el acceso a la misma y eliminando las

⁴⁹ Como hemos visto en Presno Linera o Lamm, por ejemplo. También en el mismo sentido, el análisis en profundidad que hacen Alfonso Calvo y Javier Carrascosa sobre el fallo del TS en: Alfonso CALVO y Javier CARRASCOSA, «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015, vol. 2): 77-78.

⁵⁰ Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>

⁵¹ Eleonora LAMM, «La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto» en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2 (Ediciones Universidad de Salamanca, 2014), 50.

⁵² RUBIO, *Sujeto, cuerpo y mercado...*, 90.

trabas, a veces absurdas, que aparecen en el proceso que tiene que formalizarse, obviamente, de acuerdo con los controles necesarios para que ningún menor quede perjudicado.

Esta «nueva realidad» desconoce que las mujeres son utilizadas sólo como medios, para satisfacer los intereses y los deseos de unos pocos. La instrumentalización de las mujeres para estos fines resulta evidente, y las consecuencias de la regulación para permitir la gestación por sustitución podrían ser nefastas, por ejemplo como explica Laura Nuño: convertirse en el caldo de cultivo de la trata de personas. «Como ocurre con el mercado prostitucional, no se puede ignorar que habilitar canales lícitos o legales para el proxenetismo reproductivo, representa un reclamo para el ilegal. No en vano, la extensión de la gestación comercial ha provocado que las redes criminales dedicadas a trata de personas con fines de explotación sexual amplíen su negocio incorporando los beneficios que conlleva la reproductiva»⁵³.

Esta «nueva realidad» desconoce que la presión social de la cultura patriarcal exige la maternidad a las mujeres y las que no pueden acceder a ella sufren lo indecible.

El derecho a la maternidad no es el derecho a tener un hijo/a, ni el derecho a un hijo, sería más bien el derecho al respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer sin más límites que la dignidad y los derechos de las demás personas, con las garantías necesarias para que esa opción no repercuta negativamente en las otras proyecciones del libre desarrollo de la personalidad.

Y a la maternidad se puede acceder sin afectar derechos ni dignidad de otras personas tanto por la reproducción como por la adopción. El bienestar de unos pocos no puede construirse sobre el abuso de otras personas en condiciones inferiores de bienestar.

No me parece que regular sea la solución –o sí, tal vez mediante una regulación que no deje ningún resquicio por el cual se pueda seguir comprometiendo la vulnerabilidad de las mujeres– si no se revisan previamente los valores que consideramos esenciales para nuestra convivencia y se cambia la perspectiva con la que observamos la realidad.

TITLE: Surrogate pregnancy within the framework of the Spanish Constitution: a matter of rights

RESUMEN: La gestación subrogada o gestación por sustitución es una práctica controvertida y de gran actualidad especialmente en España,

⁵³ Laura NUÑO GÓMEZ, «Gestación comercial», y, en «La trata de seres humanos con fines de explotación sexual; propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas», *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 98 (2017): 159-187.

porque sin estar permitida en nuestro ordenamiento jurídico algunas parejas están utilizándola ya en el extranjero. Este trabajo pretende desarrollar los aspectos que considero más importantes para apoyar mi argumento contra la práctica de alquilar los cuerpos de las mujeres para gestar hijos para otras personas a través de un contrato: la afectación a la dignidad de las gestantes y a sus derechos inherentes, la renuncia de los derechos de filiación, y la supuesta libertad de las gestantes para aceptar las condiciones del contrato.

La gestación por sustitución afecta al derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes y por eso afecta a su dignidad porque lesiona importantes derechos que le son inherentes y además, porque existe una clara instrumentalización de las mujeres para satisfacer deseos al servicio de una estructura patriarcal que se manifiesta en la presión tanto de ser madre a toda costa, como en la necesidad de buscar descendencia con características genéticas propias. Pero también afecta a su libertad, ya que sólo puede decidir con libertad quien no está comprometido por la necesidad, por eso las decisiones libres sobre acciones que pueden dañar la salud y la vida de las personas deberían tomarse sólo en condiciones de plena igualdad.

PALABRAS CLAVE: *Gestación subrogada, dignidad, derechos, filiación, libertad.*

ABSTRACT: *Surrogate pregnancy or gestation by substitution is a controversial and highly topical practice, especially in Spain, because, though not allowed in our legal system, some couples are already using it abroad. This work aims to develop the aspects that I consider more important to support my argument against the practice of renting women's bodies to gestate children for other people through a contract: undermining the dignity of the pregnant women and their inherent rights, the waiver of rights of filiation, and the so-called freedom of the pregnant women to accept the terms of the contract.*

Surrogate pregnancy affects the right to physical and moral integrity of the pregnant women. It affects their dignity because it damages important inherent rights and also because there is a clear exploitation of women to fulfill desires in favour of a patriarchal structure manifested both in the pressure of being a mother at all costs and also in the need of searching children with their own genetic characteristics. Furthermore it also affects their freedom, since one can only decide freely if one is not compromised by economic needs, so free choice on actions that can harm the health and life of persons should only be taken under conditions of full equality.

KEY WORDS: *Surrogate pregnancy, human dignity, rights, filiation, freedom.*

RECIBIDO: 28.04.2017

ACEPTADO: 30.05.2017

LA MASONERÍA Y LA SEGUNDA REPÚBLICA ESPAÑOLA (1931-1939)

Cayetano Núñez Rivero

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp243-270](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp243-270)

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. LOS VALORES Y PRINCIPIOS MASÓNICOS Y LOS VALORES Y PRINCIPIOS REPUBLICANOS. 3. LA MASONERÍA, ¿SUJETO ACTIVO O PASIVO DE LAS LEYES REPUBLICANAS? 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Se ha sostenido por numerosos autores que el paso del sistema monárquico al republicano y el proceso constituyente del mismo son coincidentes con el denominado periodo de oro de la masonería española, afirmación que se sostiene en la influencia que la institución masónica tuvo a través de sus miembros más destacados en la configuración del nuevo régimen.

Sin embargo esta afirmación debe ser matizada en los siguientes aspectos:

1. Es cierto que el número de masones presentes en las Cortes republicanas, especialmente en el periodo constituyente es muy elevado, representando aproximadamente un 38 por ciento del total de representantes parlamentarios, así como el número de Presidentes del Consejo de Ministros masones: Manuel Azaña (1931 a 1933: 1936); Alejandro Lerroux (1933-1934-35); Diego Martínez Barrio (1933-1936); Ricardo Samper Ibáñez (1934); Manuel Portela Valladares (1935-36); Santiago Casares Quiroga (1936); Augusto Barcia Trelles (1936); José Giralt Pereira (1936). A ello debemos añadir un gran número de ministros y altos funcionarios. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que muchos de

- estos miembros de la Orden eran de muy reciente afiliación, siendo su actividad estrictamente masónica muy reducida; a este respecto, debemos considerar que durante el periodo de la Dictadura del General Primo de Rivera, en virtud de la represión sostenida por el régimen sobre los partidos políticos democráticos, muchos de sus miembros se cobijaron en las logias masónicas, donde pudieron encontrar un espacio de tolerancia para sus reuniones, aunque en este caso no tuvieran el carácter de partidarias, lo que en modo alguno supone que pueda sostenerse que la masonería tuviera una vida fácil durante el Directorio militar, ya que aunque su actividad fuera consentida por los poderes públicos, muchos de sus miembros acabaron en prisión, aunque ello fuera debido fundamentalmente a sus posiciones políticas y no estrictamente a su actividad masónica.
2. Los masones que mantienen una actividad destacada en la vida política republicana están adscritos a diferentes obediencias masónicas, tales como el Gran Oriente de España, (mayoritaria) la Gran Logia Española, Gran Logia Unida, el Gran Consejo Federal Simbólico, así como otras de menor relevancia y número de miembros, que en algunos casos mantienen entre sí un cierto grado de conflictividad que de alguna forma podía impedir la asunción de posturas comunes.
 3. Los masones presentes en las Cortes constituyentes no pertenecían al mismo partido político, sino que formaban parte de casi todo el espectro parlamentario, con la excepción completa del grupo vasco-navarro y de la mayor parte de los restantes partidos de la derecha, aunque en este último caso dicha afirmación no pueda sostenerse en términos absolutos, de tal forma, que su presencia se ubicaba fundamentalmente en el centro republicano y los partidos de la izquierda, cuya variedad ideológica era muy amplia, como se revelaría en todo el proceso constituyente.

A lo anteriormente indicado debe añadirse que uno de los principios de la Masonería universal es el de que la institución, como tal no puede inmiscuirse en cuestiones políticas o religiosas y que su actuación debe ser respetuosa con la legislación del Estado donde desarrolle sus actividades, lo que no obsta, para que los masones concebidos individualmente puedan sostener las opiniones y desarrollar las actividades políticas como ciudadanos que consideren pertinentes.

Por otra parte, si medimos la importancia de la masonería española por el número de miembros de la organización y las logias u organizaciones masónicas existentes durante el periodo republicano, y especialmente en el proceso constituyente, éste es de carácter reducido, mostrando un carácter ascendente desde 1931 –proclamación de la República– hasta 1933 –triumfo

electoral de la derecha–, que marca el inicio de un proceso descendente¹. Orozco, el autor citado en nota precedente, aporta el siguiente cuadro:

Año	1931	1932	1933	1934	1935	1936
N.º de talleres	141	183	220	200	191	172

Respecto al número de miembros totales de las diferentes obediencias masónicas, sin que sea objeto de este trabajo precisar el número exacto de los mismos, en virtud de la pluralidad de fuentes, a veces contradictorias sobre este punto, y el número máximo que podemos manejar al respecto, sí podemos señalar que no pasaron de 7.000 para todo el periodo republicano y debemos considerar como de suma importancia que dicho número se refiere al total de personas que pertenecieron a la Orden, lo que no implica que tuvieran actividad masónica coincidente.

Los datos indicados anteriormente, obviamente se contradicen con la profusa documentación existente en el Archivo de Salamanca, donde encontramos registro de cerca de 48.000 fichas referentes a expedientes y procesos incoados a masones, pero a este respecto, debe señalarse, que a pesar de que dicho archivo es posiblemente el más completo que existe en el mundo sobre la actividad masónica, no es un archivo de la Masonería, sino sobre la Masonería y que tiene como fin la represión de la institución², de tal forma, que junto a datos fidedignos de pertenencia de personas a la Masonería y de órganos de la misma, incluye referencias a otras, que fueron acusadas de ello, sin que dicha afirmación pudiera sostenerse de forma mínimamente sustentable, ya que dicha acusación, tanto durante la guerra civil como en el periodo posterior se utilizó por los Tribunales del Régimen militar para la condena de numerosos republicanos, pertenecieran o no a la Orden Masónica, práctica que tampoco era novedosa en la historia española, valga recordar al respecto la represión llevada a cabo por el Tribunal de la Inquisición que había sido restaurado en 1815, contra liberales constitucionalistas y bonapartistas acusados de su pertenencia no probada siempre a la masonería.

Así mismo, debe indicarse que existe una dificultad añadida para la identificación de personas pertenecientes a la orden masónica, pues en muchos

¹ Sobre las numerosas fuentes que pueden consultarse, nos remitimos al completo trabajo sobre este punto José Ignacio DE CRUZ OROZCO, «Avance del mapa masónico de España durante la II República» en *La masonería en la España del siglo XIX* (Consejería de Educación y Cultura, 1987), 911-936.

² El 20 de abril de 1937 se creó la OIPA, para la represión de actividades marxistas y masónicas, y el 26 de abril de 1938 el archivo específico que quedaría radicado en Salamanca.

casos utilizaban nombres simbólicos, y aunque en la mayoría de los casos es fácil encontrar la correlación de éstos, en otros, generalmente afiliados de menor relevancia, no. Por otra parte, no siempre los archivos de Logias fueron incautados por la policía franquista, ya que muchos fueron destruidos por los miembros de estas organizaciones o acompañaron al exilio a los masones que pudieron salir del país; valga como ejemplo la manifestación contenida en la página informativa del Supremo Consejo del grado 33 y último del Rito Escocés Antiguo y Aceptado para España³, «(...) *los archivos del Supremo Consejo se perdieron o fueron destruidos voluntariamente, para evitar que la dictadura del General Franco se apoderase de ellos, con las consecuencias presumibles. Parte de los archivos fueron trasladados a París y posteriormente otra vez destruidos, para impedir que las tropas de otra dictadura (los dictadores no gustan de la Masonería porque huele demasiado a Libertad), se incautaran de ellos...*».

Es por ello, que al afrontar el estudio de la influencia de la masonería o de la propia historia de la institución en España, debemos tener en cuenta las palabras de Miguel Morayta⁴ pronunciadas hace ahora un siglo, referentes a la historia de la Masonería española, «*La historia interna de la Masonería Española, no se ha escrito aún y seguramente no se escribirá nunca; faltan y faltarán siempre los documentos del caso necesario. Durante muchos años las logias no extendieron actas de sus tenidas, ni firmaron siquiera expedientes de iniciación, se hacía indispensable no dejar rastros de sus actos. ¿Cómo, sin escribir archivos, narrar las vicisitudes de la Orden? Mas hacedero, si bien no del todo fácil, es historiar sus manifestaciones externas, sus actos públicos, es decir sus trabajos intentados o cumplidos en el mundo profano*»⁵.

2. LOS VALORES Y PRINCIPIOS MASÓNICOS Y LOS VALORES Y PRINCIPIOS REPUBLICANOS

De lo expuesto en el epígrafe anterior se desprende que esta exposición no se centrará en la influencia directa de las organizaciones masónicas en la actividad política durante el régimen republicano, al menos en lo que se

³ www.scg33esp.org/.24/01/2015.

⁴ Miguel Morayta Sagrario fue Soberano Gran Comendador del Supremo Consejo del grado 33 y último del rito Escocés, Antiguo y Aceptado para España, durante el periodo 1889-1906. Catedrático de Historia Universal y de España, fue separado de la Universidad como consecuencia de la denominada «Noche de San Daniel» y en solidaridad con D. Emilio Castelar, posteriormente, volvería a las aulas tras la revolución de 1868.

⁵ Masonería española: páginas de su historia. Memoria leída en la Asamblea del Grande Oriente Español de 1915 por el Gran Maestre Miguel Morayta, Madrid 1915.

refiere a actividades políticas concretas, ya que en la opinión que sostenemos no es posible establecer una correlación directa, lo que no quiere decir que algunos de sus miembros, como ya se ha indicado anteriormente, no desempeñaran actividades políticas de especial relevancia tanto en el Gobierno como en el Poder Legislativo, especialmente en el proceso constituyente. Si bien es cierto que su adscripción a diversas obediencias masónicas y fuerzas políticas dispares implicaban necesariamente actitudes políticas diferenciadas, lo que no obsta, para que los principios y valores de la Masonería universal tuvieran influencia en el pensamiento y actuación de los políticos pertenecientes a la Orden, ya que lo contrario significaría negar que los principios adquiridos en la orden iniciática no tuvieran su reflejo en el comportamiento privado de sus miembros, entre los que indudablemente estaban inmersas sus actividades políticas y afirmar lo contrario sería negar el valor y carácter de formación y perfección que corresponde a toda orden iniciática.

A este respecto, debemos centrarnos en dos aspectos: Influencia de la Masonería en la conformación del Primer Estado de Derecho o Primer Estado Constitucional y la significación histórica de la Segunda República.

a) Influencia de la Masonería en la conformación del Primer Estado de Derecho o Primer Estado Constitucional:

En este caso, nuestra referencia parece obligada a pesar del desfase histórico de siglo y medio entre la emergencia de los primeros textos constitucionales y la Constitución republicana de 1931.

Establecido el principio de que no puede destacarse actuación alguna de la institución masónica en la conformación práctica del Estado de Derecho, ello no debe inducirnos a considerar que en el mundo de las ideas no se produjera una clara influencia de la masonería en la sociedad civil y como consecuencia de ello se reflejara en la legislación pública y en las medidas de Gobierno⁶.

Podemos señalar entre las aportaciones de la masonería en este periodo los siguientes aspectos:

- La igualdad.
- Libertad de pensamiento.
- Libertad de conciencia.
- Libertad de expresión.
- Libertad de asociación.
- Libertad religiosa.
- El pluralismo.
- Concepción democrática o de participación.

⁶ Cayetano NÚÑEZ RIVERO, «Masonería y Estado de Derecho», en *La masonería abre sus puertas* (Ed. Atanor, 2012), 201-244.

En suma se trata de principios que se incorporarán como valores fundamentales al Estado de Derecho y que serán proclamados en los textos constitucionales desde el Primer Estado Liberal; puede sostenerse, que estos principios ya estaban difundidos en la sociedad norteamericana y europea de la época, al menos, algunos de ellos, pudiendo resaltarse otros que no son específicamente provenientes de la masonería, como el concepto de «libertad personal», sin embargo, corresponde a la masonería la sistematización de los mismos y sobre todo el ponerlos en la práctica y proclamarlo en sus textos internos, además de contribuir poderosamente a su difusión, hasta convertirlos en categorías universales. En todo caso, podemos comprobar cómo dichos conceptos formulados en el seno de la institución masónica se trasladan a los textos constitucionales del primer Estado de Derecho y sobre todo, de qué manera podemos concluir que su promulgación en las Constituciones del mismo se derivan directamente de los postulados de las logias masónicas. Máxime, si tenemos en cuenta que aspectos como la libertad de conciencia y de expresión, así como de imprenta eran defendidos igualmente por los filósofos ilustrados del siglo XVIII; sobre este punto, cabe destacar que los filósofos que más se distinguirán en la defensa de estos valores son reconocidos como francmasones, tal es el caso de Montesquieu⁷ y Voltaire⁸, por mencionar sólo a los más representativos. En todo caso, hay un punto en el que es totalmente perceptible la influencia de la masonería en la conformación de los principios del Estado de Derecho, pues no existe precedente alguno de ello fuera de la institución masónica, tal es el caso de la libertad religiosa, plasmada posteriormente en los textos constitucionales más representativos del Estado Constitucional. Tampoco puede negarse la participación de numerosos masones en los procesos revolucionarios que dieron lugar a la caída del Antiguo Régimen, valga como ejemplo al respecto que en los Estados Unidos de Norteamérica, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, de cincuenta y seis (56) firmantes, existe constancia clara de que ocho (8) de ellos eran masones y sobre siete (7) más existen fundadas pruebas de su vinculación con la Orden, lo que representa más de la cuarta parte de los

⁷ Charles de Secondat, fue un miembro muy activo de la Orden, especialmente hasta 1737; iniciado en 1730 en la Logia «Horn» de Londres; frecuentó con gran asiduidad las logias «Aubigny» y «Buci» en París; en sus obras no existen alusiones concretas a la masonería, aunque sí de la defensa de sus postulados coincidentes con el Estado de Derecho.

⁸ El ingreso de Francisco María Arquet, Voltaire se produjo en la Logia «Las nueve hermanas» de París; su iniciación en la masonería fue tardía, el 7 de febrero de 1778 y próxima a su muerte.

firmantes de tan importante documento. En términos similares podemos referirnos a los firmantes de la Constitución norteamericana de 1787, donde de un total de cuarenta firmantes (40), existe constancia de quince (15) masones, así como de trece (13) más existen fundadas pruebas de su vinculación con la masonería, lo que representa un setenta por ciento (70) del total de constituyentes. Referencias similares pueden hacerse de los mandos del ejército independentista, en el que la mayor parte de los mismos pertenecían a las denominadas logias militares. La posible influencia de la masonería también se percibe en muchos aspectos de carácter simbólico, tal como que la «piedra angular» del edificio del Capitolio, la colocó la Gran Casa masónica de Maryland; así mismo, aunque en un periodo posterior, en la propia moneda norteamericana se perciben claramente símbolos utilizados por la masonería, como la invocación a Dios «IN GOOD WE TRUST», o la pirámide en el reverso con el ojo que «todo lo ve», así como los correspondientes escalones y la existencia de una estrella de David de seis puntas, dispuestas en triángulo, con los correspondientes vértices simbolizando lo material y lo espiritual. Respecto a Francia, debemos indicar que al igual que en el caso norteamericano, las logias masónicas en Francia eran muy numerosas; Poco antes de la revolución existen en toda Francia 629 logias, de ellas 63 en el mismo París, adscritas al Gran Oriente, mientras que las logias del Oriente ascienden a 376. El número de francmasones en ese momento era superior a los 75.000 en Francia. Importantes personajes de la revolución o que participaron en la ideología que dio lugar a la misma eran masones (Montesquieu, ya indicado anteriormente, Saint Just, Desmoulins, Hebert, Danton, Marat, Chenie y otros muchos. El mismo himno de la revolución, «La Marsellesa», fue compuesto por un masón, Leconte de l'Isle, y fue cantada por primera vez en la Logia de los Caballeros Francos de Estrasburgo⁹. Por el contrario y como inciso que consideramos necesario aclarar, en nuestro primer proceso constituyente, las Cortes de Cádiz, a pesar de la existencia en su seno de diversos masones, algunos de gran prestigio como Alcalá Galiano o el propio ponente de la Constitución Agustín de Argüelles, no se percibe dicha influencia masónica, o no de forma tan diáfana¹⁰, como demuestra la proclamación de Estado confesional católico excluyente que se hace en el texto de 1812¹¹.

⁹ Cayetano NÚÑEZ RIVERO, ob. ant. cit.

¹⁰ J. M. Cayetano NÚÑEZ RIVERO, *El Estado Laico. La iglesia católica y el Estado Constitucional. El caso español* (Ed. Endymion, 2011): 57-135.

¹¹ Debe recordarse la vigencia del decreto de 1751 de Fernando VI, referente a la persecución de la masonería, que sigue las directrices del Papado al respecto, así como la

Establecida la posible correlación entre los valores y principios de la masonería y los postulados del primer Estado de Derecho, no puede decirse lo mismo respecto a la conformación del Estado Social y Democrático de Derecho, que es el que se va a empezar a desarrollar en el primer tercio del siglo xx y en el que se encuadraría la Segunda República Española, ya que si para el primer Estado Constitucional es fácil percibir la influencia en los derechos y libertades individuales proclamados en los primeros textos constitucionales, no ocurre lo mismo en lo referente a los de carácter social y económico y al intervencionismo estatal, propio del Estado Social y Democrático de Derecho.

b) Significación histórica de la Segunda República española y desarrollo de la misma hasta 1939.

Sin embargo, respecto al caso español en 1931, hay algunos matices que es preciso resaltar, y es que la proclamación del Estado Social y Democrático de Derecho del texto de 1931, se lleva a cabo en un país donde la Revolución burguesa y el Estado Liberal no habían triunfado plenamente, quedando todavía conflictos inacabados por resolver propios del Antiguo Régimen, tal es el caso de la separación de la Iglesia y el Estado, la libertad de conciencia, de religión, de educación pública, y otros derivados de ellos, como el control del registro civil, secularización de cementerios, matrimonio civil etc.

De esta forma, el régimen republicano deberá afrontar no sólo los propios de la conformación de un Estado Social y Democrático de Derecho, sino también los del Estado Liberal que el constitucionalismo europeo y americano habían resuelto siglo y medio antes. Este problema no se resolverá con la proclamación de la Constitución de 1931, sino que tendrá un trágico desenlace en guerra civil de 1936 a 1939.

Es por ello, que en el proceso constituyente de 1931 los valores y principios masónicos enunciados anteriormente, que tuvieron reflejo en el constitucionalismo liberal de la época, tendrán vigencia a la hora de redactar el texto constitucional, aunque debe indicarse, que en este caso su procedencia no era directa, sino a través de los textos constitucionales existentes en los diferentes Estados de Derecho existentes.

Real Orden del 19 de enero de 1812, dada por el Consejo de Regencia, en cuya argumentación insisten en las condenas de la Iglesia Católica sobre la orden masónica. Sobre este punto no debe olvidarse la confusión entre la esfera pública y la religiosa que se produce en la España del Antiguo Régimen.

3. LA MASONERÍA, ¿SUJETO ACTIVO O PASIVO DE LAS LEYES REPUBLICANAS?

El Pacto de San Sebastián de 17 de agosto de 1930, a la que concurrieron representantes de las más importantes fuerzas políticas y personajes de la oposición al sistema monárquico¹², entre las que es fácil destacar una nutrida participación de masones, se aprobó el derrocamiento de la Monarquía, sentando las bases y principios de lo que sería el régimen republicano, entre los que se incluía una profunda descentralización territorial y el Estado Laico.

Es por ello, que incluso antes de iniciarse el proceso constituyente, el Gobierno Provisional de la República empezará a adoptar medidas tendentes a separar las actividades públicas de las correspondientes a la Iglesia, afirmando la libertad de conciencia de los ciudadanos, lo que ya se proclama en un Decreto de 15 de abril, «*El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas*»¹³; junto a esta proclamación inicial, se producirán otros decretos, órdenes y circulares tendentes a hacer efectiva la separación entre el Estado y la Iglesia, tal como la ordenada a los Gobernadores Civiles el 17 de abril, para que no tuvieran presencia oficial en las ceremonias religiosas, ya que «*las autoridades gubernativas han de ser totalmente neutrales en la esfera religiosa*», la circular del Ministerio de la Guerra dos días después, mediante la que se eliminaba la obligación de asistir a misa en los cuarteles, y la prohibición de que hubiera representación militar en las procesiones; así mismo, el 23 de abril se derogaba el artículo 29 del Reglamento de prisiones, referente a la asistencia de los internos a los actos religiosos. Mediante decreto del 5 de mayo se modificaba la composición del Consejo de Instrucción Pública, extinguiendo la consejería de los prelados.

¹² A la citada reunión asistieron. Alianza Republicana: Alejandro Lerroux, del Partido Republicano Radical, Manuel Azaña, de Acción Republicana; Partido Radical-Socialista: Marcelino Domingo, Álvaro de Albornoz y Ángel Galarza; Derecha Liberal Republicana: Niceto Alcalá-Zamora y Miguel Maura; Acción Catalana: Manuel Carrasco Formiguera; Acción Republicana de Cataluña: Matías Mallol Bosch; Estat Català: Jaume Aiguader; Federación Republicana Gallega: Santiago Casares Quiroga; del partido socialista, aunque a título particular, asistieron: Indalecio Prieto y Fernando de los Ríos; también a título particular acudió Felipe Sánchez Román y Eduardo Ortega y Gasset; la reunión contó con importantes adhesiones escritas como la del Dr. Gregorio Marañón, así como con diversas aquiescencias militares.

¹³ Punto 4. Gaceta de Madrid, 15 de abril de 1931. Se completaría mediante Decreto de 22 de mayo, en el que se prohibía tanto a las autoridades civiles como militares preguntar sobre las creencias religiosas de quienes compareciesen ante ellos o les estuvieran subordinados.

En el proceso constituyente se pondría de manifiesto desde el principio la voluntad de los representantes de la soberanía popular de conformar un Estado laico¹⁴.

La primera reacción oficial de la jerarquía católica española es la denominada Carta colectiva de los Metropolitanos españoles¹⁵, redactada en Roma¹⁶, y dirigida al Jefe de Gobierno español el 3 de junio, en la que tras enumerar las medidas adoptadas por el Gobierno Provisional de la República y las anunciadas¹⁷, así como en previsión del posible contenido del

¹⁴ En todo caso, debe resaltarse, que el proceso constituyente se inicia en un momento de gran agitación respecto al tratamiento de la libertad religiosa, pues por una parte, el concepto de laicidad adquiere pronto en la prensa de sectores de la izquierda un tono anticlerical, mientras que en la católica más conservadora, se hace una defensa a ultranza de la integridad católica española, que en ocasiones incide en el golpismo contra el régimen republicano, valga como ejemplo, el artículo «Agotada ya la paciencia, debe ocupar su puesto la resistencia viril» publicado en la Gaceta del Norte el 15 de agosto «(...) pero la prudencia hoy deja ya de aconsejar el uso de la paciencia y manda empuñar las armas de la oposición varonil a la tremenda agresión de que está siendo víctima la religión católica de nuestro pueblo... ni podemos estar dispuestos a soportar estas nuevas violaciones sustanciales, porque nos lo prohíbe la conciencia, porque nos lo prohíbe nuestra propia dignidad de cristianos (...)». El Gobierno republicano procedió a suspender en estas fechas la publicación de varios periódicos, especialmente en el País Vasco y Navarra, algunos de ellos de carácter nacionalista, como es el de referencia y Euzkadi.

¹⁵ La Conferencia de Metropolitanos es una institución nacida en los últimos años del sistema de la Restauración (1921), que se consolida durante la Dictadura de Primo de Rivera (Reglamento de 1929); responde a una iniciativa vaticana, similar a otras acaecidas en el continente europeo, con el fin de impulsar una mayor presencia de la Iglesia en la sociedad, así como de constituir una sola voz en cada Estado de la jerarquía católica en el mismo; no obstante, debe destacarse que según el citado Reglamento, para la ejecución de sus acuerdos precisaba de la autorización de Roma, lo que en la práctica, otorgaba una gran esfera de poder al Nuncio apostólico en España. Es el antecedente directo de la Conferencia Episcopal Española. Sobre su formación y desarrollo, véase Santiago CASAS RABASA, «La agenda de la Conferencia de Metropolitanos españoles» en *Católicos entre dos guerras. La religión de España en los años 20 y 30*, ed. Por J. Aurell PÉREZ LÓPEZ, (Madrid: Biblioteca Nueva, 2006).

¹⁶ Sobre las relaciones Iglesia-Estado en el periodo constituyente de la Segunda república, véase. Cayetano NÚÑEZ RIVERO, «La configuración constitucional del Estado Laico en la Segunda República española» en *Rev. Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, n.º 13 (2013): 201-241.

¹⁷ Los puntos citados por la jerarquía eclesiástica eran: a) Anuncio oficial de secularización de cementerios; b) Separación de la Iglesia y del Estado; c) Prohibición a las autoridades gubernativas y del ejército de participar oficialmente en actos religiosos; d) Supresión de las cuatro Órdenes Militares; e) Privación de los derechos civiles a la Confederación Nacional Católica Agraria por el hecho de denominarse católica; f) Privación a la Iglesia de intervenir en los Consejos de Instrucción; g) Supresión de honores militares al Santísimo Sacramento a su paso por las calles; h) Supresión de la obligatoriedad de la

texto constitucional al respecto, manifiesta su condena de las mismas, exigiendo su derogación y que se respetaran las prerrogativas de la Iglesia, argumentando que en lo referente a «los derechos de la Iglesia en España», debía obrarse de acuerdo con la Santa Sede¹⁸.

La Constitución de 1931 promulga en su artículo 3.^a el carácter laico del Estado, «*El Estado español no tiene religión oficial*», remitiendo a la totalidad de confesiones religiosas al concepto de Asociaciones y sujetas a una ley especial¹⁹. Igualmente el texto constitucional proclama la libertad de conciencia y la libertad religiosa, garantizando la práctica de cualquier religión, sin más limitación que «*el respeto debido a las exigencias de la moral pública*»²⁰, de esta forma, se equiparaba la religión católica a las restantes confesiones religiosas existentes en el Estado, reduciendo sus actividades al ámbito privado, ya que las manifestaciones públicas del culto debían ser autorizadas por el Gobierno²¹, así mismo, nadie podía ser «*compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas*»²², lo que se completará respecto a los funcionarios públicos en el artículo 41²³, «*No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales o religiosas*», expresión a la que no obstante, se incluiría una cláusula de carácter restrictiva, en cuanto que declaraba como no elegibles para la Presidencia de la República «*los eclesiásticos, los ministros de las varias confesiones y los religiosos profesos*»²⁴, prescripción que se hacía extensiva a la figura del Presidente del Gobierno²⁵ y cuyos antecedentes pueden situarse en la Constitución mexicana de 1917, texto que así mismo influirá, en la opinión que sostenemos, en otros aspectos sobre el tratamiento religioso en la Constitución republicana española, especialmente en el referente a las Órdenes religiosas, en el que se aprecian unas disposiciones de carácter más radical que en el resto del texto citado.

El Estado ponía fin al sostenimiento del clero y culto, imperante desde la constitución de 1837, «*El Estado, las regiones, las provincias y los Municipios,*

enseñanza religiosa en las escuelas primarias y en las superiores; i) Prohibición del crucifijo en las escuelas; j) Libertad de cultos; k) Intervención del Estado en el tesoro artístico de la Iglesia; l) Infracción de la inmunidad personal eclesiástica, a lo que añadía la acusación correspondiente por la quema de iglesias y conventos acaecida unos días antes.

¹⁸ Sobre este punto se invocaba el Concordato entre el Estado Español y la Santa Sede de 1851.

¹⁹ Artículo 26.C.E.1931.

²⁰ Artículo 27, párrafo primero.

²¹ Artículo 27, párrafo tercero.

²² Artículo 27, párrafo cuarto.

²³ Artículo 41, párrafo dos.

²⁴ Artículo 70.

²⁵ Artículo 87.

*no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas»*²⁶, así mismo, proclamaba la total extinción en un plazo máximo de dos años del presupuesto dedicado al clero²⁷, «*Una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del clero»*²⁸,

Así mismo, sometía a la actividad tributaria a los bienes de la Iglesia²⁹, bien de forma indirecta, «*Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes»*³⁰, o con un carácter directo, como acontece respecto a la referencia que hace a las Órdenes religiosas «*sumisión a todas las leyes tributarias del país»*³¹; impedía igualmente que las Órdenes religiosas pudiesen adquirir o conservar bienes, o tener propiedad diferente a su vivienda o no destinada al cumplimiento directo de sus fines privativos³², prohibiendo igualmente que dichas Órdenes pudieran «*ejercer la industria, el comercio o la enseñanza»*³³. Así mismo, se obligaba a las Órdenes a «*rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación»*³⁴.

Otros preceptos constitucionales de gran importancia para la Iglesia Católica fueron la secularización de los cementerios³⁵ y lo referente a las Órdenes religiosas, proclamado igualmente en el Título III del texto constitucional; respecto al primer caso, significaba privar de un importante

²⁶ Artículo 26, párrafo segundo.

²⁷ Al advenimiento de la República, el 78% del clero percibía menos de 2.000 pesetas anuales, el 15% cobraba las 2.000, y sólo el 6% alcanzaba una cifra superior, incluyendo en este grupo a los Obispos, que percibían de 26.500 a 45.000 pesetas. En Víctor Manuel ARBELOA, «Iglesia y república: diálogo imposible», *Historia 16*, n.º 60 (1981): 76.

²⁸ Artículo 26, párrafo tercero. Aprobado el texto constitucional, el Gobierno mantuvo hasta 1933 la cantidad de 525 pesetas anuales para los 9.222 párrocos mayores de de cincuenta años. En Arbeloa, ob. ant. cit. 77.

²⁹ A ello debe unirse la proclamación del artículo 45, referente a la posible intervención estatal en el rico patrimonio artístico de la Iglesia. «*Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación».*

³⁰ Artículo 44, párrafo primero.

³¹ Artículo 26, párrafo quinto, 5.ª.

³² Artículo 26, párrafo quinto, 3.ª.

³³ Artículo 26, párrafo quinto, 4.ª.

³⁴ Artículo 26, párrafo quinto, 6.ª.

³⁵ Artículo 27, párrafo segundo.

resorte de poder al clero, especialmente en el ámbito local, de tal forma, que se ponía fin a un residuo del Antiguo Régimen, que hasta el advenimiento del Estado Constitucional había depositado en la institución eclesiástica el registro de defunciones del Estado, como también lo había hecho con los bautizos como registro de nacimientos y acceso a la nacionalidad de la ciudadanía, constituyendo siempre un punto de conflicto entre la Iglesia y los sectores liberales, valga destacar, que aunque los efectos legales no eran los mismos que en el pasado, el control eclesiástico sobre los cementerios implicaba una forma de discriminación sobre los sectores no católicos de la sociedad española.

Respecto al segundo caso, referente a las Órdenes religiosas, la Constitución proclama dos medidas:

La supresión de las Órdenes religiosas que tuvieran un cuarto voto de obediencia «*Quedan disueltas aquellas Órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro de especial obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado*»³⁶. La supresión de estas órdenes implicaba que los bienes de las mismas serían nacionalizados y «afectos a fines benéficos y docentes»³⁷.

Sometimiento de las restantes Órdenes religiosas al Estado, mediante una Ley, que impondría unas condiciones claramente restrictivas³⁸:

- 1.^a Disolución de las que por sus actividades constituyan un peligro para la seguridad del Estado.
- 2.^a Inscripción de las que deban subsistir, en un Registro especial dependiente del Ministerio de Justicia.
- 3.^a Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.
- 4.^a Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.
- 5.^a Sumisión a todas las leyes tributarias del país.
- 6.^a Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación.

Los bienes de las Órdenes religiosas podrán ser nacionalizados.

³⁶ La medida iba dirigida al voto de obediencia al Papa, que manifestaban los miembros de determinadas órdenes religiosas, especialmente la Compañía de Jesús. Esta medida tiene precedentes en el constitucionalismo europeo, especialmente el francés, en los primeros años de la conformación del Estado de Derecho, respondiendo en ese caso a los intentos de culminar una política regalista no sujeta a la autoridad directa del Vaticano, sino vinculada a los intereses nacionales.

³⁷ Artículo 26, párrafo cuarto.

³⁸ Artículo 26, párrafo quinto.

Sobre este punto, debe destacarse, que no parece propio de un texto constitucional que proclama el Estado Social y Democrático de Derecho, el tercero en la historia de esta tipología constitucional, que trate de una forma tan pormenorizada un aspecto que podría considerarse de carácter marginal, como es el tema de las Órdenes regulares, más propio de proclamaciones del Primer Estado de Derecho, que puso fin al Antiguo Régimen, ya que con una simple remisión a futura ley de desarrollo hubiera bastado para el cumplimiento de los fines previstos, máxime si tenemos en cuenta que el texto de 1931, no puede catalogarse como extenso, aunque sí completo, y más bien debe encuadrarse como una constitución de tipo medio. Sin embargo, la extensión y la ubicación de estas proclamaciones en sitio tan significativo como es el correspondiente a lo que hoy en Derecho Constitucional llamamos Derechos Fundamentales, como es el Capítulo I «*Garantías individuales y políticas*» del Título III «*Derechos y deberes de los españoles*», nos advierte de la importancia que el constituyente otorgaba al tema religioso, y es, que ha de tenerse presente, que el proceso constituyente republicano de 1931, no es una mera reforma constitucional llevada a cabo desde un Estado Liberal Democrático, que se transforma en Estado Social y Democrático de Derecho, incorporando a su texto los derechos económicos y sociales, sino que es consecuencia de un largo proceso de ruptura con un sistema monárquico, cuyos últimos diez años habían sido de carácter dictatorial, y que contaba con unos antecedentes constitucionales que desde su origen, no habían podido afrontar la proclamación, no ya de la separación de la Iglesia y el Estado, como acaeciera en los primeros textos constitucionales de otros Estados, sino de la simple delimitación de los ámbitos públicos y eclesiásticos; de esta forma, la Constitución de 1931, así como todo el proceso revolucionario inherente a la misma, se nos presenta no sólo como un texto que intenta conformar un Estado Social y Democrático de Derecho, sino como una Constitución, que a la vez, debe sentar los principios del Primer Estado de Derecho y la evolución del mismo ocurrida en otros Estados durante más de siglo y medio, a lo que debemos añadir una cierta concepción revolucionaria seguida por amplios sectores de la clase trabajadora, que ya no tiene como meta la consolidación del modelo constitucional clásico, respecto al cuál es rupturista, tras el proceso revolucionario de la Unión Soviética. Todo ello, implica que dichas medidas pudieran calificarse de anticlericales, pero en realidad, no eran más que consecuencia de que las mismas no habían sido proclamadas en el momento histórico pertinente, como acaeciera en Europa, donde tuvieron un desarrollo evolutivo sin grandes sobresaltos.

Uno de los temas en los que la Constitución republicana fue más innovadora, es en el ámbito de los Derechos de Familia, aspecto en el que se producirá una de las más importantes confrontaciones con la Iglesia Católica, ya

que el texto de 1931, tras declarar la igualdad de derechos para ambos sexos y la igualdad de derechos para los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio³⁹, proclama el derecho al divorcio, «*y podrá disolverse (el matrimonio) por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de causa justa*»⁴⁰

La educación, pieza clave de la influencia de la Iglesia Católica en la sociedad española, será un aspecto fundamental en el tratamiento constitucional⁴¹, que motivará airadas protestas en la jerarquía eclesiástica, como consecuencia del importante control que ésta tenía históricamente sobre la misma⁴². La Constitución de 1931, proclama que «*el servicio de la cultura es atribución esencial del Estado*», incidiendo a continuación, que tal servicio se prestará «*mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada*»⁴³, de esta forma, aunque no se imponga la exclusividad de la Escuela Pública, el Estado pasa a ejercer un estricto control sobre toda la enseñanza⁴⁴, que pasa a ser gratuita y obligatoria⁴⁵ (primaria) y que además debe ser laica «*La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica se inspirará en ideales de solidaridad humana*»⁴⁶. Estos aspectos, unidos a la proclamación del artículo 26, que prohibía a las Órdenes

³⁹ Artículo 43, párrafos tres y cuatro.

⁴⁰ Artículo 43, párrafo primero.

⁴¹ Puede destacarse, que el esfuerzo más importante que la II República realizó fue en educación. España contaba al advenimiento de la República con un 40% de analfabetismo. Se llevó a cabo una considerable inversión a favor de la escolarización y la enseñanza pública, construyendo en 1931, 7000 escuelas y 6.500 más entre 1932-33, aumentando el número de alumnos de 70.876 en 1930, a 130.572 en 1934. Vid al respecto. Cayetano Núñez Rivero y Rosa Martínez Segarra, *Historia Constitucional de España*, (Madrid:Ed. Universitas, 1997), 213.

⁴² En el momento de la proclamación de la Segunda República, los colegios católicos englobaban a un tercio de los alumnos de enseñanza primaria y a casi un 80% de los de secundaria. Vid. José Luis ORELLA MARTÍNEZ, «El Origen del primer catolicismo social español», (Tesis Doctoral, UNED, 2012).

⁴³ Artículo 48, párrafo primero.

⁴⁴ «La expedición de títulos académicos y profesionales corresponde exclusivamente al Estado, que establecerá las pruebas y requisitos necesarios para obtenerlos aun en los casos en que los certificados de estudios procedan de centros de enseñanza de las regiones autónomas. Una ley de Instrucción pública determinará la edad escolar para cada grado, la duración de los periodos de escolaridad, el contenido de los planes pedagógicos y las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados». Artículo 49.

⁴⁵ Artículo 48, párrafo dos; además mediante el párrafo cuatro del citado artículo, la República se comprometía a remover los obstáculos para el estudio de los más necesitados, de tal forma, que éste «...no se halle condicionado más que por la aptitud y la vocación».

⁴⁶ Artículo 48, párrafo cinco.

religiosas ejercer la enseñanza⁴⁷, no sólo acababan con el predominio de la Iglesia en la enseñanza y la difusión generalizada de sus principios en ese ámbito, sino que en la práctica, casi la dejaba fuera de la enseñanza primaria y secundaria, no obstante, lo proclamado «*Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos*»⁴⁸.

La proclamación del laicismo estatal fue uno de los temas más conflictivos en el proceso constituyente, pues si para los sectores de la derecha española representada en las Cortes, la separación de la Iglesia y el Estado significaba un ataque a la religión católica, a la que consideraba esencia principal del alma de la nación, para la izquierda era considerado tema irrenunciable dentro del proceso de transformación y modernización del Estado español, que se había iniciado con la sustitución de la forma monárquica de gobierno por la republicana, así como una antigua aspiración de las fuerzas progresistas españolas. Prueba del estado de ánimo al respecto de los constituyentes republicanos, son las palabras de Fernando de los Ríos que abrió el debate el 8 de octubre de 1931», en las que resume toda una aspiración histórica frustrada del pensamiento liberal español,

(...) Llegamos a esta hora, profunda para la historia española, nosotros los heterodoxos españoles, con el alma lacerada y llena de desgarrones y de cicatrices profundas, porque viene así desde las honduras del siglo XVI; somos los hijos de los erasmistas, los hijos espirituales de aquellos cuya conciencia disidente individual fue estrangulada durante siglos. Venimos aquí con una flecha clavada en el corazón del alma, y esa flecha es el rencor que ha suscitado la Iglesia por haber vivido durante años confundida con la monarquía, haciéndonos constantemente objeto de las más hondas vejaciones, no ha respetado ni nuestras conciencias ni nuestro honor, nada. Incluso en la hora suprema de la muerte, nos ha separado de nuestros padres»;

Otras voces de la izquierda serán más radicales, tratando el tema desde un punto de vista estrictamente político y con un carácter de enfrentamiento,

«la Iglesia para mí es un instrumento de dominación política y económica y no es más que una sociedad mercantil, una sociedad anónima explotadora de Dios, de Cristo y de la Madre de Dios; y la Compañía de Jesús debería llamarse la Compañía mercantil de Jesús»⁴⁹.

Otros sectores de la derecha presentes en las Cortes acabarán aceptando la separación de la Iglesia y el Estado, aunque manifestarán su oposición a la

⁴⁷ Artículo 26, base 4.^a.

⁴⁸ Artículo 47, párrafo seis.

⁴⁹ Angel Semblancat y Salanova, de Izquierda Catalana.

proclamación de Estado Laico por considerarlo representativo de un estado de beligerancia a la Iglesia, así Gil Robles manifestará⁵⁰,

«el artículo 3 del proyecto o dictamen constitucional que establece «No hay religión del Estado», no indica neutralidad religiosa, sino una declaración de absoluto laicismo de Estado, que, como comunidad perfecta, debe velar por «bien supremo religioso». No obstante, indica, los católicos no tienen inconveniente en reconocer la separación entre ambas instituciones, siempre que «se reconozca la plena personalidad jurídica de la Iglesia, como sociedad perfecta independiente, que implica el respeto a sus fines privativos, a su régimen propio, a todas sus entidades jerárquicas y a la libre disposición de los medios necesarios para el cumplimiento de sus fines».

De esta forma, el Estado español optaba por el Estado Laico, entendido éste, como un Estado, que tras afirmar la libertad de conciencia, la religión dejaba de ser un hecho público, pasando exclusivamente a la esfera individual de los ciudadanos, al ámbito privado de los mismos, eliminándose el concepto de servicio público de los cultos. El modelo no era nuevo, ni bajo aspecto alguno puede considerarse como algo originario del constitucionalismo español, estaba ya proclamado en los primeros textos constitucionales del Primer Estado de Derecho, norteamericano y sobre todo francés⁵¹, modelo que es el que en realidad seguirán los constituyentes republicanos españoles. La diferencia con otros textos constitucionales no estriba en los conceptos manejados, que son los mismos, especialmente en el citado caso francés, más próximo a nuestro ámbito cultural, sino en la pormenorización que hace el texto sobre el tema, pero sobre este punto, como ya se ha indicado, sólo respondía a la ausencia de una mínima legislación previa, enorme diferencia con el citado precedente francés, así como a la importancia de las instituciones eclesiásticas en España, marcadamente diferente de cualquier otro país, acaso con la salvedad mexicana, que hubiera proclamado la separación de la Iglesia y el Estado Laico.

El desarrollo de la legislación referente a la separación de la Iglesia Estado y la consolidación de un Estado Laico previsto en la Constitución, se llevaría a cabo en un tiempo corto, comenzando en enero de 1932⁵²

⁵⁰ José María Gil-Robles y Quiñones, diputado agrario.

⁵¹ Artículo 10 de la declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano y Ley de 1905.

⁵² A este respecto, podemos destacar las siguientes normas y disposiciones:

- a) Ley de disolución de la Compañía de Jesús.
- b) Ley del divorcio.
- c) Decreto de secularización de los cementerios.
- d) Orden de retirar los símbolos religiosos de los centros educativos oficiales.

La respuesta de la Iglesia Católica ante la proclamación de Estado Laico no se hizo esperar, así será tanto el Papado, como el propio Episcopado español, que en una pastoral de 1.º de enero de 1932⁵³, a los pocos días de la promulgación del texto constitucional manifiesta su opinión de rechazo al mismo y de hostilidad ante la nueva realidad de la separación de la Iglesia y el Estado. «*Los principios y preceptos constitucionales en materia confesional no sólo no responden al minimum de respeto a la libertad religiosa y de reconocimiento de los derechos esenciales de la Iglesia que hacían esperar el propio interés y dignidad del Estado, sino que, inspirados por un criterio sectario, representan una verdadera oposición agresiva, aún a aquellas mínimas exigencias*».

En los escritos de la jerarquía católica española ya aparecen claras referencias a la masonería como responsable de lo que considera medidas anticlericales. Así en **HORAS GRAVES** (12-VII-1933). Isidro Gomá, el que luego será Primado de España, Comienza su escrito describiendo en su opinión la situación de la Iglesia en España y su evolución desde la proclamación de la República⁵⁴, destacando la persecución «*verdaderamente diabólica*» de que es objeto y que no tiene parangón en la historia. A diferencia de los documentos anteriormente citados, en éste se exponen las causas, que en opinión de su autor son las responsables de la situación, distinguiendo al respecto Causas externas e internas.

Entre las primeras cita en prominente lugar a la **Masonería**, «*La masonería quiere canonizar la impiedad, dice el gran obispo Torres y Bagés, y de hecho, cuando puede disponer del gobierno a su antojo, legaliza la pública impiedad y la impone a los ciudadanos como ideal de vida. Secta parricida, que intenta matar a Dios en el alma del pueblo, que sentirá siempre la paterinidad del padre nuestro que estás en los cielos, del que la masonería, porque es hija y colaboradora de Satanás, es enemiga implacable*».

e) Ley de Confesiones y Asociaciones Religiosas.

La Ley de Confesiones y Asociaciones Religiosas, denominada como *Ley del Canda* por sus detractores, puede considerarse la de carácter más radical contra el interés concreto de la Iglesia española, ya que no sólo afecta a los principios del Estado Laico, sino también a importantes aspectos materiales

⁵³ La carta fue firmada por los Obispos el 20 de diciembre de 1931. Véase El Debate, 1.º de enero de 1932.

⁵⁴ «*Hemos pasado, en días, de la paz a la guerra abierta... desde la destrucción vandálica de nuestros templos al asedio por el hambre... De una situación de privilegio y de respeto se nos ha colocado en condición de inferioridad civil y social... En dos años se nos ha aislado como si fuera la Iglesia una institución dañina o antisocial... y después de habérsenos quitado el pan de cada día, se ha traspasado al Estado toda nuestra riqueza... No parece sino que el Señor haya querido que se realizase en su Iglesia la visión del Profeta. In angustia et vastitate opprmet te hostis tuus (Deut, 28, 53)*».

En segundo lugar como causa externa cita al «*intelectualismo descarriado e incomprensivo*», remontando sus orígenes en los tiempos modernos a los «*famosos humanistas que prepararon la falsa reforma*», así como a Voltaire y los colaboradores de la Enciclopedia, incluyendo en el mismo grupo a personajes como Viviani, Marx y Liebknecht, que han contribuido a conformar una ciencia atea, en la que la religión no tiene cabida. Cita igualmente, el ateísmo en política, en el que destaca dos grandes ramas: «*el laicismo político y la secta socialista*», sobre la primera manifiesta, que aunque no niega a Dios, lo relega al fuero de la conciencia individual y lo destierra de la sociedad, de donde se deriva la doctrina separatista de la Iglesia y del Estado, a la que considera «*hijuela del protestantismo*»⁵⁵. Respecto al socialismo, al que considera más radical en sus principios políticos, manifiesta que,

«partiendo del concepto materialista de la vida y de la historia, la religión le sobra, mayormente la cristiana, que es adoración de Dios en espíritu y en verdad. Y cualesquiera que sean los matices y variantes que adopte el socialismo con respecto a la religión individual, coincide absolutamente con el laicismo político en orden a la religión».

Las críticas a la **Masonería** y al Estado de Derecho se recrudecerán durante el periodo de la contienda bélica, así lo hara el cardenal Plá y Deniel, Obispo de Salamanca, en su Carta Pastoral «*Las dos ciudades*»⁵⁶, del 30 de septiembre de 1936, que puede considerarse como el más extenso y entusiasta defensor del levantamiento militar contra la República, al que en reiteradas ocasiones en el documento define como cruzada, y especialmente el Primado de España, Cardenal Gomá en sus escritos *El caso de España* (folleto) de 23 de noviembre de 1936⁵⁷; Carta Pastoral «*El sentido cristiano*

⁵⁵ «*Radicalmente, el error moderno de la separación absoluta de los dos poderes arranca del protestantismo. Desde el momento en que, según el principio de Lutero, la fe sola justifica, queda la religión relegada a un plano personal y reducida a negocio puramente individual. Es la tesis de Marx, que en este punto no ha hecho más que sacar las últimas consecuencias de la doctrina de Lutero, estableciendo una separación radical entre la religión y la sociedad y, por lo mismo, entre el poder político y la autoridad religiosas».*

⁵⁶ Emplea el concepto de las dos ciudades que manejara San Agustín y que con tanta profusión se ha prologado en las encíclicas papales; en este caso, identifica la terrena con las fuerzas republicanas –la revolución– («*El comunismo y el anarquismo –que identifica con los hijos de Caín– son la idolatría propia hasta llegar al desprecio, al odio a Dios Nuestro Señor*») y la celeste con las fuerzas contrarias al régimen republicano («*enfrente de ellos han florecido de manera insospechada el heroísmo y el martirio, que, en amor exaltado a España y a Dios, ofrecen en sacrificio y holocausto la propia vida*»).

⁵⁷ Editado en Pamplona. Versión íntegra de la segunda edición en Anastasio GRANADOS, *El Cardenal Gomá. Primado de España* (Madrid: Espasa Calpe, 1969): 318 a 329.

español de la guerra» de 30 de enero de 1937⁵⁸, en los que une el laicismo y lo que considera las fuerzas de la anti-España, la Masonería, a la que en esta ocasión une, de forma un tanto inusitada y sólo comprensible por la influencia nacional socialista de las tropas alemanas en el bando franquista, al pueblo judío⁵⁹, así como a los soviéticos.

Como ya se ha indicado en anteriores referencias, la Masonería será objeto de ataque primordial de la Iglesia Católica española, ya que culpa a la misma de ejercer una influencia decisiva en la conformación del Estado Laico, separación de la Iglesia y el Estado y leyes republicanas que la misma considera anticlericales; su actitud no variará durante la Guerra Civil, periodo en el que insistirá en denunciar a la institución masónica, en convivencia con el régimen franquista, valga como ejemplo, la carta remitida por el secretario del Primado Luís Despujol al Obispo de Salamanca José María Bulart, el 14 de marzo de 1937, en la que pide junto a otros encargos «... *documentos y alguna fotografía principalmente para probar la responsabilidad de la Masonería*, indicando traslade dicha petición al Gobierno militar⁶⁰, así como al Obispo de Burgos Juan Tusquets, que en el citado día le remite el siguiente texto: *Mi querido Juan: Escriben de Roma (Revista la Festa de Roma) al Sr. Cardenal pidiendo alguna fotografía y documentación para probar la responsabilidad y la obra nefasta de la Masonería en esta lucha. Me encarga el Sr. Cardenal te lo diga para que con la máxima urgencia veas de mandar todos los datos que tu juzgues más útiles a este fin*»⁶¹.

Así mismo, en el informe del 3 de marzo de 1937, que el Cardenal Gomá remite a la Santa Sede, en el que reproduce su conversación con Franco, respecto a la derogación de las Leyes Laicas de España, pone en boca del General «*De la masonería no quiero que queden en España ni las raíces*».

⁵⁸ Puede verse íntegro en MONTERO MORENO, *Historia de la persecución religiosa en España 1936-1939* (Madrid: 1961) Biblioteca de autores cristianos, Vol. II (Madrid: 1956), 708 a 726.

⁵⁹ No es la única vez que el citado Cardenal hace referencias de carácter anti semita, valga recordar a este respecto el Segundo Informe que remite al Cardenal Pacelli acerca del movimiento cívico militar, el 4 de septiembre de 1936, en el que identifica al «organizador de la resistencia comunista de Madrid» al israelita ruso Newman, indicando igualmente, que detrás de la persecución a la Iglesia Católica en Barcelona, pudieran encontrarse el judaísmo, «*Hay en esta ciudad un fuerte núcleo de judíos, que allí se habían instalado al amparo de la ley española y por las persecuciones de otros países, y que coadyuvan a la acción de Moscú. Tal vez ello podría explicar el carácter de ensañamiento tan profundamente anticristiano contra todo lo de nuestra religión: sacerdotes, templos, sagradas instituciones*». Archivo Gomá. Documentos de la Guerra Civil. Documento 1-39. Sección 1.ª. Legajo A. Carpeta I. Documento 2.

⁶⁰ Documento 4-140. Sección 1.ª. Legajo G. Carpeta III. Documento 27.

⁶¹ Documento 4-140. Sección 1.ª. Legajo G. Carpeta III. Documento SC.

(Archivo Gomá.) Así mismo, en marzo del 37, el Cardenal Primado, en entrevista concedida al Berliner Lokal Anzeiger, ante la pregunta del periodista ¿Hay alguna relación entre la revolución mexicana y la española?, respondía: Sin duda; ambas han sido organizadas por la masonería internacional.

En este intento de involucrar a la Masonería tanto en los orígenes como en el desarrollo e la Guerra Civil, la Jerarquía Católica española, por medio de su Primado, el Cardenal Isidro Gomá, no duda en achacar la resistencia vasca al ejército franquista a la organización masónica, o al menos, plantear una duda razonable en su opinión, incluyendo en el caso al propio Presidente Aguirre al respecto, así en informe del 25 de abril de 1937, remitido al Cardenal Pacelli, Secretario de Estado del Vaticano, con motivo de la caída de Bilbao, y como consecuencia de haberse encontrado un mandil masónico en las dependencias del Hotel Carlton, donde estaba instalado el Gobierno de Euzkadi, manifiesta: «...se encontró un magnífico mandil con un banda primorosamente bordados, utensilios masónicos. Sin duda, por la calidad de los objetos, correspondían a un alto personaje afiliado a la masonería. Se atribuye su pertenencia al Sr. Aguirre o a alguno de los dirigentes vascos... Si se pudiese comprobar con la ficha correspondiente –que algún dirigente vasco pertenecía a la masonería– no se ha dado con la ficha correspondiente a las insignias –sería ello la clave para explicar un fenómeno que es casi humanamente inexplicable, como es la monstruosa conjunción vasco-comunista, el repudio de una paz que podía hacer en condiciones inmejorables, pactándola separadamente del Gobierno de Valencia, y una resistencia loca en que forzosamente debían hundirse, por varios lustros, la economía del rico país»⁶².

Lo que podemos calificar de obsesión por la masonería por parte de la Iglesia Católica española, se nos revela incluso en la sospecha de que dicha organización pudiera estar infiltrada en el régimen surgido del 18 de julio, como prueba la carta del Primado de España al Cardenal Pacelli, remitida el 11 de diciembre de 1936, en cuyo anexo primero, Gomá expone respecto a la situación política de la postguerra, «De todas maneras puede asegurarse que, de no intervenir factores insospechados-uno de ellos podría ser la masonería, que forcejea por abrirse paso en la nueva organización-mejoraría muchísimo la situación política en un sentido de conservación y restauración de todos los valores de la tradición española. Digo incidentalmente, con respecto a la masonería, que registros hechos en los archivos de los dirigentes de izquierdas que han podido ser intervenidos por emisarios del Gobierno actual, han puesto en manos de éste toda la urdidumbre de la historia de la revolución española en estos últimos, y especialmente cuanto se

⁶² En Sección 1.ª. Legajo Carpeta VIII. Documento 51.

refiere a la preparación del movimiento revolucionario que el alzamiento militar hizo abortar...»⁶³. No obstante, debe destacarse que otros sectores de la Iglesia Católica críticos con el régimen militar, en este caso franceses e influenciados por el clero catalán separatista, pertenecientes al Instituto Católico de París, sembraron la misma duda sobre la adscripción masónica de ciertos sectores del estamento militar, valga como ejemplo al respecto, el artículo «*Guerre en Espagne*», publicado en la Revue de Paris el 1 de octubre de 1936.

Los ataques de la Jerarquía Católica española a la Masonería no finalizarán con la Guerra Civil, valga como ejemplo, que en octubre de 1943 el Cardenal Segura, a la sazón cabeza de la Diócesis de Sevilla, en Pastoral, ampliamente difundida por la Prensa de la época (véase ABC Sevilla, 24 de octubre de 1943) tras condenar *el baile* y la ola de concupiscencia que invadía la vida española acusaba a la Masonería de no cesar en sus *asechanzas incitando el relajamiento que lleva a la más impúdica perversión de la mujer, no desdeñando modo alguno de socavar la pureza en el mundo*.

Sobre la actitud de General Franco y la Masonería, cabe destacar como se indica en la nota precedente que la misma en España será destruida, no ahorrando a tal fin, todos los medios represivos posibles. A este respecto, cabe destacar que el General Franco no cejó de manifestar críticas a la Masonería, siempre que tuvo ocasión durante todo el periodo de la guerra civil, acusando a esta organización de cuantos males debían combatirse en España. Impregnando siempre las mismas de un espíritu, a veces de carácter arcaico, «*La unidad española, a tanta costa forjada, se quebró y despedazó al conjuro de fuerzas revolucionarias que se escudaban en un laicismo ateo y en la masonería judaizante.*» (Invocación al Apóstol Santiago el 25 de julio de 1937)⁶⁴.

Así, al margen de que desde los primeros días de la sublevación militar comenzó la persecución sistemática y exterminio de los masones y sus instituciones, valga como ejemplo primero la ocupación y fusilamiento por parte de miembros de la Falange de la Logia Tinerfe de Santa Cruz de Tenerife⁶⁵. Son Igualmente representativos el fusilamiento treinta masones en los primeros días de la rebelión de la Logia Helmatia de Salamanca, treinta de la Constancia de Zaragoza, quince de la Zurbano de Logroño, siete de la Libertador de Burgos, siete de la Joaquín Costa de Huesca, diecisiete de la Hijos de la Viuda de Ceuta, veinticuatro de la Trafalgar de Algeciras, nueve de la Resu-

⁶³ En Sección 1.^a Legajo A. Carpeta I. Documento 11.S.N.

⁶⁴ Boletín Oficial del Obispado de Tuy (Septiembre de 1937).

⁶⁵ En el Archivo de Salamanca, en el Centro Documental de la Memoria Histórica (CDMH), dentro de la agrupación *SE-Masonería-A* se conserva, entre otros, documentación confiscada o relativa correspondencia, libros de actas, libros registro de correspondencia, listados nominales, reglamentos, etc. a la Logia Tinerfe).

rección de La Línea, tres de la Fiat Lux de La Línea. En Málaga lo fueron ochenta presos políticos, fusilados bajo la pena de ser masones⁶⁶.

El periódico ABC del 23 de septiembre 1936 publica la siguiente noticia de Granada: *...se apoderaron de los ficheros de las dos logias masónicas que existían en la capital e hicieron prender a todos los masones. En camiones los trasladaron al vecino pueblo de Viznar, donde fusilaron a los venerables, y después de tener encarcelados varios días a todos los demás los condujeron al campo y les obligaron a cavar sus propias sepulturas, tan pronto las terminaban eran muertos a tiros.*

Aplicándose a la Masonería los Bandos y Órdenes de lo Generales y Junta de Defensa proclamados para la a represión de aquellos que se opusieran a la fuerzas sublevadas (General Mola *Diario de Navarra*. Pamplona: 19 de julio de 1936, portada (General Saliquet, Valladolid 19 de julio). Bando de 28 de julio de 1936, haciendo extensiva la declaración del Estado de Guerra a todo el territorio. (BO de la Junta de Defensa Nacional de España de 30/07/1936, n.º 3), Sin embargo la primera normativa específicamente contra la masonería se producirá el 15 de septiembre de 1936, firmado por el propio General Franco.

Artículo 1.º. La francmasonería y otras asociaciones clandestinas son declaradas contrarias a la Ley (se refiere a rotarios y teósofos).

Todo activista que permanezca en ellas tras la publicación del presente Edicto será considerado como crimen de rebelión.

Artículo 2.º. El cobro o pago de cotizaciones a favor de dichas asociaciones serán considerados como crimen de rebelión, sin perjuicio de la multa de 5000 pesetas que puede ser además impuesta por la Junta de Defensa Nacional.

Artículo 3.º. Toda pieza de identidad, recibos, correspondencias, emblemas, etc. deberán ser quemados por sus poseedores en los tres días siguientes a la publicación del presente Edicto; pasado este plazo, el descubrimiento de dichos objetos, sea en la persona de los interesados, sea en su casa, será considerado como crimen grave de desobediencia, sin perjuicio de la multa de 10.000 pesetas fijada por la Junta por este motivo.

Artículo 4.º. Los escritos de propaganda relativos a las asociaciones en cuestión serán considerados incursos en el Artículo 7 del Decreto del 3 de Septiembre último y deberán ser destruidos en un plazo máximo de tres días por sus poseedores.

Artículo 5.º. Los inmuebles pertenecientes a las susodichas asociaciones serán confiscados por mis representantes y aplicados al uso que ellos determinen. Las casas alquiladas serán igualmente evacuadas y puestas a disposición de sus propietarios respectivos.

⁶⁶ Véase al respecto Ramón VIÑALS I SOLER, *El holocausto masónico en la España de Franco* (Boletín n.º 33 del Archivo Nacional de Cataluña de la Generalidad de Cataluña, 2013).

El 20 de abril de 1937 se creó la Oficina de Investigación y Propaganda anticomunista, OIPA, que tenía como fin *«recoger, tanto en la zona ocupada como en las que se vayan ocupando, la mayor cantidad de pruebas de las actividades marxistas en España, así como en particular de las SOCIEDADES MASONICAS... con el fin de obtener antecedentes sobre las actuaciones de los enemigos del Estado, así en el interior como en el exterior, y suministrar datos útiles a todos los demás organismos encargados de su defensa... instándose encarecidamente a las autoridades militares y civiles su más decidido apoyo en el desempeño de tan importante misión»*.

Por Orden del 29 de mayo de 1937, se creó la Delegación de Asuntos Especiales, que incluía una *sección masónica*, cuyo fin era recoger la documentación referente a actividades de las sectas secretas, que dependía directamente del General Franco.

El 26 de abril de 1938, mediante Decreto (BOE de 27/04/1938, n.º 553, pp. 6986-6987) se crea la Delegación del Estado para la Recuperación de Documentos. Sobre la actividad de este organismo es prueba el escrito que el Delegado Nacional de Servicios Especiales en Salamanca, con fecha de 25 de agosto de 1938, reportando sus actividades enviaba directamente al Jefe del Estado, comunicándole sus actividades respecto a la catalogación y clasificación de expedientes *«...14.930 expedientes individuales y 26.148 fichas de masones, 1.300 libros de actas y de administración de Logias, 248 expedientes de asuntos importantes sobre actividades masónicas, 394 expedientes de Logias de España y 257 de extranjeras... y en cuanto a los servicios prestados dice... este Organismo ha expedido 235 informes al Ministerio de Defensa-Sección de Justicia, 336 informes a la Auditoria Militar de Marruecos, 364 informes a diversas Auditorias Militares, 16 informes a Juzgados Militares, 9 informes a otras Auditorias, 291 informes a diversas Comisiones Depuradoras, 244 informes a Autoridades civiles, amén de numerosos informes colectivos del personal de los Cuerpos de Ingenieros de Minas, Telégrafos, Teléfonos y Correos, Profesorado, Maestros, Cuerpo Diplomático y Consular, Marina, etc., haciéndose también diariamente una revisión en el fichero de todos cuantos nombres figuran en los nombramientos para cargos que aparecen en el BOE. El Archivo quedaría radicado en la ciudad de Salamanca, siendo conocido como «Sección Política Social», y gestionado por un equipo policial.*

El 10 de diciembre de 1938, mediante Decreto (BOE de 20/12/1938), se acaba con el proceso de secularización de cementerios llevada a cabo por la República, proclamando en la misma que se eliminen los símbolos masónicos de los cementerios *«que; ...todas las inscripciones o símbolos de carácter masónico, o que pudieran considerarse ofensivos para la Iglesia católica, sean destruidos y eliminados de todos los cementerios en un plazo de dos meses...»*

La represión de la Masonería se acentuaría todavía más mediante las leyes de 9 de febrero de 1939 (BOE.de 13/02/1939) «*Ley de Responsabilidades Políticas*» que tenía carácter retroactivo y la de 1 de marzo de 1940 (BOE de 2/03/1940), promulgada casi un año después de terminada la Guerra Civil, denominada «*Ley de Represión de la MASONERÍA y el Comunismo*»; mediante la primera se consideraba *como circunstancias agravantes, el haber obtenido de la MASONERÍA algunos de los grados dieciocho a treinta y tres, ambos inclusive, y haber tomado parte en las Asambleas de la Asociación Masónica Internacional o similares, o en las Asambleas del Gran Oriente Español, de la Gran Logia Española o de otras cualesquiera organizaciones masónicas residentes en España...* En la segunda y en su exposición de motivos se concreta una imagen de la Masonería muy próxima a la que el General Franco tenía de la institución (véase al respecto el libro «Masonería», publicado en Madrid en 1952 firmado por Jakim Boor, seudónimo de Franco, que no es otra que la manifestada por el sector más reaccionario y absolutista del pensamiento español desde Fernando VII. «...entre las primeras ocupa puesto más principal la MASONERÍA a la que acusa de la pérdida del imperio colonial, las guerras civiles, ...las perturbaciones que aceleraron la caída de la monarquía...minaron la dictadura...manifestando...así como los crímenes de estado se descubre siempre la acción de la MASONERÍA...al levantarse en armas el pueblo español no cejan la MASONERÍA...proporcionan armas, simpatías y medios económicos a los opresores de la patria...son escasas y reducidas el alcance de las disposiciones legales para castigar y vencer estas maquinaciones...sin que ahora se pretenda establecer la normativa definitiva y total...se hace indispensable determinar la clasificación jurídica y sanciones que merecen los que todavía secundan la MASONERÍA.

Y en el articulado se proclama:

Artículo 1.º...constituye figura de delito el pertenecer a la MASONERÍA...

Artículo 2.º...sus bienes se declaran confiscados.

Artículo 4.º...son MASONES todos los que han ingresado en la masonería y no han sido expulsados o no se han dado de baja...y no dejan de serlo aquellos a quienes la secta ha concedido...alejamiento de la misma.

Artículo 5.º...los delitos de MASONERÍA serán castigados con la pena de reclusión menor...excepto circunstancias agravantes.

Artículo 6.º...son circunstancias agravantes el haber obtenido alguno de los grados 18 al 33...el haber asistido a asambleas...o desempeñado cargo o comisión que acredite especial confianza de la secta...

Artículo 7.º...quienes hayan pertenecido a la MASONERÍA vienen obligados a formular ante el Gobierno una declaración de retractación en el plazo de dos meses...

Artículo 8.º...las personas comprendidas en el Artículo anterior quedarán separadas definitivamente de cualquier cargo del Estado, Corporaciones públicas o oficiales, entidades subvencionadas, empresas concesionarias, gerencias y consejos de administración de empresas privadas, cargos de confianza, mando o dirección de las mismas decretándose además su inhabilitación perpetua para los referidos empleos y su confinamiento o expulsión...serán sometidos a procedimiento de sanción económica.

Así mismo, con el fin de se diera la mayor difusión posible de las sentencias que hubiera sobre la Masonería al amparo de la ley de Represión de la Masonería y el Comunismo de 1 de marzo de 1940, la Vicesecretaría de Educación Popular remite orden a los Jefes Provinciales de Prensa, a la que adjunta una larga lista de condenados por su pertenencia a esa institución, con las siguientes instrucciones: *...al publicar el extracto de las sentencias cada periódico podrá agregarles detalles en cuanto a la pernicioso actuación que mantuvieron en cada caso durante la pasada guerra en España y aun en los acontecimientos que prepararon el Movimiento Nacional. Coincidiendo con la publicación de las sentencias sería conveniente la publicación de comentarios y artículos señalando la influencia de la MASONERÍA en los trabajos que precedieron a la formación del Frente Popular y aun a la proclamación de la República, así como las infiltraciones de la MASONERÍA en la política general liberal-demócrata, que antecedió a las elecciones del 13 de abril. Todos estos comentarios y artículos deberán tener una orientación de tipo histórico, representar una condenación a la vista del singular perjuicio que a España han infringido los afiliados a la SECTA...*

El 4 de Junio de 1940 de Junio de 1940 entra en vigor, (Decreto de 4 de junio de 1940) el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, (TERMC), que hasta su extinción en 1963, fecha en la que sus actividades pasaron al Tribunal de Orden público (TOP), llevó a cabo 48.000 sumarios acabados⁶⁷.

Por último, prueba del pensamiento obsesivo del General Franco sobre la masonería es que en su último discurso público celebrado en la madrileña Plaza de Oriente el 1 de octubre de 1975, ya visiblemente enfermo manifestaría: *«...todo lo que en España se ha armado obedece a una conspiración masónica izquierdista en la clase política, en contubernio con la subversión comunista-terrorista en lo social, que si a nosotros nos honra, a ellos les envilece...»* (ABC. Madrid, 2 de octubre de 1975).

⁶⁷ Véase al respecto María Teresa Díez de los Ríos San Juan, Documento «Fondos de la masonería en la Sección ‘Guerra Civil’ del Archivo Histórico Nacional de Salamanca» en *La Masonería en la Historia de España. Actas del I Symposium de Metodología Aplicada la Historia de la Masonería española*, (Zaragoza: 20-22 de junio de 1983. Diputación General de Aragón, Departamento de Cultura y Educación, 1985), 335-348.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La influencia de la masonería en la Segunda República española se deriva en primer lugar de los valores y principios masónicos que en cierta medida se trasladaron a los primeros textos constitucionales correspondientes al Primer Estado de Derecho, tales como la libertad de conciencia, religiosa, separación de las iglesias y el Estado etc, principios los últimos que no habían podido manifestarse de forma diáfana a lo largo del constitucionalismo español del siglo XIX, pero que deberá afrontar el régimen republicano, al mismo tiempo que proclama el Estado Social y Democrático de Derecho. La tardía inclusión de estos derechos y libertades en nuestro constitucionalismo y la necesidad de que su vigencia sea lo más rápida posible, hace parecer su proclamación rodeada de un cierto anticlericalismo, lo que posibilita un duro enfrentamiento entre la República y la jerarquía católica española, en virtud de que la legislación republicana, tanto en el texto constitucional como en las leyes de desarrollo significaban una clara merma del poder de la Iglesia Católica, en cuanto ésta, hasta ese momento gozaba de atribuciones en el Estado más propias del Antiguo Régimen que de un Estado de Derecho en el siglo XX.

La presencia de numerosos miembros de la masonería en puestos de responsabilidad política, tanto en la esfera gubernamental como en la legislativa, a pesar del reducido número de miembros de la Orden en España, hace que se convierta en el centro del ataque de la jerarquía católica española como responsable de las denominadas normas anticlericales.

La guerra civil, definida por la Iglesia española como Cruzada, acentuará más este enfrentamiento, que será utilizado por el régimen militar para desde su concepción del Estado como de nacional-catolicismo, llevar a cabo una represión sin precedentes históricos contra la Masonería, que algunos han definido como de genocidio, ya que los masones fueron para el franquismo lo mismo que los judíos para el nacional-socialismo.

TITLE: Freemasonry and the Spanish Second Republic (1931-1939)

RESUMEN: Este trabajo se centra en la influencia de la masonería en la configuración y desarrollo de la Segunda República Española. Tras realizar algunas consideraciones metodológicas de principio, este artículo analiza la relación entre los valores y principios masónicos y los valores y principios republicanos para, a continuación, centrarse en la relación de la institución masónica con el Derecho positivo republicano.

PALABRAS CLAVE: II República, Masonería, Derecho Constitucional.

ABSTRACT: This paper focuses on the influence of Freemasonry in the configuration and development of the Second Spanish Republic. After some

methodological considerations, this article analyzes the relationship between Masonic values and the republican principles and values and, subsequently, it then focuses on the relation of the Masonic institution with positive republican law.

KEY WORDS: II Republic, Freemasonry, Constitutional Law.

RECIBIDO: 29.03.2015
ACEPTADO: 30.05.2017

LÍMITES Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES ¿HACIA SU INDIVIDUALIZACIÓN?

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp271-299](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp271-299)

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. DERECHOS SOCIALES: ENTRE LA IGUALDAD REAL Y LA DESIGUALDAD FORMAL. 3. LÍMITES DE LOS DERECHOS SOCIALES: DISCRIMINACIÓN Y ARBITRARIEDAD. 4. APLICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA A LOS DERECHOS SOCIALES. 5. TENDENCIA A LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EVOLUCIÓN DEMOCRATIZADORA. 5.1. *Argumentaciones jurídicas*. 5.2. *Tendencia individualizadora en los servicios sociales*. 5.3. *Evolución democratizadora de los derechos sociales: transparencia y participación*.

1. PLANTEAMIENTO

El desarrollo de la igualdad sustancial a través de los derechos sociales propende, no obstante, al despliegue concatenado de desigualdades formales y reales, con efectos discriminatorios. El riesgo de arbitrariedades subjetivas en el diseño de políticas sociales y leyes aplicables a los derechos sociales, puede generar inmunidad jurídica sin límites o control de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva, la transversalidad del principio y derecho de igualdad contribuye a reforzar la exigibilidad y garantías constitucionales de los derechos sociales¹. En particular, la vulneración del artículo 14 CE mediante

¹ AAVV (Dir. Oscar ALZAGA), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (Madrid: 1978), 257 y ss., admite que se trata de un derecho fundamental autónomo, elemento estructural de todo derecho y puede ser un derecho autónomo o transversalizado en derechos fundamentales.

la confluencia de modalidades discriminatorias (indirecta, múltiple, por circunstancias personales, sociales...) fundamentiza y confiere una dimensión vinculante a los derechos sociales². Como se analiza en los siguientes epígrafes, la superposición de derechos fundamentales (igualdad, participación...) tiende a maximizar la eficacia jurídica de los derechos sociales³.

2. DERECHOS SOCIALES: ENTRE LA IGUALDAD REAL Y LA DESIGUALDAD FORMAL

Con carácter general, la presunción tácita de la igualdad formal como derecho a no ser discriminado implica inversamente que la desigualdad formal presenta indicios discriminatorios, aun cuando sus fines sean promover la igualdad real. En esta línea se inscribe la Jurisprudencia constitucional (STC 8/1986 (FJ 4) confirmando que *el derecho a la igualdad constituye por imperativo legal un derecho fundamental de la persona a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentran en su misma situación jurídica*⁴.

Sin embargo, *a sensu contrario*, no se admite en la doctrina constitucional un derecho fundamental a un trato diferente de los sujetos desiguales pese a la posible inefectividad de la igualdad formal y sus consecuencias discriminatorias⁵. En las SSTC 55/1998 de 16 de marzo y 159/1997 (FJ 4) se

² Según GARCÍA MATAMOROS, «Los derechos sociales desde la perspectiva de los derechos fundamentales», *Opinión Jurídica*, vol. 3, n.º 6, 142 y ss., los derechos sociales que se «convierten» en fundamentales son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.

³ Para Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2013, 199, todos los preceptos constitucionales que proclaman derechos fundamentales recogen a la vez derechos subjetivos.

⁴ En esta línea, la doctrina jurisprudencial consolidada sobre derecho de igualdad como las sentencias 8/1981, de 30 de marzo; 10/1981, de 6 de abril; 22/1981, de 2 de julio; 23/1981, de 10 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 81/1982, de 21 de diciembre; 34/1984, de 9 de marzo; 166/1986, de 19 de diciembre; 114/1987, de 6 de julio; 116/1987, de 7 de julio; 123/1987, de 15 de julio; 128/1987, de 16 de julio; y 209/1988, de 10 de noviembre, 68/1991, de 8 de abril; 28/1992, de 9 de marzo; 3/1993, de 14 de enero; 147/1995, de 16 de octubre; 46/1999, de 22 de marzo; 39/2002, de 14 de febrero y 87/2009 de 20 abril.

⁵ Por contra, en favor de la dimensión de derecho fundamental de la igualdad consagrada del artículo 14 se ha pronunciado Antonio CANO MATA, «El principio de igualdad en la Doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Privado*, 1983, cuando indica que: «la igualdad ante la ley configura un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato análogo»; Bustos, «Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: Reflexiones a la luz de la jurisprudencia español y aproximación a la ley para la

aduce que no el art. 14, no *ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato*. Únicamente se reconoce por la doctrina constitucional, un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6).

En este sentido, Ferrajoli admite que *la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva en diversos grados, como todas las normas, tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, a causa de las múltiples discriminaciones con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales. La igualdad jurídica que, al no hacerse cargo de las diferencias y de su concreta relevancia en las relaciones sociales, está destinada a permanecer ampliamente inefectiva y a ser desmentida por las desigualdades concretas en las que de hecho se transmutan las diferencias*⁶.

La ineficacia de la igualdad formal procede pues, no sólo de la desatención a las diferencias, sino de su carácter obstaculizador de la igualdad real en base a la discriminación derivada de un trato igualitario de sujetos o categorías en situación desigual. En los derechos sociales se manifiesta particularmente la insuficiencia de la igualdad ante la ley para la consecución de la igualdad real, aunque también puede actuar como impedimento para la consecución de esta última⁷.

Ahora bien, aunque no se reconoce un derecho a un trato desigual, se protege un derecho a que éste último no provoque discriminaciones, razón por la cual el TC ha venido exigiendo para la admisibilidad del trato desigual una doble garantía basada en la razonabilidad y proporcionalidad al fin perseguido (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4).

igualdad efectiva», *Revista de filosofía, Derecho y Política*, n.º 6, (2007) admite que las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con ciertos requisitos como la idoneidad y proporcionalidad.

⁶ FERRAJOLI, «Sobre los derechos fundamentales», *Cuestiones Constitucionales*, n.º 15 (2006).

⁷ Vid., AA.VV., *Derecho Constitucional III* (Madrid: 2014) como presupuestos la constatación de la diferencia o del tratamiento jurídico diferenciador, es decir, que como consecuencia de la medida normativa cuestionada se haya introducido una diferencia de trato entre categorías de personas y la identidad u homogeneidad de los términos de la comparación, esto es, que exista una equiparación lógica, no caprichosa o aleatoria, entre las situaciones subjetivas comparadas.

La crisis de la igualdad formal trasciende a la universalidad propia de los derechos sociales, determinando la necesidad de diferenciación para evitar que un tratamiento uniforme de supuestos que se presentan como semejantes, se convierta en casos de desigualdad material al ignorar la situación real⁸.

La desigualdad formal constituye, desde este prisma, una respuesta anti-discriminatoria por la constitucionalidad de un trato diferenciado a los sujetos en circunstancias desiguales, con aplicación de los parámetros basados en una justificación objetiva y razonable. Conforme a la doctrina constitucional, el principio de igualdad se identifica con la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, vinculando este principio al legislador (igualdad en la ley), a los órganos aplicadores del Derecho (igualdad en la aplicación de la ley) y a los particulares (igualdad horizontal)⁹. La *desigualdad formal* basada en la uniformidad y homologación de los individuos y grupos se verifica en los derechos sociales sin atención a causas discriminatorias, replanteando el trato igualitario de desiguales sin justificación objetiva y razonable¹⁰.

Paradójicamente, el alcance de la máxima igualdad real puede requerir dosis de desigualdad formal mediante el descenso a factores o causas discriminatorias, como las circunstancias o necesidades personales, familiares o sociales¹¹. La universalidad típica de los derechos sociales como igualdad ante la ley tiende a derivar en un trato igualitario y homogéneo de sujetos desiguales pero *el Derecho no tendría que ser igual, sino desigual y por esta razón, puede ser preciso en ocasiones dictar normas aparentemente desiguales para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social*¹².

⁸ Vid., E. CARMONA CUENCA, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 84 (1994).

⁹ Para Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 201, la igualdad en el contenido de la ley significa que el legislador no puede dar un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación.

¹⁰ Vid., PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 22 (1995): 24 y ss., el problema, por tanto, no es si el legislador o el gobierno pueden, sino si *deben* en algunos casos dar vida a desigualdades jurídicas con el fin de superar desigualdades de hecho; visto desde el lado subjetivo, si cabe defender un derecho fundamental a un tratamiento desigual a partir del art. 14 CE.

¹¹ Destaca Jiménez Campo, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Político*, n.º 9 (1983): 72, «Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica –se señala en la sentencia de 10 de noviembre de 1981–, es la discriminación (...), es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable».

¹² Según CARMONA CUENCA, *El principio... el logro de este objetivo*, traducido en el reconocimiento de un *derecho desigual igualatorio*, permite la adopción de medidas co-

3. LÍMITES DE LOS DERECHOS SOCIALES: DISCRIMINACIÓN Y ARBITRARIEDAD

Los límites de la construcción de derechos y políticas sociales derivan de la inadmisión de resultados contrarios a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1), además de la adecuación al artículo 9.3 CE en cuanto a la vinculación de los poderes públicos, la igualdad real y la interdicción de la arbitrariedad.

En principio, la promoción por los poderes públicos de las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (artículo 9.2) se traduce a *sensu contrario* en la inconstitucionalidad de leyes y políticas promotoras de desigualdades. La jurisprudencia constitucional interpreta este precepto como un correctivo del principio de igualdad formal del artículo 14, haciendo hincapié en la necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera» sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real. De modo que «lo proclamado en el artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial» (Carmona Cuenca).

Pero la exigencia de ciertas dosis jurídicas de desigualdad formal para la promoción de la igualdad real se ajusta a la finalidad del Estado social de Derecho y a los principios rectores de las políticas sociales. En esta línea, la STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3), admite que *el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2).*

El diseño de derechos sociales implica un tratamiento desigual que debe ser justificado, mientras el trato igualitario de colectivos vulnerables no se somete a control de constitucionalidad¹³. La configuración de derechos sociales puede respetar el principio de igualdad material por destinarse a

rectoras de las situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación todos los sujetos individuales y colectivos de derechos.

¹³ Según PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, 24 y ss., mientras que la exigencia de una regulación desigual requiere una razón que imponga precisamente el tipo de desigualdad que se pretende establecer, la justificación de un tratamiento igual requiere tan sólo que no logre justificarse la obligatoriedad de la distinción.

categorías de sujetos, aunque si su aplicación deriva en desigualdades entre los mismos se produciría la infracción del artículo 9.2 CE.

La promoción de la igualdad real en aplicación del artículo 9.2 CE con su doble vertiente individual o grupal puede exigir la ruptura de la igualdad formal y también la corrección de las desigualdades materiales generadas. Las políticas y leyes antidiscriminatorias no están exentas de discriminación por la homologación de colectivos sin baremación de sus circunstancias personales y sociales ni atención a un mínimo de casuística social. En este sentido, la STC 3/1983, de 25 de enero (FJ 3) justifica un tratamiento legal distinto en aquellos supuestos en que existe o se supone una desigualdad en las condiciones materiales de los destinatarios de la norma. La quiebra de la igualdad formal responde a las consecuencias discriminatorias derivadas de la indiferenciación de sujetos desiguales, puesto que las medidas y normas tendentes a la igualdad material desembocan con frecuencia en nuevas desigualdades. En cumplimiento del artículo 9 CE, la atribución y aplicación de derechos sociales justifica tratamientos legales diferenciados para la igualdad real de ciertos sectores, grupos o categorías sociales sin cobertura legal o uniformizados injustificada y desproporcionadamente.

La pretensión de igualdad real de los individuos y de los grupos puede derivar en efectos discriminatorios dentro del campo de las denominadas por Ferrajoli *desigualdades antijurídicas*¹⁴. Por esta razón, el trato igualitario en los derechos sociales también debería someterse a un test de constitucionalidad en el supuesto de normas neutras aplicadas a sujetos en situación desigual por su derivación en la esfera de la discriminación indirecta¹⁵.

Paralelamente, el derecho de igualdad limita las posibles desigualdades irrazonables y discriminatorias, tanto en la fase inicial de atribución de derechos sociales como en su aplicación y ejercicio. Según Garrorena, «el artículo 14 comporta y exige necesariamente en nuestros días una más que cierta apreciación de las premisas materiales y sociales que de modo inexcusable hacen acto de presencia en todo juicio de igualdad»¹⁶.

Entre los límites también destaca la inadmisión de una arbitrariedad inconsecuente y propensa a efectos de desigualdad, como señala la STC

¹⁴ Como presupuestos, la desigualdad de los supuestos de hecho; finalidad constitucionalmente legítima; congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidad entre los elementos anteriores. Una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades».

¹⁵ Según Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 196, la igualdad ante la ley provoca desigualdades por vía de la discriminación indirecta.

¹⁶ Para GARRORENA, «Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la Jurisprudencia del TC», *Anales del Derecho*, Vol. 6 (1984) el artículo 9.2 debe impregnar de sentido no sólo el principio de igualdad del artículo 14 sino también cualquier otro precepto de la Constitución.

96/2002 de 25 de abril, de 2002 (FJ 8)... *si el Poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento no ha de confundirse lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia, creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ya en situaciones personales que se crean o estimen permanentes (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; y 99/1987, de 11 de junio, FJ 4)*. Para Prieto Sanchís, la valoración conjunta de elementos fácticos y normativos es lo que la jurisprudencia constitucional denomina razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad, afirmando que lo igual debe ser tratado igual y lo desigual de modo diferente¹⁷. Por esta razón, *la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (SSTC 116/1999, de 17 de junio, FJ 14; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 8)*.

Al margen de estos límites, en la realidad, la configuración legislativa de los derechos sociales presenta una excepcional amplitud amparada en su naturaleza inexigible¹⁸. La doctrina constitucional reconoce que *las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad con el fin así perseguido*. Para evitar leyes sociales discriminatorias el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10 y STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1).

Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la

¹⁷ Para PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, 23, que «C» y «D» tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos.

¹⁸ Vid., PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, 24 y ss., enfocado de este modo, no cabe duda que el principio de igualdad deja abierto un ancho campo de libre configuración legislativa, es decir, un campo donde tratamientos iguales y desiguales resultan simultáneamente lícitos o admisibles.

consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2).

En este sentido, la Jurisprudencia constitucional únicamente se refiere a *la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental* (19/1988, de 16 de febrero, FJ 6). Sin embargo, se precisa una evaluación del impacto de igualdad en términos similares al de género previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (artículo 19), tanto de las políticas públicas, como de las leyes y derechos sociales.

La configuración legal del supuesto de hecho en los derechos sociales presupone un acotamiento de los colectivos o grupos de sujetos vulnerables beneficiarios de los mismos y de las circunstancias o requisitos determinantes de su concesión, mediante una opción discrecional de política legislativa. Al respecto la STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3) admite que *la apreciación de en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda, con carácter general, confiada al legislador*. Las medidas adoptadas, que originan la desigualdad, han de estar en función del interés público sin postergar arbitrariamente otros intereses dignos de protección, y dichas medidas han de contar con un fundamento técnico-económico.

Según Ferrajoli, *las desigualdades son disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales reducidas o compensadas por niveles mínimos de igualdad sustancial que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales sociales*¹⁹.

Pero el trato diferencial en las políticas sociales para lograr unos objetivos, dificulta la prueba de discriminación en el marco de los derechos sociales. Así resulta de las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre y 61/2013, de 14 de marzo, FJ 4 b), requiriendo *que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo*²⁰.

¹⁹ Vid., FERRAJOLI, «Igualdad y diferencia», *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 2015, 12 y ss., es una. La igualdad no es un hecho sino un valor.

²⁰ Además, las SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

La justificación objetiva y razonable de las medidas de política social se facilita en base a su intrínseca finalidad de promoción de la igualdad real y la legitimidad constitucional derivada de su adaptación al artículo 9.3 CE y a los principios rectores. En esta línea, la STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6 (y STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto Brachner), dispone la constatación de que ‘la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo’ (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3, o STC 198/1996, de 3 de diciembre, FJ 2).

Desde esta perspectiva, la demostración de inconstitucionalidad y de la posible discriminación derivada de las políticas y derechos sociales se complica por sus fines y objetivos legítimos de igualdad real. La legitimidad de la política social obstaculiza en suma, la prueba de que los derechos sociales y medidas integrados en la misma resultan discriminatorios a consecuencia bien de un trato indebidamente diferenciado o también igualitario de colectivos y grupos desiguales²¹.

La justificación objetiva y razonable de los derechos sociales se incardina en la legitimidad de la política social por sus fines y objetivos de igualdad real. No obstante, el Tribunal Constitucional adiciona a este presupuesto de constitucionalidad que la desigualdad formal y el trato diferenciado no generen discriminación. En particular, la STC 145/1991, de 1 de julio (F. 2) señala que *el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE*²².

Por consiguiente, dentro de los límites expuestos, la desigualdad formal resulta difícilmente impugnable desde una perspectiva constitucional salvo si

²¹ *En conclusión, de acreditarse los dos primeros presupuestos, el Tribunal debe analizar si la medida controvertida responde a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro, es adecuada para alcanzar el objetivo perseguido y no se excede de lo que es necesario a tal fin, sin olvidar que el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la existencia de discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (SSTJUE, Brachner C-123/10 EU: C 2011: 675 ap. 56 y Elbal Moreno, C-385/11, EU: C 2012: 746 ap. 29).*

²² *Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio) y en este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 9 de febrero de 1999.*

la homogeneización y uniformidad legal de los desiguales provoca efectos discriminatorios²³.

4. APLICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA A LOS DERECHOS SOCIALES

La posibilidad de derechos sociales discriminatorios no desaparece por el hecho de integrar políticas sociales justificadas, objetivas y razonables, considerando que la vulneración del derecho fundamental de igualdad se produce mediante la neutralidad normativa y la confluencia de factores discriminatorios. En concreto, la discriminación indirecta o múltiple puede operar como denominador común en los derechos sociales por su imprevisión en las políticas sociales²⁴.

Particularmente, la discriminación indirecta se presenta como una modalidad discriminatoria atípica sin consecuencias jurídicas en el ordenamiento español, salvo por razón de género, permaneciendo como laguna en el derecho nacional pese a sus efectos adversos²⁵.

La traslación del concepto de discriminación indirecta a colectivos o sectores en situación de desventaja en virtud de disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutros, resulta verosímil a nivel jurídico y con una base jurisprudencial a través de sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 14 de noviembre de 2005 (FJ 2), al referirse a «toda disposición normativa heterónoma, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasione una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución no sean adecuados y necesarios».

²³ Sobre los límites a derechos sociales, vid., PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, 23. En el marco de una Constitución como la española, que el Estado *puede* dar vida a desigualdades normativas con el fin de alcanzar igualdad de hecho es algo que está fuera de toda duda, aunque, por supuesto, no es una competencia absoluta, sino limitada, entre otras cosas por el propio principio de igualdad jurídica. El art. 9.2 CE, dice el Tribunal Constitucional, permite «regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material».

²⁴ La Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (artículo 2.2), y la Directiva 2000/78 CE, de 27 de noviembre.

²⁵ El artículo 2.1 b) de la Directiva 2006/54/CEE, de 5 de julio, para la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, define la discriminación indirecta por razón de sexo como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo».

Los efectos colaterales discriminatorios de las normativas asépticas y aparentemente neutras son connaturales a las leyes sin transversalidad de la igualdad como derecho. Las normativas destinadas a la corrección de desigualdades tienden a provocar consecuencias discriminatorias por su generalidad y universalidad, sin diversificación ni baremación entre sujetos vulnerables. El predominio de la igualdad formal en las disposiciones amortiguadoras de las desigualdades materiales posibilita que su aplicación genere agravios comparativos e incluso, discriminación indirecta.

En los derechos sociales, esta modalidad discriminatoria apenas adquiere protagonismo salvo en relación al tratamiento neutral que provoca efectos perjudiciales a un sexo respecto de otro, reduciéndose su tipicidad al ámbito de la igualdad de género. Así la STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2) asevera que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso las mujeres–, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE».

Por otra parte, la atención legislativa a la discriminación indirecta en el campo de los derechos sociales podría actuar a modo de instrumento preventivo y sustitutivo de acciones positivas, como medidas compensatorias de desigualdades de ciertos colectivos. La prevención de la discriminación indirecta en la atribución de derechos sociales requiere una atención superior a criterios y circunstancias individuales, personales y sociales, reduciendo la necesidad de acciones positivas enfocadas a la igualdad real de los colectivos²⁶.

La modulación de la fuerza normativa de la ley o derechos según grupos personales (Jiménez Campo) basada en una justificación objetiva, razonable y en la proporcionalidad del caso concreto, su orientación a los principios rectores (SSTC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5 y 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) y la adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5), previenen y evitan la discriminación indirecta²⁷.

²⁶ Para «Carbonell, Igualdad y Constitución», *Cuadernos de la Igualdad*, n.º 1, (2004), para quien ejemplo de este tipo de medidas son las becas, la progresividad del impuesto sobre la renta, los descuentos en el acceso a servicios públicos, los beneficios en prestaciones públicas...

²⁷ Según BUSTOS BOTTAI, «Discriminación por razón de sexo y acciones positivas». (Comunicación presentada en el Seminario *Los Derechos Humanos, la utopía de los ex-*

Aunque la traslación de esta modalidad discriminatoria al campo de los derechos sociales resulta complicada no sólo por su atipicidad legal en este campo sino por su intrínseca finalidad de promoción de la igualdad material. El trato diferenciado justificado por la legitimidad de las políticas sociales impide un replanteamiento de su constitucionalidad en base a la igualdad formal entre colectivos discriminados.

La configuración legal de derechos sociales a favor de unos destinatarios específicos exige la razonabilidad de la diferencia subjetiva para justificar la excepcionalidad. La diversificación respecto del régimen jurídico general que introducen los derechos sociales requiere una justificación objetiva y razonable del tratamiento diferenciado para la protección de los colectivos vulnerables, adecuada a los bienes constitucionalmente protegidos y a los principios rectores de políticas sociales. En suma, la concesión discrecional de los derechos sociales aun siendo facultativa por los poderes públicos, no puede ser arbitraria sino razonable y proporcional entre las medidas, resultados y finalidad que persiguen²⁸.

En este sentido, la discriminación indirecta en el campo de los derechos sociales no se adapta a la denominada «discriminación por indiscriminación» (Jiménez Campo), considerando que esta última sólo tendrían relevancia jurídica a partir del artículo 14 de la *CE* cuando entre los destinatarios de la norma se incluyan sujetos que no cuenten en absoluto, entre sus condiciones personales, con el elemento o elementos al que lógicamente deben ligarse las consecuencias jurídicas imputadas, a partir de una interpretación teleológica de la norma²⁹. No obstante, podría enlazar con la discriminación por omisión en derechos sociales excluyentes de colectivos o grupos de sujetos vulnerables sin justificación ni proporcionalidad derivada de la discrecionalidad del legislador. Al respecto, *la exclusión de una categoría personal del ámbito de aplicación de una norma puede, aun sin considerarse válida en cuanto tal diferenciación, resultar irreparable por vía jurisdiccional, al no*

cludidos, mayo de 2007 en la Universidad Carlos III de Madrid.), 7, el TC sentaba la doctrina de que las violaciones al principio de igualdad se producen cuando «la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable», lo que tendría que evaluarse en cada caso concreto considerando el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la diferenciación; Jiménez Campos, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, *Revista Española de Derecho Político*, n.º 9, 1983.

²⁸ La STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013 (BOE n.º 86, de 10 de abril de 2013) confirma «como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable».

²⁹ Así, JIMÉNEZ CAMPOS, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Político*, n.º 9 (1983).

ser posible que el Tribunal extienda, sin mayores matices, la regulación antes negada a los casos afectados. En tales supuestos, la declaración consiguiente del Tribunal sí podría dar lugar, en tanto no se colme por el legislador el vacío normativo considera ilegítimo, a una situación de «inconstitucionalidad por omisión», de problemático control jurisdiccional en todo caso (Jiménez Campos).

El Tribunal Constitucional considera exclusivamente como presupuestos de la diferencia de trato la necesidad de una justificación objetiva y razonable y que no encubra una discriminación contraria al artículo 14 CE, pero sólo a propósito de la discriminación de género. El problema radica en la aplicación y extensión de esta doctrina jurisprudencial a las discriminaciones derivadas de la diferencia de trato a los derechos sociales y por otras causas discriminatorias como las circunstancias personales o sociales. Para Cascajo la Corte Constitucional ha puesto de relieve que si bien tratándose de opciones de política social y económica se confía a la discrecionalidad del legislador, no renuncia a sentar los posibles criterios de constitucionalidad de las leyes de ejecución de derechos sociales, es decir, de controlar las formas y modos propios del uso de la discrecionalidad legislativa³⁰.

La demostración de la discriminación indirecta requiere una evaluación del impacto de igualdad de las leyes tras un periodo razonable de aplicación y según estadísticas, consideradas por el TC como un medio revelador de su existencia (SSTC, 128/1.987, de 14 de Julio y 253/2004, de 22 de Diciembre, FJ 4). Aunque se exceptúa en esta modalidad discriminatoria la aportación de un término de comparación, como la existencia de un trato más beneficioso, siendo suficiente que una norma o interpretación produzca efectos desfavorables para un grupo (STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5)³¹.

En la actualidad sólo se ha desarrollado a nivel legal y jurisprudencial la discriminación indirecta por razón de sexo permaneciendo sin base jurídica esta modalidad discriminatoria por otras *causas sospechosas* de discriminación³². La desatención a las circunstancias personales, familiares o sociales

³⁰ Destaca CASCAJO CASTRO, «Derechos sociales», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 37, 19.

³¹ Como dispone el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es suficiente que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990–, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999–, trabajadores con menos fuerza física –STC 149/1991–, etc.).

³² En esta línea, STJUE de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), *«es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el*

en base a criterios rígidos de renta o estratificaciones legales puede provocar un trato discriminatorio indirecto de los beneficiarios de derechos sociales.

Ahora bien, las políticas y derechos sociales discriminatorios vertebrados en torno a la igualdad de sujetos o grupos vulnerables en situación desigual derivan en la confluencia de discriminaciones. Así se confirma por la STC 13/2001, de 29 de enero 2001 (FJ 8) admitiendo que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.

La discriminación indirecta en la configuración y aplicación de los derechos sociales puede implicar simultáneamente discriminación múltiple por adicionar una nueva discriminación a colectivos previamente discriminados. La identificación de colectivos beneficiarios de las políticas y derechos sociales penetra en el terreno de la discriminación indirecta por su homogeneización injustificada y también por obviar otras causas discriminatorias mediante un tratamiento igualitario e indiferenciado de grupos o sujetos con diverso nivel de vulnerabilidad³³.

La discriminación indirecta por causas diversas de género y la discriminación múltiple presentan una atipicidad que genera desprotección jurídica de los sujetos y colectivos discriminados, integrando una modalidad discriminatoria por omisión que se superpone a ambas causas³⁴. Esta ausencia de

Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

³³ Al respecto, vid., BARRERÉ/MORONDO TARAMUNDI, «Subordiscriminación y Discriminación interseccional: Elementos para una Teoría de Derecho Antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45 (2011), un proceso injusto de identificación de una clase o categoría específica, bien a través de la intencionalidad discriminatoria que la identifique, bien mediante la demostración de las desventajas de todos los miembros de esa categoría.

³⁴ Para Diamond Ashiagbor, *Refo de la discriminación múltiple e intersectorial en la ley de la UE* (University of London ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. I), 298, es cierto que se hace referencia a la combinación concreta de diferentes motivos de discriminación que darían lugar a la discriminación múltiple de lo cual deducimos la importancia que el legis-

regulación obliga a acciones positivas en países como España donde el ordenamiento jurídico no establece la posibilidad de que la discriminación pueda estar basada en más de un motivo a la vez.

Como consecuencia de la imprevisión legal de ambas modalidades discriminatorias, no se dispone un régimen coercitivo y sancionador con indemnizaciones, daño moral o garantías de indemnidad³⁵. Pero la indiferencia de los poderes públicos hacia sujetos multidiscriminados, generalmente mujeres con discriminación acumulativa, implica una revictimización o victimización secundaria, prohibida por Tratados Internacionales.

En principio, la gravedad de la discriminación múltiple por sus efectos nocivos, debería conllevar una agravación de la sanción o indemnización, especialmente si procede del mismo causante³⁶. La discriminación por varios factores o causas concurrentes multiplica el daño y agrava la conducta del *pluridiscriminador*. Un informe por encargo de la Comisión europea en 2006 a un grupo de expertos en derecho a la igualdad ultimado en julio de 2009 bajo el título, *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination*, aborda el estudio de soluciones legales para la lucha de la discriminación de mujeres basada en más de una causa. De nuevo se demuestra que la UE era consciente de que, en el fenómeno de la multidiscriminación, el factor mujer está mayoritariamente presente³⁷. Como conclusión más inmediata, el referido informe pone de manifiesto que existen personas que sufren discriminación por razón de diversas causas, generando

lador da a esta figura máxime cuando, como se ha dicho, ya la Exposición de Motivos de la LOI hace referencia expresa a la discriminación múltiple.

³⁵ La Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (DOUE de 15 de julio de 2010, L 180/1) do a priori».

³⁶ El artículo 25.1 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación establecía: «La persona que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley (lista abierta de motivos de discriminación) responderá del daño causado. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral». Por tanto, el daño moral se presume cuando se ha demostrado la existencia de discriminación. Siendo la discriminación múltiple, dicho perjuicio moral, será con toda probabilidad, mayor. Tradicionalmente, en los sistemas continentales el régimen de responsabilidad ha cumplido una función principalmente de reparación o compensación y solo secundariamente de prevención 98.

³⁷ Vid., SERRA CRISTÓBAL, «La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 31, Marzo 2013, p. 170, admitiendo que para el grupo de expertos, es necesario ese impulso normativo comunitario que, a su vez, incentivaría políticas nacionales en el mismo sentido. Es más, algunos de ellos recurrieron al principio de subsidiariedad para defender que el mejor modo de alcanzar mayores logros en política discriminatoria es la regulación de ésta desde el ámbito supranacional.

un mayor efecto de exclusión en ellas, lo que supone un punto de partida para nuevas políticas comunitarias de discriminación.

La discriminación indirecta múltiple tiende a convertirse en sistémica dentro del marco de las políticas y derechos sociales por su actual estadio de universalidad, y además obviar cualquier pretensión de profundizar en las desigualdades internas entre los grupos y colectivos previamente seleccionados como beneficiarios, sea por circunstancias personales, familiares o sociales³⁸. La interseccionalidad de factores, móviles y causas discriminatorias no suele reflejarse en la configuración política y legal de los derechos sociales, sin que los poderes públicos asuman íntegramente una auténtica promoción de la igualdad real³⁹.

En particular, la confluencia de determinadas causas discriminatorias previstas en el artículo 14 CE como racismo, género, circunstancias personales o sociales puede derivar en discriminación indirecta y múltiple si no se prevén legalmente⁴⁰. El revisionismo de las políticas discriminatorias y la articulación de garantías procedimentales acordes con la discriminación múltiple se abordan en la Resolución de 2 de abril de 2009, sobre Propuesta de Directiva relativa al principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. A través de diversas enmiendas concluyó que «los procedimientos jurídicos nacionales deben garantizar que un demandante pueda exponer todos los aspectos de una demanda por discriminación múltiple en un único procedimiento» (enmienda 23).

Desde una perspectiva jurisprudencial, se introduce *directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas* (STC

³⁸ A propósito, vid., REY MARTÍNEZ, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, (2008): 272, considerando que los poderes públicos españoles no sólo pueden, sino que deben empezar a adoptar este enfoque múltiple de la discriminación para identificar grupos sociales vulnerables que pueden calificarse como minorías dentro de otras minorías.

³⁹ Vid., COLL-PLANAS, CRUELLE, «La puesta en práctica de la interseccionalidad política: el caso de las políticas LGTB en Cataluña *The Implementation of Political Intersectonality for LGBT Policies in Catalonia*», *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 31, (2013), 156, se asume que las personas que agrupa en su seno no están solamente definidas por su identidad de género y sexualidad sino que en la configuración de su posición social intervienen otros factores, como la edad, la raza o la clase social.

⁴⁰ Según el TC, en este recurso de amparo no se alega trato discriminatorio por circunstancias personales o sociales (subjettivas) del art. 14 C.E, sino en una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada por el art. 31.1 C.E, con referencia al principio de capacidad económica. La STC 36/1999 de 22/03/1999 habrá vulneración del art. 14 C.E. por la Ley Tributaria únicamente «cuando arbitrariamente se establezcan discriminaciones entre contribuyentes entre los cuales no media ninguna razón objetiva de diferenciación» (ATC 230/1984, FJ 1 y 2).

181/2000, de 29 de junio, FJ 10) siendo *indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos* (STC 253/2004 de 22/12/2004). También las situaciones subjetivas comparables deben ser homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3), sin que el tratamiento desigual pueda producir consecuencias jurídicas desproporcionadas a la finalidad perseguida, para evitar resultados excesivamente gravosos o desmedidos (SSTC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 3, y 104/2004, de 28 de junio, FJ 4).

La diferencia de trato puede presentar en apariencia una justificación objetiva y razonable encubriendo una discriminación por homologar o uniformar categorías de sujetos que deben ser tratados desigualmente entre sí; y como indicio discriminatorio los tribunales atienden necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6, Sentencia TJUE de 9 de febrero de 1999).

En la práctica, las políticas y leyes sociales no deberían optar por un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica (154/2006 de 22 de mayo de 2006, FJ 8), y de la posible confluencia de factores discriminatorios. Sin embargo, se adopta la regla de que el criterio de diferenciación empleado ha de atender a *los casos ordinarios y más frecuentes y no a los casos particulares, pues la generalidad de la norma puede ser una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad; por lo que el juicio de igualdad debe realizarse teniendo en cuenta los criterios legales establecidos para la distinción y no los supuestos particulares individualizados* (STC 16/1994, FJ 5).

En consecuencia, la tendencia permanente a la igualdad formal posibilita la inversión de las leyes y políticas sociales antidiscriminatorias en discriminatorias, reflejando que la transversalidad de la igualdad debe ceder para transversalizar la desigualdad⁴¹. La tendencia a la categorización e incluso a

⁴¹ Según SERRA, *La discriminación múltiple...*, la realidad exige una visión más transversal de la igualdad, no sólo en el sentido de ver cómo las políticas de igualdad deben impregnar todas las políticas y todas las esferas de la sociedad, sino también en observar cómo de modo transversal u horizontal concurren varias causas de discriminación en una persona o colectivo. La confluencia de múltiples factores discriminatorios o las circunstancias personales, familiares o sociales de los sujetos discriminados impide un tratamiento indiferenciado de los mismos... O de atender a las especificidades que acompañan a los casos de discriminaciones aditivas.

la individualización de las políticas y derechos sociales prevendría la discriminación indirecta y múltiple aunque pueda parecer un retroceso en el principio de igualdad ante la ley⁴². Desde este prisma, el principio de igualdad como límite a la legislación social debe incluir la desigualdad objetiva, razonable o proporcionada y un tratamiento desigual⁴³. Para garantizar la igualdad resulta necesario un ordenamiento jurídico *altamente diferenciado* como exige una sociedad con una compleja tipología de desigualdades entre ciudadanos, individuos y grupos⁴⁴.

5. TENDENCIA A LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EVOLUCIÓN DEMOCRATIZADORA

5.1. Argumentaciones jurídicas

Las desigualdades entre titulares de derechos sociales no pueden ser indiferentes al legislador sin incurrir en el riesgo de discriminación indirecta y múltiple⁴⁵. No obstante, el trato jurídico diferenciado en los derechos sociales

⁴² La legislación antidiscriminatoria tiende a ser selectiva y a detectar actitudes reiteradas de prejuicios que, en muchas ocasiones, están profundamente arraigadas en la sociedad. Esas actitudes pueden reiterarse en diferentes países del mundo, incluso en varios países de Europa o dentro de un mismo Estado, pero buscar una solución universal a los problemas de la discriminación puede ser un error. De igual modo que decíamos que la respuesta a cada uno de los supuestos de discriminación interseccional ha de recibir una respuesta *ad hoc* por parte de los poderes públicos.

⁴³ Vid., PÉREZ PORTILLA, *Principio de igualdad: Alcance y perspectivas*, (México: 2005), 87 y 93 y ss., sobre el principio de igualdad como límite a la legislación, aseverando que el principio de igualdad no implica rigurosa uniformidad de tratamiento en la regulación legal, ya que, si así fuera, en ocasiones podría llegarse a resultados absurdos. Dentro del principio de igualdad tienen cabida diferenciaciones de tratamiento, aunque no la pura y simple diferenciación de tratamiento.

⁴⁴ Al respecto, vid., PÉREZ PORTILLA, *Principio de igualdad...*, 99, para quien todas estas afirmaciones confirman que la mera forma de regulación general y abstracta y de la aplicación igual de la ley, no son garantía suficiente de la igualdad. Ésta requiere además unas exigencias en la selección por el legislador de los criterios de diferenciación, dada la imposibilidad de otorgar el mismo tratamiento a todas las personas y dada la necesidad correlativa de proceder mediante distinciones normativas en un orden jurídico tan altamente diferenciado como el que la compleja sociedad actual exige. Se comprueba así que la igualdad se inserta en una especie de concepto de admisión o rechazo de las desigualdades de trato, al tiempo que se aleja de la idea de una paridad estricta ante la ley. Así, se trata de limitar el poder soberano del legislador, limitando su discrecionalidad al exigirle una justificación de la diferenciación del tratamiento jurídico entre sujetos.

⁴⁵ Vid., MONEREO ATIENZA, «Herramientas para una teoría de los derechos sociales», *Anuario Filosofía del Derecho*, n.º 22, (2005): 270 y ss. los derechos sociales son principalmente *derechos de igualdad* *Doscientos setenta y dos* dad no garantiza la igualdad en

para eludir la discriminación indirecta o múltiple colisiona con el criterio de universalidad intrínseco a sus fines de integración social⁴⁶. Los fines inclusivos y solidarios inherentes a los derechos sociales impiden considerar la discriminación encubierta bajo la idea de universalidad⁴⁷.

La selección subjetiva de titulares de derechos sociales no suele replantearse ni sujetarse a un control o escrutinio de constitucionalidad por discriminación, pese al riesgo de inconstitucionalidad y la ausencia de evaluación del impacto discriminatorio⁴⁸. El acotamiento subjetivo de los derechos sociales no se fiscaliza desde una perspectiva constitucional en base a su carácter concesional, a modo de donación unilateral de los poderes públicos⁴⁹. Si bien el reforzamiento constitucional de la asignación subjetiva de derechos sociales permitiría a su vez constitucionalizar la desección y la regresividad por ausencia de motivación constitucional y aplicación de la doctrina de los actos propios a los poderes públicos⁵⁰. El proceso

los resultados, es decir, que partiendo de posiciones iguales se tengan los mismo efectos, ya que siempre hay circunstancias no legales (riqueza, azar, etc.) que pervierten esa igualdad inicial. Así, se debe interpretar la igualdad material como igualdad en los resultados o igualdad en el punto de llegada, que será consecuencia del conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para lograr una semejante calidad de vida.

⁴⁶ Destaca LIBORIO HERRERA, «Estado, Constitución y Derechos sociales», *Revista de Derecho del Estado*, n.º 5, (2003): 85, la idea de integración social toma la forma de universalidad... la universalización de la necesidad par a la integración social, se inscribe en la lógica de la integración social.

⁴⁷ Vid., LIBORIO HERRERA, *Estado, Constitución...*, 88, sobre la doctrina que defiende la universalidad de derechos a través de categoría de solidaridad.

⁴⁸ Al respecto, NIKKEN, «La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista IIDH*, Vol. 52, 123, Es igualmente inexacto que todas las personas estén en condiciones de absoluta igualdad frente a los derechos civiles y políticos. Por una parte, hay numerosas disposiciones y medios de protección específicos para atender la situación especial de personas o grupos de personas especialmente vulnerables, que son tratadas de una manera hasta cierto punto selectiva. Por tanto, los criterios de distinción fundados en razones de temporalidad, de materia o de persona no resisten un escrutinio detenido y aparecen como criterios rígidos enderezados a establecer una diferenciación preconcebida.

⁴⁹ Vid., LIBORIO HERRERA, *Estado, Constitución...*, la capacidad del Tribunal Constitucional para controlar el desarrollo legislativo de los derechos sociales sólo alcanza a controlar si la legislación se sitúa por debajo de un mínimo constitucionalmente inadmisibles. Pero sería importante tener en cuenta que la capacidad de un Tribunal Constitucional para controlar si la legislación implementa adecuadamente los derechos a protección, organización y procedimiento tampoco alcanza más allá de un mínimo constitucionalmente inadmisibles.

⁵⁰ Para NIKKEN, *La protección de...*, 32 y 123, una vez configurados los derechos sociales no pueden ser discriminatorio y sobre la insuficiencia de la universalidad de los derechos sociales.

especificador para determinación de los sujetos titulares de derechos puede ser discriminatorio por regresivo y también arbitrario sino han cambiado las circunstancias ni el supuesto de hecho⁵¹. La introducción de desigualdades normativas pese a gozar en origen de una fundamentación constitucional puede provocar desviaciones, y se hallan permanentemente expuestas a que su pretensión de igualdad material genere desigualdades aplicativas sin causa o justificación objetiva o razonable⁵². Según Prieto Sanchís, *debe admitirse como constitucional que| trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de iure... dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica*. La exclusión indebida de colectivos, el agravio comparativo entre sujetos vulnerables, o la desatención a circunstancias personales o familiares pueden plantear la constitucionalidad de los derechos sociales concedidos⁵³.

Sin embargo, la aportación de un *tertium comparationis* capaz de quebrar la convicción de que varios sujetos han de ser tratados de modo igual, puede basarse en circunstancias personales o familiares, sociales⁵⁴. La introducción de desigualdades normativas fundamentada en origen puede, no obstante, degenerar en un trato igualitario discriminatorio en el seno del grupo seleccionado como destinatario de los derechos subjetivos, si genera desigualdades injustificadas⁵⁵.

⁵¹ Vid., PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, 22, se observa aquí lo que Bobbio ha llamado un proceso de *especificación*, «consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos.

⁵² Según PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, 22, todos los derechos prestacionales son expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en un dar o en un hacer en favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas.

⁵³ PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...* por ejemplo, si el Estado decide que un cierto grupo de niños obtenga educación gratuita atendiendo a su renta familiar, el juicio de igualdad de *iure* no necesita plantearse si con tal medida se limita la desigualdad entre niños pobres y ricos, sino sólo si han quedado indebidamente excluidos algunos niños.

⁵⁴ Para PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, 23, toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada», y la fijación de ese *tertium* «es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga, y afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común.

⁵⁵ Para PRIETO SANCHÍS, 24 y ss., Si no me equivoco, esta valoración conjunta de elementos fácticos y normativos es lo que la jurisprudencia constitucional denomina razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad: ñ existe discriminación cuando «la desigual-

La individualización o categorización máxima en el reconocimiento derechos sociales como mecanismo antidiscriminatorio, implicaría una reversión de la igualdad formal en términos próximos a las leyes *ad personam*⁵⁶. Pero la desigualdad formal y material entre colectivos vulnerables y discriminados no puede considerarse inconstitucional siempre que se adapte a los presupuestos de la Jurisprudencia constitucional. En particular, *la diferenciación normativa no está prohibida siempre que haya fundamento aunque debe superar la presunción de que la igualdad formal no es discriminatoria y la carga de demostración de su carácter justificado en los casos en que el factor diferencial, es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta*» (STC 81/82, de 21 de diciembre).

La traslación de la igualdad formal a los derechos sociales se traduce en una abstracción de la delimitación de sus titulares contraviniendo el artículo 14 CE por falta de contextualización en relación a sus circunstancias discriminatorias⁵⁷. Pero la universalidad inherente a la construcción teórica de los derechos sociales no puede justificar suficientemente la homogeneización y uniformidad de colectivos en situación desigual.

A la integración social como fundamento del trato diferenciado en este tipo de políticas y derechos se suma la imposibilidad económica de su reconocimiento universal. Sin embargo, la igualdad formal en el marco de los derechos sociales incrementa su coste económico por el trato igualitario de titulares con una diversidad de circunstancias discriminatorias que podrían

dad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable»⁵⁴; para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual «esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable»; el principio de igualdad exige «que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma.

⁵⁶ Vid., JIMÉNEZ CAMPOS, *La igualdad jurídica...*, cit., de la absoluta prohibición de leyes *ad personam* y que ha llegado posteriormente, a reconocer la existencia irrefragable de disposiciones de este tipo. También el Tribunal Constitucional italiano, por su parte, en sentencias como la número 80, de 14 de abril de 1969, ha admitido la posibilidad jurídica de tales normas (20). A la postre, la prohibición del privilegio que fundamentaba la desconfianza frente a la ley singular puede quedar razonablemente atendida, aunque con un control de otro tipo, a través de la interdicción de la discriminación.

⁵⁷ Para MONEREO ATIENZA, *Herramientas...*, 270 y ss., el problema que tradicionalmente se ha planteado es el de la abstracción en la titularidad de los derechos como factor de descontextualización del ser humano y de consecuente exclusión ideológica de colectivos como la mujer o el extranjero. La universalidad se ha convertido en uno de los temas más conflictivos desde el fenómeno de la globalización. La fragmentación cultural, política y jurídica ha cuestionado el carácter universal de los derechos ya que la contradicción entre su proclamación teórica mayoritaria y su inobservancia práctica es evidente y reconocida unánimemente.

barearse disminuyendo el gasto público⁵⁸. La promoción de la igualdad real mediante el recurso a la igualdad formal en los derechos sociales para cumplir sus fines de universalidad genera un coste superior que un trato diferenciado de los sujetos beneficiarios de los mismos y obliga a replantear la universalidad a efectos de justificación económica objetiva, razonable y proporcionada.

La extensión de los derechos sociales al máximo número de destinatarios parece incentivar su eficacia en cumplimiento de la función correctora social e igualadora. Pero la reducción de desigualdades sociales se verifica a través de la igualdad formal entre estos colectivos sin atender a la posibilidad de discriminaciones basadas en un trato igualitario de sujetos desiguales. Por esta razón, en ciertos espacios legales se han normalizado las diferencias como garantía de sujetos en situación de inferioridad jurídica (en el ámbito laboral en beneficio de los trabajadores o de la mujer, entre otros)⁵⁹. Si bien la ausencia de progresividad en la atribución concesional de los derechos sociales puede propiciar tratos igualitarios injustificados entre los beneficiarios, al margen de incrementar el coste económico de las políticas sociales.

El principio de progresividad en el plano de los derechos implica la obligación del Estado de generar una mayor protección y garantía de los derechos, sin embargo, en el derecho tributario determina que los impuestos deben acrecentarse a medida que crece la capacidad contributiva del contribuyente⁶⁰. Ambas vertientes pueden resultar contradictorias si la superior tutela de los derechos sociales se interpreta como una ampliación del ámbito

⁵⁸ Vid., MONEREO ATIENZA, *Herramientas...*, 270, esto es así porque la escasez de recursos impide que puedan reconocerse los derechos sociales a todos. Para este autor, la realidad de la escasez no es sólo la base para una concepción económica de la sociedad, ya que si al análisis económico se le añaden ingredientes éticos y políticos la escasez también es un punto de partida para justificar el derecho.

⁵⁹ *Se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de igualdad formal en beneficio del trabajador. Una vez satisfechas las exigencias de igualdad formal y no discriminación que impone el art. 14 de la Constitución, la propia norma constitucional obliga a atender los requerimientos de la igualdad real, a cuyo fin se ordena el criterio legal de «la capacidad económica del sujeto infractor que aquí se combate, y que resulta así no sólo compatible con el art. 14 de la Constitución sino también justificado o exigido por el art. 31.1 en relación con el art. 9.2 del propio texto constitucional.*

⁶⁰ Para CARBONELL, *Eficacia...*, la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en relación con los derechos sociales; para Abramovich/Courtis, la noción de «progresividad» y la adopción de medidas «hasta el máximo de los recursos disponibles». La obligación de «progresividad» requiere del Estado una mejora constante en la situación de goce de los derechos sociales.

subjetivo en el sentido de una mayor universalidad, incluso, aunque exceda de colectivos vulnerables a modo de tarifa plana o *café para todos*.

Ahora bien, la progresividad desde una perspectiva fiscal puede resultar extrapolable a los derechos sociales considerando que el crecimiento de la capacidad económica incrementa la contribución impositiva con destino a gastos comunes de la sociedad (servicios públicos y sociales). Este principio significa que crece y se grava más la accesibilidad a derechos sociales al aumentar el ingreso bruto o la capacidad económica. Pues la atribución de derechos sociales no puede prescindir del criterio de progresividad fiscal uniformizando a los sujetos y atribuyéndolos con independencia de la capacidad económica. No resulta coherente que mientras a nivel tributario se admita y aplique la progresividad por clases o grupos de renta o por escalones de renta, se configuren derechos sociales ajenos al objetivo de igualdad real. El trato igualitario de los desiguales mediante una aplicación preferente de la universalidad sobre la progresividad, puede contribuir a intensificar las desigualdades, al margen de una discutible asignación de recursos económicos para los derechos sociales y un gasto público superior⁶¹.

La presunción de legitimidad constitucional en torno a la universalidad de los derechos sociales en los términos configurados por el legislador, impide visibilizar el fenómeno de la discriminación indirecta múltiple, permaneciendo en la actualidad como un reto constitucional de los poderes públicos.

La evaluación de las políticas sociales y de la aplicación de los derechos sociales posibilitaría la apreciación de efectos discriminatorios atendiendo a las quejas de los colectivos vulnerables y sus necesidades. El análisis de los resultados permite la valoración de las desigualdades generadas por la aplicación de la igualdad real a través de la desigualdad normativa⁶².

5.2. *Tendencia individualizadora en los servicios sociales*

La condición intrínsecamente prestacional de los derechos sociales obliga a la adopción de las tendencias evolutivas de los servicios públicos;

⁶¹ Vid. NIKKEN, *La protección de los derechos humanos...*, 22.

⁶² Entre otros, vid. MONEREO ATIENZA, *Herramientas...*, así, se debe interpretar la igualdad material como igualdad en los resultados o igualdad en el punto de llegada; Abramovich y Christian Courtis, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, repositoriocdpd.net:8080/.../Art_CourtisC_ApuntesExibilidadJudicial_2001.pdf?, los derechos sociales, y las de reserva, universalidad y generalidad de ley en la reglamentación de derechos sociales— es necesario desarrollar herramientas de análisis capaces de evaluar la concreción o el incumplimiento de principios fundamentales en materia de derechos sociales: la prohibición de discriminación, el principio de preferencia por los grupos que se encuentran en peor situación, y la prohibición de regresividad o de retroceso social.

por esta razón, los derechos sociales al servicio de derechos prestacionales no pueden ser ajenos al proceso de individualización iniciado en los servicios públicos⁶³.

En esta línea, admite Salazar Pizarro que los derechos sociales son derechos individuales pues pertenecen a la categoría de derecho subjetivo y no pueden ser considerados derechos colectivos. Sin embargo, la universalidad intrínseca a los derechos sociales ha solapado su carácter individual como impedimento para su personalización⁶⁴. La consideración de los beneficiarios de servicios sociales como grupos homogéneos no oculta que en su seno existen necesidades y circunstancias personales y sociales diversas.

Su conversión en derechos de grupo deriva de la universalidad característica de los derechos sociales aunque, en realidad, su causa finalista debe enfocarse a la protección de intereses individuales⁶⁵. Habría que diferenciar entre el acceso a la titularidad de derechos sociales del grupo y la posesión o aplicación de los mismos en el ámbito de los servicios públicos sujetas a las necesidades individuales. En esta línea, la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales (artículo 5), se regula el derecho a acceder al sistema de servicios sociales, sin discriminación por razón de edad, lugar de nacimiento, etnia, sexo, orientación sexual, estado civil, situación familiar, enfermedad, discapacidad física, intelectual o sensorial, religión, ideología, opinión o cualquiera otra circunstancia personal o social; o los Planes de Trabajo Individualizado de alumnado con necesidades especiales de apoyo educativo por discapacidad intelectual).

La tendencia a servicios sociales individualizados a través de políticas públicas debe influir en la individualización de los derechos sociales. La

⁶³ Vid., PRIETO SANCHÍS, *Los derechos sociales...*, p. 22, las características que hemos postulado para los derechos sociales, aquí lo que interesa subrayar es su papel al servicio de los derechos prestacionales.

⁶⁴ Según SALAZAR PIZARRO, «Fundamentación y estructura de los derechos sociales», *Rev. Derecho (Valdivia)* vol.26, n.º 1 (2013), los derechos sociales son derechos individuales, pues los primeros pertenecen a la categoría de derecho subjetivo, siendo esta noción eminentemente individual, por ende, los derechos sociales son derechos individuales. Los Al respecto, los derechos sociales no pueden ser considerados como derechos colectivos, pues el reconocimiento de estos derechos a favor de un colectivo no se debe a la pertenencia de alguien a un determinado grupo de individuos, si fuera lo contrario se estaría atentando a la autonomía del individuo y discriminando a quienes no pertenecen a una colectividad, limitando el carácter universal de los derechos sociales.

⁶⁵ Destaca GORKA MORENO, «La reformulación del Estado del bienestar: el *workfare*, las políticas activas de empleo y las rentas mínimas», *Revista de Servicios Sociales*, n.º 43, (2008): 189 y 191; SALAZAR PIZARRO, *Fundamentación...*, señala Arango que en idéntico sentido argumenta Daniel Riveros, al sostener que los derechos sociales no buscan proteger intereses colectivos, sino que individuales; y que por técnica legislativa se ha clasificado a la población.

juridificación de derechos sociales individualizados abre la vía a la exigibilidad de su adaptación a las circunstancias personales, familiares y sociales para evitar consecuencias discriminatorias.

La individualización de los servicios sociales se regula como derecho aunque permanece aún reducida a protocolos (Protocolización de la intervención individualizada con mujeres que viven o han vivido violencia de género), o programas, incluso pese a su previsión legal (Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales (artículo 5), «derecho... a disponer de un programa individual de atención en los términos que establezca la legislación estatal o autonómica en materia de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia»). El derecho individual a los servicios sociales se presenta como *soft law* en la actualidad sin un respaldo normativo como refleja la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer 2013-2016, aprobada el 26 de julio de 2013 fijando como uno de los objetivos generales los Planes Personalizados para las víctimas, mientras la Conferencia Sectorial de Igualdad reunida el 17 de junio de 2013, aprobó la puesta en marcha del plan personalizado para las víctimas de violencia de género y los menores a su cargo. Los servicios sociales promueven una brecha en el modelo de derechos sociales limitado actualmente a colectivos estanco (mujeres maltratadas, discapacitados, dependientes...) para progresar hacia una atención personalizada y contextualizada a sus circunstancias personales, familiares o sociales.

Pero estas estrategias, programas o planes individualizados de servicios sociales en el marco de las políticas públicas adolecen de idéntica naturaleza concesional y ausencia de exigibilidad de los derechos sociales, participando del mismo voluntarismo de la Administración y los poderes públicos en su diseño. Sin embargo, *a sensu contrario*, la desatención a las circunstancias personales, familiares y sociales puede ser un factor discriminatorio que **obliga** jurídicamente a su consideración en las políticas, derechos y servicios sociales.

Predomina la convicción de que no siendo los derechos sociales vinculantes tampoco pueden serlo los derechos prestacionales derivados ni los servicios sociales, aunque los límites jurídicos operan con plena coercibilidad a pesar de la inexigibilidad característica de aquéllos. En concreto, la igualdad como derecho fundamental no se desactiva por esta naturaleza de los derechos sociales ni por la ausencia de una legislación de desarrollo.

Los servicios sociales personalizados determinan un derecho a la individualización de los derechos sociales que imprime exigibilidad a los mismos a través del derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias familiares, sociales y personales. El derecho a prestaciones sociales a la medida de los destinatarios de derechos sociales, influye en una concepción personalizada de la universalidad.

Los derechos sociales no pueden, en suma, permanecer indiferentes a la progresiva consolidación de derechos personalizados a prestaciones sociales. La universalidad homogénea de los derechos sociales colisiona con la tendencia a la individualización de su contenido prestacional. Desde una perspectiva antidiscriminatoria y personalizada de los derechos sociales, se refuerza su carácter irreversible y se contiene el riesgo de involución. La desarticulación del sistema de derechos sociales se enfrenta a la desmotivación de las discriminaciones de colectivos vulnerables y además, por sus circunstancias personales, familiares y sociales. La personalización de los derechos sociales contribuye, por consiguiente, a visibilizar la posible arbitrariedad de las políticas sociales de recortes en gasto público⁶⁶. La asistencia individualizada y personalizada es necesaria para la eficacia jurídica de los derechos y servicios sociales sanitarios, educativos, laborales, asistenciales, especialmente en un contexto de crisis económica que exige una distribución certera de los recursos públicos⁶⁷. La universalidad indiferenciada y formal conduce al inmovilismo de los derechos sociales y a las desigualdades o agravios comparativos en el seno de los colectivos vulnerables⁶⁸. La igualdad como límite de los derechos sociales integra lo que puede considerarse el contenido esencial como núcleo irreductible⁶⁹.

⁶⁶ Para BERNAL PULIDO, «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales?”» de Fernando Atria, www.cervantesvirtual.com/.../fundamento-concepto-y-estructura-de-los-derechos-soci, esto quiere decir que la legislación de desarrollo de estos derechos es irreversible; que cuando los derechos sociales adquieren un determinado grado de realización, no puede haber una involución que parta de decisiones legislativas. A su vez, a esta prohibición corresponde un derecho individual, exigible ante los tribunales, y que funciona de manera similar a los derechos adquiridos de la doctrina civilista. Los individuos beneficiarios de las prestaciones estatales tienen derecho a seguir disfrutando de ellas, y por tanto, pueden instaurar pretensiones de inconstitucionalidad en contra de las leyes que intenten desarticularlas.

⁶⁷ Respecto de la controversia sobre el significado de la igualdad en el artículo 14 de la Constitución Español «la igualdad no es un derecho, puesto que es un modo objetivo de ser la ley prescrito por una norma constitucional», mientras Javier GÁLVEZ, «situar la igualdad como uno más entre los derechos y libertades que se proclaman, sino como uno de los presupuestos necesarios para la efectividad de aquéllos»; Casas Bahamonde, Comentarios a la Constitución, La Ley, 2009, p. 292, sobre la prohibición de discriminar como cláusula abierta.

⁶⁸ Para MONEREO ATIENZA, «Herramientas...», c *Anuario Filosofía del Derecho*, (2005): 22, la universalidad no puede ser entendida como universalidad abstracta, sino como universalidad de la diferencia; Liborio Hierro, Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2010, p. 256, serían inevitablemente derechos imperfectos bien por su imposible universalidad, bien por su contenido indefinido, bien por su necesariamente imperfecta protección.

⁶⁹ Según BERNALD PULIDO, *Fundamento, concepto...* la libertad de configuración de los derechos sociales, esta libertad debe respetar un mínimo esencial exigido por estos

5.3. Evolución democratizadora de los derechos sociales: transparencia y participación

Por último, la democratización de los derechos sociales proviene a través de la ciudadanía de los servicios públicos locales, basada en los principios administrativos emergentes de información y participación. La transversalidad de los derechos de información y participación diseñan un nuevo modelo de estado de bienestar, con la reconversión de los derechos sociales en derechos de la ciudadanía⁷⁰. En particular, el proceso constructivo de derechos a la información pública y participación aplicables a los servicios públicos, aporta exigibilidad a los derechos sociales. El concepto de usuario de servicios tiende a ser reemplazado por la condición de ciudadano titular de derechos sociales, pues como señala López Camps *los ciudadanos no quieren ser receptores pasivos de los servicios públicos y aunque se igualen los conceptos de cliente y ciudadano se pierde el sentido de la responsabilidad ciudadana, reducido a la dimensión de consumidor de servicios y por lo tanto, únicamente le reconocen sus derechos individuales (los derechos de ciudadanía serían prácticamente los derechos del consumidor) renunciando, con ello, a admitir como ciertos los derechos y deberes de ciudadanía, o la defensa del interés general*⁷¹. En la práctica, el derecho de acceso a la información de los servicios públicos juridifica los derechos sociales y la transparencia pública en su configuración y aplicación y, concretamente el deber legal de publicidad activa se proyecta sobre las políticas, derechos y servicios sociales. Así, el Comité de Ética de los Servicios Sociales de Cataluña reconoce el derecho a la información en todos los servicios sociales y a la participación democrática de las personas atendidas o de sus representantes legales en aquellos servicios que así se establezca en la norma que la regule. La atribución de un derecho a recibir información sobre los servicios y las prestaciones públicas, *los criterios de adjudicación, las prioridades para recibirlos, los derechos y deberes de las personas usuarias, así como de los mecanismos de presentación de quejas y reclamaciones (artículo 5 Ley de*

derechos, que se concreta en: un mínimo de actividad legislativa, la satisfacción del mínimo existencial y el derecho al no retroceso en las prestaciones correspondientes al núcleo esencial de los derechos sociales.

⁷⁰ Según LÓPEZ CAMPS, *La gestión de calidad...*, 3 y 7, el sentido desde una nueva lógica política, mucho más atenta a la participación y al desarrollo de la democracia. La crisis del modelo de bienestar también cuestiona el modelo de gobernabilidad practicado en las últimas décadas... Los ciudadanos piden que las administraciones públicas está más atentas y receptivas a las necesidades de los ciudadanos y presten sus servicios con la misma, o mejor calidad, como lo hace el sector privado).

⁷¹ Vid., GANUZA FERNÁNDEZ/GÓMEZ FORTES, «Control político y participación en democracia: los presupuestos participativos», *Digital CSIC*, 2008, p. 14.

Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales), implica en consecuencia un «subderecho social» exigible y vinculante.

De otra parte, la participación en los servicios municipales mediante consultas, quejas y sugerencias también refuerza los deberes de los poderes públicos en la esfera de los derechos sociales⁷². Aunque en la actualidad las modalidades participativas en los servicios sociales se basan exclusivamente en instrumentos que permiten sólo conocer la valoración de los *ciudadanos sobre el funcionamiento de cualquier servicio municipal (sondeos o estudios de opinión) o el grado de satisfacción de los usuarios respecto del funcionamiento de los servicios públicos municipales*». No obstante, en última instancia, resulta paradójico que los derechos transversales de información y participación, impriman potencialmente a los derechos sociales un vigor jurídico superior al que presentan por su intrínseca naturaleza.

TITLE: Limits and evolution of social rights Towards its individualization?

RESUMEN: La introspección jurídica en la igualdad como límite de los derechos sociales posibilita el revisionismo del modelo actual y de sus presupuestos en torno a la universalidad y colectivos estanco. La transversalidad de la igualdad contribuye a fundamentalizar los derechos sociales y a reforzar su vinculación jurídica, pero también a visibilizar los efectos discriminatorios de un trato igualitario entre titulares de los mismos. La abstracción de elementos diferenciadores con relevancia jurídica en el diseño de políticas sociales, la inaplicación del principio de progresividad, la ausencia de evaluación de los resultados derivados, fundamentan un control constitucional. La discriminación indirecta, múltiple y por circunstancias personales, familiares o sociales se concitan en el desarrollo práctico de los derechos sociales, cuestionando su constitucionalidad. Como mecanismo antidiscriminatorio y de eficacia, este estudio plantea la posibilidad jurídica de derechos individuales sobre los derechos sociales, con base en la tendencia actual de un derecho personalizado a servicios sociales.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, igualdad, discriminación, individualización.

ABSTRACT: Legal introspection in equality as the limit of social rights makes possible the revisionism of the current model and its presuppositions

⁷² Para LÓPEZ CAMPS, «La gestión de...», cit., p. 14, la administración debe fomentar la participación activa de los ciudadanos. Estos no quieren ser receptores pasivos de los servicios públicos. Buena parte de la actividad administrativa municipal, por ejemplo, mejoraría sensiblemente si hubiese por un lado una mayor implicación de los usuarios de los servicios y por otra parte una mayor participación de los empleados públicos en la mejora de su prestación.

around the universality and sealed collective. The mainstreaming of equality contributes to the founding of social rights and to reinforcing their legal linkage, but also to making the discriminatory effects of equal treatment between the rights holders visible. The abstraction of differentiating elements with legal relevance in the design of social policies, the inapplication of the principle of progressivity, the absence of evaluation of the derived results, are based on constitutional control. Indirect discrimination, multiple and by personal, family or social circumstances are aroused in the practical development of social rights, questioning their constitutionality. As an antidiscrimination and efficacy mechanism, this study raises the legal possibility of individual rights over social rights, based on the present tendency of a personalized right to social services.

KEY WORDS: Social rights, equality, discrimination, individualization.

RECIBIDO: 08.04.2017

ACEPTADO: 30.05.2017

EL FEDERALISMO JUDICIAL ESTADOUNIDENSE

Rosario Serra Cristóbal

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp301-330](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp301-330)

SUMARIO: 1. UN PODER JUDICIAL A IMAGEN DEL ESTADO FEDERAL EN QUE SE INSERTA. 2. UNA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL DUALISTA. 2.1. *La organización jurisdiccional federal*. 2.2. *La jurisdicción estatal estadounidense*. 3. LA ARTICULACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN FEDERAL Y LA JURISDICCIÓN ESTATAL. 4. EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL EN ESTADOS UNIDOS. 5. EL ESTATUTO JUDICIAL: LA SELECCIÓN, PROMOCIÓN, INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES. 5.1. *Un sistema de selección de jueces plural*. 5.2. *La promoción judicial*. 5.3. *Jueces independientes y responsables*. 6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA INTERSECCIÓN ENTRE LAS ORGANIZACIONES JUDICIALES ESTATALES Y FEDERAL.

1. UN PODER JUDICIAL A IMAGEN DEL ESTADO FEDERAL EN QUE SE INSERTA

Hablar del sistema judicial estadounidense es hablar de 51 sistemas judiciales, 50 estatales y uno federal, es abordar un sistema federal judicial creado siguiendo la senda del propio federalismo del país. Como decía Blanco Valdés, «el federalismo americano, en gran medida como fruto de su historia irreplicable, es verdaderamente peculiar»¹ y esa afirmación puede mantenerse, como se demostrará en este trabajo, también respecto del poder judicial.

¹ Roberto BLANCO VALDÉS, *Los rostros del federalismo*, (Madrid: Alianza Editorial, 2012), 164.

La federación es una construcción creada precisamente por la Constitución de los Estados Unidos de América (EEUU) en 1787². Cada uno de los Estados que conformaron los Estados Unidos tenían en su origen (y mantienen) su Parlamento, su gobierno y sus Tribunales, y con la federación se vino a crear un Parlamento, un Gobierno y unos Tribunales, adicionales, todos ellos federales y por lo tanto comunes a todos los Estados.

En lo que a la conformación del poder judicial se refiere, el modelo judicial adoptado en Estados Unidos resulta del establecimiento de una dualidad jurisdiccional, la federal y la estatal, lo cual se traduce en que el poder judicial está compuesto de dos niveles jurisdiccionales independientes uno del otro. En la cúspide del poder judicial los padres constituyentes ubicaron al Tribunal Supremo como parte del plan federal del nuevo Estado. Como recuerda Blanco Valdés, «De hecho, el transcurso del tiempo pronto iba a demostrar la importancia decisiva del Supremo como instrumento para hacer efectiva la vigencia no sólo del derecho federal sino también de la que era su máxima expresión, es decir, de la Constitución aprobada en Filadelfia»³. El protagonismo y poder del Tribunal Supremo norteamericano es de sobra conocido y ha dado muestras de su importancia en las disyuntivas que EEUU ha tenido que afrontar en momentos cruciales⁴.

Efectivamente, en la evolución del federalismo norteamericano hay que reconocer un importante protagonismo al poder judicial y, en concreto, al Tribunal Supremo norteamericano. Así, se señala el periodo de la Presidencia de Roger B. Taney en el Tribunal Supremo (1836-1864) como un periodo en el que se impulsó especialmente el federalismo dual, donde el principio central que iluminó la interpretación de la Constitución era el principio del equilibrio federal, según el cual la distribución de poderes entre el poder nacional y los estados era algo esencialmente fijo e inmutable y la idea de que el orden federal se caracteriza sobre todo por la existencia de dos esferas de gobierno (la estatal y la federal) separadas e independientes entre sí⁵. Tras ese periodo, el Tribunal Supremo mantuvo una acción sostenida contraria a la acción legislativa del Gobierno federal y algunas leyes también estatales. El verdadero cambio será notable tras la gran depresión. En los primeros años, el nuevo federalismo cooperativo intentó ser frenado por la mayoría del Tribunal Supremo, hasta tal punto que el Presidente Roosevelt presentó un

² Sobre el origen del Federalismo véase el magnífico trabajo de BLANCO VALDÉS: *Los rostros ...*, pp. 46 y ss.

³ *Ibidem*, p. 54.

⁴ Sobre el importante poder del Tribunal Supremo y la necesidad, según algunos autores, de frenar ese exceso de poder puede verse, James MACGREGOR BURNS, *Packing the Court*, (New York: Penguin Books, 2010).

⁵ BLANCO VALDÉS, *Los rostros del federalismo...*, 245.

proyecto de normativa, que finalmente no se aprobó, que pretendía modificar la composición del Tribunal Supremo para obtener una formación menos conservadora que facilitase la pervivencia de las nuevas leyes federales intervencionistas que iban aprobándose. No obstante, acabó produciéndose un giro en los criterios de algunos jueces tradicionalmente conservadores y tomó cuerpo un histórico cambio de doctrina que dejó patente su disposición a aceptar la intervención pública en la economía⁶.

Así pues, el poder judicial estadounidense es producto e imagen del propio modelo federal de este país y a su vez ha colaborado, especialmente su Tribunal Supremo, al devenir de ese federalismo.

En los siguientes puntos analizaremos cómo se manifiesta ese federalismo dual en la organización del poder judicial, las competencias que se atribuyen a los diferentes Tribunales y cómo se articulan, quién tiene capacidad de crear nuevos órganos jurisdiccionales, a quién corresponde el gobierno de estos Tribunales, y cómo se designan los jueces que los conforman. Y por último, se advertirá de que esa estancaneidad entre la organización jurisdiccional federal y la estatal tienen sus lógicas quiebras derivadas de la actuación bajo un mismo ordenamiento encabezado por la Constitución federal.

2. UNA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL FEDERAL DUALISTA

El principio federal tiene sus efectos sobre la organización del poder judicial, encontrándonos, como se ha adelantado más arriba, con órganos jurisdiccionales vinculados al Estado federal y una organización jurisdiccional estatal vinculada a cada uno de los Estados. Se trata de la confluencia de organizaciones judiciales que están separadas, aunque relacionadas entre sí en algún aspecto.

En el caso de EEUU, esta federalización del poder judicial no deriva de una imposición Constitucional, pues el art. III hace referencia al poder judicial sin apellidos, aunque de su lectura y de las funciones que al Tribunal Supremo y a otros Tribunales les otorga se deriva que está haciendo referencia a la jurisdicción federal. De hecho, cuando se aprobó la Constitución estadounidense y se crearon los Estados Unidos de América, los Estados integrantes ya tenían aprobadas sus propias Constituciones donde la organización jurisdiccional de ellos quedaba definida. Es pues en las Constituciones de los Estados miembros donde se encuentra la regulación de la jurisdicción estatal.

⁶ *Ibidem*, p. 255.

2.1. La organización jurisdiccional federal

Como decíamos, la Constitución estadounidense únicamente hace referencia al poder judicial federal. De hecho, tan solo menciona al Tribunal Supremo en el art. III⁷, aunque deposita el poder judicial igualmente «en los Tribunales (federales) inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo».

Igualmente se reitera esta facultad en el art. I sección 8.9 cuando atribuye al Congreso la potestad para crear Tribunales inferiores a la Corte Suprema. Fue la *Judiciary Act* de 1789 la que estableció la existencia de dos niveles de Tribunales federales inferiores al Tribunal Supremo: las *District Courts* y las *Circuit Courts*. Estas segundas fueron sustituidas a partir de 1891 cuando se empezaron a crear las *Circuit Courts of Appeal*, como Tribunales de apelación. Durante las primeras décadas el número de Tribunales federales fue muy limitado. La judicatura federal fue aumentando con el tiempo, experimentando su crecimiento más notable tras la Segunda Guerra Mundial.

Así, haciendo uso de la facultad del art. I de la Constitución, el Congreso ha creado algunos Tribunales para cumplir con determinadas cuestiones específicas: 3 *District Courts* in Guam, U.S. Virgin Islands, y la de Northern Mariana Islands; y 5 Tribunales que tienen jurisdicción en todo el ámbito federal para determinadas materias: la *U.S. Tax Court*, la *U.S. Court of Federal Claims*⁸, la *U.S. Court of Appeals for Veterans Claims*, la *U.S. Court of International Trade* y la *Foreign Intelligence Surveillance Court*, que se encarga de resolver las gestiones para implementar sistemas de seguridad nacional.

La Constitución norteamericana incluyó un listado de las materias que corresponden al conocimiento de los Tribunales federales, que solamente pueden conocer de asuntos cuando se presentan en forma de un verdadero conflicto de intereses o de derechos entre partes enfrentadas, no caben planteamientos abstractos o hipotéticos. Según el Art. III sección 2 de la misma,

«El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de Derecho como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se

⁷ Art. III Constitución EEUU: «Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en una Corte Suprema y en los Tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los Tribunales inferiores, continuarán en el ejercicio de sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su nombramiento».

⁸ Conoce en primera instancia de reclamaciones económicas contra la Federación, minorías indias, propiedad intelectual... Sus 16 jueces son nombrados por el Presidente, con la opinión y el consentimiento del senado, por un periodo de 15 años (28 U.S.C. 171-2).

celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos; en todas las controversias que se relacionen con Embajadores, otros Ministros públicos y Cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción marítima y de almirantazgo; en las controversias en que los Estados Unidos sea una parte; en las controversias entre dos o más Estados; entre ciudadanos de diferentes Estados (*diversity of citizenship jurisdiction*)⁹, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados, y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros¹⁰.

La mayoría de las controversias relativas a las materia indicadas son resueltas por los Tribunales federales de Distrito (*District Courts*), generalmente unipersonales, que constituyen la instancia inferior. Suman un total de 94 distritos judiciales entre los 50 Estados¹¹.

Sus decisiones pueden ser revisadas por las *Courts of Appeal* de su Circuito, también llamadas *Circuit Courts*, que están conformadas por tres jueces. Estos Tribunales de Apelación o *Circuit Courts* se organizan en torno a 13 circuitos judiciales, con un Tribunal de apelación en cada uno de ellos. Es decir, hay una *Court of Appeal* por cada uno de los 12 circuitos regionales más la *Court of Appeals for the Federal District Court*. (Y a ellos hay que añadir la *U.S. Court of Appeals for the Armed Forces*). Estos Tribunales no revisan los hechos, ni practican la prueba de nuevo, sino que se centran en el análisis de cuestiones de Derecho.

Y por último, cabe la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Supremo de la Federación. El Tribunal Supremo, formado por su presidente (*Chief Justice*) y 8 *Associate Justices*, se encuentra en la cúspide de la pirámide judicial y por lo tanto se constituye en la última instancia en todo el territorio. Tiene dos funciones: Por un lado, se encuentra la de ser la última instancia de apelación, que ejerce con la potestad de escoger discrecionalmente los casos que resolverá (*certiorari*), salvo en unos escasos supuestos en los que

⁹ Cuando un caso afecta a ciudadanos de diferentes Estados, éste puede ser conocido por un Tribunal federal. Es lo que se denomina *removal to a Federal Court when diversity of citizenship jurisdiction exists*.

¹⁰ La reforma de la Constitución más relevante en cuanto a las competencias de los Tribunales federales se produjo con la aprobación de la Enmienda XI que limitó las facultades de los poderes federales.

Enmienda XI: «El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse en el sentido de que se extienda a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero».

¹¹ Una imagen de esa distribución puede verse en la siguiente fuente: https://saylordotorg.github.io/text_law-for-entrepreneurs/s06-01-the-relationship-between-state.html. Acceso el 6 marzo 2017.

obligatoriamente tiene que revisar la decisión judicial previa (*Appellate Jurisdiction*)¹². Y, por otro lado, es juez de primera instancia en unas pocas materias: de forma exclusiva en conflictos entre estados (*Exclusive Original Jurisdiction*); y en casos sobre embajadores y otros ministerios públicos y consulados, controversias entre un Estado y los Estados Unidos y las acciones o procedimientos de un Estado contra ciudadanos de otro Estado o contra extranjeros (*Non Exclusive Original Jurisdiction*). En estos casos de jurisdicción de instancia no exclusiva, el Tribunal Supremo puede determinar su propia jurisdicción o decidir si le corresponde a los Tribunales Federales inferiores o a los Tribunales estatales.

En la práctica, la facultad de ejercer el *certiorari* hace que los casos que finalmente revise el Tribunal Supremo constituyan un porcentaje realmente bajo¹³, por lo tanto, la mayoría de los asuntos se resuelven en última instancia ante los Tribunales federales de apelación.

2.2. La jurisdicción estatal estadounidense

La organización judicial estatal viene establecida en las Constituciones propias de los Estados y en las leyes aprobadas por el legislador doméstico al respecto.

Los Tribunales estatales no se organizan en todos los Estados del mismo modo. Algunos presentan una organización relativamente simple, como es el caso de California, y otros incluyen una organización jurisdiccional muy compleja con un número muy amplio de Tribunales especializados, como en Nueva York¹⁴. De todos modos, para simplificar, podemos decir que el poder judicial a nivel estatal se organiza igualmente en tres niveles u órdenes que son: El Tribunal Supremo del Estado o Tribunales estatales de última instancia, situado en la cúspide; en un segundo nivel, los Tribunales intermedios de apelación (*Intermediate Appellate Courts*); y en un tercer grado los *Trial Courts* y otros Tribunales inferiores o Tribunales especializados.

¹² En los supuestos de redistribución de representantes en las Cámaras, de normas sobre derecho de voto, antimonopolio, o de aplicación de normas sobre la campaña electoral presidencial. Han sido escasos los casos.

¹³ De los 8000 casos que anualmente recibe, solo son admitidos unos 100. Generalmente entra a conocer cuando los casos refieren a principios legales inusualmente importantes o cuando dos o más Tribunales federales o Tribunales estatales han interpretado el Derecho federal de modo diferente, Toni M. FINE, *An introduction to the anglo-american legal system*, (Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2007), 103.

¹⁴ Mayor información a este respecto puede consultarse en Pamela C. CORLEY, Artemus WARD, Wendy L. MARTÍNEK: *American Judicial Process. Myth and Reality in Law and Courts*, (New York: Routledge, 2016), 106 y ss.

Todos los Estados tienen un Tribunal de última instancia, que pueden recibir un nombre distinto dependiendo del Estado: *Court of Appeals* en New York, Maryland y District of Columbia, *Supreme Judicial Court* en Main y Massachussets, *State Supreme Court* en la mayoría de los Estados, *Supreme Court of Appeals* en West Virginia, o simplemente *State Supreme Court* en el resto de Estados. La única excepción la aportan Texas y Oklahoma que tienen dos Tribunales de última instancia uno para asuntos civiles (*Supreme Court*) y otro para asuntos criminales (*Court of Criminal appeals*).

Al Tribunal Supremo de cada Estado le corresponde ser el máximo intérprete de la Constitución del Estado y generalmente se constituyen en la última instancia de apelación de las decisiones del resto de Tribunales del Estado. Resuelven conflictos sobre la interpretación de la ley que puedan suscitarse en instancias judiciales inferiores o sobre otros asuntos conocidos previamente por dichos Tribunales.

En un segundo nivel se encuentran los Tribunales estatales de apelación. Treinta y cinco Estados tienen un Tribunal intermedio de apelación, cinco Estados tienen dos (Alabama, Indiana, New York, Pennsylvania y Tennessee) y los siguientes no tienen Tribunales intermedios de apelación, por lo que el Tribunal de última instancia es el que se convierte siempre en su instancia de apelación: *District of Columbia* y los Estados de Delaware, Maine, Montana, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Vermont, West Virginia y Wyoming¹⁵.

Estos Tribunales de Apelación realizan una labor de revisión en apelación de la gran mayoría de decisiones adoptadas por los Tribunales de primera instancia¹⁶. Aunque los justiciables pueden solicitar que la apelación de su caso sea conocida directamente por el Tribunal de última instancia (el Tribunal Supremo del Estado), excepcionalmente se accede a tales peticiones. Por lo tanto, el bloque mayoritario de apelaciones es resuelto por estos Tribunales, es decir, la apelación de todas las decisiones firmes adoptadas por los Tribunales de primera instancia (*Trial Courts*) que no sean recurribles directamente ante el Tribunal Supremo estatal. Además, aunque las decisiones adoptadas por estos Tribunales intermedios son recurribles ante Tribunal Supremo del Estado, éste, al igual que el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tiene amplios poderes de discreción para admitir o rechazar el recurso.

¹⁵ Los nombres utilizados para denominar a estos Tribunales de nuevo varían según el Estado. Por ejemplo, en Alabama y Oklahoma se denominan *Court of Civil Appeals* y *Court of Criminal Appeals*, en Indiana *Court of Appeals* y *Tax Court*, en New York *Appellate Division of Supreme Court* y *Appellate Terms of Supreme Court*, en Pennsylvania *Superior Court* y *Commonwealth Court*, etc.

¹⁶ Muchos Tribunales Intermedios de Apelación tienen también competencia para revisar actuaciones de agencias estatales en relación a los deberes del poder ejecutivo.

De hecho, el 95% de las decisiones acaban agotando su última instancia en los Tribunales de Apelación.

El escalafón jurisdiccional más bajo lo conforman las *Trial Courts*, que pueden ser de jurisdicción general o pueden no serlo. De nuevo la denominación de estos Tribunales es de lo más variopinta y puede llevar a confusión. A veces se denominan *District Courts*, *Circuit Courts*, o incluso *Superior Courts*. Todos los Estados tienen al menos un Tribunal de este tipo con jurisdicción general, donde se conocen de las causas criminales y civiles más importantes (delitos contra las personas o la propiedad, delitos de drogas, disolución de vínculos matrimoniales, propiedad, responsabilidad civil a partir de determinadas cuantías, recursos contra agencias administrativas y apelación de casos dictados por Tribunales más inferiores).

En este nivel inferior del poder judicial se encuentran también otros Tribunales de los que se dice que no tienen jurisdicción general porque:

- a) Están especializadas en el conocimiento de materias concretas. Muchas veces actúan como una división del Tribunal estatal de Jurisdicción general. Así podemos encontrarnos con: *Juvenile Courts* (asuntos de menores), *Family Courts* (matrimonio, relaciones custodia parental, etc.), *Drug Courts* (drogas), *Probate, Orphan* y *Surrogate Courts* (herencia, orfandad, declaraciones incapacidad...).
- b) O son Tribunales de jurisdicción limitada¹⁷, que son los Tribunales con los que los ciudadanos acaban teniendo mayor contacto. Aproximadamente el 60% de los casos son conocidos por estos Tribunales. Puede ser: *Magistrate Court* (delitos menores y faltas y asuntos civiles de escasa cuantía), *Municipal Court* (daños contra bienes municipio, salud pública...), *Community Court* (sólo en algunos Estados para delitos graves contra la «calidad de vida»), *Traffic Court* (tráfico), *Small Claims Court* (asuntos civiles de muy escasa cuantía), *Justice of the peace*.

En general, los Tribunales estatales conocen del resto de materias no reservadas a los Tribunales federales¹⁸. De hecho, cualquier caso puede ser llevado ante una Corte estatal, salvo que haya una ley federal que exija que esa cuestión sea conocida por un Tribunal federal. Por citar un dato, el 90%

¹⁷ Pueden verse por Estados en http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/limited_jurisdiction_courts.cfm?state=

¹⁸ Calvin MASSEY, «Standing in State Courts, State Law, and Federal Review», *Duq. Law Review*, n.º 53, (2015): 401-411. Esos supuestos de reserva a los Tribunales federales prácticamente se reducen a que el acusado sea los Estados Unidos y aquellos relativos a la aplicación de determinadas leyes federales como las antimonopolio, patentes y copyright, quiebra, Derecho marítimo y delitos contra la propiedad federal.

de las causas civiles y criminales en EEUU son conocidas por los Tribunales estatales¹⁹.

Hay casos que por la materia pueden ser planteados ante la jurisdicción federal y ante los Tribunales estatales y muchos litigantes han preferido hacerlo ante estos últimos con la esperanza de obtener una sentencia más protectora de los derechos civiles que las esperables de los Tribunales federales o, si prospera el *certiorari*, del Tribunal Supremo, que ha mantenido en muchos momentos un perfil mayoritariamente conservador. A esa recurrente inclinación de los Tribunales Supremos estatales de ampliar los derechos civiles más allá de cómo lo son a nivel federal se conoce con el nombre de «nuevo federalismo judicial»²⁰. Esta forma de proceder se inició en la década de 1970 cuando, ante un cambio de las mayorías en el Tribunal Supremo federal y temiendo que el conservadurismo erosionara los avances obtenidos en derechos civiles, los abogados y asociaciones de derechos comenzaron a confiar en las Cartas de derechos de las Constituciones estatales y en los Tribunales estatales como mejores garantes de tales derechos. Y ello a pesar de que dichos Tribunales no habían sido tradicionalmente especialmente beligerantes o protectores de los derechos civiles. La tendencia se ha mantenido hasta la actualidad, incluso abriéndose paso al planteamiento de controversias que no se han planteado ante el Tribunal Supremo federal, como cuestiones en relación a los derechos de gays y lesbianas. Ello ha dado un vuelco al sistema y parece que en materia de derechos el Derecho federal proporciona el mínimo constitucional, la base de la que partir, y los Tribunales estatales sobre esa base están aportando una protección adicional.

3. LA ARTICULACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN FEDERAL Y LA JURISDICCIÓN ESTATAL

De entrada, la jurisdicción federal y la jurisdicción estatal funcionan como dos sistemas independientes, sin embargo, hay puntos en los que se produce una articulación entre una jurisdicción y otra. Por un lado, porque el reparto de materias en un Estado federal nunca es estanco y hay materias concurrentes entre la Federación y los Estados²¹ que conducen a una

¹⁹ FINE, *An introduction to the anglo-american legal system...*, 47.

²⁰ Craig F. EMMERT y Carol ANN TRAUT, «Issues and outcomes in state supreme court judicial review cases», *Southeastern Political Review*, vol. 28, n.º 2, (2000): 296.

²¹ Por poner un ejemplo, con pocas excepciones, los casos civiles que se podrían presentar en un tribunal federal (casos surgidos bajo la competencia federal) pueden ser también iniciados ante los Tribunales estatales. Los casos en los que se alega *diversity of citizenship* (nacionales de distintos estados) son conocidos según la cuantía por Tribunales federales o por Tribunales estatales. Con el tiempo también se ha producido una fede-

asignación de los casos no siempre clara entre los Tribunales federales y los Tribunales estatales.

Por otro lado, el papel de norma suprema que juega la Constitución estadounidense genera una necesidad de uniformidad en la aplicación constitucional de la ley que otorga un protagonismo notable al Tribunal Supremo Federal.

Como es sabido la Constitución no dejó clara la competencia sobre el control de constitucionalidad de las leyes, cuestión que fue resuelta jurisprudencialmente en el conocido caso *Marbury v. Madison (1803)*, implantándose lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad. Es un control que corresponderá a todo juez estatal o federal (es un control judicial y es difuso) y se producirá siempre en el curso de un proceso judicial (es un control incidental). Este tipo de control junto al principio de *stare decisis* y la obligación de los Tribunales inferiores de observar lo establecido por los Tribunales superiores (existiendo precedentes obligatorios y precedentes persuasivos), conducen al cierre de un sistema que, como todos, trata de generar un elemento de continuidad y uniformidad en el Derecho. Como consecuencia de esa mayor o menor persuasión del precedente, en el ámbito estatal la última palabra en ese control de constitucionalidad (y en el de legalidad) corresponde a los Tribunales Supremos del Estado y en el ámbito Federal al Tribunal Supremo norteamericano.

En coherencia con el diseño federal constitucional, de entrada, los Tribunales en cada orden jurisdiccional estatal o federal conocen de las materias que son competencia del Estado o de la federación, respectivamente. La jurisdicción federal tiene competencias delegadas limitadas, y no competencias plenas, que engloban solo una pequeña proporción de todas las controversias jurídicas. Con lo cual, los Tribunales estatales resuelven el resto de causas, esto es, aquellas controversias que quedan fuera de lo reservado a la justicia federal.

Cuando los Tribunales estatales resuelven deben atender al Derecho estatal y al Derecho federal²². De hecho, pueden conocer casos en los que se aplica el Derecho federal, salvo que esté previsto expresamente que dichas

realización de materias penales que, tradicionalmente conocidas por los Tribunales estatales, han pasado a ser materia de Derecho federal, especialmente, en la última década del siglo XX. Ello genera dificultades de atribución y disfunciones, incluso con la existencia de penas diferentes para delitos en las leyes federales y estatales.

²² Art. VI Constitución EE.UU.: «Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella; y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país; y los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado».

materias o cuestiones sólo pueden ser conocidas por un Tribunal federal. En caso de conflicto entre el Derecho estatal y el Derecho federal, los Tribunales harán prevalecer el Derecho federal (*Supremacy clause of the Constitution* y otras).

Asimismo, los Tribunales estatales pueden resolver casos en los que tengan que aplicar Derecho de otro Estado. Y deben respetar las decisiones adoptadas por los Tribunales estatales de ese otro Estado²³.

Por otro lado, los Tribunales federales también pueden conocer de casos fundados en el Derecho estatal cuando se alegan ambos, el Derecho estatal y el Derecho federal, en el pleito. Ahora bien, cuando un Tribunal federal decide una cuestión de Derecho estatal, está obligado a seguir la jurisprudencia del Tribunal superior de aquel Estado (Doctrina *Erie*²⁴). Es decir, el Tribunal federal está obligado a interpretar la ley del Estado como la ha interpretado la Corte Suprema de ese Estado y, cuando no existe legislación sobre la materia, el juez federal está obligado a aplicar el *Derecho común* del Estado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Estado.

Pero, hay un punto de articulación fundamental entre ambas jurisdicciones, éste se encuentra en que las decisiones de los Tribunales Superiores de los Estados pueden ser revisadas por el Tribunal Supremo de la federación²⁵, porque ninguna ley estatal o decisión judicial puede contravenir la Constitución de Estados Unidos, aunque pudiera ser acorde con la Constitución estatal²⁶. Eso significa que incluso en el caso en que la competencia en la regulación de determinadas materias corresponda a los Estados, si esta regulación puede afectar a cuestiones más amplias que afectan a derechos protegidos por la Constitución federal, o pudiera ser aplicable también Derecho federal, cabría la intervención última del Tribunal Supremo.

²³ Uno de los aspectos más importantes del federalismo para que la administración de justicia se cumpla y sea respetada en otros Estados es la garantía constitucional de lo que se llama «plena fe y crédito». Esta garantía requiere que los Tribunales de los Estados reconozcan como válidas las sentencias de los Tribunales de los otros Estados, siempre que el tribunal que dicte la sentencia tenga jurisdicción sobre la materia y las partes. Robert Baker, «El Federalismo y la administración de justicia en los Estados Unidos», *Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, 69.

²⁴ Gregorio Ruíz, *Federalismo judicial (El modelo americano)*, (Madrid: Civitas, 1994), 171 y ss.

²⁵ Por ejemplo, un reo en el corredor de la muerte podría recurrir ante el Tribunal Supremo federal el método de ejecución decretado por un Estado alegando que es anormalmente doloroso y puede suponer un «cruel e inusual castigo», reconocido en la Octava Enmienda de la Constitución Federal.

²⁶ La competencia para revisar en apelación las resoluciones dictadas por los Tribunales estatales viene actualmente establecida en la Sección 1257 del Código Judicial Federal, en la redacción que le dio la reforma de 27 de junio de 1988.

Lo cierto es que la posibilidad de que la jurisdicción federal revise las decisiones de los Tribunales estatales ha sido una batalla y sigue siendo una cuestión compleja y sensible²⁷. En el fondo siempre ha latido la lucha entre los federalistas que han buscado ampliar la jurisdicción federal y la postura de los defensores de los derechos estatales, que han intentado mantener las prerrogativas de los Tribunales estatales, evitando la revisión de sus decisiones, suponiendo que éstos adoptarían una perspectiva más favorable a los intereses de los Estados²⁸. Durante el liderazgo de Marshall²⁹ el Tribunal Supremo bloqueó los esfuerzos de los Estados federados por rechazar el poder de apelación ante la judicatura federal y declaró inconstitucionales leyes aprobadas por más de la mitad de los Estados. Se convirtió así al Tribunal en el árbitro de las disputas entre Estados y de las que algunos de ellos pudiesen mantener con el gobierno federal³⁰. Con su jurisprudencia el Tribunal consiguió afirmarse como el máximo intérprete de la Constitución³¹. Con posterioridad a la guerra civil, se siguió ampliando la jurisdicción de los Tribunales federales permitiéndoles conocer de casos en los que derechos fundamentales quedaban afectados (*Habeas Corpus Act*, 1867 y *Judiciary Act*, 1875). Con ello se estaba autorizando a los Tribunales federales a controlar a los Tribunales estatales en casos penales para asegurar que los acusados no fueran encarcelados por violación del Derecho federal. En 1914 se aprobó una Ley que permitía al Tribunal Supremo revisar todas las decisiones judiciales estatales no sólo donde se alegase un precepto constitucional, sino también aquéllas en las que se alegase aplicación del Derecho federal frente al Derecho estatal que defendía una de las partes³². Durante los años 70 y 80 del siglo XX los conservadores presentaron muchas propuestas con la finalidad de prohibir a los Tribunales federales el conocimiento de determinados asuntos, sin éxito. No obstante, no fue hasta 1995 cuando los republicanos consiguieron mayoría y aprobaron ciertas restricciones a la jurisdicción federal (en materia de revisión de cárceles y reducción de condenas). En definitiva, la cuestión sobre quién debe

²⁷ David A. SCHLUETER, «Judicial federalism and Supreme Court review of State Courts decisions: a sensible balance emerges», *Notre Dame Law Review*, vol. 59, issue 5, (1984): 1079-1117.

²⁸ G. ALAN TARR, «Estados Unidos. Jurisdicción» en *El federalismo judicial*, ed. Por Manuel GERPE y Mercè BARCELÓ (coord.), (Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2006), 35.

²⁹ Marshall fue juez del Tribunal Supremo de 1801 a 1835, cuando falleció.

³⁰ Roberto BLANCO VALDÉS, *Los rostros...*, 242.

³¹ Entre otros, asunto *Marbury vs. Madison* o *Gibbons vs. Odgen*.

³² Hasta 1914 la apelación de las sentencias dictadas por los Tribunales estatales no podía producirse más que en dos casos concretos: cuando el Tribunal estatal hubiese invalidado una ley Federal y cuando los Tribunales hubieran mantenido la validez de una ley estatal frente a una reclamación basada en la Constitución o en las leyes federales.

conocer de qué casos, si la jurisdicción federal o la estatal, ha sido un debate contante y sigue siendo discutida. De hecho, se apunta que en los últimos tiempos el Tribunal Supremo esta liderando un «federalism revival» (un resurgimiento del federalismo)³³.

Decíamos que el Tribunal Supremo federal puede revisar las decisiones de los Tribunales de última instancia estatales. Normalmente esa última instancia reside en el Tribunal Supremo estatal, pero podría serlo un tribunal intermedio de apelación o una *Trial Court*, si su decisión constituye la última instancia en ese asunto en el Estado³⁴.

El primer requisito a cumplir para recurrir ante el Tribunal Supremo de la Federación es que se hayan agotado las vías jurisdiccionales estatales. El objetivo es evitar cualquier indebida interferencia por parte del Tribunal Supremo Federal en la jurisdicción estatal hasta que los Tribunales de este orden hayan agotado toda posibilidad de resolver la controversia jurídica. Por ello, se requiere a la parte que promueve el recurso de revisión que haya alegado ante el tribunal estatal la aplicación del Derecho federal y lo haya hecho con suficiente claridad y antelación como para permitirle al juez estatal atender a ello.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo solo puede conocer de casos resueltos por los Tribunales estatales cuando se trata de una controversia en la que era aplicable el Derecho Federal o se ha decidido indebidamente sobre una controversia a la que era aplicable el Derecho estatal, pero también el Derecho federal, y la correcta aplicación de este último era determinante para la resolución del conflicto. Es decir, puede que el Tribunal estatal solo haya aplicado Derecho estatal, pero cabía tener en consideración el Derecho federal, y ello era relevante para la decisión del caso. En este supuesto también cabe revisión ante el Tribunal Supremo.

Estamos hablando de lo que se denomina la doctrina del «*independent and adequate state grounds*» (independientes y suficientes fundamentos estatales). Lo que significa que la Corte Suprema estadounidense no puede revisar una decisión de un tribunal estatal si la decisión versa sobre una cuestión de Derecho estatal que es «independiente» (no depende del Derecho Federal, se puede resolver exclusivamente aplicando el Derecho estatal) y «suficiente» (ese Derecho estatal constituye un fundamento que, por sí solo,

³³ David S. SCHWARTZ, «State Judges as Guardians of Federalism: Resisting the Federal Arbitration Act's Encroachment on State Law», *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n.º 1380 (2016).

³⁴ *Grovey v. Townsend*, 295 U.S. 45, 47 (1935); *Talley v. California*, 362 U.S., 60, 62 (1960); *Thompson v. City of Louisville*, 362 U.S. 199, 202 (1960); *Metlakatla Indian Community v. Egan*, 363 U.S. 555 (1960); *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514, 516, 517 (1968); *Koon v. Aiken*, 480 U.S. 943 (1987).

puede sustentar el fallo). En otras palabras, si la opinión del Tribunal Supremo norteamericano sobre las cuestiones federales del caso no cambiaría el resultado, porque la decisión final descansa sobre Derecho estatal no revisable, entonces el Tribunal Supremo no revisará el caso³⁵.

El problema es que, en muchas ocasiones, los Tribunales estatales no precisan en sus sentencias si están resolviendo conforme al Derecho federal, conforme al Derecho estatal o conforme a ambos. Esa imprecisión judicial genera un dilema para el Tribunal Supremo estadounidense cuando se le presenta una decisión de un Tribunal Supremo estatal para revisión. Para ello, el Tribunal Supremo estableció una nueva regla en *Micchigan v. Long*, 463 U.S. 1302 (1983)³⁶. El Tribunal Supremo estadounidense señaló que si el Tribunal estatal desea evitar la presunción de que podía haberse aplicado Derecho federal, cuando ello se ha alegado en el juicio, debe dejar claro en su sentencia que el presunto Derecho federal no hubiese condicionado el resultado del fallo. Si ello no queda suficientemente claro, la Suprema Corte norteamericana asumirá que los «independientes y suficientes fundamentos estatales» no concurren en el caso y puede entrar a revisar la sentencia.

En todo caso, existe otro principio que trata de acomodar las interrelaciones entre los Tribunales federales y los Tribunales estatales que se denomina «comity». La noción de *comity* es una regla de autocontención judicial (ser comedido, tener deferencia con el otro tribunal) Esta regla sirve para atenuar los conflictos propios de la coexistencia de dos jurisdicciones y evitar conflictos de jurisdicción. No es una regla de Derecho, sino más bien una norma persuasiva.

4. EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL EN ESTADOS UNIDOS

Como en otros aspectos la cuestión del gobierno del poder judicial responde también a ese modelo federal dual del que se viene hablando. Existe una forma de gobierno de los jueces de corte anglosajón que es particular para cada uno de los niveles jurisdiccionales, el federal y el estatal.

En el ámbito federal el gobierno del poder judicial corresponde a la Judicial Conference of the United States³⁷, con el Presidente del Tribunal Supremo a la cabeza. Este órgano, no previsto en la Constitución, se creó en

³⁵ Cynthia L. FOUNTAINE, «Article III and the adequate and independent state grounds doctrine», *American University Law Review*, vol. 48, (1999): 1053-54.

³⁶ *Micchigan v. Long*, 463 U.S. 1302 (1983).

³⁷ Un estudio más elaborado sobre el gobierno del poder judicial y el papel de la Judicial Conference es el realizado por, Elisenda CASAÑAS ADAM: «El poder judicial en Estados Unidos», en *El poder judicial y modelo de Estado*, ed. Por Manuel Gerpe y Miguel Ángel Cabellos (Barcelona: Atelier, 2013), 46 y ss.

1922 con el objetivo de coordinar a los presidentes de las *Circuit Courts* y del Tribunal Supremo, a los efectos de redistribuir la asignación de jueces entre esos Tribunales de apelación. Con el tiempo se incluyó también la representación de los *District Courts*, de tal modo que actualmente este órgano está formado por los 13 *Chief Justice* de los Circuitos, 12 jueces de los Tribunales del Distrito, el *Chief Judge* del Tribunal de Comercio Internacional (*Court of International Trade*) y el *Chief Justice* del Tribunal Supremo³⁸.

Las funciones que tiene asignadas la *Judicial Conference* son: a) Supervisar las condiciones del funcionamiento de los Tribunales federales; b) Planificar la asignación de jueces de los Tribunales de apelación a los de distrito o viceversa; c) Remitir sugerencias a los Tribunales federales para promover la uniformidad en los procesos y la gestión ágil del trabajo³⁹; d) Revisar las decisiones sobre conductas disciplinarias e incapacidades adoptadas por los Consejos de Circuito; e) Analizar de manera permanente el efecto de las normas generales de procedimiento en los Tribunales; f) Supervisar la *Administrative Office*, que gestiona la administración de los medios materiales y personales de los Tribunales federales y las cuestiones de presupuesto; g) Supervisar el *Federal Judicial Center*, que trabaja en la mejora de la organización y funcionamiento del poder judicial federal y en la formación de jueces y personal al servicio del poder judicial; y h) También se le asignan a veces algunas otras funciones más relativas a la administración de los Tribunales.

La *Administrative Office* de los Tribunales federales, que acabamos de citar, es una agencia de asistencia legal, financiera, tecnológica, de gestión, y administrativa al servicio de los Tribunales federales. Gestiona la administración de los medios materiales y personales de dichos Tribunales. Es la encargada de llevar a cabo las políticas de la *Judicial Conference*, ofreciéndole, a ella y a sus comités, soporte y consejo, y es quien elabora desde 1939 el presupuesto judicial que luego tendrá que ser aprobado por el Presidente y el Congreso. El Presupuesto se presenta ante el Congreso por dos magistrados del Tribunal Supremo (para defender el presupuesto destinado al Tribunal Supremo) y dos representantes de la *Judicial Conference* y la *Administrative Office* para defender el resto del presupuesto del poder judicial. Es el Parlamento quien aprueba finalmente el presupuesto⁴⁰, con el límite de no poder

³⁸ 28 U.S. C. 15.

³⁹ Para ello existen cinco *Advisory Committes* de la *Judicial Conference* encargados de enviar propuestas de reforma de las normas del proceso, respectivamente, en estos ámbitos: proceso civil, proceso penal, proceso de quiebra, proceso de apelación y reglas para la prueba.

⁴⁰ El Congreso aprueba el presupuesto y asigna fondos para que el Poder Judicial funcione. El presupuesto del Poder Judicial es una parte muy pequeña –0,2 por ciento– del

rebajar nunca el salario de los jueces⁴¹. Ahora bien, una vez aprobado, la gestión corresponde a la Oficina Administrativa en colaboración con la *Judicial Conference* y los *Circuit Judicial Councils*.

En todo caso, la gestión y administración de cada tribunal federal está ampliamente descentralizada. Así, junto a lo anterior existen también, a nivel federal regional, los denominados *Circuit Judicial Councils*, que son unos Consejos presididos por el *Chief Judge* del Circuito y formados por un número similar de jueces de Circuito y de Distrito, elegidos entre ellos. Éstos supervisan algunos aspectos de la actuación de los Tribunales de apelación y de distrito. Así, tienen asignada la potestad disciplinaria en su Circuito⁴². Revisan las normas de funcionamiento de los Tribunales locales para adecuarlas con las normas federales procedimentales. Aprueban los planes de distrito en materias como la igualdad de acceso en el empleo o la selección del jurado. Y revisan las quejas por mal comportamiento judicial.

A ello hay que añadir una *Judicial Conference of the Circuit* en cada uno de los Circuitos, que está formada por todos los jueces del Distrito y del Circuito(s) y algunos abogados. Estos son órganos de discusión plenaria y asesores de los *Circuit Judicial Councils*.

Para cuestiones puramente administrativas en cada Tribunal de Circuito y Tribunal de Apelación existe un *Clerk of the Court* y su oficina que se encarga de la gestión de los casos, gestión del presupuesto y personal, de ofrecer información al público y de proveer al tribunal de determinados servicios como el de intérpretes u otros profesionales.

En el ámbito estatal se repite esa dualidad expresada en otros ámbitos del federalismo norteamericano, presentando una organización del gobierno de la judicatura separado del gobierno del poder judicial federal y no existiendo un único modelo de organización. Cada Estado lo organiza en su Constitución o en la legislación de forma particular. Con carácter general puede decirse que hay dos grandes modelos: la mayor parte de los Estados atribuyen el gobierno del poder judicial al Presidente del Tribunal Supremo estatal y un grupo más minoritario lo asigna al Tribunal Supremo estatal como órgano. Aunque también hay algún estado que atribuye dichas funciones de

monto total del presupuesto federal. (Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos: «El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos Presentación para Jueces y Personal Administrativo del Ramo Judicial en Países Extranjeros», Washington, D.C., 2000).

⁴¹ Art. 3, secc. 1 de la Constitución: «Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo».

⁴² Las denuncias por conducta inapropiada o incapacidad contra un juez federal deben ser presentadas en la oficina judicial correspondiente.

gobierno al *Judicial Council* (Consejo de la Judicatura), presidido por el Presidente de su Tribunal Supremo.

Todos ellos ejercen sus funciones de gobierno con plena autonomía en relación con los órganos de gobierno del poder judicial del resto de los Estados y de la Federación. El único órgano que actúa como foro de diálogo entre los diferentes poderes judiciales estatales es la *Conference of Chief Justices*, creada en 1949. El objetivo de la misma es hacer recomendaciones para la mejora de la administración de la justicia en los Estados.

En lo que respecta al presupuesto, la variedad vuelve a ser la nota destacable. La elaboración del presupuesto corresponde en cada Estado a un órgano diferente⁴³. Puede serlo la Oficina administrativa de los Tribunales, o el Tribunal Supremo del Estado, o cada tribunal de modo individual. A continuación, ese presupuesto es revisado por el Tribunal Supremo del Estado y posteriormente es enviado al ejecutivo o al legislativo, según el Estado en el que nos encontremos. En el primer caso, con o sin enmiendas, el ejecutivo lo envía al parlamento, quien decidirá. La gestión, tras la aprobación del mismo, corresponde a la Oficina Administrativa de los Tribunales, bajo la dirección y supervisión de los órganos de gobierno del poder judicial estatal

También en las Constituciones estatales se pueden encontrar referencias a la prohibición de disminuir el sueldo de los jueces para garantizar su independencia económica.

5. EL ESTATUTO JUDICIAL: LA SELECCIÓN, PROMOCIÓN, INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES

5.1. *Un sistema de selección de jueces plural*⁴⁴

El sistema de elección de jueces de Estados Unidos es único. Y es único por varias razones: Ningún otro país tiene la pluralidad de métodos de selección de los miembros del poder judicial que tiene Estados Unidos, empezando por el modelo de selección de los jueces federales al empleado en cada uno de sus cincuenta Estados para seleccionar a los jueces estatales. Además, la gran mayoría de éstos últimos, bien para su elección o bien para mantenerse en el cargo, tienen que someterse al sufragio del pueblo. Y esa idea de votar a los jueces resulta absolutamente extraña para cualquier otro país. Incluso parece contradictoria con el concepto mismo de judicatura, siempre unida a principios

⁴³ En este punto seguimos el trabajo de Elisenda CASAÑAS ADAM, *El poder judicial en Estados Unidos...*, 60.

⁴⁴ Un trabajo mucho más detallado sobre la selección de jueces en EEUU puede verse en Rosario SERRA CRISTÓBAL, *La selección de jueces en Estados Unidos*, (Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2010).

como la independencia, imparcialidad, neutralidad, apoliticidad, etcétera. Difícilmente puede encontrarse un lugar donde el nombramiento de los miembros del poder judicial tenga tantas connotaciones políticas.

- a) Cuando los padres constituyentes establecieron este sistema de nombramiento de jueces federales lo hicieron sin saber si habría más Tribunales federales distintos del Tribunal Supremo y, en su caso, cuántos. Y lo hicieron pensando en un sistema que hiciera que el poder de seleccionar a un miembro del Tribunal Supremo no recayera en una sola rama del poder, si no que se produjera con participación de aquellos miembros del legislativo que entonces se consideraban más preparados para hacerlo, los de la Cámara alta⁴⁵. Se conseguía así que en tal proceso participase un órgano que representaba a los Estados (el Senado) y otro que derivaba de la elección de la población (el Presidente), sin que ninguno de los dos tuviese la tentación de abusar de un posible poder de selección de jueces en exclusiva⁴⁶.

Así, el sistema de nombramiento de jueces federales estadounidenses reside en una prerrogativa del Presidente que precisa del consejo y confirmación del Senado, lo cual obliga a un acuerdo de voluntades en el que intervienen múltiples intereses para la selección de unos jueces que ocuparán su cargo con carácter vitalicio. Los candidatos, que son propuestos por el Presidente⁴⁷, pasan un primer y fundamental filtro en el Comité Judicial del Senado, donde participan en la práctica diferentes grupos de intereses que intentan imponer sus puntos de vista sobre los posibles candidatos, y donde se realizan comparecencias de los candidatos sometidos a un inquisitivo proceso de preguntas. Allí debe confirmarse al candidato por mayoría de los senadores que forman parte de ese Comité judicial. Superada la fase previa, se pasa el asunto

⁴⁵ Art. II, segunda sección, Constitución EEUU: El Presidente ... «propondrá y, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley».

⁴⁶ Puede verse, entre otros, los siguientes trabajos: DAVIS, Richard: *Electing justice: fixing the Supreme Court nomination process* (New York, Oxford University Press, 2005). EPSTEIN, Lee y SEGAL, Jeffrey: *Advice and Consent: the politics of judicial appointments* (New York, Oxford University Press, 2005). FABBRINI, Federico: «President Obama's first nomination to the Supreme Court: recent trends in the advice and consent procedure», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2010, n.º 6, pp. 1-10.

⁴⁷ La misma propuesta de candidato viene precedida de un proceso de búsqueda de potenciales candidatos que se inicia en el Departamento de Justicia de la Casa Blanca y en el que van interviniendo y ejerciendo presión grupos de intereses, lobbies de senadores, redes cercanas a los propios candidatos, la *American Bar Association*, etc. Incluso son sometidos a un severo escrutinio por el FBI.

al Pleno. Una vez en el Pleno, si el propuesto no suscita controversias, generalmente obtiene el apoyo por unanimidad sin ser necesario un debate. En caso contrario, se abre este debate en la asamblea –debate en el que no está presente el candidato– y se realiza una votación nominal que requiere el respaldo de la mayoría de votos para considerarse aprobada la confirmación. Ahí es cuando se considera que el Senado ha otorgado su *consent*. Que duda cabe de que el hecho de que el partido del Presidente controle la mayoría del Senado es fundamental a la hora de asegurarse el nombramiento de su candidato. Cuando ello sucede, el 90% de los candidatos a jueces federales son aprobados, mientras que cuando el Senado no está controlado, sólo el 59% de los propuestos presidenciales son finalmente confirmados⁴⁸.

En la selección de los jueces federales, y en particular del Tribunal Supremo, la preservación del pluralismo y equilibrio entre varios factores como la raza, religión, origen, el género o lugar de procedencia, es un factor que se tiene mucho en consideración a la hora de que el Senado llegue a ese consenso necesario para apoyar el candidato del Presidente (y éste tiene en cuenta que pesará la busca ese equilibrio cuando propone un candidato⁴⁹).

En la proposición presidencial de candidatos para el resto de Tribunales federales tiene mucho peso el parecer de los dos Senadores del Estado del candidato a juez. Lo que comenzó como una cortesía de consulta, se convirtió con el tiempo en un derecho de dichos senadores a vetar el candidato del Presidente. Hoy en día ello es más o menos así para los candidatos a jueces de Tribunales federales de Distrito, pero para los Tribunales intermedios de apelación el Presidente G. W Bush ya comenzó a mostrar menos deferencia a este respecto y lo mismo hizo el Presidente Obama, siendo sus propuestas más discrecionales⁵⁰. Aún es pronto para saber cómo actuará el recientemente nombrado Presidente, D. Trump a este respecto, aunque podemos hacernos una idea.

De lo expuesto podemos concluir que del procedimiento de selección de jueces federales resulta la asunción de un poder judicial muy

⁴⁸ Pamela C. CORLEY, Artemus WARD, Wendy L. MARTINEK, *American Judicial Process. Myth and Reality in Law and Courts*, (New York: Routledge, 2016), 156.

⁴⁹ Esa tendencia se observa en el aumento de la diversidad en las propuestas de candidatos a jueces federales presentadas por los últimos Presidentes. En particular, Obama nombró a más hispanos y americanos de origen asiático que nunca en la historia de Estados Unidos. Y lo mismo cabe decir de la presencia de mujeres, que se ha ido incrementando paulatinamente.

⁵⁰ Rachel BRAND, «Judicial appointments: checks and balance in practice», *Harvard Journal of Law Review and Public Policy*, vol. 33, (2010): 48-49.

marcado por la política y la lucha de intereses. De hecho, desde 1933, cada vez que un partido alcanza la Presidencia acaba por controlar también la judicatura federal, aunque el riesgo de politización de estos jueces no se percibe como un problema apremiante⁵¹. Se pone como ejemplo el Tribunal federal del Decimocuarto Circuito como uno de los más liberales porque de 2011 a 2014, el Presidente Obama pudo nombrar a 6 de sus jueces⁵².

Obviamente, de entre los jueces federales, el nombramiento de los miembros del Tribunal Supremo es el que despierta el mayor interés social y político⁵³, un interés que va más allá de las fronteras del propio país⁵⁴, pero la selección del resto de jueces federales es igualmente muy relevante, pues la mayoría de los asuntos se resuelven en última instancia ante ellos y no llegan al Tribunal Supremo. Una importancia que se acrecienta cuando además nos encontramos en un sistema jurídico claramente jurisprudencial.

- b) Sin embargo, los Estados federados no siguieron la estela marcada por la Constitución federal para los jueces de su ámbito territorial, siendo habitual que de un modo u otro, los jueces estatales tengan que someterse al escrutinio del electorado, algo totalmente ajeno a nuestra cultura judicial. La particularidad y el interés por el análisis del sistema de designación de jueces de Estados Unidos reside en que cada uno de los cincuenta Estados de la Unión tiene su propio modelo de designación de jueces, y distinto del sistema de selección de los jueces federales, lo cual lo hace muy atractivo para el estudioso del Derecho tanto foráneo como norteamericano. El modelo de selección de jueces por el que cada Estado ha optado puede venir recogido en su propia

⁵¹ Diego ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, «Los sistemas de gobierno del poder judicial en el Derecho comparado» en, *El Gobierno del Poder Judicial* ed., M. GERPE y M.A. CABELLOS (coords.), (Madrid: Marcial Pons, 2013), 41.

⁵² Pamela C. CORLEY, Artemus WARD, Wendy L. MARTINEK, *American Judicial Process...*, 120.

⁵³ Históricamente ha habido Presidentes que durante su mandato no han podido nombrar a ningún juez del Tribunal Supremo. En el lado contrario hay quien batió records como George Washington que nombró a 11 o F. Roosevelt que nombró a 9. Más recientemente, Clinton nominó a 2, G. W. Bush a 2, Obama a 2 y Trump está previsto que acabe nombrando entre 1 y 3 nuevos miembros de la Corte Suprema. Ahora mismo hay una vacante sobre la que el Presidente Trump ya ha realizado su propuesta ante el Senado. Al cierre de este artículo el proceso ante el Senado estaba sin concluir todavía.

⁵⁴ De ahí que el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo sea un evento de general seguimiento en Estados Unidos, al igual que por la prensa y la academia del resto del mundo. KOSMA, Monthomery N.: «Measuring the influence of Supreme Court Justices», *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, n.º 2, (1998): 333-373.

Constitución de forma muy concreta⁵⁵, o en ocasiones éstas dejan abierta la posibilidad de que el legislador estatal elija el sistema más apropiado para seleccionar a sus jueces⁵⁶. Cada Estado puede escoger cómo acceden sus jueces a la judicatura, el periodo que pueden mantenerse en el cargo, la posibilidad de repetir en el mismo y otras variables más. Con todas las particularidades, en general, podemos decir que hay Estados donde los jueces son nombrados por el gobernador⁵⁷, en otros por el legislador⁵⁸, en otros por elecciones partidistas, o por elecciones no partidistas, y también podemos encontrarnos con Estados que establecen Comisiones judiciales para la propuesta de candidatos a jueces, pero donde éstos, una vez nombrados y pasado un periodo de tiempo, han de confirmar su cargo mediante una especie de consulta popular.

Esos diferentes mecanismos estatales de designación de jueces surgieron en un momento de la evolución de la democracia estadounidense que llevó a situar al pueblo como protagonista en múltiples espacios y entre ellos también en la elección de los que tenía que aplicar la ley: los jueces. En este sentido, éstos se asimilaron a los cargos representativos. Muchos de los jueces existentes durante lo que se denomina la democracia Jacksoniana (1830-1854) desautorizaron en su aplicación leyes que resultaban populares, lo que generó una reacción en un número importante de Estados hacia un modelo de juez más cercano a los representantes legislativos.

Mississippi fue el primer Estado que impulsó una reforma del sistema de nombramiento de jueces introduciendo la elección popular y partidista de los mismos en 1832. Esta nueva idea de participación ciudadana en el poder judicial se extendió por todos los Estados de la Unión durante el siglo XIX, de ahí perviven hoy sistemas de selección de jueces donde los candidatos judiciales son presentados por los partidos a unas elecciones competitivas, o bien son los propios jueces los que se presentan a unas elecciones a imagen y semejanza de las elecciones políticas.

⁵⁵ Así sucede en el caso de Arizona, Colorado, Connecticut, Florida, Missouri, New Mexico, North Dakota, Hawaii, South Carolina, Vermont o Virginia, entre otros.

⁵⁶ Así, por poner un ejemplo, el Tribunal Supremo de Minnesota ya ha indicado en varias ocasiones, la última en *Clark v. Ritchie*, Minn Supreme Court, May 13 (2010), que la Constitución de este Estado no establece una preferencia inicial por un sistema de selección de jueces por delante de otro sistema.

⁵⁷ Sólo tres Estados otorgan el nombramiento de sus jueces al Gobernador: California, Maine y New Jersey. Representan éstos un vestigio histórico de las colonias, cuando los jueces los nombraba el Rey inglés o los gobernadores designados en las colonias.

⁵⁸ Es el caso de South Carolina (con intervención de la *Judicial Merit Selection Commission*), y Virginia (con la intervención de un *Advisory Committee*).

Esta práctica, que se generalizó en la gran parte de los Estados federados, sufrió serios reveses porque la incursión de los partidos políticos en la designación de jueces hizo saltar las alarmas, y con el tiempo el modelo ha sido abandonado en muchos Estados y sustituido por otras fórmulas⁵⁹. Así, para paliar la excesiva politización de este sistema de elección de jueces, con el paso de los años, se han ido introduciendo modificaciones legislativas en los distintos Estados norteamericanos pasando de un sistema de selección partidista a un sistema de elección no partidista u otros sistemas, adoptando medidas correctoras a través de los Códigos de conducta judicial o estableciendo limitaciones legales en el proceso de selección, confirmación o renovación de los jueces en su cargo. La elección a través del sistema de «merit plans» es una consecuencia de ello. Son sistemas de selección de carácter mixto (en cuanto que interviene el ejecutivo y los otros poderes y unas Comisiones judiciales), donde se atiende preferentemente a los méritos de los candidatos, y en los que se refuerza el nombramiento con el apoyo popular a través de unas elecciones de confirmación (*retention elections*).

Lo cierto es que, sea cual sea el sistema de nombramiento de jueces estatales al que nos refiramos en EEUU, la connotación político-participativa está siempre presente.

5.2. La promoción judicial en Estados Unidos

Respecto a la promoción interna de jueces en la carrera, hablar de ello resulta difícil en general en el sistema estadounidense, y muy especialmente en el ámbito estatal, donde la selección de los jueces se realiza muchas veces con criterios partidistas y, en prácticamente casi todos los Estados, para un tiempo determinado.

Tampoco en el ámbito federal se puede decir que existe una promoción en la carrera judicial, pese a encontrarnos con la mayor parte de los cargos judiciales de carácter vitalicio.

Lo que sí es cierto es que, en la medida en que los méritos de los candidatos son tomados en consideración para su propuesta, bien por el equipo del Presidente para los jueces federales, o por las comisiones de nombramiento en los Estados con el sistema Missouri (*Merit plans*), el haber ocupado previamente una plaza de juez le otorga mayores probabilidades de ser propuesto

⁵⁹ Bert BRANDENBURG, y Roy SCHOTLAND, «Judicial in peril: the endangered balance between impartial Courts and judicial election campaigns», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 21, (2007): 1229-1258.

como candidato con mayor idoneidad⁶⁰. Así, por ejemplo, los últimos jueces nominados por los Presidentes para el Tribunal Supremo norteamericano habían sido previamente propuestos también para Tribunales de apelación por los mismos Presidentes que luego los nominaron para la Corte Suprema. Este es el caso de John Roberts, Clarence Thomas, David Souter, Robert Bork, Douglas Ginsburg o Antonia Scalia.

5.3. *Jueces independientes y responsables*

Como en cualquier sistema democrático del mundo, la máxima que se predica de los miembros de la judicatura es su independencia, y la confianza en que las decisiones de los jueces son adoptadas conforme a Derecho.

En Estados Unidos, por un lado, se quiso proteger la independencia de los jueces federales en el momento de acceder al tribunal, como hemos visto, a través de un sistema de nombramientos en el que se garantizaba que ninguno de los otros dos poderes por sí sólo pudiese determinar quiénes iban a conformarlos. Y por otro lado, se adoptaron medidas para garantizar su independencia una vez en el cargo, para asegurar que el desempeño de sus funciones no quedaría condicionado por las presiones provenientes de los otros poderes. De ahí la opción constitucional por un mandato de carácter vitalicio y con un sueldo no maleable (la imposibilidad del Congreso de minorar su salario⁶¹).

La misma independencia e imparcialidad se pretende de los jueces estatales. Recordamos de nuevo que estos principios constituyen la esencia del poder judicial de todo Estado democrático. Sin embargo, las medidas para salvaguardar la independencia del poder judicial en los Estados difieren bastante respecto de lo que hemos descrito en relación a la judicatura federal. Por lo pronto, pocos Estados ha optado por un sistema de nombramientos de jueces como el establecido en la Constitución federal⁶², y los Estados que han decidido nombrar a sus jueces con carácter vitalicio son escasos. No es que la independencia del poder judicial no sea un valor a perseguir, es que han decidido utilizar otros mecanismos para intentar asegurarla.

En los Estados que han escogido un sistema de elección popular de sus jueces, la independencia de los mismos se garantiza con la exigencia y

⁶⁰ Rachel BRAND, «Judicial appointments: checks and balance in practice», *Harvard Journal of Law Review and Public Policy*, vol. 33, (2010): 24-27.

⁶¹ Sobre dicha garantía el Tribunal Supremo se pronunció en el caso *O'Donoghue v. United State*, 289 U.S. 516 (1933).

⁶² Es el caso, por ejemplo, de New Jersey y Maine, aunque, a diferencia de los jueces federales, los jueces de estos Estados no son nombrados con carácter vitalicio sino por 7 años. Puede consultarse la tabla del anexo IV para otros ejemplos.

respeto por parte de éstos de las reglas establecidas en el Código de conducta judicial de la *American Bar Association* (ABA) y los Códigos de conducta judicial estatales, inspirados en el primero. Los Estados que han optado por un sistema de nombramiento de jueces más fundado en los méritos de los candidatos, persiguen garantizar esa independencia con la intervención en el proceso de nombramiento no sólo del ejecutivo (y, a veces también legislativo), sino también de Comisiones en las que están representados diversos sectores de la sociedad y que proponen o informan candidaturas conforme a criterios objetivos y no partidistas.

El ideal de los constituyentes norteamericanos era disponer de unos jueces tanto en el ámbito estatal como federal que decidiesen los casos exclusivamente atendiendo a los dictados de la ley.

Que se busquen mecanismos para hacer a los jueces independientes no significa que puedan ser irresponsables, es decir, no puedan dejar de estar sujetos a normas jurídicas que permitan depurar sus responsabilidades cuando se desvían del imperio de la ley, al que están exclusivamente sometidos. Tal cosa haría de los jueces unos sujetos titulares de un poder sin control alguno que podría generar, paradójicamente, un daño a su propia independencia. En este sentido, los jueces han de ser responsables, precisamente porque son independientes. Pero, de otro lado, cuál sea el grado y ámbito de la responsabilidad judicial y cuál sea la instancia competente para depurar tal responsabilidad es determinante para asegurar esa independencia judicial. La responsabilidad no puede ser un reverso de la independencia que la anule⁶³.

Con esta lógica, en la mayor parte de los países europeos se confía a los mismos jueces, y no a otros poderes del Estado, la potestad de sancionar conductas contrarias a Derecho. Lo cual no ha dejado de levantar suspicacias por la irresponsabilidad que el corporativismo puede acabar generando. En Estados Unidos la opción ha sido distinta.

Cuando se elaboró la Constitución norteamericana, se quiso que los jueces federales se mantuvieran de por vida en el cargo, como forma de garantizar su independencia, pero solo *during good behavior*, es decir, mientras ejercieran debidamente sus funciones (art. III.1 y art. II. 4 Constitución U.S). Por lo tanto, el modo de exigir responsabilidad por faltar a sus funciones –responsabilidad que supone la remoción en el cargo– es el *impeachment*. Históricamente su uso ha sido muy escaso. Por este procedimiento, que se inicia el Congreso y se decide en el Senado por mayoría de 2/3 de la Cámara, es altamente improbable que el cese de un juez pueda producirse por

⁶³ Rosario SERRA CRISTOBAL, «El juez responsable: una aproximación a las responsabilidades del juez desde un punto de vista comparado», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1982, (2005): 5-16.

*misconduct*⁶⁴. En 1980 el Parlamento federal aprobó un sistema formal de responsabilidad disciplinaria para los jueces federales, que no afecta a los magistrados del Tribunal Supremo, mediante la aprobación de la *Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act*. Su origen se encuentra en el Código de Conducta Judicial que aprobó la *Judicial Conference* en 1973 sobre el modelo previamente aprobado por la *American Bar Association* (ABA). Conforme a este sistema se puede presentar una queja contra un juez federal ante el secretario del Tribunal de Apelación del Circuito, que la transmitirá al Presidente del Tribunal. Éste puede desestimarla o constituir una comisión especial para investigar la denuncia. En el primer caso cabe recurrir la decisión ante el *Judicial Council* del Circuito. En el segundo caso, la Comisión deberá presentar un informe con conclusiones y recomendaciones ante el *Judicial Council* del Circuito, que sancionará o hará sus propias investigaciones y decidirá. En caso de gravedad también puede remitirla cuestión a la *Judicial Conference* de los EEUU⁶⁵. Entre las sanciones no cabe el cese del juez, que solo es posible a través del *impeachment* citado.

Sin embargo, en los Estados, al igual que no se alcanzó un acuerdo unánime sobre cómo elegir a sus jueces, tampoco se logró sobre cómo exigir de éstos responsabilidad por sus actuaciones. Pese a que se optó por copiar el modelo de control de los jueces con la adopción del *impeachment*⁶⁶, el sistema de nombramiento judicial tan singular y variado de los estados ha dado lugar a otro tipo de responsabilidad judicial. El sistema de elección popular de jueces introdujo un nuevo modo de concebir la responsabilidad de los mismos más cercana a la responsabilidad y control al que se ven sometidos los representantes de los ciudadanos en las asambleas legislativa: la *accountability*. Los ciudadanos tienen un control formal sobre qué juez puede mantenerse en un cargo, incluso la posibilidad de expulsar a los que no hayan cubierto las expectativas de aquéllos. El voto permite a los ciudadanos apartar a aquellos candidatos más impopulares y promover a aquéllos que se ajustan más a los deseos y expectativas del cuerpo electoral⁶⁷.

⁶⁴ Hasta 2000 tan sólo habían sido cesados por dicho procedimiento 7 jueces, pertenecientes a las *U.S. District Courts*, con independencia de algún caso más que se haya abierto sin aprobarse el *impeachment*. Patricia BARNES, *Desk reference on American Courts* (Washington: Congressional Quarterly Inc., 2000), 40. Ningún juez del Tribunal Supremo norteamericano ha sido destituido nunca.

⁶⁵ Casañas ADAM, *El poder judicial en Estados Unidos...*, 57.

⁶⁶ El *impeachment* está previsto en casi todos los Estados para cesar a un juez estatal, aunque su uso ha sido también muy escaso.

⁶⁷ Por ejemplo, estudios realizados han demostrado que en aquellos Estados donde una mayoría fuerte de la población está a favor de la pena de muerte, los jueces de apelación han sido menos partidarios de oponerse a ella en sus decisiones. Paul Brace y Brent

Es más, cada sistema electoral está diseñado para producir un nivel distinto de responsabilidad del juez ante el electorado. Las elecciones de confirmación (*retention elections*) de un juez en su puesto son las que generan menos vínculo entre los ciudadanos y el electorado, mientras que las elecciones partidistas generan un tipo de responsabilidad electoral que no difiere mucho de la de los candidatos a cargos representativos. Éstas últimas tienen una mayor capacidad de generar vínculos entre los ciudadanos y los jueces y, por lo tanto, la *accountability* del juez adquiere mayor relevancia⁶⁸.

De todos modos, existe también ese tipo de responsabilidad disciplinaria al estilo europeo. Desde 1960 todos los Estados han adoptado un modo de controlar la conducta de los jueces mediante el respeto a los Códigos de conducta judicial estatales o acogiéndose al Código de Conducta Judicial de la ABA. En algunos Estados, la responsabilidad por la mala actuación de un juez es conocida por los jueces de la última instancia judicial dentro del Estado (el Tribunal Supremo estatal). En otros se ha establecido una Comisión disciplinaria que es la que se encarga de exigir este tipo de responsabilidad. En otros, las sanciones leves pueden ser adoptadas por la Comisión y las más graves por el Tribunal Supremo. De nuevo, la variedad de opciones está servida y el orden federal y el orden estatal funcionan de modo absolutamente autónomo.

6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA INTERSECCIÓN ENTRE LAS ORGANIZACIONES JUDICIALES ESTATALES Y FEDERAL

Por todo lo expuesto se confirma que nos encontramos ante un sistema de federalismo judicial dual. Un sistema que mantiene altas cotas de autonomía entre la jurisdicción federal y la jurisdicción estatal. Esa autonomía entre la Federación y cada uno de los Estados y de éstos entre sí se materializa en prácticamente todos los ámbitos del poder judicial: en la formación y organización de los tribunales, en los mecanismos para seleccionar los jueces que los conformarán, en los sistemas escogidos para exigir responsabilidad de éstos, en el modo de gestionar los Tribunales, y en tantos aspectos más. Como se decía al comienzo, más bien podríamos decir que nos encontramos ante 51 sistemas judiciales, por la complejidad y diversidad que presentan. Ello tiene su razón de ser en la preexistencia de organizaciones judiciales

D. Boyea, «Judicial selection methods and capital punishment in the American States», en *Running for judge. The rising political, financial and legal stakes of judicial elections*, ed. Por Matthew J. Streb (New York: New York University Press, 2007), 183-203.

⁶⁸ Melinda GANN HALL, «Competition as accountability in State Supreme Court elections», en *Running for judge...*, 166.

propias en cada Estado antes de que se constituyese la Federación. La propia historia de formación de Estados Unidos y la vasta extensión territorial del país (que agudiza las singularidades de cada territorio y precisa de mayor descentralización) confluyeron en la necesidad de estructurar los 50 Estados bajo la forma de una Federación que mantuvo altos grados de soberanía de los Estados que la formaron y, por ende, de auto-organización en todos los ámbitos, incluido el judicial.

En consonancia con esa opción federal, a cada uno de los niveles jurisdiccionales (el Federal y el Estatal) se le atribuyó un ámbito competencial propio. Pero, cualquier reparto de competencias requiere de reglas de acomodación, porque hay materias donde la asignación jurisdiccional no queda clara, o son materias compartidas entre Federación y Estados, o simplemente el sistema precisa de una uniformidad y seguridad en la aplicación del Derecho. En este trabajo se han expuesto las vías que el federalismo judicial norteamericano ha buscado para salvaguardar el delicado equilibrio entre la autonomía de los Tribunales estatales y el papel del Tribunal Supremo norteamericano como árbitro final del Derecho Federal y máximo intérprete de la Constitución.

Quizás el momento donde ambas jurisdicciones interseccionan de forma evidente es cuando el Tribunal Supremo de la Federación revisa una decisión de un Tribunal estatal. Que el máximo órgano jurisdiccional de la federación pueda revisar las decisiones de los Tribunales superiores estatales constituye algo predecible en un sistema judicial federal. La no contradicción de las decisiones judiciales con el Derecho federal y, en concreto, con la Constitución federal, constituye una de las reglas básica sobre las que se sustenta la misma federación.

Sin embargo, esa posibilidad de revisión puede abrir la puerta a que desde la jurisdicción federal se pueda controlar el modo en el que los Tribunales estatales se organizan y gobiernan y eso sí constituye una materia tradicionalmente propia de la organización jurisdiccional de cada Estado. Es ahí donde parece caer el mito de que se trata de organizaciones jurisdiccionales –la estatal y la federal–, totalmente autónomas e independientes.

Por las limitaciones materiales de este estudio, solo pondremos algún ejemplo de decisiones adoptadas en el ámbito estatal sobre cuestiones de selección estatal de jueces u organización de tribunales, que acabaron siendo revisadas por el Tribunal Supremo federal por afectar a los derechos consagrados en la Constitución federal.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado, así, sobre normas estatales que limitaban el gasto en la campaña electoral en las elecciones judiciales. El Tribunal Supremo siempre ha partido de la idea de que «cualquier ley que limite la libertad de expresión en una competición política está sometida a un severo escrutinio, ...siendo necesario que cualquier limitación a la libertad de

expresión persiga un interés ineludible y ciñéndola al logro de tal interés»⁶⁹. En el caso *Brown v. Hartlage (1982)*⁷⁰ un candidato que se presentaba para ser elegido juez de Distrito (tribunal estatal) hizo promesas electorales que, en principio, contradecían la mencionada regla, la «announce clause», establecida en la Ley de Corrupción de Kentucky. El Tribunal señaló que las leyes que limitan o prohíben la libertad de expresión de un candidato a juez sólo son admisibles si ello sirve a un interés estatal y, en todo caso, deben ser lo menos restrictivas posibles. El Tribunal entendió que lo único que justifica que a un juez se le limite su libertad de expresión durante la campaña electoral es el interés estatal de la imparcialidad y apariencia de imparcialidad que deben mantener los jueces. En definitiva, la jurisdicción federal entró a pronunciarse sobre el procedimiento electoral judicial establecido en la normativa estatal, asunto de la competencia del Estado. Ésta parece ser la tendencia seguida por el Tribunal Supremo estadounidense al respecto, que con el asunto *Republican Party of Minnesota v. White (2002)*⁷¹ dió otro revés a las *announce clauses* recogidas en diversos Códigos estatales de Conducta judicial. El Código de Conducta judicial de Minnesota venía estableciendo desde 1974 la prohibición a los candidatos de hacer públicos sus puntos de vista sobre materias legales controvertidas y cuestiones políticas –de nuevo la denominada «*announce clause*»–. En 1996 un abogado candidato a juez, durante su campaña electoral repartió cierta bibliografía criticando algunas decisiones judiciales en materias como aborto y otras cuestiones polémicas. Los hechos fueron recurridos y el Tribunal de apelaciones entendió que dicha limitación a la libertad de expresión tenía su justificación en la salvaguardia de la imparcialidad de los jueces o al menos en la imagen de imparcialidad de éstos y, por lo tanto, en el intento de generar una confianza del justiciable en la justicia⁷². Sin embargo, cuando el caso llegó al Tribunal Supremo norteamericano éste consideró que sí se había limitado la libertad de expresión del juez. De nuevo un Tribunal Federal acababa decidiendo en el cuestiones que pertenecen al proceso estatal de selección de jueces.

Hay otra sentencia del Tribunal Supremo que también puede afectar al proceso de elección judicial estatal que es la dictada en el asunto *Citizens United v. Federal Election Commission, 2010*⁷³. El Tribunal Supremo indicó que todos los ciudadanos, medios de comunicación y personas jurídicas, con

⁶⁹ *WRLT*, 551 U.S. at 464.

⁷⁰ 456 U.S. 45 (1982).

⁷¹ *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 US 765 (2002).

⁷² *Republican Party of Minnesota v. Kelly*, 247 f. 3d 854 (2001) Court of Appeals, 8th Circuit.

⁷³ *Citizens v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 50, (2010) La decisión *Citizens United* causó un gran revuelo entre los académicos y políticos, pues deja abierto el camino

o sin ánimo de lucro, tienen derecho a participar sin límites en el debate político mediante la inversión de dinero en la defensa de una idea o una causa, lo cual es aplicable a cualesquiera elecciones, incluidas las judiciales. La nueva doctrina camina hacia un sistema de desregularización de las aportaciones a las campañas electorales, algo que puede complicar aún más el problema de las ingentes sumas de dinero que mueven todo tipo de elecciones, con las corruptelas que ello puede acarrear y que son más preocupantes cuando hablamos de elecciones en el ámbito judicial.

En cuanto a la diversidad social en los sistemas de elección popular de jueces, cabe recordar como en Lousiana hubo un problema a raíz de la distribución de circunscripciones en el Estado y el número de jueces del Tribunal Supremo que les correspondía elegir a cada una de ellas. Un grupo de peticionarios de raza negra protestó porque el Distrito donde vivían, con una amplísima población negra, era al que le correspondía elegir el menor número de jueces en dicho Tribunal, lo cual acababa derivando en una menor representación de ciudadanos de color en dicho órgano. El asunto llegó al Tribunal Supremo de Estados Unidos que vino a decir que una práctica de este tipo vulneraba el derecho a un voto igualitario protegido en la Constitución y que ese derecho constitucional no está reservado exclusivamente para los comicios legislativos, sino que debía garantizarse igualmente las elecciones judiciales (*Chisom v. Roemer*, 501 U.S. 380 (1991) U.S. Supreme Court)⁷⁴.

Valgan estos como botón de muestra de que, pese a encontrarnos ante un sistema de federalismo judicial dual, por vía de revisión judicial se producen las lógicas acomodaciones entre una organización judicial y la otra, que son necesarias por la convivencia bajo un mismo ordenamiento jurídico con la Constitución Federal a la cabeza.

TITLE: American Judicial Federalism

RESUMEN: El interés por el análisis del sistema judicial estadounidense reside en que cada uno de los cincuenta Estados de la Unión tiene su propio y particular modelo judicial, distinto además del sistema federal, lo cual lo hace muy peculiar y atractivo para el estudioso del Derecho. Este trabajo aborda el estudio del federalismo judicial dual que presenta

a la participación de corporaciones y uniones en las campañas electorales de todo tipo y deroga jurisprudencia anterior en esta materia, sentando nuevos precedentes.

⁷⁴ Lo mismo ha sucedido en otros Estados con un sistema de elección popular de jueces. Véase: *White v. State of Alabama*, 74 F. 3d 1058, (1996), Court of Appeals, 11th Circuit, o en *South Christian Leadership Conference v. Evans*, 785 F. Supp. 1469 (1992), U.S. District Court, M. D. Alabama, respect de Alabama. Y el asunto *Brooks v. State Bd. of elections*, 848 F. Supp. 1548 District Court, S. D. Georgia, Brunswick Div. (1994), respect de Georgia.

este país y que se manifiesta en múltiples aspectos: la creación, organización y gobierno de los tribunales, la selección de jueces y exigencia de responsabilidad, o la distribución de competencias y articulación entre las distintas instancias jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE: Federalismo judicial, poder judicial en Estados Unidos, organización jurisdiccional federal, jueces, tribunales federales, tribunales estatales, gobierno judicial.

ABSTRACT: The interest in the analysis of the US judicial system is found in the fact that each of the fifty States of the Union has its own particular model of justice, different from the federal one. This makes it very peculiar and attractive to the law scholars. This essay deals with the study of the dual judicial federalism that this country presents and which manifests itself in many aspects: the creation, organization and governance of the courts, the selection of judges and the requirement of their responsibility, or the distribution of competences and articulation among the different Courts.

KEY WORDS: Judicial Federalism, Judicial Power in USA, Federal Jurisdiction, Judges, Federal Courts, State Courts, Judicial Governance.

RECIBIDO: 27.04.2017

ACEPTADO: 30.05.2017

Notas

LAS POSIBILIDADES PRESUPUESTARIAS DEL GOBIERNO EN FUNCIONES: A PROPÓSITO DE LA APROBACIÓN DE UN REAL DECRETO-LEY PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO¹

Carmen Cámara Barroso y Eduardo Sanz Arcega

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp333-345](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp333-345)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LÍMITES PARA LA APROBACIÓN DE UN REAL DECRETO-LEY QUE MODIFIQUE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. 3. DISCUSIÓN FINAL: UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA PARA LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO A TRAVÉS DE UN REAL DECRETO-LEY PROMULGADO POR UN GOBIERNO EN FUNCIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza provisional y teleológica que la Constitución española acoge del Gobierno en funciones (*ex art. 101.2 CE*) fundamenta una regulación de desarrollo que, «salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique», restringe su capacidad de acción al despacho ordinario de asuntos –entre los que se entiende la facilitación del proceso de traspaso de poderes– (art. 21.3

¹ Los autores desean agradecer encarecidamente los comentarios de Sergio Luis Doncel Núñez, Profesor-tutor de la UNED, que han estimulado una mejora sustancial de la versión inicial.

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno)². Tan es así, que, en adición a la prohibición general expuesta y, sin lugar a su excepción, la propia Ley del Gobierno proscribía la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado por parte de un Ejecutivo en funciones, así como la presentación por este de cualquier proyecto de ley ante las Cortes (*ex art. 21.5 Ley del Gobierno*).

No obstante lo anterior, la realidad puede dibujar escenarios que demanden una acción gubernativa sustancial, sobremanera por lo que hace al ámbito de la política económica. Ante una eventualidad semejante, las posibilidades presupuestarias de un Gobierno en funciones respecto de la modificación de los estados de ingresos y gastos –entre los que desde el punto de vista constitucional se incluye tanto la cuantificación de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado como el servicio de la deuda pública (respectivamente, arts. 134.2 y 135.3 CE)– consignados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE, en lo sucesivo)³ no quedarían limitadas respecto de las capacidades de un Gobierno con plenos poderes, sino en lo tocante a aquellas modificaciones que requieran de la presentación de un proyecto de ley ante las Cortes (de nuevo, *ex art. 21.5 Ley del Gobierno*).

La cuestión que, a renglón seguido, aflora, se refiere a la potestad que pudiere ostentar un Ejecutivo en funciones para aprobar una reforma de la LPGE a través de una norma con rango de ley que soslayase el requisito de presentación de un proyecto de ley ante las Cortes. Con otras palabras, la pregunta a la que, por el momento, no se le ha dado una solución legislativa concluyente, es la siguiente: ¿qué condiciones debe satisfacer un Gobierno en funciones para aprobar válidamente un real decreto-ley que modifique estados de gastos e ingresos contenidos en la LPGE que requieran para su modificación de la aprobación de una norma con rango de ley?

Para responder el interrogante planteado, y, con la motivación de extender la doctrina jurídica, el objetivo de este trabajo se orienta a la delimitación de las competencias del Gobierno en funciones, precisamente, en lo atinente

² Más allá de la vinculación «al cumplimiento del principio y deber de lealtad constitucional» (Álvarez Conde 1996-1997, 195), la limitación de las capacidades del Gobierno en funciones ha sido fundamentada por la doctrina constitucional en «razones ligadas al propio concepto y naturaleza (figura transitoria, excepcional y de necesidad), posición (carencia, y falta de necesidad, de una legitimación parlamentaria, con legitimación directa excepcional *ope constitutionis*) y fin (el traspaso de poderes) de un Gobierno *en funciones*, y carente, por tanto, de todo respaldo parlamentario» (Brage Camazano y Reviriego 2006, 448).

³ Pues el contenido de la Ley de Presupuestos debe limitarse a la ordenación jurídica del gasto público, contenido que, además, solo puede regularse a través de aquella (por todas; ilustrativamente, SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4, y 9/2013, de 28 de enero, FJ3).

a la modificación de la LPGE a través de la promulgación de un real decreto-ley. Toda vez que la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante un real decreto-ley no suspende ni su vigencia ni su aplicación (*ex art. 30 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*), y, dado que a un Gobierno en funciones no le asiste respaldo parlamentario alguno, parece oportuno ofrecer una interpretación reforzada para aceptar la constitucionalidad de las disposiciones con rango de ley que, en materia presupuestaria, pueda dictar un Gobierno en funciones. En lo que conocemos, si bien la realidad política española está motivando la proliferación de estudios acerca de las competencias del Gobierno en funciones, y que en relación con su capacidad para dictar un real decreto-ley subrayan como presupuestos habilitantes suficientes la circunscripción de su contenido dentro de los límites constitucionales y la efectiva urgencia de las circunstancias (ilustrativamente, García-Escudero 2016, 115; Menéndez Moreno 2017, 2), el análisis propuesto por este trabajo resulta una novedad doctrinal.

El artículo se estructura como sigue a continuación. En la siguiente sección se expone los requisitos que el ordenamiento y la jurisprudencia imponen como canon de constitucionalidad para la válida promulgación de un real decreto-ley, atendiendo singularmente a su capacidad para introducir modificaciones en la LPGE. La última sección concluye la necesidad de exigir requisitos adicionales a los que tradicionalmente viene demandando la jurisprudencia y la doctrina para que la promulgación por un Gobierno en funciones de un real decreto-ley que modifique la LPGE supere el test de constitucionalidad.

2. LÍMITES PARA LA APROBACIÓN DE UN REAL DECRETO-LEY QUE MODIFIQUE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

La singularidad legislativa inherente a la aprobación de una norma con rango de ley por parte de un Ejecutivo se refleja en los requisitos formales y materiales que la Constitución impone para la validez jurídica de los reales decretos-leyes. De un lado, en relación con los requerimientos formales se exige la voluntad concurrente del Congreso de los Diputados para su convalidación o derogación «en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación» (arts. 86.2 y 86.3 CE, desarrollados por el art. 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, RCD en adelante). A fin de facilitar el trámite parlamentario, el propio Reglamento del Congreso señala expresamente que «la inserción en el orden del día de un Decreto-ley, para su debate y votación, podrá hacerse tan pronto como hubiere sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado» (art. 151.1 RCD).

En el caso de que el mandato del Congreso haya expirado o aquel se encuentre disuelto, «las Diputaciones Permanentes seguirán ejerciendo sus funciones

hasta la constitución de las nuevas Cortes Generales» (art. 78.3 CE), si bien el Reglamento del Congreso estipula explícitamente que, en relación con los reales decretos-leyes, la competencia de la Diputación Permanente quedaría circunscrita a la posibilidad de «tramitar como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia los Decretos-leyes que el Gobierno dicte durante los períodos entre legislaturas» (art. 151.5 RCD); posibilidad a la que también puede acogerse la Cámara durante el periodo de vigencia de su mandato, mas siempre y cuando el decreto-ley haya sido previamente convalidado (*ex art.* 151.4 RCD).

De otro lado, los requisitos materiales se refieren a la «extraordinaria y urgente necesidad» que debe presidir las circunstancias que motiven la aprobación de un real decreto-ley (*ex art.* 86.1 CE), así como a la interdicción de un buen número de materias que, en ningún caso, pueden ser objeto de regulación a través de aquel, a saber: ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, régimen de las Comunidades Autónomas, y Derecho electoral general; reforma constitucional; y, por último, materias para cuya regulación se exija la aprobación de una ley orgánica (respectivamente, *ex arts.* 86.1, 167 y 168, y 81.2 CE). A continuación, se expone la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la apreciación del requisito de extraordinaria y urgente necesidad para, acto seguido, desarrollar los límites constitucionales que específicamente en materia financiera (tributario-presupuestaria), dado el objetivo de este trabajo, se impone al contenido de los reales decretos-leyes.

Por lo que a la concurrencia efectiva del presupuesto de una «extraordinaria y urgente necesidad» se refiere, «la jurisprudencia constitucional ha exigido desde sus inicios, [...], que la definición por los órganos políticos de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (STC 126/2016, de 7 de julio, FJ 5)⁴, considerando «adecuado el uso del Decreto-ley en situaciones que hemos denominado como «coyunturas económicas problemáticas», [...], para

⁴ Con otras palabras, el Tribunal en el juicio de constitucionalidad analiza «dos elementos: a) en primer lugar, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Parlamento en su aprobación atendiendo a la exposición de motivos de la norma, al debate parlamentario de convalidación y, en su caso, al expediente de elaboración [«en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3)]; b) en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para afrontarla» (STC 139/2016, de 12 de julio, FJ 4).

cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia» (STC 126/2016, de 7 de julio, FJ 3). Adicionalmente, el Tribunal ha manifestado que no es necesario que la «definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio real decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos» (STC 139/2016, de 12 de julio, FJ 3).

A continuación, se describe los límites a la regulación mediante real decreto-ley de disposiciones de índole tributario-presupuestaria contenidas en la LPGE. En primer lugar, debe precisarse que la LPGE ordena el gasto público (*ex art. 134.2 CE*) –el cual comprende también el servicio de la deuda pública (*ex art. 135.3 CE*)–, si bien puede incorporar también, pero solo, aquellas medidas que «guarden una conexión económica o presupuestaria» (STC 9/2013, de 28 de enero, FJ 3) directa con aquel y que, además, «su inclusión esté justificada en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno» (STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4). Dicho lo cual, la argumentación se centra específicamente, como se ha anunciado, en las disposiciones materialmente tributarias y presupuestarias contenidas en la LPGE.

En el ámbito tributario, la jurisprudencia constitucional parte de los límites enunciados en la cláusula general del artículo 86.1 CE, a partir de la cual explicita que «el Decreto-ley no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales del deber de contribuir. [...] Por tanto, no queda absolutamente impedida la utilización del Decreto-ley en materia tributaria, cuando concurre el supuesto habilitante como instrumento normativo del Gobierno al servicio de los objetivos de la política económica. Ahora bien, será preciso tener en cuenta en cada caso en qué tributo concreto incide el Decreto-ley –constatando su naturaleza, estructura y la función de capacidad económica–, qué elementos del mismo –esenciales o no, resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa– y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7). En consecuencia, si se traslada la interpretación expuesta a la regulación de contenidos tributarios incluíbles en la LGPE, y, teniendo en cuenta, además, que la Constitución señala expresamente que «la Ley de Presupuestos no puede crear tributos [...] podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea» (art. 134.7 CE), toda modificación mediante real decreto-ley de cláusulas tributarias insertas en la LPGE que se ajuste a los requerimientos formales y materiales antedichos superará el test de constitucionalidad, siempre y cuando se acepte que la norma con rango de ley que se requiere para modificar la LPGE no se agota en una ley formal (interpretación que parece consistente con la posición del

Tribunal Constitucional⁵), pues «el real decreto-ley no se transforma en ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica» (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 2), aunque el Congreso lo convalide.

Por otra parte, desde el punto de vista del gasto público, partiendo de que la Constitución española señala genéricamente que «el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario», siempre y cuando respete la prioridad de pago de los intereses y el capital de la deuda pública (respectivamente, *ex arts.* 134.5 y 135.3 CE)⁶, la jurisprudencia no ha establecido limitaciones concretas a la regulación mediante Decreto-ley de disposiciones atinentes a los estados de gastos, por lo que, mediando «extraordinaria y urgente necesidad», parece que se acepta la constitucionalidad de un real decreto-ley que contuviera modificaciones de índole presupuestaria (aceptando, de nuevo, que la modificación de la LPGE puede realizarse mediante una norma con rango de ley).

Así las cosas, la Constitución y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP, en lo sucesivo), como norma de desarrollo, relacionan un conjunto de requisitos formales y materiales para la válida modificación de los estados de gastos consignados en la LPGE. Requisitos que, fundamentalmente, se refieren tanto a la identificación del sujeto legitimado en última instancia para aprobar la modificación presupuestaria, como al rango de la norma jurídica a través de la cual pueda materializarse aquella. Por lo que hace al objetivo de este trabajo, el interés se centra en la identificación de modificaciones de la LPGE atinentes a los estados de gastos que precisen para su aprobación del consentimiento de las Cortes Generales⁷, modificaciones que, razonando la existencia de «extraordinaria y urgente necesidad», podrían efectuarse a través de un real decreto-ley.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico, el Consejo de Ministros deberá remitir un proyecto de ley a las Cortes Generales en los casos siguientes:

- a) «Cuando se trate de créditos extraordinarios y suplementos de crédito para atender obligaciones de ejercicios anteriores para las que no se

⁵ La jurisprudencia constitucional ha resaltado el rango de ley de la LPGE, como ley en sentido pleno, aceptando la singularidad de su contenido material, como se ha puesto de relieve líneas atrás, pero sin impedir su modificación a través de un real decreto-ley (porque, como se expondrá a continuación, tampoco le ha sido requerido un pronunciamiento en tal sentido).

⁶ De lo que se deduce directamente la imposibilidad de un Gobierno en funciones para acometer cambios por esta vía (de nuevo, *ex art.* 21.5 Ley del Gobierno).

⁷ Acogiendo el principio general de que *quid potest plus, potest minus*, cualesquiera otras modificaciones únicamente requerirían el ejercicio de potestades del Ejecutivo y, en el caso del Gobierno en funciones, de la debida justificación (*ex art.* 21.3, Ley del Gobierno).

anulara crédito en el ejercicio de procedencia, tanto si se financian con Fondo de Contingencia como con baja en otros créditos [este requisito también resulta de aplicación a esta tipología de créditos extraordinarios y suplementos de crédito del presupuesto de la Seguridad Social, *ex artículo 57.5 LGP*, y de los presupuestos de los organismos autónomos, *ex artículo 56.7 LGP*].

- b) Cuando se trate de créditos extraordinarios o suplementarios para atender obligaciones del propio ejercicio cuando se financien con baja en otros créditos.
- c) Cuando se trate de créditos extraordinarios o suplementarios que afecten a operaciones financieras del Presupuesto» (art. 55.2 LGP).
- d) Cuando se trate de autorizar emisiones de deuda o contracciones de crédito (*ex art. 135.3 CE*), y cuyo reflejo en los presupuestos es inmediato, pues «los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos [del Presupuesto] (art. 135.3 CE); de ahí que «la LPGE [establezca] el límite de la variación del saldo vivo de Deuda del Estado de cada ejercicio presupuestario, al que se ajustarán las operaciones financieras que impliquen creación de Deuda» (art. 94 LGP). En adición a lo expuesto, y, en términos generales, la habilitación normativa para emitir deuda suele contenerse en la propia LPGE.
- e) Cuando se trate de enmendar o modificar los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública, [cuando estos] se ajusten a los dispuesto en la ley de emisión (*ex art. 135.3 CE*).

Sentado lo anterior, la cuestión que aflora, y, a la que por el momento no se le ha dado una solución legislativa concluyente (ni jurisprudencial, por inexistencia de precedentes⁸), se refiere a si sería posible que un Gobierno en funciones modificase a través de un real decreto-ley disposiciones de la LPGE –tributarias o presupuestarias– que, de acuerdo con el literal de la regulación tributario-constitucional, precisarían de una norma con rango de ley para acometerse. Al efecto, y, en relación con un Gobierno con plenos poderes, el precedente que existe de una modificación de la LPGE a través de real decreto-ley (Real Decreto-Ley 11/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica, en materia de pensiones públicas, la Ley de Presupuestos Generales

⁸ El primer precedente de un real decreto-ley promulgado por un Gobierno en funciones y recurrido ante el Tribunal Constitucional, que aún no se ha pronunciado, es el Real Decreto-Ley 1/2016, de 15 de abril, por el que se proroga el Programa para la Activación del Empleo, al que se ha hecho referencia. Dicho real decreto-ley, que extiende los beneficios de aquel programa, contiene unos efectos presupuestarios inmediatos. Este decreto-ley fue convalidado por las Cortes (Resolución de 28 de abril de 2016, del Congreso de los Diputados).

del Estado para 2005) fue convalidado por las Cortes⁹ y no recurrido ante el Tribunal Constitucional; teniendo en cuenta, además, que dicho decreto-ley se dictó aun antes de que la LPGE entrara en vigor, cuestión esta última que motivó la crítica de la doctrina (ilustrativamente, véase Falcón Tella, 2005).

De otro lado, el último precedente acerca de la promulgación de un real decreto-ley de contenido tributario por un Gobierno en funciones¹⁰ es el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público, y que fue dictado arguyendo la concurrencia del requisito de extraordinaria y urgente necesidad derivada de la satisfacción del objetivo de déficit público fijado por las autoridades comunitarias que, al tiempo, avalaría tanto la disposición de un real decreto-ley como la satisfacción de idéntica condición para que un Gobierno en funciones pueda separarse de las limitaciones a su capacidad de acción¹¹. De nuevo, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicho decreto-ley, que superó el proceso de convalidación por las Cortes¹², lo que no fue obstáculo para que la doctrina criticase la dudosa presencia del presupuesto habilitante acerca de la concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad¹³.

⁹ Resolución de 28 de diciembre de 2004, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 11/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica, en materia de pensiones públicas, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2005.

¹⁰ Como se ha puesto de relieve, el primer precedente de un real decreto-ley promulgado por un Gobierno en funciones es el Real Decreto-Ley 1/2016, de 15 de abril, por el que se proroga el Programa para la Activación del Empleo.

¹¹ En la Exposición de Motivos se señala cómo «la inmediata reducción del déficit público justifica la adopción de las medidas que incorpora este real decreto-ley, concurriendo, de este modo, la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española para la utilización de dicha figura normativa, requisito imprescindible, como ha recordado, por otra parte, la jurisprudencia constitucional. La tramitación de este real decreto-ley se efectúa por un Gobierno en funciones, circunstancia que se ajusta a lo dispuesto por el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, precepto conforme al cual «el Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas», siendo ese supuesto excepcional de urgencia el que concurre en esta ocasión» (Exposición de Motivos Real Decreto-Ley 2/2016).

¹² El Real Decreto-Ley expuesto fue convalidado mediante Resolución de 20 de octubre de 2016, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público.

¹³ *In extenso*, se ha criticado que «el Real Decreto-Ley 2/2016, además de tener alcance retroactivo, incorpora a nuestro ordenamiento una modificación intertemporal, esto es,

Llegados a este punto, a nuestro juicio, la superación del test de constitucionalidad de los reales decretos-leyes que modifiquen disposiciones atinentes a la LPGE debería satisfacer requisitos adicionales a los relatados en esta sección, referidos estos, tal y como se ha expuesto, tanto a la ambición del contenido que se regule como a la apreciación de la urgencia y extraordinariedad de las circunstancias que motiven su aprobación.

3. DISCUSIÓN FINAL: UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA PARA LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO A TRAVÉS DE UN REAL DECRETO-LEY PROMULGADO POR UN GOBIERNO EN FUNCIONES

El ciclo económico-electoral puede dibujar escenarios que demanden de un Gobierno en funciones la toma de decisiones sustantivas, sobremanera por lo que hace al ámbito de la política presupuestaria. Toda vez que respecto de las capacidades de un Gobierno en funciones, mediando una eventualidad subsumible en el supuesto de «casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique» (art. 21.3 Ley del Gobierno), es un lugar común afirmar que aquellas quedarían limitadas única y formalmente a la presentación de proyectos de ley ante las Cortes, así como a la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (*ex art.* 21.5 Ley del Gobierno). La cuestión que aflora, objetivo de este trabajo, y que, en lo que conocemos, no ha sido abordada, es la siguiente: ¿qué condiciones debe satisfacer un Gobierno en funciones para aprobar válidamente un real decreto-ley que modifique estados de gastos e ingresos contenidos en la LGPE que requieran para su modificación de la aprobación de una norma con rango de ley?

Al efecto, en la sección anterior se ha identificado los requisitos que el ordenamiento y la jurisprudencia imponen para la válida promulgación de un real decreto-ley en materia financiera, así como las modificaciones de la LPGE que demandan para ser efectivas de una norma con rango de ley. Específicamente por lo que hace a los primeros, mediando «extraordinaria y urgente necesidad», la jurisprudencia avala la regulación mediante real decreto-ley de normas tributarias y presupuestarias, siempre, respecto de las primeras, que no se desnaturalice la reserva de ley tributaria prevista constitucionalmente (*ex art.* 86.1 CE).

sistémica, no coyuntural ni sujeta, por tanto, a alguna condición específica de esa coyuntura que limite su vigencia, y por lo tanto difícilmente reconducible solo a las necesidades que provocan la extraordinaria y urgente necesidad que requiere la forzosamente coyuntural regulación mediante Decreto-ley, cuando este no se tramita después como ley ordinaria» (Menéndez Moreno 2017, 5).

Llegados a este punto, la singularidad asociada a la aprobación por el Gobierno de una norma con rango de ley soslaya, al menos temporalmente, la función legislativa encomendada constitucionalmente a las Cortes Generales, las cuales, en relación con los Presupuestos Generales del Estado, «cumplen tres objetivos especialmente relevantes: a) aseguran, en primer lugar, el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (arts. 9.1 y 66.2, ambos de la Constitución); b) participan, en segundo lugar, de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que ha propuesto el Gobierno y que los presupuestos representan; c) controlan, en tercer lugar, que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el art. 31.2 CE, de una forma equitativa, pues el presupuesto es, a la vez, requisito esencial y límite para el funcionamiento de la Administración» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4). De ahí que, a nuestro juicio, la exigencia de requisitos adicionales no se encamina sino, precisamente, al refuerzo de la función constitucional que, en relación con la aprobación de los Presupuestos, ostentan las Cortes Generales.

A tal fin, y, en primer lugar, debe diferenciarse cuatro escenarios ante los que un Gobierno en funciones podría, de acuerdo con la interpretación de las circunstancias en las que se desenvuelve la realidad económica, promulgar un real decreto-ley para modificar contenidos de la LPGE que requieren para su validez de la aprobación de una norma con rango de ley: a) Cortes disueltas y presupuestos aprobados; b) Cortes disueltas y presupuestos prorrogados; c) Cortes constituidas y presupuestos aprobados; d) Cortes constituidas y presupuestos prorrogados. Mientras la distinción entre la existencia de Cortes disueltas o constituidas se motiva por la centralidad de la función legislativa en relación con la aprobación de los presupuestos; la normativa sobre estabilidad presupuestaria abre a nuestro juicio la posibilidad de que un Ejecutivo en funciones pueda interpretar la incursión en un escenario de prórroga presupuestaria como situación de extraordinaria y urgente necesidad, esto es, como presupuesto habilitante válido para la promulgación de un real decreto-ley. Así, un escenario de prórroga presupuestaria se caracteriza porque «la prórroga no afectará a los créditos para gastos correspondientes a programas o actuaciones que terminen en el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan o para obligaciones que se extingan en el mismo» (art. 38.2 LGP). Si se conjuga lo anterior con la regla de gasto que impide el crecimiento del gasto público por encima del crecimiento del Producto Interior Bruto nominal, previsión contenida en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (*ex art.* 12.1), los efectos de una prórroga presupuestaria pueden precipitar una redimensión a la baja y permanente del tamaño del Sector Público a futuro, lo que, a nuestro juicio, parece presupuesto habilitante suficiente, en el sentido del artículo 86.1 CE, para la promulgación de un real decreto-ley.

De la misma manera, respecto del supuesto de autorizar nuevas emisiones de deuda, dado que, en términos generales, dichas autorizaciones se realizan en el seno de la LPGE, en el supuesto de que el Fondo de Contingencia hubiera agotado sus recursos y/o las medidas requeridas superasen los supuestos de empleo de recursos con cargo a aquel¹⁴, entendemos que este hecho también constituiría un supuesto habilitante suficiente para que, mediante real decreto-ley, se pudiese autorizar tal emisión de deuda.

Sentado lo anterior, a continuación, se detalla los requisitos adicionales que debería exigirse en cada uno de los cuatro escenarios detallados para que un eventual real decreto-ley superase el test de constitucionalidad. En el caso de que las Cortes se encuentren disueltas y los presupuestos del ejercicio estuvieran aprobados, el riesgo de prórroga debe aceptarse como presupuesto habilitante para realizar una modificación en la LPGE, que podrá hacerse efectiva acudiendo a la figura del real decreto-ley, si se trata de realizar modificaciones que requieren de una norma con rango de ley (entre las que se incluye la autorización para emitir deuda pública o contraer crédito). En este sentido, el carácter de *ultima ratio* exigible respecto de las modificaciones de la LPGE que requieren de una norma con rango de ley aconseja, para que efectivamente así sea, imponer un límite cuantitativo a las modificaciones señaladas, ilustrativamente el importe del Fondo de Contingencia.

Con todo, a nuestro juicio la potencial incursión en una situación de prórroga avalaría la utilización de la figura del real decreto-ley para incrementar el Fondo de Contingencia en la cuantía de los créditos del Presupuesto que, en caso de prórroga, no puedan ser objeto de aquella. No en vano, a tenor del principio de reserva de ley presupuestaria, entendemos que no debería aceptarse que esta última medida fuera llevada a cabo a través de las atribuciones reglamentarias del Ejecutivo.

Por último, y, en todos los casos descritos, la aprobación de un real decreto-ley deberá realizarse menos de treinta días antes de que las nuevas Cortes se constituyan, a fin de no soslayar la preceptiva fiscalización parlamentaria. A este respecto también contribuiría, de *lege ferenda*, una disminución del plazo de constitución de las nuevas Cortes tras las elecciones.

¹⁴ De acuerdo con la normativa presupuestaria, el Fondo únicamente financiará «las ampliaciones de crédito reguladas en el artículo 54, los créditos extraordinarios y suplementos de crédito, de conformidad con lo previsto en el artículo 55, y las incorporaciones de crédito, conforme al artículo 58, [a salvo de que se trate de] modificaciones relativas al pago de la Deuda Pública, créditos destinados a financiar a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en aplicación de sus respectivos sistemas de financiación, así como a las que no reduzcan la capacidad de financiación del Estado en el ejercicio, computadas en la forma establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» (respectivamente, arts. 50 y 59 LGP).

En segundo lugar, si las Cortes se hallan disueltas y los presupuestos están prorrogados, operarían dos de los límites planteados en el escenario anterior. De un lado, el real decreto-ley deberá ser promulgado durante los treinta días anteriores a la constitución de las nueva Cortes. De otro lado, el límite cuantitativo de las modificaciones no deberá superar el valor monetario del Fondo de Contingencia.

En tercer lugar, en el caso de que las Cortes se encuentren constituidas y los presupuestos estén aprobados, el real decreto-ley debería convalidarse al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. De otro lado, y, de nuevo, el riesgo de incursión en una situación de prórroga presupuestaria permitiría alterar la LPGE en la cuantía de los créditos que no puedan ser objeto de prórroga, siempre y cuando su importe se destine a engrosar el Fondo de Contingencia; así como también los aspectos de la LGPE que requieran de una norma con rango de ley para ser modificados (con el límite del antedicho Fondo), entre los que se cuenta la autorización para emitir deuda pública.

Por último, si las Cortes están constituidas y los presupuestos se encuentran prorrogados, la validez de un hipotético real decreto-ley requiere que su convalidación se realice al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, al tiempo que el límite cuantitativo de las modificaciones presupuestarias introducidas en su articulado no deberá superar el importe del Fondo de Contingencia.

Así las cosas, y, a modo de corolario, la naturaleza provisional del Gobierno en funciones, del mismo modo que su carencia de respaldo parlamentario, avalan la regulación restrictiva que el ordenamiento realiza de sus competencias. La realidad económica, empero, puede personificar escenarios ante los que sea urgente la toma de decisiones sustantivas en el ámbito de la política presupuestaria. Entendiendo que la inacción en contextos de extraordinaria y urgente necesidad puede precipitar resultados significativamente más perniciosos que la toma de una decisión gubernativa sustantiva, cual resulta la promulgación de un real decreto-ley, este trabajo defiende la capacidad de un Gobierno en funciones para modificar la LPGE a través de un real decreto-ley, siempre y cuando se satisfagan los requerimientos adicionales desarrollados líneas arriba y que, en lo que conocemos, constituyen una extensión de la doctrina y de la jurisprudencia constitucionales¹⁵. No en vano, la promulgación de un real decreto-ley excede del cometido natural de un Gobierno en funciones que, en todo caso, debe quedar presidido por la lealtad constitucional hacia el nuevo Ejecutivo que nace de la voluntad renovada de la ciudadanía expresada en las elecciones.

¹⁵ Si bien el razonamiento expuesto resulta sustancialmente extrapolable a los Gobiernos autonómicos en funciones, el análisis del escenario regional escapa a la ambición de este trabajo, por lo que resulta una oportunidad para la realización de una futura investigación.

TITLE: The budgetary possibilities of the temporary government: on propose of the approval of a royal decree-law for the amendment of the National Budget Act

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es extender la doctrina jurídica sobre las competencias presupuestarias del Gobierno en funciones, concretamente, en lo atinente a su capacidad para modificar los Presupuestos Generales del Estado a través de la promulgación de un real decreto-ley. A tal fin, en primer lugar, se expone los requisitos que el ordenamiento y la jurisprudencia imponen como canon de constitucionalidad para la válida promulgación de un real decreto-ley, atendiendo singularmente su capacidad para introducir modificaciones en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LGPE). La última sección concluye la necesidad de exigir requisitos adicionales para que la promulgación por un Gobierno en funciones de un real decreto-ley que modifique la LGPE supere el test de constitucionalidad.

The budgeting possibilities of the temporary government: on propose of the approbation of a real decree-law for the modification of the General Budget Law of the State.

PALABRAS CLAVE: Gobierno en funciones, Ley de Presupuestos Generales del Estado, real decreto-ley, Test de constitucionalidad, Cortes Generales.

ABSTRACT: The objective of this work is to extend the legal doctrine about the budgeting competences of the temporary government, especially, in which concerns to the capability to modify the General Budgets of the State through the promulgation of a decree-law. With this goal, in first place, the requisites that the set of laws and the jurisprudence impose are presented as cannon of constitutionality for the valid promulgation of Real Decree-Law, attending in singularity for their capacity to introduce modifications in the National Budget Act. The last section concludes the necessity of demand additional requisites for the promulgation for a temporary government of a Royal decree-law that modifies the National Budget Act.

KEY WORDS: Temporary Government, National Budget Act, Royal Decree-Law, Constitutionality Test, Spanish Parliament.

RECIBIDO: 01.03.2017

ACEPTADO: 30.05.2017

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y TUTELA MULTINIVEL DE DERECHOS

Manuel Fondevila Marón

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp347-360](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp347-360)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA. 2. EN CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LA ALTERNATIVA EUROPEA. 3. LOS PROTOCOLOS 15 Y 16 DE REFORMA DEL CEDH: HACÍA UN MODELO CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD. 4. LA PROBLEMÁTICA EN EL CASO ESPAÑOL. 5. PROPUESTA DE PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

El constitucionalismo moderno es una realidad compleja¹, que exige por parte de todos los operadores jurídicos un esfuerzo para superar los retos que se plantean, a fin de que siga respetándose su verdadera esencia, esto es, el objetivo de alcanzar cada vez mayores cuotas de Democracia y Libertad².

Sin duda alguna, uno de esos retos no es sino la existencia, a nivel local, estatal, e internacional, de catálogos de derechos a los que, en virtud del principio de progresividad debe dotárseles de eficacia y realidad. Para algunos autores esta positivización excesiva supone ya una merma de la fuerza

¹ Cfr., por todos, Jose Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, (Coimbra: Almeida, 2003), 1335.

² En este sentido Pedro DE VEGA GARCÍA, «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100 (1998): 33.

implícita en la noción de derecho³ que, evidentemente, será mayor si no se les dota de adecuadas garantías, condenándolos al ámbito de la retórica.

En este trabajo vamos a ocuparnos tan sólo de un aspecto no menor de esta problemática como es el control de convencionalidad, a nivel nacional, de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Desde el punto de vista teórico y práctico consideramos imprescindible, para el desarrollo de este trabajo, la utilización de:

- a) La metodología propia del Derecho Constitucional Comparado: la adopción de una perspectiva comparada servirá no sólo para buscar soluciones a los problemas jurídicos en el Derecho extranjero, sino —y más importante— para un replanteamiento de modelos existentes, fundamentalmente, de justicia constitucional.

Para los fines y propósitos de este trabajo afirmar que el jurista de hoy tiene necesariamente que ser comparatista⁴ implica ser conscientes, además, de que las categorías jurídicas de los sistemas jurídicos comparados han evolucionado y cambiado; y ello es importante, como veremos, porque la mayor dificultad que parece existir en Europa para que los jueces ordinarios hagan un control de convencionalidad difuso es la aparente contradicción —que en nuestra opinión no es tal— con el control de constitucionalidad concentrado.

El error consiste en aferrarse a viejas categorías, como la de «modelo concentrado de control de constitucionalidad» (por oposición al control difuso norteamericano) que deberían —con una perspectiva de Derecho Comparado— repensarse, teniendo en cuenta que la mayoría de los modelos de justicia constitucional actualmente pueden ser considerados «mixtos»⁵.

La dicotomía modelo concentrado/modelo difuso, sobre todo cuando comparamos continentes, tiene, como señala el Profesor L. Pegoraro, tantas excepciones que no resulta operativa. En Europa, por ejemplo, domina el modelo de control de constitucionalidad concentrado de origen austríaco, pero además de que en algunos países, como España, han incluido elementos de cierto control difuso (la cuestión de constitucionalidad) en Portugal existe un verdadero control difuso y un control concentrado en manos del Tribunal Constitucional. En Francia, hasta 2008, el control de constitucionalidad era de carácter político.

³ Cfr. Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «¿Todavía más derechos? ¿De qué derechos hablamos?», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 25 (2010): 304.

⁴ Cfr. Prefazione DE LUCIO PEGORARO y Angelo RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici* (Padova: CEDAM, 2007).

⁵ Cfr. Lucio PEGORARO, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, (Madrid: Dykinson, 2004), 167.

En cuanto a América Latina, algunos países como Brasil o el Salvador también tienen un control de constitucional difuso y otro concentrado en manos del Tribunal Supremo. En Ecuador el control de constitucionalidad, por la interpretación que del artículo 428 de su Constitución ha hecho la Corte Constitucional, existe control concentrado. En Chile y en Paraguay, está dividido entre el control *inter partes* de la Corte Suprema y el control *erga homnes* el Tribunal Constitucional o Sala Constitucional de aquel Tribunal respectivamente.

Por lo tanto, no puede ser la relación con el sistema de control de constitucionalidad el que haga perder, a través de una no realización del de convencionalidad, la validez en la práctica de los Tratados de Derechos Humanos.

- b) Una perspectiva supranacional, propia del llamado Derecho Constitucional Internacional, conciliadora del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Por Derecho Constitucional Internacional entendemos el fenómeno por el que las Constituciones de los Estados Democráticos constituyen la mejor garantía del Derecho Internacional y, en concreto, del Derecho Internacional humanitario. Así pues, como indica Mirkine-Guetzévitch, «la fuerza obligatoria de los Tratados Internacionales está en directa dependencia de la forma de gobierno de los Estados contratantes»⁶, precisamente porque éstas se internacionalizan a la vez que los Tratados Internacionales son receptores a su vez de las tradiciones constitucionales comunes. De este modo habla nuestro autor de *unidad* y no de primacía del Derecho Constitucional sobre el Internacional o viceversa⁷. Además, a diferencia de lo que sostienen erróneamente algunos tratadistas de Derecho Internacional, de este modo no se pone en cuestión la soberanía de los Estados⁸.

Como en nuestro trabajo vamos a relacionar la Justicia Constitucional con los Tratados Internacionales, nos interesa destacar que a pesar de que la problemática del control de convencionalidad de los Tratados Internacionales es reciente⁹, comenzando –como vamos a ver a continuación– a finales de la década de los años 90, una primera teorización la encontramos en este autor de los años 30, cuando afirma: «El

⁶ Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Derecho Constitucional Internacional*, (Madrid: Reus, 2008), 120.

⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Derecho Constitucional Internacional*, 471.

⁸ Cfr. FAVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, (São Paulo:Saraiba), 83-89.

⁹ Cfr. VALERIO MAZZUOLI, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), 73.

problema de la validez interna de los Tratados Internacionales recibe una solución constitucional particular en los Estados en los que funciona la justicia constitucional [ahora prácticamente todos]. Si la Constitución reconoce al Derecho Constitucional como parte integrante del Derecho nacional, y si en este funciona la justicia constitucional, el conflicto entre la Ley y el Tratado no puede tener más que una solución: la primacía del Tratado»¹⁰.

Una de las mayores dificultades, sin embargo, que nos encontramos en el Derecho Comparado no es otra que la posición de los Tratados de Derechos Humanos no es igual en todos lugares, pudiendo distinguir, al menos: 1) Algún Estado, como en Holanda, donde los Tratados tienen una autoridad superior a la Constitución¹¹; 2) En otros Estados, como es el caso de Austria¹² o Argentina¹³, los Tratados conforman el bloque de constitucionalidad, teniendo la misma fuerza que la propia Constitución; 3) En otros Estados, como es el caso de Francia¹⁴ o México¹⁵, los Tratados se sitúan por encima de las leyes; 4) En Estados como Alemania¹⁶ los Tratados equivalen a una ley ordinaria.

La tendencia mayoritaria en la doctrina, sin embargo, y la hipótesis de nuestro trabajo, es que éstos deban tener un valor supralegal.

2. EN CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LA ALTERNATIVA EUROPEA.

El llamado control difuso de convencionalidad es una creación jurídica de la Corte Interamericana, la cual, basándose en el art. 2 del Pacto de San José, impone a los jueces nacionales la obligación de confrontar su legislación

¹⁰ MIRKINE-GUEZÉVITCH, *Derecho Constitucional Internacional*, 298.

¹¹ El art. 91.3 establece: «Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitido». Se puede pensar que más que situar a los Tratados por encima de las leyes se trata de reformas constitucionales, pues es la misma mayoría que se exige para la modificación del Texto Fundamental. Pero considero que lo clave es la aprobación del Tratado, con esa mayoría, la que deroga la Constitución sin que, por supuesto, quepa después control *a posteriori*.

¹² El art. 50.3 obliga a considerar este tipo de Tratados como enmiendas constitucionales.

¹³ Art. 75.22.

¹⁴ Art. 55.

¹⁵ Así lo ha reconocido la Suprema Corte en la Tesis IX/2007 (Aislada) del Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXV abril 2007. P. 6. Antes de este año el art. 133 se interpretaba en el sentido en que los Tratados tenían un valor incluso inferior a las leyes.

¹⁶ Art. 59.

nacional con las disposiciones de la CIDH. Establece, en concreto, bajo el título de «deber de adoptar decisiones de Derecho interno» que: «si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Esta obligación surge, en concreto, con la bien conocida *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, de 2006, donde indica que «cuando un Estado ha ratificado un Tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos», aunque matizaba en *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, de 24 del mismo año, que ello «tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones».

Aunque no es menester, en un trabajo de estas características, un estudio exhaustivo de los casos, conviene indicar que estas dos sentencias vienen precedidas de algunos antecedentes que fueron, poco a poco, construyendo la idea de que las leyes internas deben ser sometidas a un control respecto de la Convención.

En los casos *Loayza Tamayo versus Perú* (1997) o *Suárez Rosero versus Ecuador* (1997) lo característico es que la Corte considera ciertas normativas internas como contrarias a la Convención, pero no expresa claramente que deban ser anuladas. En los casos de «La última tentación de Cristo» (*Olmedo y Bustos contra Chile* (2001)) y *Barrios Altos versus Perú* (2001) la Corte Interamericana reconoce ya que las normas internas que evitan la aplicación de la Convención no pueden seguir un obstáculo a la eficacia del Tratado.

Por su parte, la expresión «control de convencionalidad», aparece por primera vez en el voto concurrente del Juez García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003).

De este modo podemos separar dos etapas en las que, hasta 2006, existía un control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) que algunos autores han denominado desde arriba, mientras que, desde 2006, convierte la Corte a los jueces nacionales en colaboradores suyos¹⁷. Por esta razón hablamos, en el caso del continente americano, de control difuso de convencionalidad: todos

¹⁷ Cfr. Nestor PEDRO SAGÜES, «El «control de convencionalidad» en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo». En *Construcción y Papel de los Derechos*

los jueces están facultados para realizar este examen de convencionalidad de las leyes e inaplicarlas en caso de que resulte negativo.

Nada de esto ha ocurrido, por el contrario, en el sistema europeo de Derechos Humanos. Lo cierto es que la vaguedad del art. 1 del CEDH, el cual establece, simplemente, que «las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio» supone, efectivamente, un mal punto de partida para que el Tribunal europeo pueda llegar a una conclusión similar¹⁸.

Sin embargo, ello no es óbice para que, de acuerdo con instrumentos de legislación interna, exista la posibilidad de un control difuso de convencionalidad en el continente europeo. De hecho, a falta, hasta 2008, de un verdadero control de constitucionalidad de las leyes, este control de convencionalidad ya se aplica normalmente en Francia con base en lo dispuesto en el artículo 55 de su Constitución. En otros países, como España, no está generalizado, pero sin embargo algunos jueces y Tribunales lo han ejercido de manera puntual¹⁹.

Es decir, que el control (difuso) de convencionalidad es una alternativa por la que la legislación y la jurisprudencia nacional pueden optar dentro de la comprensión unitaria del Derecho Público (Constitucional e Internacional) y para dotar de mayor garantía a los derechos. Está claro que donde los Tratados Internacionales tengan valor legal las dificultades interpretativas son mayores; no así donde se entienda que tienen un valor suprallegal.

Con todo, el sistema de protección de Derechos Humanos europeo va a establecer, además, un control concentrado de convencionalidad.

3. LOS PROTOCOLOS 15 Y 16 DE REFORMA DEL CEDH: HACÍA UN MODELO CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD

En el sistema europeo de protección de Derechos Humanos se trabaja, en dos líneas diversas, establecidas respectivamente en los protocolos n.º 15 y

Sociales Fundamentales, ed. por Armin Bogdandy (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 381-382.

¹⁸ Cfr., Raul CANOSA USERA, *El control de convencionalidad* (Navarra, Thompsom Reuters, 2015), 58.

¹⁹ Por ejemplo, cita, en este sentido el Profesor R. Canosa cinco casos bastante ejemplificativos: 1) STS de 8 de Julio de 2014, haciendo una «interpretación conforme» a los Tratados del art. 89 de la L.O 11/2003. Este caso no es propiamente un control de convencionalidad, pues no deja de aplicarla la normativa interna como si hacen 2) la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013; 3) Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Tarragona, de 2 de abril de 2014; 4) Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Mataró, de 29 de abril del 2014; 5) Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Toledo de 27 de noviembre de 2014. En todos estos casos, por considerar la normativa interna contraria a la CSE (Cfr., CANOSA, *El control de convencionalidad*, 101 y ss.).

16 de reforma del Convenio Europeo de Derechos Humanos, distintas a las adoptadas por la CIDH.

- a) El protocolo n.º 15 establece, en su artículo 1, que se incluirá en el preámbulo el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional de los Estados. Además (art. 4), se reduce el plazo para la admisibilidad del recurso de seis a cuatro meses a la vez que se objetiva el recurso, en tanto que (art. 5) que serán inadmitidas aquellas demandas en las que el actor no haya sufrido un perjuicio importante.
- b) El protocolo n.º 16 parece caminar hacia un control concentrado de convencionalidad por cuanto establece que los Altos Tribunales de los Estados Miembros podrán presentarle opiniones consultivas sobre la interpretación de las disposiciones del Tratado.

Hablamos de control concentrado de convencionalidad, porque a) por un lado, que aumenta la responsabilidad de los Estados en la protección de los derechos (ya que el protocolo n.º 15 establece requisitos objetivos más rígidos para el acceso al Tribunal); b) de cualquier modo, sigue vigente, si esta protección fallase dentro de los Estados, el acceso directo a los ciudadanos que estableció el protocolo n.º 11; c) aunque esta posibilidad de opiniones consultivas existe ya en el ámbito de la CIDH²⁰, y ni allí ni aquí tienen efecto vinculante²¹, existe la importante diferencia de que allí son los Estados parte, o los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, y no los «Altos Tribunales» de los Estados Miembros los que pueden pedir dicha opinión consultiva. Por esta razón, aunque la falta de efecto vinculante lleva a la doctrina americana a distinguir entre estas opiniones consultivas y el control de convencionalidad²², en Europa se puede decir que la situación es distinta.

En concreto, el art. 1 del protocolo n.º 16 establece: «1. Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto (...) 2. The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it. (...) 3. The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case».

En un sistema de control concentrado de constitucionalidad, la primera y más básica dificultad que existe para aplicar el control de convencionalidad

²⁰ *Vid.*, art. 64 CIDH.

²¹ *Vid.*, art. 5 protocolo 16.

²² *Vid.*, Mazzuoli *O controle jurisdiccional...*, 92.

es que, en principio, los jueces están vinculados a la ley, y no pueden dejar de aplicarla por interpretar que son contrarias a la Constitución o a los Tratados Internacionales.

A esta primera, básica y medular dificultad se suman otras dificultades conexas, también de gran importancia:

- a) En primer lugar, la naturaleza y posición que ocupan los Tratados Internacionales y, en concreto, los relativos a Derechos Fundamentales, a los que ya hemos hecho referencia en la introducción.
- b) En segundo lugar, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y su mayor o menor disposición a hacer una recepción de la jurisprudencia del TEDH en materia de Derechos Humanos.

En el próximo epígrafe, tomando como ejemplo el caso de España, veremos cómo pueden resolverse esas dificultades y como no hacerlo genera otras.

4. LA PROBLEMÁTICA EN EL CASO ESPAÑOL

Por cuanto respecta a la primera cuestión, aunque el art. 96 CE no establece la posición jerárquica de los Tratados en España, doctrinal y legislativamente (Ley 25/2014), tal y como también lo entendía el Consejo de Estado²³, hay acuerdo generalizado en que tienen valor supralegal. De este modo la dificultad podemos decir que es prácticamente inexistente.

Mayor dificultad presenta la segunda cuestión. El TC, aunque emplea a menudo la jurisprudencia del TEDH en sus fundamentos jurídicos, tiene una consolidada y constante jurisprudencia en el sentido de no entender el CEDH como parámetro de enjuiciamiento de constitucionalidad de las leyes. El supremo custodio constitucional hace una recepción del Convenio de Roma y la jurisprudencia del TEDH para interpretar e identificar el contenido de los Derechos Fundamentales, pero no constituyen un canon de validez de las normas y actos de los poderes públicos, argumentando, además, que si así fuese, sobraría la declaración constitucional²⁴. Algunas veces, la labor interpretativa que realiza el Tribunal Constitucional es muy generosa, a fin de evitar una posible condena del Estado por el TEDH, pero son precisamente estos casos que se aproximan a un verdadero control de convencionalidad los que confirman la regla²⁵.

²³ En su Memoria anual de 2007 (p. 149), especifica que venía junto al tradicional control de constitucionalidad de los proyectos legislativos, realiza un «control de convencionalidad».

²⁴ SSTC 64/1991 y 236/2007, entre otras.

²⁵ Por ejemplo, en la STC 11/2016 dotó de un nuevo contenido al art. 18.1 CE (referido a la «intimidad privada y familiar»), incluyendo dentro de éste, y basándose en la ju-

Señalar las dificultades para llevar a cabo el control de convencionalidad no puede desembocar en dejar de realizarlo, pues aún si el TEDH no lo impone a los Estados firmantes, resulta una exigencia derivada del principio del Derecho Internacional *pacta sunt servanda* y de la propia Constitución.

De esto parece ser consciente la mejor doctrina, y recientemente se han propuesto dos tipos de soluciones:

- a) El Profesor L. Jimena²⁶, con quien coincidimos plenamente propone que este control de convencionalidad sea realizado por los jueces ordinarios, como en el sistema americano de protección de Derechos Humanos. Se basa en lo dispuesto en los artículos 9.3, 10.2, 96 de la Constitución y en el art. 5 y 6 LOPJ.
- b) El Profesor Raúl Canosa, sin embargo, plantea en la obra citada que resulta inconveniente un control de convencionalidad difuso, y propone una reforma constitucional para que sea el supremo intérprete constitucional quien lleve a cabo el control concentrado de convencionalidad lo que, a su juicio, es la dirección tomada por el sistema europeo de protección de Derechos Humanos.

Ni que decir tiene que considerar únicamente al Tribunal Constitucional *high court* no va ayudar en las relaciones entre los dos Tribunales, que no siempre fueron buenas, y que parece que comenzaban a encaminarse en los últimos años.

La primera postura parece mostrar menos dificultades y, de hecho, es perfectamente posible ponerla en práctica del mismo modo que cuando todos los jueces nacionales, actuando como jueces de la UE, inaplican una ley interna en virtud del principio de primacía.

La segunda conlleva, en primer lugar, una reforma de la Constitución, que es algo muy difícil de llevar a la práctica en España²⁷ y, en segundo lugar, una sobrecarga de trabajo para el TC y el propio TEDH que, precisamente, la L.O 6/2007 y el protocolo n.º 15 respectivamente tratan de evitar.

risprudencia del TEDH sobre el más amplio «derecho a la vida privada familiar» art. 8 CEDH, el derecho de los padres a despedirse de los restos mortales de una criatura abortiva. La solución adoptada fue criticada por los votos particulares de los Magistrados Francisco de los Cobos y Encarnación Roca Trías.

²⁶ Cfr., Luis JIMENA QUESADA, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, (Navarra: Thompsom Reuters, 2013) *passim*.

²⁷ Sobre esto Cfr., Javier RUIPÉREZ ALAMILLO, *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, (México: Porrúa, 2014), 77 a 143 y Manuel Fondevila Marón, *La reforma constitucional en España. Un ensayo de Derecho Constitucional como Ciencia Teórico-Práctica*. (Santiago de Compostela: Andavira. 2016), 97 a 102.

En una materia, además, como los Derechos Humanos, en las que están en juego las necesidades más básicas de las personas parece, como mínimo, una falta de sensibilidad obligar al juez a quo a plantear la cuestión al TC que, si se ratificase el protocolo n.º 16, podría derivarla al TEDH demorando así en varios años su resolución. Si el juez decidiese no evacuar la cuestión al TC, el actor se vería obligado a plantear recursos que podrían acabar, precisamente, en el TC (cuyo acceso en amparo se ha limitado sobremanera en la L.O 6/2007) obligándole, también después de varios años, a plantear su caso ante el TEDH que empieza ya –esto es lo que intenta evitar el protocolo 15– a estar sobresaturado.

No hace falta, por tanto, un gran esfuerzo interpretativo y de voluntad político-jurídica, sobre la base de preceptos legales ya existentes, para comprender la protección multinivel de derechos desde el ámbito regional al supranacional, entendido este último tanto en el ámbito estricto de la Unión Europea como en el del Consejo de Europa. Es lo que proponemos a continuación.

5. PROPUESTA DE PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS

La existencia de declaraciones de derechos a nivel regional, estatal y supranacional supone, como ya dijimos, un reto que supone un esfuerzo para integrarlas dentro del sistema de fuentes con plena validez jurídica.

Nuestra tesis es que todo juez (estatal, nacional, comunitario²⁸), debe realizar, en un juicio de Derechos Humanos o Fundamentales dentro de sus competencias, en primer lugar, un control de convencionalidad, pues si la norma o acto lesiona los derechos recogidos en un Tratado debe ser inaplicable, tanto en virtud del principio *pacta sunt servanda* como, tal y como venimos defendiendo, por mandato constitucional. Aunque la ley pudiese ser constitucional (y además debe presumirse que lo es), sería inaplicable –insistimos, por voluntad constitucional– por el mero hecho de ser contraria a un Tratado.

Si la norma o el acto del poder público son conformes a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, aun le resta al juez llevar a cabo el control de constitucionalidad y, en su caso (si estamos ante un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión Europea), el control de la

²⁸ Las reglas que van a exponerse a continuación sirven, en principio, también para el juez de la Unión Europea, una vez que la UE se adhiera al CEDH. Deberá hacer, primero, el control de convencionalidad de la normativa europea y, después, confrontarla con los derechos reconocidos en la Carta de Niza (elevando cuestión prejudicial). Resulta, cuanto menos, criticable, la postura proteccionista de su propia competencia mantenida por el TJUE en el Dictamen 2/13 de 18 de junio de 2014 considerando el Acuerdo de adhesión contrario a los Tratados.

normativa respecto de los derechos reconocidos en la Carta de Niza de 2000. En este supuesto, el control que hace el juez comunitario del respeto de la normativa de los derechos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sustituye, en condiciones de normalidad²⁹, al posible amparo de los Derechos Fundamentales recogidos en la Constitución³⁰.

²⁹ En el caso *Bananas* de 7 de Junio de 2000, el Tribunal Constitucional Federal alemán afirma que los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad de Tribunales que aleguen una lesión de los Derechos Fundamentales de la Constitución por parte del Derecho de la Unión Europea no son admisibles ab initio cuando su fundamentación no evidencia que la evolución jurídica europea, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tras la publicación de la Sentencia Solange II no haya alcanzado el estándar necesario de protección de los Derechos Fundamentales. Por ese motivo, el amparo y la cuestión deben evidenciar que la protección de los derechos que se considera indispensable no se garantiza con carácter general, lo que exige una contraposición de ambos ordenamientos jurídicos. Sólo en estos casos excepcionales cabría un recurso de amparo o una cuestión de inconstitucionalidad de normativa que aplica el Derecho de la Unión.

También nuestro TC, en la STC 58/2004 admite esa posibilidad excepcional.

³⁰ En algunos países, como Francia, se establece un control incidental de constitucionalidad que tiene carácter preferente. A este respecto el TJUE ha establecido, de un modo muy respetuoso con la legislación procesal de los Estados, que: que aunque el artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia; este artículo no se opone, en cambio, a dicha legislación nacional, siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados para: a) plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad; b) adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión; c) dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión; y añade –por último– que incumbe al tribunal remitente verificar si la legislación nacional controvertida en los asuntos principales puede interpretarse conforme a esas exigencias del Derecho de la Unión (*Vid.*, STJUE Aziz Melki (asunto C-188/10)).

En nuestra humilde opinión, el control incidental de constitucionalidad, tanto antes como después de haber planteado la cuestión prejudicial puede dar lugar –en caso de eventual declaración de inconstitucionalidad de un acto que el TJUE no haya considerado contrario a los Tratados– a un conflicto que desde la perspectiva de conciliación del Derecho Constitucional y el Derecho de la Unión Europea que defendemos no debería producirse.

No encontrándonos ante un supuesto de aplicación del Derecho Comunitario, si el juez lo es de un Estado federal en cuyas constituciones estatales se reconocen derechos y se establece normas procesal-constitucionales para su protección, deberá confrontar la norma o acto del poder público con respecto a éstas, considerando que la regla general es que la constitución estatal puede ampliar, nunca reducir, los derechos reconocidos a nivel federal.

Dependerá de cómo se configure el ordenamiento interno que pueda, por su propia autoridad, declarar la inconstitucionalidad de la norma o deba plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Desde la comprensión internacional del Derecho Constitucional y la perspectiva comparada que defendemos, nuestra propuesta no debería suponer ningún problema cuando de lo que se trata es de anular una ley o acto normativo por ser contraria a los Tratados, o, en su caso, a la Constitución federal o estatal. Recuérdese, a este respecto, que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Pacto de San José establecen que ninguna disposición contenida en ellos se entenderá restrictiva de los Derechos Fundamentales reconocidos a nivel nacional³¹. Tampoco plantearán ningún problema los juicios de Derechos Humanos entre particulares, pues los derechos recogidos en la Constitución deberán interpretarse conforme a los Tratados.

Todo ello sin perjuicio de un posible control de constitucionalidad *a posteriori* de los Tratados (donde la Constitución lo permita como es el caso, por ejemplo, de España³² y Alemania³³). Es posible que el custodio constitucional entienda que un derecho reconocido en un Tratado es contrario a la Constitución. Cuando el conflicto entre la Constitución y el Tratado sea insalvable por vía de la interpretación, el principio democrático en el que se sustenta la supremacía constitucional debe hacer prevalecer a aquélla, pues si los Tratados han sido aprobados en virtud de facultades derivadas de la propia Constitución, no cabe defender que aquellos puedan servir para destruirla. Esta última posibilidad debe ser absolutamente excepcional: una auténtica hipótesis de laboratorio que, además, en coherencia, debería implicar la salida del Estado organismo supranacional. Aunque es esperable que no ocurra jamás, es una posibilidad que, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, está siempre abierta al Poder Constituyente³⁴.

³¹ Art. 53 de la Carta de Roma y art. 29 del Pacto de San José.

³² DTC 1/2004.

³³ Resolución de 7 de junio de 2000 (caso Bananas).

³⁴ No es cierto, por tanto, que sea imposible dar marcha atrás en el proceso de integración, tal y como recientemente ha defendido Muñoz Machado en *Vieja y Nueva Constitución*, Madrid: Crítica, 2015, Epígrafe X. En contra de sus tesis, remito a Manuel FONDEVILA

6. CONCLUSIONES

En este ensayo hemos sostenido, básicamente, que la mejor protección de los derechos se da desde una protección multinivel que incluya desde los derechos reconocidos en las constituciones o estatutos regionales, a aquellos reconocidos a nivel supranacional.

Los dos primeros dependen, obviamente, tan sólo de los mecanismos de control de constitucionalidad a nivel nacional y regional recogidos a nivel interno.

A nivel supranacional pueden ocurrir dos cosas: a) que bien por imposición de los Tratados, o de la interpretación que de ellos se haga por los Tribunales Supranacionales (casos Costa de 1964 del TJUE y Almonacid de 2006 de la CIDH) o bien de la normativa constitucional, y de la interpretación que de ésta hagan los jueces nacionales sobre la posición jerárquica de los Tratados, que aquí hemos defendido por encima de la ley y por debajo de la constitución, los jueces estén obligados a realizar el control de convencionalidad o; b) que la Constitución y las leyes procesales internas, así como los Tratados Internacionales guarden silencio al respecto.

En el caso concreto del Consejo de Europa, dado que el TEDH no ha impuesto a los jueces nacionales la realización del control difuso de convencionalidad, el protocolo n.º 16 puede servir para establecer un control de convencionalidad allí donde las normas internas no permiten de otro tipo.

TITLE: Conventuality Control and multilevel tutoring of rights

RESUMEN: En el presente trabajo hacemos un estudio comparativo del control difuso de convencionalidad en América Latina y el incipiente control concentrado de convencionalidad que, con la aprobación de los protocolos 15 y 16, está intentando establecerse en el ámbito del sistema de protección de Derechos Humanos europeo. Sostenemos, en concreto, la tesis de que el control difuso es posible en los países europeos, y en concreto en España, y que el juez ordinario debe realizar un triple o cuádruple estudio de la ley antes de su aplicación.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional Internacional, Posición de los Tratados, Protocolos n.º 15 y 16.

ABSTRACT: In the present paper, we make a comparative study of the diffuse control of conventionality in Latin America and the incipient concentrated control of conventionality, which, with the approval of protocols 15 and 16, is trying to establish itself within the scope of the European Human

VILA MARÓN, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea.* (Madrid: Reus, 2014), 436 y ss.

Rights protection system. We hold, in particular, the thesis that diffuse control is possible in European countries, and specifically in Spain, and that the ordinary judge must carry out a triple or quadruple study of the law before its application.

KEY WORDS: Constitutional International Law, Treaties position, Protocols n.º 15 and 16.

RECIBIDO: 28.03.2017

ACEPTADO: 30.05.2017

**Premio
«Juan Churruca»**

EL TRANSPORTE MULTIMODAL DE MERCANCÍAS EN LA REGULACIÓN UNIMODAL¹

Pablo Lizarreta Barrios

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp363-400](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp363-400)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NOCIÓN Y PROBLEMÁTICA DEL TRANSPORTE MULTIMODAL. 2.1. *Concepto*. 2.2. *Principales problemas*. 2.3. *Un intento de regulación: el CTMI*. 3. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE POR CARRETERA. 3.1. *Consideraciones previas*. 3.2. *Normativa internacional: el CMR*. 3.3. *Normativa nacional: la LCTTM*. 4. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE FERROVIARIO. 4.1. *Preliminar*. 4.2. *Normativa internacional: las RU CIM*. 4.3. *Particularidades de la LCTTM en el transporte ferroviario*. 5. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE AÉREO. 5.1. *Consideraciones introductorias*. 5.2. *Normativa internacional: Sistema de Varsovia y Convenio de Montreal*. 5.3. *Normativa nacional: la LNA*. 6. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO. 6.1. *Premisa*. 6.2. *Pluralidad de convenios internacionales sobre la materia*. 6.3. *Normativa nacional: la LNM*. 7. CONCLUSIONES. 8. ANEXO: CUADRO COMPARATIVO SOBRE LOS PRINCIPALES ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR.

1. INTRODUCCIÓN

El transporte puede efectuarse tanto de forma unimodal (carretera, ferrocarril, aire o mar) como mediante el transporte multimodal, entendido éste

¹ Este trabajo resultó ganador de la I Edición del Premio Juan Churruga al mejor trabajo de fin de Grado (2015/2016), convocado por la Facultad de Derecho y la revista *Estudios de Deusto*.

como aquel sistema en que se combina más de un modo de transporte en un sólo contrato o instrumento jurídico. El presente trabajo tiene por objeto el análisis del régimen jurídico del transporte multimodal en las regulaciones unimodales, ya que no existe en la actualidad ninguna norma de carácter internacional ni nacional que regule el transporte multimodal, sino que su regulación se compone de meras referencias a la materia en las diversas normas unimodales. La escasa regulación y la consiguiente dispersión normativa son fuente de insatisfacción para los operadores y usuarios en el mercado, que demandan una normativa internacional a la altura de las necesidades del sector.

A ello hemos de añadir la internacionalidad, un aspecto que es consustancial al transporte. El fenómeno de la globalización supone, entre otros aspectos, una intensificación de las relaciones comerciales entre distintos países, lo que erige el transporte como una herramienta clave para su consecución. En efecto, los servicios de transporte trascienden del ámbito nacional al internacional, lo que exige la colaboración entre los distintos países en aras de crear una normativa internacional ambiciosa e integradora que responda a los retos de esta materia. Ello se ha acentuado en la actualidad debido a la contenedorización del transporte y a la proliferación en la práctica de los denominados contratos de transporte «de puerta a puerta» en los que el cliente contrata con un único operador el traslado de mercancías con independencia del medio o medios y del número de porteadores efectivos utilizados, lo que en la práctica desemboca en contratos multimodales de transporte.

En las siguientes líneas analizaremos los principales problemas a los que se enfrenta el transporte multimodal en el contexto legislativo actual, centrándonos en la problemática de los daños no localizados y en la reticencia que presentan los actores del tráfico al establecimiento de una normativa multimodal propia. Para ello, estudiaremos las previsiones que los distintos convenios internacionales y normas nacionales de transporte unimodal contienen sobre el transporte multimodal, prestando especial atención al régimen de responsabilidad aplicable al transportista, el cual varía notablemente no sólo de un modo de transporte a otro, sino también incluso de una regulación a otra.

Es más, dada la extensión limitada que puede tener este trabajo y con el objetivo de facilitar al lector la comparación entre los diversos regímenes existentes se ha elaborado una tabla comparativa que recoge los principales aspectos del régimen de responsabilidad del porteador, que se incorpora como anexo al final de este trabajo. En la misma se analiza tanto la normativa nacional como la regulación internacional del transporte por carretera, ferroviario, aéreo y marítimo.

2. NOCIÓN Y PROBLEMÁTICA DEL TRANSPORTE MULTIMODAL

2.1. *Concepto*

El transporte multimodal puede ser definido como el sistema mediante el cual se combina más de una disciplina de transporte para efectuar el desplazamiento de mercancías. Uno de los principales aspectos a delimitar es la concepción de multimodalidad. Desde un enfoque técnico exige la pluralidad de modos en ejecución del transporte, mientras que desde un enfoque normativo exige que las distintas fases estén sometidas a regímenes normativos diferenciados. En principio, se sigue el criterio técnico, el cual, a su vez, suele ser objeto de forma paralela de una regulación distinta para cada modo de transporte, lo que da como resultado la conjunción de ambas exigencias.

El transporte multimodal también es comúnmente denominado transporte intermodal o combinado, si bien las distintas acepciones lingüísticas se refieren, en esencia, al transporte multimodal. A este respecto también debemos hacer referencia al transporte bimodal, que no es más que el transporte multimodal en que se utilizan dos modos de transporte para ejecutar el desplazamiento de las mercancías. No obstante, no constituye transporte multimodal el denominado transporte segmentado, que es aquél en el que se celebran tantos contratos jurídicamente independientes como modos de transporte utilizados para ejecutar una operación de transporte de mercancías, ya que en este caso, adolece de la unicidad jurídica de un único contrato que instrumente el transporte en favor de una mera yuxtaposición de transportes unimodales².

En general, el transporte multimodal no lleva aparejado consustancialmente la exigencia de una pluralidad de porteadores, si bien en la práctica es común. En efecto, un OTM suele obligarse frente al cargador a efectuar las operaciones de transporte contratadas, si bien posteriormente se vale de subtransportistas o porteadores efectivos para la ejecución de las mismas. La responsabilidad del OTM frente al cargador estará sujeta al régimen multimodal, mientras que los subtransportistas responderán ante su OTM conforme a la normativa unimodal propia del modo en que ejecutaron el transporte. Pese a ello, es posible celebrar un contrato en el que diversos transportistas se comprometen a ejecutar individualmente la fase del trayecto que tienen encomendada y responden de la ejecución íntegra del mismo. En todo caso ha de quedar claro que el OTM es la parte que se compromete ante el cargador al transporte

² La SAP 247/2004 de Barcelona, sec. 14.^a, de 16 de abril y la SAP 273/2013 de Guipúzcoa, sec. 2.^a, de 12 de noviembre explican como en el transporte multimodal se supera la tradicional fragmentación del porte que llevaba aparejada la utilización de diversos medios unimodales, en favor de un único documento de transporte multimodal en torno al cual se instrumenta jurídicamente el contrato de transporte.

de las mercancías en las condiciones pactadas, respondiendo ante él tanto de sus errores como de los causados por los subtransportistas³.

Un supuesto especial del transporte multimodal es el denominado transporte superpuesto, aquél en el que un vehículo de transporte (generalmente terrestre) es transportado sin ruptura de carga a través de otro medio de transporte (generalmente por mar o aire). La especialidad de esta modalidad recae en que nos encontramos con dos transportes: el que tiene por objeto la mercancía y el que tiene por objeto el vehículo.

2.2. Principales problemas

El principal aspecto a tratar en referencia al transporte multimodal es el régimen de responsabilidad aplicable al mismo. A grandes rasgos son dos los sistemas o enfoques aplicables al mismo: el sistema de responsabilidad en red (*network system*) y el sistema de responsabilidad uniforme. El primero se caracteriza por aplicar a cada modo de transporte su propio régimen de responsabilidad, por lo que se llega a la misma solución que si se hubiese celebrado una pluralidad de contratos unimodales. El sistema en red no suele aplicarse en puridad sino que se modula y se aplica un sistema en red modificado añadiendo una regulación uniforme para supuestos a los que la norma unimodal autónoma para cada tramo no es satisfactoria, a saber, los daños no localizados⁴.

Por el contrario, el sistema uniforme se aplica a la totalidad de modos de transporte combinados en el mismo trayecto. Este sistema se fundamenta en la naturaleza propia del contrato multimodal de transporte (que no sería una mera yuxtaposición o suma de contratos unimodales), lo que exige un régimen propio. En aplicación de este enfoque, el OTM responderá conforme a una normativa uniforme independientemente del modo de transporte en que se produzcan los daños. Ello supone una mayor seguridad jurídica, ya que *ex ante* es posible conocer el régimen de aplicación independientemente de la localización o no de los daños⁵. Sin embargo, está sujeto a una normativa más estricta frente a su

³ En este sentido la SAP 174/2011 de Madrid, sec. 28.^a, de 19 de mayo califica al OTM como un auténtico organizador del transporte que responde de la ejecución del mismo pese a no realizarlo en la práctica en los siguientes términos: «el OTM es un organizador del transporte que asume su ejecución bien por sí o por medio de terceros, figura que se asimila al porteador y que faculta al cargador para exigirle la responsabilidad derivada de los daños ocasionados en cualquiera de las fases o tramos del transporte, según el régimen legal aplicable».

⁴ El concepto de daños no localizados hace referencia, en sentido amplio, no solo a aquellas averías cuya fase (o fases) de producción no sea constatable, sino también a perjuicios derivados del retraso en la entrega cuyo origen no sea identificable.

⁵ Para mayor profundización en este aspecto véase Antonio Abril Rubio. «Régimen jurídico del transporte multimodal internacional», *Ars Juris Salmanticensis*, n.º 2 (2014): 77.

cargador que la que puede exigir del transportista efectivo (responsable de los daños), ya que el sistema uniforme prevé límites indemnizatorios más elevados que los sistemas unimodales. Ello representa un perjuicio para el OTM a la hora de ejercer la repetición de la acción indemnizatoria contra el transportista efectivo, ya que a éste le serán de aplicación los límites contenidos en la regulación unimodal, lo que obliga al OTM a soportar la diferencia entre las indemnizaciones previstas en ambos sistemas. Además, una de las principales desventajas para el OTM es la imposibilidad de acción de repetición en caso de daños no localizados, ya que el responsable no puede ser identificado y la indemnización es asumida por el OTM en su totalidad, lo que hace que, como regla general, se oponga frontalmente a este sistema.

El sistema en red es el preferido por los porteadores, ya que su responsabilidad seguirá siendo regulada por la normativa unimodal a la que se acogen habitualmente, frente al sistema uniforme, en el que quedan a expensas del régimen fijado para el caso concreto⁶. Su principal punto fuerte, la certidumbre del régimen a aplicar en caso de daños localizados, es al mismo tiempo fuente de inseguridad ya que a priori no es posible conocer cuál será la regulación aplicable al régimen del transportista, ya que ello queda a expensas de la fase en que se produzcan los daños. Sin embargo, este sistema no da respuestas a la necesidad de un régimen uniforme para la totalidad del trayecto que han de efectuar las mercancías. No sirve en especial ni para los daños no localizados ni para los producidos en fases que no son puramente transporte: por ejemplo durante el almacenaje, la carga o la descarga. De ahí que el sistema en red necesite en todo caso de una previsión específica para los supuestos mencionados, ya sea una remisión a un texto unimodal (el relativo al transporte más relevante empleado en ejecución) o una regulación *ad hoc*. En todo caso, este sistema supone la aplicación de una regulación sectorial fragmentada, que no satisface las necesidades del tráfico moderno.

Pese a ello, diversos Estados han promulgado normas sobre transporte multimodal o han introducido previsiones en sus Códigos de comercio o civiles en los que la responsabilidad del OTM por este tipo de daños se abarca desde muy distintas perspectivas. Así, en el Código de Comercio austríaco se opta por aplicar el régimen de responsabilidad más favorable para el cargador, es decir, el más gravoso para el transportista⁷. En Holanda se ha

⁶ Para mayor profundización véanse la SAP 201/2014 de Cádiz, sec. 5.^a, de 24 de marzo y la SAP 148/2012 de Madrid, sec. 28.^a, de 14 de mayo, en la que se mencionan otros dos sistemas alternativos, como el sistema de cálculo de la indemnización sobre regímenes unimodales o el sistema de dirección único («one way system») que establece un límite unitario, pero finaliza aconsejando la aplicación del sistema en red dada la dificultad de establecer un régimen común ante la falta de normativa específica.

⁷ *Implementation of multimodal transport rules*. (Ginebra: UNCTAD, 2001), 34.

establecido, igualmente, para el caso de daños no localizados el periodo de prescripción más amplio de entre los distintos modos de ejecución del transporte⁸. China, por su parte, ha establecido en el art.106 de su Código Marítimo que para el caso de daños no localizados es de aplicación el régimen de responsabilidad del transporte marítimo que es muy similar al establecido en las RH-V⁹.

2.3. *Un intento de regulación: el CTMI*

La necesidad de una normativa propia e integral sobre el transporte multimodal no es nueva. Los esfuerzos por crear un convenio internacional que dote de uniformidad a la materia han sido numerosos a lo largo del siglo XX¹⁰. Debe destacarse que fue en 1973 cuando UNCTAD comenzó los trabajos preparatorios para crear una normativa internacional reguladora del transporte multimodal¹¹. En colaboración con diversas organizaciones (UNIDROIT, CMI...) se fraguó el CTMI, que sin embargo no ha entrado en vigor al no haber alcanzado las ratificaciones necesarias a tal efecto¹². Llama la atención, de entre las ratificaciones al CTMI, la ausencia de países de primer orden en el comercio internacional. En efecto, la causa principal que ha motivado la no aprobación por parte de las grandes potencias económicas mundiales es la presión de los operadores de transporte (grandes navieras en su mayoría) que se oponen al régimen de responsabilidad recogido en el texto (similar al de las RHamb).

El objetivo perseguido por el CTMI era la creación de una normativa unificadora e integradora que dejara a un lado la visión según la cual en transporte multimodal es considerado como la mera adición o sucesión de varias operaciones de transporte unimodal en favor de una disciplina propia que actuara en beneficio de las distintas naciones en el comercio

⁸ *Implementation of...*, 53.

⁹ *Implementation of...*, 38. The Maritime Code, 1993, Chapter IV, Section 8: Special Provisions Regarding Multimodal Transport Contract.

¹⁰ Propositiones ante la Cámara de Comercio Internacional (en adelante ICC) en 1927 y 1949. En 1973 se elaboraron unas reglas unificadoras permanecieron en vigor hasta 1992. En 1992 se elaboraron unas nuevas reglas junto con UNCTAD que se aplican en la actualidad. En 1996 la UNCITRAL añadió el transporte multimodal en sus programas de trabajo.

¹¹ Así, en Abril RUBIO, «Régimen jurídico del transporte multimodal internacional», 73 se desarrolla en mayor profundidad los distintos esfuerzos de agentes internacionales por promulgar una normativa común sobre el transporte multimodal.

¹² En 2013 únicamente 13 de los 30 países necesarios para su entrada en vigor lo ratificaron (Burundi, Chile, Georgia, Líbano, Liberia, Malawui, México, Marruecos, Noruega, Ruanda, Senegal, Venezuela y Zambia).

internacional, ya que uno de sus principales objetivos fue lograr un equilibrio que permitiese la participación efectiva de las naciones en vías de desarrollo en el comercio internacional. En efecto, su principal novedad respecto al régimen de responsabilidad aplicable a los daños localizados fue la aplicación de regulación contenida en el propio CTMI en vez de los propios convenios o normas unimodales. Los convenios unimodales aplicables al tramo del transporte en que se produjere la pérdida, daño o causa de retraso únicamente se aplicarán cuando los límites de responsabilidad que recojan sean superiores a los del CTMI. Es decir, el CTMI establece unos mínimos inderogables de responsabilidad exigibles al transportista, ya que serán aplicables en todo caso al no permitir el CTMI reservas al respecto (art. 35).

La diversidad de intereses entre las naciones porteadoras al ratificarlo (cuyo principal interés es la limitación de la responsabilidad del transportista en aras del mantenimiento de unos costes competitivos) y las naciones cargadoras (cuyo interés radica en la consecuencia de un régimen que proteja la figura del cargador) es comúnmente señalada como la causa de principal de la no aprobación del CTMI, a lo que hemos de añadir lo novedoso de la previsión contenida respecto a la responsabilidad aplicable a daños localizados. Así, el establecimiento de un régimen uniforme pero considerablemente más gravoso que el aplicable a determinadas modalidades (especialmente en comparación con el transporte marítimo) ha generado un importante rechazo por parte de los grandes transportistas, ya que ello podría repercutir muy negativamente en la fijación de precios de los fletes.

En todo caso, no podemos dejar fuera de este estudio las Reglas UNCTAD/ICC¹³ relativas al transporte multimodal de mercancías. A falta de una norma convencional, estas reglas de carácter contractual hacen las veces de referente en lo relativo a la regulación del transporte multimodal internacional. En consecuencia, solo serán de aplicación en tanto las partes lo incorporen a los contratos que celebren y no contravengan la normativa imperativa aplicable. Los principales aspectos a resaltar en materia de responsabilidad son los siguientes: se equipara a pérdida la falta de entrega de las mercancías en los noventa días siguientes a la fecha señalada para su entrega (regla 5.3) y se establece un plazo de seis días para efectuar el aviso por daños o pérdidas no aparentes (regla 9). Estas normas se acogen, además, al sistema de responsabilidad en red, ya que en caso de daños localizados se aplica el régimen establecido en el convenio o norma unimodal aplicable al modo de transporte en que se produjeron. Asimismo, hemos de mencionar que el plazo para ejercer las acciones contra el transportista será

¹³ Las Reglas UNCTAD/ICC relativas a los documentos de transporte multimodal de 9 de julio de 1991 que comenzaron a aplicarse a partir del 1 de enero de 1992.

de 9 meses desde la fecha de entrega de mercancías, su entrega efectiva o desde que se tengan por pérdidas, plazo netamente inferior a los 2 años inicialmente previstos en el CTMI.

3. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE POR CARRETERA

3.1. *Consideraciones previas*

El transporte por carretera es uno de los medios más utilizados de transporte en la actualidad. Su comodidad, especialmente en distancias medias-cortas, y sus costes moderados hacen de este sistema uno de los más utilizados en la práctica. En el transporte multimodal su utilización suele ser calificada como «de apoyo», siendo utilizado para trasladar las mercancías entre distintos puntos de otros modos de transporte (desde los puertos hasta los puntos de transporte ferroviario y viceversa).

En el ámbito internacional el CMR es el Convenio que rige el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera¹⁴, centrado especialmente en lo referido a la responsabilidad del transportista y con un régimen notablemente inspirado en las RU CIM aplicables al transporte de mercancías por ferrocarril. El transporte de mercancías por carretera es un sector estratégico que contribuye en un alto grado al desarrollo económico y social de nuestro país¹⁵. Pese a ello, en el plano interno hemos carecido de un régimen legal completo sobre la materia hasta 2009. La LCTTM es la norma que regula el contrato de transporte terrestre de mercancías¹⁶, tanto por ferrocarril como por carretera, en el ámbito nacional. En efecto, las disposiciones contenidas en el CCo¹⁷, no habiendo sido reformadas desde su publicación inicial, eran incapaces de dar respuesta a las necesidades del transporte actual. Asimismo, la anterior LOTT¹⁸ contenía determinados preceptos aplicables a la materia, pero su contenido era eminentemente administrativo, lo que motivó el cambio de normativa.

¹⁴ Convenio de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, celebrado en Ginebra (BOE n.º 1097 de mayo de 1974, corrección de errores BOE n.º 142 de 15 de junio de 1995).

¹⁵ Supuso el 4,3% del empleo total (directo e indirecto) y el 4,7% del PIB en España en 2014 según datos del *Informe Anual del Observatorio del Transporte y de la Logística en España* (Madrid: Ministerio de Fomento, 2014), 107.

¹⁶ Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE n.º 273 de 12 de noviembre de 2009).

¹⁷ Real Decreto por el que se aprueba el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 (BOE n.º 289 de 16 de noviembre de 1885).

¹⁸ Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (BOE n.º 182 de 31 de julio de 1987).

3.2. *Normativa internacional: el CMR*

Es el art. 2 el único que precepto en el que, si bien implícitamente, se hace referencia al transporte multimodal, así como al transporte superpuesto. En efecto, el primer párrafo establece que en caso de transporte superpuesto del vehículo que contiene la mercancía (ya sea por ferrocarril¹⁹, mar²⁰, aire o vía navegable interior) será de aplicación el CMR. En consecuencia, el porteador contractual se verá sujeto al CMR independientemente del modo en que ejecute el transporte superpuesto. Sin embargo, el segundo párrafo recoge que cuando se determine que una pérdida, avería o retraso se ha producido durante una fase en la que el transporte no se ha producido por carretera la responsabilidad del transportista se regirá por la normativa aplicable al medio en que se produjeron. De ello se desprende que el CMR se acoge al sistema de responsabilidad en red, siguiendo el modelo establecido en el transporte ferroviario, y si bien el porteador contractual se sujeta a las normas del CMR en caso de controversia por daños, pérdida o retraso su responsabilidad se ajustará a la normativa unimodal propia del transporte ejecutado.

Por tanto, respecto al transporte multimodal, con excepción de la parca mención recogida en el art. 2, el CMR guarda silencio, si bien posteriormente se adhirió al texto un apartado en virtud del cual las partes firmantes se obligaban a negociar Convenios relativos al transporte combinado de mercancías. Tales negociaciones se efectuaron, infructuosamente, y cristalizaron en el citado CTMI. Sin embargo, como veremos a continuación, la normativa nacional de más reciente aprobación ha tenido algo más en consideración la proliferación de este modo de transporte.

3.3. *Normativa nacional: la LCTTM*

Dos aspectos han de ser puestos de manifiesto antes de comenzar con el análisis propiamente: la regulación común a ambos modos de transporte y la influencia del CMR. El legislador nacional optó por regular unitariamente el contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera y ferroviario, nutriendo de preceptos comunes a ambos modos de transporte, sin perjuicio de ofrecer soluciones específicas para el transporte ferroviario de mercancías en determinados apartados. Por su parte, la regulación nacional se ha visto profundamente inspirada por el CMR, especialmente en los preceptos dedicados a la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías o retraso, ya que se acoge al mismo régimen de causas de exoneración. Sin embargo, se han incluido soluciones propias a diversas áreas.

¹⁹ Denominado en la práctica *ferroustage* o *piggyback traffic*.

²⁰ Denominado en la práctica *transroulage*.

La principal novedad que contiene la LCTTM, sin duda, es la regulación que establece del transporte multimodal en su Capítulo VII²¹. A efectos de la ley se reputa multimodal el contrato de transporte celebrado para el traslado de mercancías por más de un modo de transporte, siendo uno de ellos terrestre (carretera o ferrocarril).

La LCTTM se acoge a un sistema de responsabilidad en red, ya que cada modo de transporte se rige por su normativa propia como si porteador y cargador hubieran celebrado un contrato distinto para cada fase. En consecuencia, la responsabilidad se regirá por las normas aplicables al modo de transporte en que se realice la entrega. En el supuesto de daños no localizados, se establece que la responsabilidad se determinará con arreglo a la LCTTM, lo que modifica el sistema en red reconduciendo la problemática de los daños a la propia normativa unimodal de transporte terrestre.

A idéntica solución deberíamos llegar si contemplásemos el supuesto de daños progresivos, aquellos cuyo inicio se localiza en una fase del transporte pero que se han ido agravando progresivamente a lo largo de todo el transporte. En otras palabras, la suma de pequeños daños en los que no es posible determinar el impacto que ha tenido cada una de las fases en su producción. Esta solución puede derivar en un agravamiento de responsabilidad para el transportista en comparación con otros regímenes de responsabilidad unimodales, en especial el marítimo.

Igualmente se regula el transporte multimodal en que se pacta la realización del transporte por dos o más modos y se utiliza en la operación sólo uno de ellos (o bien otro u otros diferentes a los acordados). En este supuesto se aplicará el régimen de responsabilidad del porteador correspondiente a aquel modo de entre los convenidos que resulte más beneficioso para el perjudicado. La relevancia recae pues sobre los modos convenidos, y no sobre los efectivamente utilizados en la operación final²². Para la aplicabilidad de esta disposición es condición *sine qua non* que una de las modalidades pactadas haya sido el transporte terrestre (carretera o ferrocarril) independientemente de su no utilización en el desplazamiento material de las mercancías.

Por su parte, también se dedica un precepto al caso opuesto: «el transporte unimodal en contravención de lo pactado». Cuando se haya contratado un

²¹ Tatiana ARROYO VENDRELL, «El concepto de contrato de transporte multimodal o terrestre plus de mercancías en España», en *Estudios sobre el futuro código mercantil: un homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (Madrid: Editorial Universidad Carlos III, 2015), 1184 y ss. realiza un análisis del transporte multimodal terrestre con anterioridad a la LTTM y resalta la necesidad de la modificación operada como consecuencia de los avances técnicos en la materia.

²² Belén GARCÍA ÁLVAREZ, «La nueva regulación del transporte terrestre nacional de mercancías», *Tráfico y Seguridad vial*, n.º 137 (2010): 25.

transporte terrestre y se realice por otro u otros modos diferentes, se aplicará el régimen de responsabilidad correspondiente a aquél modo de transporte, el terrestre (pactado) o el efectivamente utilizado, que resulte más beneficioso para el perjudicado.

Cuando el contrato no especifique el modo de transporte (indeterminado) y éste se ejecute por diversos modos, siendo uno de ellos el terrestre, se aplicará la LCTTM. En este supuesto nos encontramos ante un contrato de transporte multimodal potencial, ya que tal cualidad dependerá de la ejecución del contrato que en este punto quedó al albur del transportista.

Por último, mencionar que en el art. 70 se regula el transporte superpuesto, estableciendo una regulación idéntica a la contenida en el CMR.

4. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE FERROVIARIO

4.1. *Preliminar*

El transporte ferroviario de mercancías es un sector de vital importancia para la economía española, que aspira a convertirse en la puerta de entrada de África y América del Sur hacia el resto del continente europeo. Sin embargo, la facturación del sector ha ido en descenso en la última década, pese a la recuperación que tuvo lugar a principios del 2011²³. Ello contrasta con la tendencia de nuestros vecinos europeos (Alemania y Francia principalmente), en los que el transporte ferroviario de mercancías va ganando terreno al ejecutado por carretera. La Comisión Europea fijó como objetivo prioritario el desarrollo de un mercado ferroviario europeo integrado²⁴. En concreto, se pretende fijar el ferrocarril como modo prioritario de transporte terrestre de larga distancia dada su capacidad (superior a la del transporte por carretera), moderado consumo de energía y baja siniestralidad, lo que exige una normativa a la altura de las circunstancias²⁵.

4.2. *Normativa internacional: las RU CIM*

EL COTIF contiene una pluralidad de apéndices que regulan distintos ámbitos del transporte ferroviario (viajeros, infraestructuras...) y es en el

²³ Según datos del Informe Anual del Observatorio del Transporte y de la Logística en España en 2014 la situación del sector es similar a la del año 2005.

²⁴ Así, en el *Libro Blanco: Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible*, (Bruselas: Ed. Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, 2011), 7.

²⁵ La Comisión Europea pretende transferir al ferrocarril o a la navegación fluvial, de aquí a 2030, el 30% del transporte de mercancías por carretera, y para 2050, más del 50% en el *Libro Blanco: Hoja de...*, 11.

Apéndice B del mismo en el que encontramos las RU CIM, sobre las que descansa la labor de regular el transporte internacional de mercancías ferroviario²⁶.

Respecto al transporte multimodal las RU CIM contienen dos previsiones en los apartados 3 y 4 del art. 1 referidos al transporte por carretera y al transporte marítimo que se efectúen de forma complementaria al transporte ferroviario, a los que será de aplicación la regulación contenida en las RU CIM. El texto de la norma se refiere a la utilización de sendas modalidades como «complemento» respecto al transporte por ferrocarril, lo que supone que estas modalidades nunca puedan ser más extensas que el propio transporte ferroviario²⁷. En todo caso, queda fuera de este supuesto el transporte aéreo, lo que ciertamente limita la previsión respecto al transporte multimodal contenida en dicho artículo. Ello puede ser porque el carácter complementario del transporte por carretera y mar haga referencia al transporte superpuesto, y más concretamente a la modalidad de *transroulage*, en cuyo caso sería de aplicación las RU CIM, modalidad de transporte muy común en la práctica. En consecuencia, la responsabilidad del transportista se verá sometida a la regulación de las RU CIM, si bien se contiene una previsión para el transporte bimodal ferroviario-marítimo en el art. 38, el cual reza que siempre que el transporte se ejecute en previsión de lo establecido en el art. 24.1 (transporte de vehículos ferroviarios como mercancía) el transportista podrá alegar causas de exoneración propias del régimen de transporte marítimo si el daño es localizado en dicho tramo.

Es por ello que consideramos que más que ante una previsión de transporte multimodal nos encontramos ante dos previsiones de transporte bimodal: una aplicable al transporte por carretera y ferrocarril y otra al ejecutado por vía ferroviaria y marítima. En efecto, la omisión del transporte aéreo limita la combinación de modalidades a las que son aplicables las RU CIM a las arriba mencionadas y en los términos de complementariedad que establece el Convenio, lo que dificulta sustancialmente la aplicación de dichos preceptos a cualquier otra combinación de transporte multimodal.

4.3. Particularidades de la LCTTM en el transporte ferroviario

Tal y como adelantamos en el apartado relativo al transporte de mercancías por carretera, la LCTTM es, igualmente, la norma reguladora del

²⁶ Convenio de 9 de mayo de 1980 relativo a los transportes internacionales por ferrocarril, celebrado en Berna (*BOE* n.º 16 de 18 de enero de 1986). Protocolo modificativo de 3 de junio de 1999 hecho en Vilna (*BOE* n.º 149 de 23 de junio de 2006).

²⁷ Alberto Empananza Sobejano, «Ámbito de aplicación de las Reglas Uniformes reguladoras del transporte internacional de mercancías por ferrocarril: los sujetos», en *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*. CIZUR MENOR: Aranzadi, 2008.

transporte ferroviario de mercancías en el ámbito nacional, si bien se añaden algunas particularidades en relación con el transporte ferroviario.

Respecto al plazo de entrega de mercancías se sigue el régimen previsto en el CMR, si bien en ausencia de acuerdo sobre el momento y lugar de entrega se opta por una solución diferenciada para el transporte por ferrocarril, que dista según nos encontremos ante vagones completos o envíos en régimen de paquetería siguiendo el régimen establecido en las RU CIM. Asimismo, el porteador ferroviario podrá ampliar la duración del transporte (en lo estrictamente necesario) cuando el transporte se efectúe por líneas con distinto ancho de vía, mar, carretera o por otras circunstancias excepcionales. En lo referido al régimen de responsabilidad, únicamente se explicita que los administradores de la infraestructura ferroviaria se considerarán auxiliares del porteador.

Un aspecto importante a analizar es la multimodalidad del transporte efectuado en parte por ferrocarril y en parte por carretera a la luz de la LCTTM. En efecto, sería multimodal atendiendo al criterio técnico, ya que se combinan dos modos de transporte diferentes, pero ¿A qué solución llegaríamos al aplicar el criterio normativo al regularse ambos modos por la misma norma? Pues bien, según DÍAZ MORENO el contrato debería ser clasificado como multimodal ya que, aunque escasas, las diferencias puestas de manifiesto justifican la consideración de los regímenes normativos aplicables a cada modo como distintos²⁸. Sin embargo, las únicas diferencias son las relativas al retraso, por lo que estimamos que en caso de responsabilidad derivada de daños o pérdida (en las que el régimen jurídico es idéntico) el contrato no debería ser calificado como multimodal ya que, pese a la diversidad de modos técnicos de ejecución, desde el prisma normativo nos encontramos ante una única regulación aplicable al contrato de transporte.

5. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE AÉREO

5.1. *Consideraciones introductorias*

Fue tras la IGM cuando el transporte aéreo, no solo de mercancías sino también de pasajeros, tomó impulso y se hizo patente la necesidad de establecer una regulación internacional uniforme dado el carácter eminentemente

²⁸ Alberto DÍAZ MORENO, «El transporte multimodal en la ley del contrato de transporte terrestre de mercancías», *Revista de derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, n.º 6 (2010): 326.

transnacional de la aviación. El CV²⁹ fue la norma encargada de regular las condiciones del transporte aéreo internacional, principalmente en cuanto a la delimitación de la responsabilidad del transportista. Este instrumento logró un gran consenso en la materia, ya que tal y como apunta GÓMEZ CALERO «el CV fue objeto de general aceptación, por cuanto logró cohesionar en importante medida el Derecho Anglosajón y el Derecho Europeo Continental en materia de transporte aéreo»³⁰. Pese a ello, ha sido objeto de numerosas modificaciones dados los avances tecnológicos aplicables a este modo de transporte mediante diversos protocolos, de tal modo que se actualice el régimen normativo al desarrollo técnico del sector.

En efecto, dado el avance del estado de la ciencia y las importantes modificaciones del transporte aéreo la OACI impulsó la creación de un nuevo texto, que finalizó con la promulgación del Convenio de Montreal³¹, un convenio que ha gozado de una importante aceptación por parte de los principales Estados en el ámbito internacional.

5.2. Normativa internacional: Sistema de Varsovia y Convenio de Montreal

En el apartado 3 del art. 18 del CV encontramos una primera mención a lo que parece aproximarse al transporte multimodal. En concreto, se excluye del periodo del transporte aéreo los transportes terrestres, marítimos o por vía fluvial efectuados fuera de un aeródromo (regla general). Sin embargo, si dicha operación se efectúa en ejecución del contrato de transporte aéreo para fines de carga, entrega o transbordo, todo daño se presumirá, salvo prueba en contrario, como resultante de un hecho acaecido durante el transporte aéreo. Es decir, que pese a la ejecución del transporte por otras vías (terrestre generalmente) el régimen de aplicación a la responsabilidad del transportista será, en todo caso, el Sistema de Varsovia. En estos supuestos calificados como transportes complementarios (o necesarios para la ejecución del transporte aéreo) el régimen aplicable a los daños producidos será el del transporte aéreo habida cuenta del carácter accesorio de las citadas modalidades

²⁹ Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (*Gaceta* n.º 233 de 21 de agosto de 1931). Protocolo modificativo de 28 de septiembre de 1955 hecho en La Haya (*BOE* n.º 133 de 4 de junio de 1973). Protocolos modificativos de 25 de septiembre de 1975 hechos en Montreal (*BOE* n.º 147 de 20 de diciembre de 1985, *BOE* n.º 147 de 20 de junio de 1997 y *BOE* n.º 34 de 9 de febrero de 1999).

³⁰ Juan GÓMEZ CALERO, *El transporte internacional de mercancías* (Madrid: Cívitas, 1984), 134.

³¹ Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (*BOE* n.º 122 de 20 de mayo de 2000).

respecto al transporte aéreo. En consecuencia, la norma genera la ficción de que tales daños se han producido durante la fase de transporte aéreo en aras de asegurar la aplicación del sistema de responsabilidad de Varsovia. Sin embargo, siguiendo la opinión de GORRIZ, hemos de rechazar la calificación del tal transporte como multimodal: las partes han pactado un transporte aéreo, el cual se ve apoyado por medios complementarios que en ningún caso pueden conformar un transporte multimodal ya que la voluntad de las partes no ha sido esa en ningún caso.

El CV contiene además una referencia expresa al transporte multimodal, dedicándole el Capítulo IV bajo la denominación de transporte combinado («Disposiciones relativas a los transportes combinados»), si bien cuenta con un único artículo, el 31. En dicho precepto el Convenio se acoge explícitamente al sistema en red, ya que en caso de transporte multimodal cada modalidad se deberá sujetar a su normativa específica.

El problema principal radica, por tanto, en determinar cuándo nos encontramos ante un transporte accesorio o un transporte efectivamente multimodal, ya que en este último caso sería de aplicación el art. 31 del CV. La calificación del transporte como accesorio requiere del cumplimiento de dos requisitos: su finalidad de carga, entrega o transbordo (estos términos deben ser objeto de una interpretación amplia, es decir el transporte hasta la aeronave con el propósito de carga y el desplazamiento desde la aeronave hasta el punto de entrega con tal finalidad)³² y su realización en ejecución de un transporte aéreo. Al respecto, el TS ha establecido que cuando el tramo de transporte ejecutado por mar, carretera o ferrocarril se haya ejecutado en sustitución del aéreo, tal desplazamiento no podrá ser considerado como accesorio³³. Sin embargo, si el transporte terrestre, marítimo o fluvial desarrollado fuera del recinto aeroportuario no puede ser sustituido por uno aéreo—debido a la imposibilidad material del mismo—, entonces dicho transporte sí que tiene carácter accesorio o complementario al aéreo.

El hecho de que ya a comienzos del siglo XX se estableciesen disposiciones relativas al transporte multimodal hizo del CV un instrumento legislativo moderno en su época, si bien actualmente no suponen en ningún caso una solución legislativa eficaz ya que se acogen al sistema en red y omiten cualquier tipo de referencia a los daños no localizados.

Por su parte, el CM amplía en cierta medida las previsiones que contemplaba su predecesor en lo relativo al transporte multimodal. En primer lugar mantiene lo establecido respecto al transporte accesorio o complementario

³² Juan Pablo RODRÍGUEZ DELGADO, «El período de responsabilidad del porteador aéreo a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010», *Derecho de los Negocios*, n.º 254 (2011): 4.

³³ A tal efecto, véase la STS 3816/2010 de 15 de julio para profundizar en la materia.

respecto del aéreo, aplicando a tal efecto el régimen de responsabilidad del CM³⁴. Además, añade que en caso de que un transportista reemplace sin consentimiento del expedidor el transporte aéreo por cualquier otra modalidad, tal ejecución estará comprendida en el periodo de responsabilidad del transporte aéreo y le será de aplicación la regulación del CM. Esta medida trata de evitar que el transportista se beneficie en perjuicio del expedidor y disfrute de un régimen de responsabilidad más beneficioso (véase el marítimo), ya que independientemente del modo de ejecución se verá sujeto a las normas de transporte aéreo. De esta manera se perfecciona la regulación del CV, puesto que en caso de que el transportista modifique unilateralmente la modalidad de ejecución del transporte y sustituya el desplazamiento aéreo por otra modalidad no podrá escapar a la aplicación del CM.

El CM dedica, a su vez, el Capítulo IV, consistente igualmente en un único artículo, al transporte combinado de mercancías, si bien no introduce modificaciones respecto a lo establecido en el CV.

5.3. Normativa nacional: la LNA

En el plano interno la LNA³⁵, desarrollada por el RCA³⁶, contiene el régimen aplicable al transporte aéreo de mercancías. La norma es ciertamente parca en lo referido al transporte de mercancías, quizás porque se inspira en gran medida en el CV. Las principales novedades que introdujo fueron, por una parte, la reducción de las causas de exoneración de las que gozaba el transportista y, la diferencia más sustancial, la mayor celeridad en los plazos de aviso y de ejercicio de acciones³⁷. En comparación con la regulación internacional, se reduce de 2 años a 6 meses el plazo para el ejercicio de acciones fundadas en LNA. A mi juicio este cambio supone una mejora significativa en el tráfico, acorde con los tiempos del propio transporte aéreo.

En cuanto al transporte multimodal la LNA no contiene ninguna previsión, lo cual es sorprendente si tenemos en cuenta que el CV, anterior a la promulgación de la norma, ya contenía diversos artículos dedicados a la materia.

³⁴ Santiago AREAL LUDEÑA, «Contrato internacional de transporte aéreo», en *Curso de contratación internacional*, (Madrid: Colex, 2006): 777 y ss. analiza en mayor profundidad las novedades introducidas por el CM respecto al CV, que se encuentran resumidas en la tabla comparativa Vid. *infra* IX.

³⁵ Ley 48/1960, de 21 de julio de 1960, de navegación aérea (BOE n.º 176 de 23 de julio de 1960).

³⁶ Real Decreto 57/2002, de 18 de enero de 2002, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea (BOE n.º 17 de 19 de enero de 2002).

³⁷ Vid. *infra* IX.

6. RÉGIMEN LEGAL EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO

6.1. *Premisa*

El carácter internacional del transporte se acentúa en el transporte marítimo³⁸, ya que tal como apunta ESPINOSA CALABUIG «es el medio más utilizado para el traslado de mercancías de continente a continente»³⁹. Otro de los aspectos relevantes del transporte marítimo es el régimen de responsabilidad aplicable al porteador, el cual tradicionalmente ha sido excesivamente beneficioso en comparación con el resto de modos de transporte. Tal y como apunta SÁNCHEZ CALERO «dados los riesgos derivados de la navegación por mar tradicionalmente se ha tendido hacia la limitación de la deuda» lo que permitía la fijación de fletes más bajos, pero que dado el avance tecnológico y el desarrollo del transporte, parece haberse quedado desfasado en la realidad actual⁴⁰.

Los esfuerzos por lograr una regulación marítima uniforme en el plano internacional han sido numerosos, pero los resultados no han sido los esperados ya que en la actualidad nos encontramos con una pluralidad de textos, no todos vigentes, en ocasiones solapados, fruto de los conflictos de intereses entre naciones cargadoras y porteadores que han dado lugar a un sistema de difícil articulación en la práctica.

6.2. *Pluralidad de convenios internacionales sobre la materia*

Las RH⁴¹ fueron aprobadas en 1924, en el marco de la Conferencia internacional de Derecho marítimo de Bruselas. Esta norma era manifiestamente incompleta, ya que principalmente se centraba en el régimen de responsabilidad del porteador en contratos de transporte de mercancías con conocimiento de embarque, que hasta entonces gozaba de una posición privilegiada dadas las numerosas cláusulas de irresponsabilidad del porteador que se pactaban y aplicaban en la práctica⁴². En consecuencia, las RH posterior-

³⁸ El tráfico marítimo mundial aumentó un 2,3% en 2013 a pesar de la caída del crecimiento económico mundial». *El transporte marítimo en 2014* (Ginebra: UNCTAD, 2014).

³⁹ Rosario ESPINOSA CALABUIG, *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable* (Granada: Comares, 1999), 23.

⁴⁰ Fernando SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías* (Pamplona: Aranzadi, 2010), 461.

⁴¹ Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 para la unificación de reglas en materia de conocimiento de embarque (*Gaceta* n.º 212 de 31 de julio de 1930).

⁴² Para más información véase José Carlos Fernández Rozas, Rafael Arenas García, y Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales* (Madrid: Iustel, 2013), 402 y ss, en las que se profundiza sobre la finalidad primordial de las RH-V

mente fueron objeto de modificación mediante los Protocolos de 1968 (Reglas de Visby) y 1979 (modificativo de las Reglas de Visby⁴³), lo que dio lugar a las hoy conocidas como RH-V⁴⁴.

Como es de esperar, dada la época en la que fueron aprobadas, en su texto no encontramos mención alguna referida al transporte multimodal (o parcialmente marítimo) de mercancías. Tampoco los Protocolos de 1968 y 1979 han incluido ninguna consideración al respecto, ya que principalmente regula la responsabilidad del porteador marítimo⁴⁵.

Las Reglas de Hamburgo⁴⁶ se adoptaron en 1978, tras casi una decena de años de trabajo por parte de UNCTAD en colaboración con UNCTRAL para superar las deficiencias regulatorias de las RH-V y adecuar la regulación al nuevo desarrollo tecnológico y modernización del transporte. Contiene una regulación más exhaustiva, acorde a los avances del sector, que no se ciñe únicamente a la responsabilidad del porteador, sino que regula otros ámbitos tales como documentación, responsabilidad de los cargadores... Pese a ello, las principales potencias mercantes no se han adherido a las RHamb, ya que éstas propugnan una mayor responsabilidad del transportista⁴⁷, en aplicación de la tradición jurídica romanista, frente

en torno a la responsabilidad del transportista y los límites indemnizatorios aplicables a los daños causados a las mercancías en su transporte.

⁴³ Protocolo de 21 de diciembre de 1979 que modifica el Convenio para la unificación de reglas en materia de conocimiento de embarque (*BOE* n.º 36 de 11 de febrero de 1984).

⁴⁴ En el plano internacional, por lo tanto, se da un triple escenario: países que únicamente han ratificado las RH, países que han ratificado las RH y los Protocolos de Visby y países que han ratificado también el Protocolo modificativo de 1979. A este respecto hemos de matizar que la ratificación de los Protocolos supone automáticamente la adhesión a las Reglas de la Haya, pero no al revés.

⁴⁵ Uno de los aspectos que más llama la atención del texto es su completo silencio sobre el retraso en la entrega de las mercancías, omisión normativa que las RHamb y las RR, así como la normativa nacional, sí han regulado. La exclusión del daño generado por el retraso en la entrega es, en mi opinión, una omisión normativa inaceptable, que podría haberse salvado interpretando el término «avería» de forma amplia, de modo que comprenda tanto el daño fáctico o material como daño generado por la demora en el transporte. Pese a ello, nada impide a las partes pactar el retraso como fuente de responsabilidad del porteador en el contrato.

⁴⁶ Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías de 31 de marzo de 1978 hecho en Hamburgo. No ha sido ratificado por España.

⁴⁷ Tal y como afirma Sánchez Calero, *El contrato de transporte...*, 583 la limitación de la deuda de resarcimiento en caso de responsabilidad del porteador permitía establecer unos fletes muy bajos» por lo que las principales naciones porteadoras no han ratificado las RHamb al ser contrarias a los intereses económicos de las grandes navieras. En efecto, las RHamb fueron promovidas, en gran parte, por naciones exportadoras en desarrollo que carecían de flotas propias.

a la clara influencia anglosajona en las RH-V que se muestran más laxas con el porteador.

Este régimen de responsabilidad es más acorde con el contenido en el resto de modalidades de transporte, en aras de una armonización de las distintas modalidades. Este aspecto es clave en lo referido al transporte multimodal ya que, pese a que las RHamb no contengan mención alguna al respecto, considero que el hecho de equiparar en cierta medida la responsabilidad del porteador marítimo a la de sus homólogos terrestres y aéreos favorece la regulación de la responsabilidad del OTM en los daños no localizados del sistema en red⁴⁸.

Las RR⁴⁹ hacen referencia explícitamente en su denominación al contrato de transporte internacional de mercancías parcialmente marítimo⁵⁰, lo que pone de manifiesto su vocación de contribuir hacia la consecución de una regulación del transporte multimodal uniforme, sin perjuicio de tratar de superar las divergencias en torno a las RH-V y las RHamb. En efecto, tras el fracaso del CTMI, el transporte multimodal internacional precisaba de disposiciones normativas sobre la materia y las RR contienen previsiones con el fin de facilitar la multimodalidad del transporte cuando uno de los modos empleados sea el marítimo. Nos encontramos, por tanto, ante un texto normativo completo y depurado que da respuesta a varias de las tendencias del transporte actual (documentación electrónica, contratos puerta a puerta) en aras de lograr un consenso internacional en la materia mediante una regulación moderna y novedosa.

Ya en su art. 1.1, referido a su ámbito de aplicación, se establece que será de aplicación al contrato de transporte marítimo que además «podrá prever su transporte por otros modos», lo que supone una clara alusión al cada vez más frecuente contrato «de puerta a puerta» en los que, al menos, un tramo sea marítimo.

⁴⁸ Tal y como apunta Carlos Llorente Gómez de Segura, «Contratos internacionales de transporte», en *Curso de contratación internacional* (Madrid: Colex, 2006): 738 «La formulación del fundamento de la responsabilidad del porteador marítimo se delinea con mayor precisión y en sintonía con la regulación de esta materia en otros Convenios sobre transporte internacional».

⁴⁹ Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo del 23 de septiembre de 2009. España fue el primer país en ratificarlo el 24 de enero de 2011, si bien no han entregado en vigor, a falta de recabar las 20 ratificaciones necesarias a tal efecto.

⁵⁰ El transporte internacional marítimo de mercancías es también conocido como transporte multimodal mojado o marítimo plus. Para mayor profundización véase José María Alcántara González, «The Rotterdam Rules. Prelude or premonition?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1 (2010): 28.

Las RR establecen un sistema en red modificado respecto a la responsabilidad del porteador, al establecerse que las normas comunes relativas al transporte marítimo internacional de mercancías serán de aplicación siempre que no sean contrarias a disposiciones imperativas de los convenios reguladores de otros modos de transporte. En otras palabras, la normativa unimodal propia del transporte utilizado es prioritaria en lo referido a la responsabilidad del transportista, ya que suele ser una regulación de carácter imperativo, y sólo en su defecto será de aplicación el régimen de las RHamb, sin perjuicio de que en el resto de aspectos rijan las RR consecuencia de la unicidad de la articulación del transporte en torno a un único contrato.

Esta característica es apreciable en el art. 26 relativo al transporte precedente o subsiguiente al transporte por mar, previsión que fue pensada para los desplazamientos de mercancías por vía terrestre desde el puerto hasta su punto de destino y viceversa. En efecto, cuando la pérdida, daños o el origen del retraso se hayan producido en el tramo precedente o subsiguiente al transporte por mar, ha de regir el régimen propio al transporte empleado en tal tramo (terrestre, aéreo o vía navegable interior) en lo que a la responsabilidad del transportista respecta. Tal precepto será de aplicación siempre que se cumplan tres criterios: que la normativa unimodal internacional aplicable regule la responsabilidad del porteador por pérdida o daños en las mercancías, que dicha regulación sea la aplicable a la modalidad utilizada en el segmento en que se produjeron los daños y por último que su aplicación no pueda ser excluida por las partes. En consecuencia, solo a falta de normativa internacional vigente aplicable a la modalidad de transporte en que se produjeron los daños, regirían las RR⁵¹.

Sin embargo, uno de los aspectos más controvertidos sería el de los daños no localizados ya que las RR establecen que será de aplicación el régimen de responsabilidad del porteador marítimo, mientras que el resto de Convenios unimodales ofrecen la misma solución respecto a sus propios regímenes⁵².

En el Capítulo 17 titulado «Materias no reguladas por el presente convenio» en el que las RR recogen una declaración general de respecto a los convenios internacionales aplicables al transporte por otros modos para así tratar de evitar la conflictividad entre Convenios. En efecto, su art. 82 da preferencia a la aplicación de los convenios internacionales unimodales

⁵¹ A tal efecto, véase Carlos Llorente Gómez de Segura, «Las Reglas de Rotterdam I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1 (2010): 182, «cuando no existan disposiciones aplicables de otro instrumento internacional o se trate de cuestiones no comprendidas en las letras b) y c) del artículo 26, las RR serán aplicables al tramo no marítimo.

⁵² Así apunta María Paz Martín Castro, «La regulación del transporte multimodal internacional de mercancías. Alternativas legales y prácticas», *Revista de derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, n.º 1 (2008): 286.

siempre que: estén vigentes a la entrada en vigor de las RR y que regulen la responsabilidad del porteador por daños y pérdidas en las mercancías. En concreto, dicho precepto hace referencia a: convenios aplicables al transporte aéreo de mercancías, convenios aplicables al transporte de mercancías por carretera siempre que sus normas sean aplicables al transporte superpuesto del vehículo que transporta las mercancías por mar (*transroulage*), convenios aplicables al transporte ferroviario de mercancías en la medida en que sea aplicable al transporte marítimo de mercancías complementario y convenios aplicables al transporte por vías navegables interiores.

Sin duda alguna, la mención que realiza en torno a la necesidad de que el convenio de transporte por carretera contenga previsiones en materia de *transroulage* es la más controvertida. ¿Sería de aplicación un convenio internacional de transporte de mercancías por carretera que no contuviera previsiones en lo referido al transporte superpuesto por mar? En mi opinión, dado que las RR establecen igualmente con el respeto a la imperatividad de las normas unimodales aplicables, tal convenio debería ser aplicable en todo caso a los tramos ejercidos puramente mediante carretera, sin perjuicio de aplicar las RR a las controversias surgidas en la fase de *transroulage*. Sin embargo, tal y como mencionamos en el apartado correspondiente, el CMR contiene previsiones en esta materia, por lo que actualmente sería aplicable sin problema alguno.

Asimismo, descansaba sobre las RR la importante labor de superar la disparidad de regímenes en torno a la responsabilidad del porteador dada la coexistencia de las RH-V y las RHamb en la práctica, aspecto en el que también se han introducido sustanciales modificaciones. Uno de los aspectos más relevantes es el de la exoneración de responsabilidad del porteador. En efecto, las RR retoman el sistema de enumeración de causas por las que el porteador podrá quedar liberado de responsabilidad (art. 17.3), estableciendo quince supuestos (frente a los diecisiete de las RH-V) en los que éste quedará exonerado de responsabilidad. Un aspecto significativo es la vinculación de estos supuestos no sólo al porteador marítimo, sino también a aquéllos que ejecuten tramos del contrato de transporte mediante otras modalidades cuando no haya previsiones unimodales al respecto, si bien una gran parte son de aplicación exclusiva al transporte por mar. Igualmente hemos de añadir que las RR modifican al alza los límites indemnizatorios contenidos en las RHamb, pese a lo cual su cuantía sigue siendo inferior a la contenida en el resto de convenios internacionales de transporte terrestre y aéreo⁵³.

⁵³ Así, en Carlos Gorrioz López, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías* (Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2001), 791 y ss. se profundiza en el régimen indemnizatorio de las RHamb, en las que se mantuvo la estructura básica de las RH-V si bien se aumentaron los límites respecto a tal régimen.

Las RR fueron objeto, en el periodo final de sesiones, de dos propuestas tendentes a limitar la aplicación por parte de los Estados de las mismas en lo referido al transporte parcialmente marítimo, si bien ambas fueron rechazadas, ya que tras el fracaso del CTMI, UNCITRAL determinó que era necesario mantener la previsión relativa al transporte multimodal de mercancías.

En cualquier caso, es obvio que la falta de apoyos a las RR y la pervivencia de las RH y sus Protocolos de modificación y (de modo más limitado) las RHamb generan una confusión práctica y un plano normativo complejísimo, ya que se entremezclan países con diferentes regímenes de transporte internacional marítimo de mercancías que entorpecen las relaciones comerciales entre los mismos. Además, todo ello repercute en un perjuicio directo para el transporte multimodal, ya que el fracaso de las RR trae como resultado inaplicabilidad del régimen previsto para el transporte multimodal parcialmente marítimo. En efecto, la vigencia de las RH-V en la mayoría de países supone la carencia de un régimen uniforme aplicable a los contratos de transporte multimodal parcialmente marítimos, ya que en las mismas no se contienen ninguna mención al respecto.

6.3. Normativa nacional: la LNM

La LNM⁵⁴ es la norma sobre la que recae la regulación del transporte marítimo de mercancías en el ámbito nacional, derogando la anterior LTM⁵⁵, medio a través del cual se incorporaron las RH a nuestro ordenamiento. La nueva normativa se presentaba como solución para superar la confusión generada por pluralidad de normas internacionales relativas al transporte de mercancías, si bien lo ha hecho optando por remisiones normativas a las previsiones contenidas en las RH-V. A su vez, se abarcan diversos aspectos propios del Derecho público marítimo.

Respecto al transporte multimodal, en su art. 209 la norma contiene una previsión que establece que los preceptos de la LNM únicamente serán de aplicación a la fase marítima, regulándose el resto de fases por la normativa específica que corresponda siempre que tenga carácter imperativo. Vemos pues una clara influencia del sistema recogido en las RR, que contiene la misma previsión al respecto. Así pues la LNM opta por aplicar el sistema en

⁵⁴ Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (BOE n.º 180 de 25 de julio de 2014).

⁵⁵ Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en buques mercantes (BOE n.º 358 de 24 de diciembre de 1949). Derogada el 25 de septiembre de 2014.

red al transporte multimodal, en coherencia con lo establecido en las RR y en el resto de convenios internacionales unimodales.

La norma contiene otra referencia al transporte multimodal en su art. 267, ya que establece que al documento de transporte multimodal le serán de aplicación las normas contenidas en la LNM para el conocimiento de embarque siempre que una de sus fases se ejecute por mar. A tal efecto el art. 248 contiene la previsión de que por puerto de carga y descarga se tendrán los lugares de inicio y terminación de la totalidad del transporte. Este apartado lo considero muy apropiado ya que sin perjuicio de que se opte por un sistema fragmentado en cuanto a la responsabilidad del porteador, el documento de transporte multimodal es único (en efecto, la esencia de este sistema de transporte es la utilización de un solo instrumento jurídico independientemente de las diversas modalidades utilizadas) lo que exige el tratamiento unificado del contrato, que con acierto prevé la LNM.

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable a las pérdidas, daños y retraso en las mercancías, la LNM opta por aplicar un régimen similar al transporte nacional e internacional, y en consecuencia se remite a las RH-V. En efecto, en el preámbulo de la norma el legislador hace referencia a la extendida aplicación en la práctica de estas Reglas⁵⁶, lo cual inspiró indudablemente los preceptos de la normativa interna. Sin embargo, la disposición final primera contiene una previsión en caso de aprobación de las RR. Así, se establece que en caso de entrada en vigor de las RR (recorremos que en la actualidad Congo, España y Togo son los únicos países en haberlas ratificado, lo que sitúa tal posibilidad en futuro más bien lejano) el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para introducir las modificaciones necesarias en esta ley. Pese a lo acertado de la previsión, su realización efectiva parece limitada dada la reticencia de los actores principales en el sector marítimo a la aprobación de esta normativa en el plano internacional.

7. CONCLUSIONES

Primera: La falta de una normativa completa y sistemática, tanto a nivel nacional como internacional, genera gran inseguridad jurídica a los operadores del transporte ya que el régimen de responsabilidad aplicable al OTM no es posible fijarlo de antemano respecto a los daños no localizados o de generación gradual, siendo éste el principal problema al que se enfrenta el transporte multimodal. Pese a los distintos sistemas previstos en los distintos

⁵⁶ Según la OCDE las RH-V se aplican al 95% del comercio marítimo mundial.

convenios internacionales y normas nacionales, el marco jurídico actual continúa siendo altamente insatisfactorio.

Segunda: La necesidad de una normativa uniforme es evidente, pero los obstáculos para su consecución son igualmente palpables. Tal y como se ha analizado, una norma propia para el transporte multimodal modificaría el actual sistema de responsabilidad al que se somete el OTM, incrementando su régimen de responsabilidad. Es por ello que las naciones porteadoras (principales potencias económicas) tratan de perpetuar el régimen de responsabilidad tradicional. Este aspecto se hace aún más palpable en el transporte marítimo en el que las RH-V, que datan de 1924, se mantienen en la actualidad en vigor, mientras que las RR carecen de los apoyos suficientes. Los operadores del transporte son pues quienes precisan de una norma uniforme pero quienes, a su vez, no están dispuestos a renunciar a los beneficios de los que gozan en la normativa actual.

Tercera: Todas las normas que contienen previsiones sobre transporte multimodal lo abarcan desde una perspectiva limitada, ya que únicamente hacen referencia al transporte multimodal en el que una de las fases del mismo sea ejecutada por el modo unimodal que la propia norma regula, por lo que, pese a que todas las combinaciones encontrarán cobertura en alguno de los preceptos, no se dota al transporte multimodal de una regulación propia que responda a las necesidades de la práctica sino que se perpetúa la concepción de la multimodalidad como la mera yuxtaposición de transportes unimodales.

Cuarta: Además, las distintas previsiones se solapan pudiendo generar conflictos entre normas y convenios. Así, tal y como hemos visto, la normativa tiende a establecer un sistema de responsabilidad en red o en red modificado en el caso de contener previsiones para los daños no localizados. En consecuencia, el supuesto de daños localizados se verá siempre sometido a la normativa unimodal en la que se hayan producido. En cambio el supuesto de daños no localizados se omite en el sistema en red puro y en el modificado se somete a la propia normativa unimodal siempre que una de las fases del transporte haya sido ejecutada por el modo de transporte unimodal regulado por la norma. En consecuencia, si dos normas unimodales establecen que su sistema de responsabilidad regirá para el supuesto de daños no localizados y el transporte ha sido ejecutado mediante ambos modos, nos encontraríamos ante un claro conflicto de normas. Piénsese en un transporte multimodal ejecutado por mar y por carretera en el que las mercancías sufren daños no localizados, si ambas normas establecen que serán de aplicación en el caso de daños no localizados, nos encontraríamos con la colisión de ambas en la práctica. Las RR, ante el potencial conflicto que podría suponer en la práctica su entrada en vigor (altamente improbable a todas luces), contienen una previsión para estos supuestos en su

art. 82, de forma que se evitaría la colisión normativa entre convenios internacionales.

Quinta: Como ya se ha señalado el principal aspecto al que una futura normativa reguladora del transporte multimodal se deberá enfrentar es el régimen de responsabilidad aplicable a los daños no localizados y a los generados gradualmente. Esta carencia de regulación conlleva la asunción total de la responsabilidad derivada de dichos daños por parte del OTM frente al cargador, que en ningún caso puede repetir contra los transportistas efectivos al no ser posible determinar la fase de producción del daño. Sin embargo, es indudable que los daños han sido producidos en alguna de las fases del transporte o en todas, en caso de producción gradual de los mismos. Es por ello que un sistema más justo y equitativo debería repartir las cargas derivadas de dichos daños entre los transportistas efectivos y no repercutirlos exclusivamente sobre el OTM. A tal efecto, sería adecuado establecer un sistema de responsabilidad conjunta entre los distintos transportistas efectivos, si bien no en igual cuantía. Es evidente que en una operación de transporte multimodal de mercancías intervienen varios modos de transporte, pero no necesariamente con igual peso o importancia. Es lógico, por tanto, pensar que el modo de transporte más relevante debería responder en su caso en mayor medida que el resto. En definitiva, los transportistas efectivos deberían responder por los daños no localizados en proporción a la relevancia que haya tenido su fase de transporte en la ejecución total del contrato de transporte multimodal, calculada ésta en términos económicos (porte del transportista sobre precio total del contrato). A los mismos les será de aplicación, en todo caso, las limitaciones propias de su regulación unimodal. Es posible que, en aplicación de tales limitaciones, el importe económico del daño de las mercancías no le sea satisfecho totalmente al cargador. Pues bien esa diferencia hasta cubrir el importe total de los daños sería cubierta por el OTM, de forma que el reparto de la indemnización deje de ser cubierto en su totalidad por el mismo y se reparta entre los diferentes actores del tráfico.

Sexta: En definitiva el transporte multimodal de mercancías es pues una figura que goza de enorme utilización práctica pero la regulación actual carece de las herramientas necesarias para dar respuesta a la misma, lo que hace que sea calificado como atípico o *sui generis*, ya que escapa a la normativa general del transporte propiamente. En efecto, la falta de una regulación integral sobre el transporte multimodal supone un desafío a futuro para el legislador en un sector esencial para la economía y el desarrollo y enormemente impulsado por la contenedorización del transporte que pone de manifiesto, una vez más, que la realidad siempre camina un paso por delante de la ley.

8. ANEXO: CUADRO COMPARATIVO SOBRE LOS PRINCIPALES ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR

	CTMI	Reglas UNCTAD/ICC
Supuestos de responsabilidad	Pérdida total o parcial, averías y retraso en la entrega. En ambas se establece la aplicación del sistema de responsabilidad en red en los daños localizados.	
Retraso	No entrega en plazo convenido o en ausencia de plazo, duración del transporte superior al exigible a un transportista diligente.	
Equiparación a pérdida	Retraso que exceda los 90 días desde la fecha de entrega fijada.	
Periodo de responsabilidad	Desde la toma de mercancías bajo su custodia hasta la entrega al destinatario.	
Causas de exoneración	–	Remisión a la normativa de La Haya-Visby.
Limitación de responsabilidad	920 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga o 2,75 unidades de cuenta por kilogramo si es mayor en caso de utilización de fase marítima. Si no se utiliza el transporte marítimo el límite es de 8,33 unidades de cuenta por kg. En caso de retraso 2,5 veces el precio del flete de las mercancías retrasadas hasta el límite del flete total.	666,67 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga o 2 unidades de cuenta por kilogramo si es mayor en caso de utilización de fase marítima. Si no se utiliza el transporte marítimo el límite es de 8,33 unidades de cuenta por kg. En caso de retraso el límite es el precio del flete total.
Pérdida del beneficio de limitación responsabilidad	Si el hecho dañoso se produce por una acción u omisión intencionada a tal efecto o temerariamente si la generación del daño es probable.	Si el hecho dañoso se debió a una acción u omisión dolosa o negligente del transportista.

.../...

.../...

	CMR	LCTTM (carretera)
Periodo de responsabilidad	Desde la toma en carga de la mercancía hasta la entrega.	
Causas de exoneración	Culpa del remitente o destinatario, vicios de la mercancía, supuestos de fuerza mayor, empleo de vehículos abiertos y no entoldados para el transporte, ausencia o deficiencias en el embalaje, manipulación, estiba, carga o descarga defectuosa del remitente o destinatario, riesgos inherentes a la naturaleza de las mercancías, imperfección de las marcas o números de bultos, transporte de animales vivos.	
Limitación de responsabilidad	8,33 unidades de cuenta por kg de peso bruto de mercancía pérdida. En caso de daños, el valor de la depreciación sufrida. La indemnización por retraso no podrá exceder el precio del transporte. Las indemnizaciones por daños (total o parcial) no podrán ser superiores a las correspondientes a la pérdida de las mercancías (total o parcial).	1/3 del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kg de peso bruto de mercancía perdida o averiada. Limite global en caso de concurrencia de indemnizaciones por varios conceptos, es la indemnización por pérdida total.
Pérdida del beneficio de limitación responsabilidad	Daños causados dolosamente (o por culpa equivalente) por el transportista o personas a su cargo.	Se equipara al dolo la infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción.
Avisos/protestas	Momento de la entrega en caso de pérdidas y averías manifiestas. 7 días posteriores a la entrega en caso de pérdidas y averías no manifiestas, en caso de verificación contradictoria solo habrá lugar a esta protesta. 21 días posteriores a la entrega en caso de retraso en la entrega. Por escrito al recibir la indemnización por pérdida, siempre que las mercancías reaparezcan en el plazo de un año. En tal caso, en los 30 días siguientes podrá exigir su entrega.	
Prescripción	3 años en caso de dolo o culpa equivalente, 1 año resto de supuestos.	En caso de dolo o culpa equivalente el plazo se reduce a 2 años.

	RU CIM	LCTTM (ferrocarril)
Supuestos de responsabilidad	Pérdida total o parcial, averías y retraso en la entrega.	
Retraso	En ausencia de acuerdo se considerará retraso: para vagones completos, plazo de expedición: 12 horas y plazo de transporte, por cada fracción indivisible de 400 kilómetros: 24 horas. Para envíos en régimen de paquetería, plazo de expedición: 24 horas y plazo de transporte, por cada fracción indivisible de 200 kilómetros: 24 horas. El porteador podrá ampliar el plazo de duración del transporte en lo estrictamente necesario cuando los envíos se transporten por líneas con diferente ancho de vía, por mar o por carretera cuando no exista conexión ferroviaria y cuando concurren circunstancias extraordinarias que entrañen un aumento anormal del tráfico o dificultades anormales de explotación.	
Equiparación a pérdida	Falta de entrega de la mercancía 30 días después del plazo convenido.	Falta de entrega de la mercancía 20 días después del plazo convenido o en ausencia de plazo, 30 días después de que el transportista se hiciera cargo de la misma.
Periodo de responsabilidad	Desde el momento de la recepción hasta la entrega de las mercancías	Desde la toma en carga de la mercancía hasta la entrega.
Causas de exoneración	Culpa del remitente o destinatario, vicios de la mercancía, supuestos no evitables y cuyas consecuencias no se han podido obviar, empleo de vehículos abiertos y no entoldados para el transporte, ausencia o deficiencias en el embalaje, manipulación, estiba, carga o descarga defectuosa del remitente o destinatario, riesgos inherentes a la naturaleza de las mercancías, imperfección de las marcas o números de bultos, transporte de animales vivos.	
Limitación de responsabilidad	17 DEG por kg de mercancía perdida. En caso de mercancías que sufran merma en ruta por el mero hecho del transporte solo responderá del exceso de: 2% del peso si son líquidas y 1% si son secas. La indemnización por retraso no podrá exceder el cuádruplo del precio del transporte.	Un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kg de peso bruto de mercancía perdida o averiada. Límite global en caso de concurrencia de indemnizaciones por varios conceptos, es la indemnización por pérdida total.

.../...

<p>.../...</p>	<p>RUCIM</p>	<p>LCTTM (ferrocarril)</p>	
<p>Pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad</p>	<p>Daños causados dolosamente y con consciencia de ello podría resultar en daño.</p>	<p>Daños causados dolosamente y por infracción consiguiente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción</p>	
<p>Avisos/ protestas</p>	<p>Momento de la entrega en caso de pérdidas y averías manifiestas. 7 días posteriores a la entrega en caso de pérdidas y averías no manifiestas. 60 días posteriores a la entrega en caso de retraso en la entrega. Por escrito al recibir la indemnización por pérdida, siempre que las mercancías reaparezcan en el plazo de un año. En tal caso, en los 30 días siguientes podrá exigir su entrega</p>	<p>Momento de la entrega en caso de pérdidas y averías manifiestas. 7 días posteriores a la entrega en caso de pérdidas y averías no manifiestas, en caso de verificación contradictoria solo habrá lugar a esta protesta. 21 días posteriores a la entrega en caso de retraso en la entrega. Por escrito al recibir la indemnización por pérdida, siempre que las mercancías reaparezcan en el plazo de un año. En tal caso, en los 30 días siguientes podrá exigir su entrega.</p>	
<p>Prescripción</p>	<p>1 año en general y en caso de dolo o culpa equivalente el plazo se reduce a 2 años.</p>		
	<p>Sistema de Varsovia</p>	<p>Convenio de Montreal</p>	<p>LNA</p>
<p>Supuestos de responsabilidad</p>	<p>Pérdida (destrucción), averías y retraso en la entrega.</p>		
<p>Retraso</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>Superación de plazos fijados reglamentariamente.</p>
<p>Equiparación a pérdida</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>

.../...

.../...

	Sistema de Varsovia	Convenio de Montreal	LNA
Periodo de responsabilidad	<p>Todo el periodo en el que las mercancías se encuentren bajo custodia del porteador en un aeródromo, a bordo de una aeronave o, en caso de aterrizaje fuera de un aeródromo, en un lugar cualquiera.</p>	<p>Desde que el porteador reciba las mercancías del remitente hasta que las ponga a disposición del consignatario en destino excepto durante el tiempo que permanezcan en poder de los Servicios Aduaneros.</p>	<p>Naturaleza o vicios propios de las mercancías. En caso de retraso, supuestos de fuerza mayor y causas meteorológicas que lo hayan motivado.</p>
Causas de exoneración	<p>Adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño salvo que la adopción de las mismas fuera imposible, daño proveniente de falta de pilotaje, conducción de la aeronave o navegación siempre que el porteador y sus agentes han tomado todas las medidas necesarias para evitarlo (Este régimen fue modificado mediante el Protocolo de la Haya número 4, que estableció el régimen que actualmente se recoge en el CM).</p>	<p>Pérdida o averías debidas a la naturaleza de la carga, vicio propios de la misma, embalaje defectuoso de la carga no realizado por el transportista o alguno de sus dependientes, acto de guerra o conflicto armado y actos de la autoridad pública ejecutados en relación con la entrada, la salida o el tránsito de la carga. Tampoco en cuando la culpa sea de la persona que pide la indemnización o de la persona de la que proviene su derecho. Para los supuestos de retraso se establece la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño salvo que la adopción de las mismas fuera imposible.</p>	<p>Naturaleza o vicios propios de las mercancías. En caso de retraso, supuestos de fuerza mayor y causas meteorológicas que lo hayan motivado.</p>

.../...

.../...

	Sistema de Varsovia	Convenio de Montreal	LNA
Limitación de responsabilidad	250 francos franceses por kg de mercancía salvo declaración de especial valor. (Los Protocolos de Montreal modificaron este apartado estableciendo el régimen que actualmente se recoge en el CM).	17 DEG por kg de mercancía salvo declaración de especial valor ⁵⁷ . En caso de destrucción, pérdida, avería o retraso parcial solo se tendrá en cuenta el peso total los bultos afectados. Cuando la destrucción, pérdida, avería o retraso parcial afecte al valor de otros bultos para determinar el límite de responsabilidad se tendrá en cuenta el peso total de los bultos afectados. El texto establece la revisión de los límites quinquenalmente.	17 DEG por kg de mercancía. En caso de retraso el límite es el precio del transporte.
Pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad	Inexactitud o ausencia de carta de porte imputable al transportista, dolo del porteador o sus agentes en ejercicio de sus funciones y faltas equivalentes según la ley del Tribunal que conozca del asunto. Apartado eliminado en el Protocolo 4 de Montreal.	-	Dolo o culpa grave del porteador o sus agentes en ejercicio de sus funciones.

.../...

⁵⁷ Límite revisado al alza por la OACI en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 24.1 del CM referente a la revisión del límite de responsabilidad quinquenalmente, el cual se ha fijado en 19 DEG.

.../...

	Sistema de Varsovia	Convenio de Montreal	LNA
Avisos/ protestas	Inmediatamente después de descubierta la avería y a más tardar dentro de los 7 días posteriores a la entrega. 14 días después de la entrega en caso de retraso en la misma.	Inmediatamente después de descubierta la avería y a más tardar dentro de los 14 días posteriores a la entrega. 21 días después de la entrega en caso de retraso en la misma.	Inmediatamente después de descubierta la avería y a más tardar dentro de los 8 días posteriores a la entrega
Prescripción	2 años desde la entrega de las mercancías o desde la fecha fijada a tal efecto. En este caso el plazo es de caducidad.		6 meses desde la producción del daño

	Reglas de la Haya-Visby	Reglas de Hamburgo	Reglas de Rotterdam	LNM
Supuestos de responsabilidad	Pérdida total o parcial y averías	Pérdida total o parcial, averías y retraso en la entrega.		
Retraso	—	Falta de entrega dentro del plazo acordado y, a falta de acuerdo, atendidas las circunstancias exigibles a un porteador diligente	Falta de entrega dentro del plazo acordado	Falta de entrega dentro del plazo acordado y, a falta de acuerdo, atendidas las circunstancias exigibles a un porteador diligente
Equiparación a pérdida	—	Falta de entrega de las mercancías en los 60 días siguientes al plazo de entrega de las mercancías.	—	—

.../...

	Reglas de la Haya-Visby	Reglas de Hamburgo	Reglas de Rotterdam	LNM
<p>...</p> <p>Periodo de responsabilidad</p>	<p>Desde que las mercancías se cargan hasta que se descargan del buque.</p>	<p>Desde que las mercancías están bajo custodia del porteador en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga.</p>	<p>Desde que el porteador recibe las mercancías para su transporte hasta son entregadas.</p>	<p>Desde el momento en que el porteador se hizo cargo de las mercancías en el punto de origen hasta que las puso a disposición del remitente.</p>
<p>Causas de exoneración</p>	<p>Falta de condiciones de navegabilidad del buque no imputables a una falta de diligencia del porteador (falta náutica), acciones u omisiones imputables al capitán o personal de la navegación, incendios, vicios ocultos, peligros o accidentes del mar, supuestos de fuerza mayor, restricciones por cuarentena, hechos de guerra, hechos de enemigos públicos, huelgas, motines...</p>	<p>Adopción de todas las medidas que razonablemente podrían exigirse a un porteador diligente e incendio a bordo no causado por el porteador o sus empleados.</p>	<p>Fuerza mayor, peligros o accidentes del mar, guerras, restricciones por cuarentena, huelgas, incendios, vicios ocultos...</p>	<p>Remisión a las normas establecidas en los Convenios internacionales de los que España sea parte (actualmente RH-V).</p>

.../...

	Reglas de la Haya-Visby	Reglas de Hamburgo	Reglas de Rotterdam	LNM
Limitación de responsabilidad	El más elevado entre 666,67 unidades de cuenta por bulto o 2 unidades de cuenta por kg de peso bruto de mercancía.	El más elevado entre 835 unidades de cuenta por bulto o 2,5 unidades de cuenta por kg de peso bruto de mercancía. En caso de retraso 2,5 veces el flete que deba pagarse por las mercancías que hayan sufrido retraso hasta el límite del flete total.	El más elevado entre 875 unidades de cuenta por bulto o 3 unidades de cuenta por kg de peso bruto de mercancía. En caso de retraso 2,5 veces el flete que deba pagarse por las mercancías que hayan sufrido retraso hasta el límite del flete total.	En caso de pérdida o daños remisión a las normas establecidas en los Convenios internacionales de los que España sea parte (actualmente RH-V). En caso de retraso 2,5 veces el flete que deba pagarse por las mercancías que hayan sufrido retraso hasta el límite del flete total
Pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad	Daño resultante de un acto u omisión intencionado del porteador o temerariamente y con conocimiento de que probablemente producirá un daño.			

.../...

.../...

	Reglas de la Haya-Visby	Reglas de Hamburgo	Reglas de Rotterdam	LNM
Avisos/ protestas	Antes o durante el retiro de la mercancía en caso de pérdidas y averías manifestadas. 3 días posteriores a la entrega en caso de pérdidas y averías no manifestadas.	Día siguiente a la entrega de las mercancías en caso de pérdidas y averías manifestadas o 15 días posteriores a la entrega en caso de pérdidas y averías no manifestadas. 60 días siguientes al plazo fijado para la entrega de las mercancías en caso de retraso	Antes o durante el retiro de la mercancía en caso de pérdidas y averías manifestadas. 7 días posteriores a la entrega en caso de pérdidas y averías no manifestadas. En caso de retraso se deberá dar aviso dentro de los 21 días siguientes a la entrega de las mercancías.	Día siguiente a la entrega de las mercancías en caso de pérdidas y averías manifestadas o 3 días posteriores a la entrega en caso de pérdidas y averías no manifestadas. 10 días siguientes al plazo fijado para la entrega de las mercancías en caso de retraso
prescripción	1 año a partir de la entrega de las mercancías o fecha en que debieron ser entregadas (prolongable mediante acuerdo entre las partes).	2 años a partir de la entrega de las mercancías o fecha en que debieron ser entregadas		1 año a partir de la entrega de las mercancías o fecha en que debieron ser entregadas.

Fuente: Elaboración propia.

LISTADO DE ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CCo	Código de Comercio
RU CIM	Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril
CM	Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional
CMI	Comité marítimo internacional
CMR	Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera
COTIF	Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril
CTMI	Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías
CV	Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional
DEG	Derecho especial de giro
FMI	Fondo Monetario Internacional
IATA	Asociación internacional del transporte aéreo
ICC	Cámara de Comercio Internacional
IGM	Primera Guerra Mundial
KG	Kilogramo
LCTTM	Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías
LNM	Ley de navegación marítima
LNA	Ley de navegación aérea
LOTT	Ley de ordenación de los transportes terrestres
LTM	Ley de transporte marítimo
OACI	Organización de aviación civil internacional
OTM	Operador de transporte multimodal
RCA	Reglamento de Circulación Aérea
RH	Reglas de la Haya
RHamb	Reglas de Hamburgo
RH-V	Reglas de la Haya-Visby
RR	Reglas de Rotterdam
SAP	Sentencia de la Audiencia provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
UNCTAD	Comisión de las Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo
UNIDROIT	Instituto internacional para la unificación del derecho privado

TITLE: The multimodal carriage of goods in the unimodal regulation

RESUMEN: El transporte de mercancías es una operación que puede efectuarse tanto de forma unimodal como multimodal. A falta de una normativa propia, es el régimen jurídico contenido en las normas unimodales el encargado de regular las operaciones de transporte multimodal. El presente trabajo analiza los principales problemas a los que se enfrenta el transporte multimodal en el contexto legislativo actual, con especial atención a la problemática de los daños no localizados y a la reticencia que presentan los actores del tráfico al establecimiento de una normativa multimodal uniforme. Así, se estudiarán las previsiones que los distintos convenios internacionales y normas nacionales de transporte unimodal contienen sobre el transporte multimodal, haciendo hincapié en el régimen de responsabilidad aplicable al transportista, el cual varía notablemente no sólo de un modo de transporte a otro, sino también de una regulación a otra.

PALABRAS CLAVE: Transporte, multimodal, daño, responsabilidad.

ABSTRACT: The carriage of goods can be carried out either by multimodal transport or unimodal transport. In the absence of its own regulation, the legal framework of the unimodal regulation applies to multimodal transportation. In this project we will analyse the main problems of the multimodal transportation in the current legal framework, focusing on the difficulties of damages that cannot be localized and the reluctance of carriers to establish a uniform set of multimodal rules. Thus, we will examine the provisions regarding multimodal transport included in international agreements and in the national laws of unimodal transport, emphasizing on the liability of the carrier, which changes substantially not only from one means of transport to another, but from one regulation to another.

KEY WORDS: Transport, multimodal, damage, liability.

*RECIBIDO: 03.03.2017
ACEPTADO: 30.05.2017*

Recensiones

Enrique ÁLVAREZ CONDE *et al.* (coords.), *Deontología, Principios Jurídicos Básicos e Igualdad*, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, 495 págs.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp403-406](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp403-406)

La voluminosa obra que es objeto de esta reseña, al frente de cuya coordinación se encuentra el profesor Álvarez Conde –prolífico impulsor, como es notorio, de un número ya casi incontable de estudios, proyectos investigadores y obras colectivas en muy diversas facetas del Derecho público– y que ha sido redactada por un nutrido grupo de especialistas pertenecientes a diversas áreas de conocimiento, primordialmente, pero no solo, en el ámbito de la ciencia jurídica, presenta unas características específicas que responden, a su vez, a determinadas necesidades docentes derivadas de la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior.

Concretamente, tal y como nos advierte el coordinador en la presentación, nos encontramos ante un volumen concebido para servir de guía a la docencia en una de las asignaturas que, en el marco de los Planes de Estudios de los actuales Grados universitarios, se ha establecido en la Universidad Rey Juan Carlos con idéntica denominación a la del título de este manual, constituyendo una de las cuatro materias comunes para todos los Grados ofertados por esta institución.

Al parecer, hasta ahora la experiencia de la implantación de estos nuevos Grados había puesto de relieve una notable falta de una mínima homogeneidad en el planeamiento y la efectiva impartición de esta asignatura en cada caso y ello, como es comprensible, motivó a este grupo de profesores a promover la redacción de este texto con el propósito de ofrecer a todos los alumnos de la asignatura –y por supuesto a los docentes encargados de su impartición– una herramienta útil y completa que permitiese, desde una óptica transversal, afrontar su estudio desde una cierta uniformidad temática y metodológica en beneficio de la obtención por el alumno de una similar formación, con independencia del Grado concreto en el que se halle matriculado.

El objetivo era, en efecto, ciertamente ambicioso, especialmente habida cuenta de la gran amplitud que ya desde su formulación inicial en los Planes de Estudios presentaba esta asignatura, atinente a un conjunto de materias que, encontrando sin duda puntos de conexión entre sí, responden no obstante a ámbitos en principio diferenciados y, a su vez, muy amplios

del conocimiento y presentan numerosas ramificaciones e implicaciones a menudo interdisciplinares que dificultan la exposición sistemática del conjunto estudiado. Pese a ello, la lectura atenta del texto permite extraer la conclusión global de que aquel propósito unificador se ha logrado satisfactoriamente y de que, en consecuencia, estamos en presencia de una herramienta didáctica potencialmente de una gran utilidad, en sí misma, esto es por el valor intrínseco de cada una de las aportaciones que la integran, como también por lo que supone de elemento de homogeneización de las enseñanzas impartidas en la Universidad Rey Juan Carlos, en beneficio de los alumnos que podrán así acceder a una formación objetivamente similar en todos los casos sin perjuicio, claro está, del ámbito de libertad científica legítimamente desarrollado por cada docente en sus explicaciones de clase.

Desde estas premisas, el volumen se encuentra estructurado en tres grandes bloques temáticos que se corresponden con las tres áreas definitorias del contenido de la asignatura.

En primer lugar se afronta el estudio de la *Deontología*, indudablemente de características propias y distintivas en función del ámbito profesional de que se trate pero en la que, al mismo tiempo, es perceptible genéricamente un sustrato ético común que no es ajeno, obviamente, al contenido axiológico que constitucionalmente se atribuye al entero orden jurídico. Este bloque temático, a su vez, se subdivide en dos partes. La primera de ellas lleva por título el de «Ética», y se compone de los siguientes capítulos: ética, moral y Derecho; valores, normas y costumbres;

la función de los sistemas normativos; la objeción de conciencia y; ética, Derecho y buenas prácticas. La segunda parte, bajo el título «La Deontología profesional», está integrada por los capítulos que a continuación se mencionan: Derecho, abogacía y deontología; la deontología en las ciencias de la salud; deontología periodística y autorregulación; la deontología y periodismo en la Universidad Rey Juan Carlos; deontología en el campo de las ciencias y; deontología en el campo de la arquitectura y la ingeniería.

En segundo término se desarrolla la parte concerniente a los *Principios Jurídicos Básicos*, por su propia naturaleza de una enorme amplitud y que, a su vez, se ha estructurado internamente en una serie de subapartados: I. Los principios constitucionales (el principio democrático; el principio de lealtad constitucional y; el principio de igualdad); II. Los principios jurídicos básicos del Estado de Derecho (el principio de constitucionalidad; legalidad, jerarquía y competencia; seguridad jurídica e irretroactividad y; el principio de preservación del interés general); III. Los principios generales del Derecho (el principio de equidad y la analogía; el principio *iura novit curia* y la inexcusabilidad de los jueces; el principio *lex posterior derogat anteriorem*; el principio de la inexcusabilidad del cumplimiento de las normas y el error de Derecho; el principio de la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos; el principio de la buena fe y de la confianza legítima y; la prohibición del abuso de derecho) y; IV. Los principios jurídicos organizativos de los poderes públicos y privados (el principio autonómico; el principio

de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; la independencia judicial; los principios de actuación de las Administraciones públicas y; la unidad de mercado y el principio de estabilidad presupuestaria).

Por último, la obra reseñada contiene una tercera parte dedicada al estudio de la *Igualdad*, una materia que se estima de obligada enseñanza en todos los centros universitarios y en la que la Universidad Rey Juan Carlos fue en alguna medida pionera cuando puso en marcha un Grado en Igualdad –en la actualidad esta materia es objeto de una atención especial en el seno de las actividades de su Instituto de Derecho Público, de cuyo elenco forman parte muchos de los autores del manual–; en esta tercera parte se distinguen dos grandes subapartados. El primero de ellos, bajo el encabezamiento «Delimitación conceptual», se subdivide en los siguientes capítulos: antecedentes históricos del reconocimiento de la igualdad formal; evolución del tratamiento de la igualdad de género e; igualdad de género y derechos humanos. El segundo subapartado, titulado «Las políticas de la igualdad», se desarrolla por su parte en los capítulos que a continuación se mencionan: la igualdad en las políticas públicas; transversalidad, interseccionalidad y acciones positivas; división sexual del trabajo: empleo y conciliación; violencia y prácticas lesivas contra las mujeres; género y salud; género y comunicación y, por último; políticas educativas: coeducación.

Como es lógico y se corresponde con la índole de una obra primordialmente destinada a servir de apoyo a la

docencia, todas estas materias son expuestas en cada una de las Lecciones de una manera clara y resumida, subrayando las ideas esenciales a cada materia y por lo común evitando entrar en ciertos debates y disquisiciones doctrinales que, a menudo, resultan un tanto superfluos para la adquisición de una formación general y no excesivamente especializada como la que reclaman los Planes de Estudios en el marco del EEES para este tipo de asignaturas.

Tratándose, como es el caso, únicamente de reseñarla y dar a conocer sumariamente su contenido a la comunidad científica, las características de una obra tan extensa como esta, en la que se estudian tantos y tan diversos temas, no permiten ahora entrar en otras mayores consideraciones de fondo, más allá de constatar que esa variedad tanto de temas como de autores encargados de su redacción no solo no afecta a la coherencia interna del volumen sino que, antes bien, lo enriquece notablemente en la medida en la que en el libro se aprecia una lógica pluralidad de perspectivas científicas pero preservándose, en todo caso, una cierta homogeneidad en el modo de afrontar metodológicamente el estudio de las distintas materias, así como en la forma de exponer su contenido.

Asimismo, cabe hacer notar que este manual responde adecuadamente a las nuevas exigencias didácticas y metodológicas que ha traído consigo el Espacio Europeo de Educación Superior y, en este sentido, además del consabido elenco bibliográfico que acompaña a cada tema estudiado –un elenco básico y bien seleccionado, a partir del cual el alumno podrá seguir

complementando su formación con la consulta de otras referencias más específicas–, al final de cada una de las Lecciones se incorpora tanto un apartado dedicado a recoger algunas de las referencias que se encuentran disponibles en la red como también otro en el que se proponen varios casos prácticos con los que podrá contrastarse la adecuada asimilación o no por el discente de los contenidos de cada materia. Esta dimensión práctica de los estudios, al igual que el recurso a las comúnmente llamadas nuevas tecnologías en la enseñanza universitaria constituyen, como se sabe, dos rasgos caracterizadores del propósito que dio lugar a la implantación del EEES, y a ambos aspectos se atiende adecuadamente en esta obra.

En definitiva, estamos ante un muy estimable manual universitario

que reconocidamente viene a cubrir las específicas necesidades docentes en la Universidad Rey Juan Carlos pero que, sin embargo, se antoja de una potencial gran utilidad en muchas otras instituciones docentes en las que estas o similares materias se encuentren también contempladas en sus Planes de Estudios. Es más, por sus características se trata de un volumen que, al margen de su proyección docente, puede sin duda resultar también de interés para muchos otros profesionales –y no solo para los juristas– a los que, en su cotidiana actividad, se les pueden plantear ciertos interrogantes de orden jurídico o deontológico para cuya comprensión este manual proporciona las necesarias claves de análisis. Por todo ello, a mi juicio, esta es una obra ciertamente recomendable.

José Ramón Polo Sabau

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

Sonsoles ARIAS GUEDÓN, *Las Constituciones de los Länder de la República Federal de Alemania. Contenido, garantías y posición en el ordenamiento jurídico alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 331 págs.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp407-419](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp407-419)

Hace ya más de una década que, en nuestro país, se viene hablando de la necesidad de acometer una reforma del Estado autonómico. Se ha advertido con frecuencia que, sin perjuicio del importante papel que el Título VIII ha desempeñado en nuestra historia reciente, son muchos sus elementos mejorables. A propósito de una eventual reforma constitucional, el examen de modelos comparados se ha traducido en numerosas monografías en nuestra literatura constitucional, muchas de los cuales han puesto su foco de atención en Alemania. Ahora bien, el interés suscitado en España por el federalismo alemán viene de antiguo. Desde el temprano e importante estudio del profesor Albertí (*Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1986), el modelo alemán ha sido objeto de varios trabajos de gran calidad, especialmente a raíz de sus reformas de 1994 y 2006.

A los estudios existentes se añade ahora la excelente monografía objeto de esta recensión, obra de la doctora Sonsoles Arias Guedón, sobre *las Constituciones de los Länder de la*

República Federal de Alemania. Ganadora del Premio «Nicolás Pérez Serrano», la obra tiene su origen en la tesis doctoral de su autora, dirigida por el profesor Ángel J. Gómez Montoro y defendida en la Universidad de Navarra en diciembre de 2015. Conviene empezar indicando que no estamos propiamente ante un estudio comparado sino ante «una visión completa de las Constituciones de los Länder en el sistema federal alemán». Se trata, por consiguiente, de «una inmersión en el Derecho alemán cerrada en sí misma» (p. 33), que pone el acento en los mecanismos de articulación de los niveles federal y estatal, principalmente –aunque no solo– en relación con los distintos catálogos de derechos y jurisdicciones constitucionales. Un libro, por lo demás, de gran finura técnica, en el que el lector es introducido en los desafíos jurídicos y las soluciones técnicas arbitradas en Alemania para asegurar la coexistencia armoniosa de los diferentes niveles de estatalidad. En palabras del profesor Gómez Montoro en el Prólogo, el libro de la profesora Arias «aporta un material especialmente valioso

para cualquier reforma que quiera abordarse» en nuestro modelo autonómico (p. 19).

I

Estructurada en cuatro capítulos, la obra se abre con un examen de la posición de los *Länder* en el sistema federal alemán. Más concretamente, comienza con una reflexión conceptual sobre el significado exacto de su «estatalidad». Aunque el Tribunal Constitucional Federal los calificó tempranamente como «auténticos estados con un poder estatal soberano propio» (STCF 1, 15, p. 34), la idea de soberanía no parece adecuada, dado que los *Länder* ven limitadas tanto sus competencias como su disponibilidad sobre la Constitución (p. 45). Desde la teoría federal trimembre (Hänel, Nawiasky, Kelsen), la soberanía residiría en un tercer nivel –el «Estado global» (*Gesamtstaat*)– que se supraordenaría tanto al Estado central (*Oberstaat*) como a los estados miembros (*Gliedstaaten*). En línea con la doctrina mayoritaria, la autora rechaza la necesidad de esta teoría para evitar hablar de una soberanía compartida. Propiamente hablando solo hay dos niveles estatales, puesto que «el Derecho del Estado federal es también Derecho del Estado total, es decir, de la Federación y los *Länder*, que conjuntamente constituyen la República federal de Alemania» (K. Stern). La soberanía reside, sencillamente, en «el pueblo alemán», tal y como se desprende del Preámbulo y del artículo 20.2 de la Ley Fundamental.

La estatalidad de los *Länder* se manifiesta principalmente en su «autonomía constitucional», la cual se

encuentra limitada por tres principios básicos del sistema federal alemán: el principio de homogeneidad, el principio de igualdad de los *Länder* y el principio de lealtad federal (*Bundestreue*). De acuerdo con el *principio de homogeneidad*, «el orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social» (artículo 28.1 LFB). Así pues, se han de acomodar al modo de Estado escogido para la propia Federación, exigencia que no comporta uniformidad y conformidad total de los *Länder*, sino tan solo «un mínimo de homogeneidad» (STCF 36, 342, p. 361). Análogamente, tampoco el *principio de igualdad* impone la uniformidad total, sino que viene a excluir un trato privilegiado y arbitrario por parte de la Federación.

Se hace un examen más pausado del *principio de lealtad federal*, uno de los pilares del Estado federal alemán. Estamos –como subraya la autora citando a Josef Isensee– ante el «aceite constitucional» necesario para el engranaje de las instituciones, competencias y procedimientos jurídico-constitucionales. Con él se compensa el «déficit del derecho de injerencia de la Federación, vinculando a todos sus miembros». Desde su Sentencia 1, 299, de 21 de mayo de 1952, el Tribunal Constitucional Federal viene reconociendo este principio, haciendo suyo el concepto que del mismo ofreció Rudolf Smend en 1916: «una obligación jurídico-constitucional derivada del principio federal, que hace que el *Bund* y los estados miembros mantengan la lealtad entre ellos y tiendan siempre, en sus colaboraciones mutuas, al entendimiento» (pp. 60-61).

La *Bundestreue* es –como subraya la doctora Arias– un principio elástico, que «se mueve entre el Derecho constitucional y la ética constitucional, hacia la cortesía federal» (p. 62).

A la exposición de estos principios básicos sigue el examen de las vías de intervención de la Federación en los *Länder* y de participación de estos en la Federación. La intervención federal se concreta, fundamentalmente, en la llamada «inspección federal» (*Bundesaufsicht*), en la «coacción federal» (*Bundeszwang*) y en otros mecanismos de «intervención federal» (*Bundesintervention*) recogidos en la Ley Fundamental. Después de tratar estas medidas de intervención, la autora dedica un espacio a examinar las formas de participación de los *Länder* en la Federación, esto es, las llamadas «relaciones de *inordinación*» entre ambos niveles (pp. 70 y ss.). El gran peso que se confiere a los gobiernos de los *Länder* –representados en el *Bundesrat*– ha conducido a hablar de un «federalismo ejecutivo» (*Vollzugsföderalismus* o *Exekutivföderalismus*). Ha sido muy elogiado el gran peso que, por esta vía gubernamental, se concede a la participación de los *Länder* en la actuación federal. No en vano, más del 60% de las leyes federales se aprueban con la conformidad del *Bundesrat*, una cifra que ha propiciado también la etiqueta de «federalismo participativo» (*Beteiligungsföderalismus*). Las vías de participación indicadas, así como el ejercicio compartido o concurrente de numerosas competencias, son expresión del denominado «federalismo cooperativo» (*Kooperativer Föderalismus*), basado en la interacción y el acuerdo entre la

Federación y los estados. No obstante, en aras de una mayor responsabilidad administrativa, en los últimos años viene abogando por un federalismo de carácter competitivo (*Wettbewerbsföderalismus*), reduciendo los niveles de interacción y dotando de mayor peso a los *Länder* en el reparto de competencias legislativas (p. 75).

El libro prosigue con una síntesis del reparto competencial entre la Federación y los *Länder* (pp. 76 y ss.), sustentado en una cláusula de competencias federales tasadas (art. 30 LFB) y una cláusula residual a favor de los estados. Se atribuye también a estos, en principio, la ejecución de las leyes federales (art. 83 LFB) y, en caso de duda acerca de la titularidad de una competencia, el principio de subsidiariedad inclina la balanza hacia el nivel inferior. Estos principios formales –que podrían sugerir un amplio espacio competencial a favor de los *Länder*– no han sido obstáculo para una atribución generosa y creciente de competencias a favor de la Federación, impulso centralizador que ha sido advertido críticamente por numerosos autores y del que se hace eco la propia autora (pp. 81-82).

Se cierra el primer capítulo con un epígrafe dedicado al «régimen de participación de los *Länder* en el ámbito comunitario» (pp. 83 y ss.). No resulta sorprendente que, siendo el alemán un «modelo paradigmático de federalismo cooperativo» (p. 84), se hayan arbitrado abundantes mecanismos para asegurar la participación de los *Länder* en los asuntos europeos. Esta se canaliza, sobre todo, a través del *Bundesrat*, tal y como dispone el artículo 50 LFB: «a través del *Bundesrat*, los

Länder participan (...) en los asuntos de la Unión Europea». La participación, con todo, ha experimentado un notable desarrollo desde que la Unión inició su andadura. La autora hace un recorrido histórico, sintético y ordenado, por las distintas etapas en esta evolución, desde la primera previsión al respecto –el deber de informar al *Bundesrat* de las decisiones adoptadas por el Consejo de la CEE, incluido en la Ley de ratificación del Tratado de Roma de 1957– hasta nuestros días.

El punto de inflexión se produjo, como es sabido, con la constitucionalización de la participación de los *Länder* tras la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992. Hasta entonces, la cláusula que había servido de fundamento para la integración era el artículo 24 LFB –una cláusula similar a nuestro artículo 93 CE– que, con el avance de la integración, se consideró insuficiente para tamaña empresa. Ello motivó la sustitución del antiguo artículo 23 LFB –la «cláusula de la unificación»– por una cláusula específicamente europea, dentro de la cual se incluyó la participación de los *Länder* en las decisiones de la Unión. Actualmente, pues, existen hasta tres disposiciones constitucionales federales relacionadas con la participación de los *Länder* en los asuntos de la Unión: los referidos artículos 23 y 50 LFB, y el artículo 52.3a LFB, que crea la Comisión para Europa (*Europakammer*) con el fin de tratar los asuntos relativos a la Unión en el seno del *Bundesrat*. El reforzamiento de este órgano ha sido notable, un hecho que no ha estado exento de críticas. Según se explica en el libro, si bien es cierto que la participación de los *Länder* en

los asuntos europeos se ha incrementado, ello se ha hecho mediante el fortalecimiento del federalismo *ejecutivo*, dado que son los gobiernos quienes se encuentran representados en el *Bundesrat*. Los titulares legítimos de las competencias afectadas por las decisiones de la Unión –los parlamentos estatales– no son los llamados a participar, situación que ha tratado de paliarse con la incorporación, en casi todas las Constituciones de los *Länder*, de obligaciones de información de los gobiernos del *Land* respecto a sus cámaras legislativas.

II

El segundo capítulo se ocupa, con carácter general, de «la Constitución como norma suprema del *Land*». De modo muy resumido, pienso que podríamos calificarlo como una breve monografía de Derecho constitucional general de los *Länder*: génesis histórica, sistema de fuentes, parte orgánica, parte dogmática y cláusulas de participación europea. Desde un inicio se da cuenta de las tres fases de aprobación de las Constituciones de los *Länder*, clasificación que encuentra manifestaciones importantes en los contenidos que incorporan unas y otras:

- a) Se encuentran, en primer lugar, los *cinco estados* cuyas Constituciones se aprobaron *antes de la Ley Fundamental de Bonn* (1949): Baviera, Bremen, Hesse, Renania-Palatinado y el Sarre. Estos textos manifiestan una especial sensibilidad antitotalitaria, apartándose explícitamente de las ideas nacionalsocialistas e

incorporando, incluso, cláusulas de carácter pacifista. Asimismo, asumen los aspectos positivos de la Constitución de Weimar e incorporan novedades para dar estabilidad al sistema parlamentario que, posteriormente, serían incluidas en la propia Ley Fundamental de Bonn.

- b) En segundo lugar, se hace referencia en el libro a los *seis estados* que aprobaron sus textos constitucionales de modo *inmediatamente posterior* a esta –Baden-Württemberg, Berlín, Hamburgo, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Schleswig-Holstein–, los cuales se caracterizan por la fuerte influencia de la Constitución federal en sus propias Constituciones.
- c) Por último, son mencionados los *cinco estados* que se incorporaron a la República Federal con la *reunificación*, cuyos textos constitucionales fueron aprobados a partir de 1992: Sajonia, Sajonia-Anhalt, Brandeburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental y Turingia. Estos últimos poseen catálogos de derechos más amplios, así como elementos plebiscitarios de nuevo cuño.

Entrando ya en el contenido de las Constituciones de los *Länder*, tiene particular interés el apartado que dedica el libro a la articulación de los poderes en los distintos estados (pp. 127 y ss.). En consonancia con el artículo 28.1 LFB, todos ellos mantienen unas características básicas comunes, sin

perjuicio de la autonomía organizativa de que gozan para configurar su estatalidad –la llamada «tarea doméstica» (p. 82)–. Los distintos parlamentos poseen un carácter unicameral, con la excepción pretérita de Baviera que, hasta 1999, mantenía un sistema bicameral. Llama la atención la autora de las críticas que se han vertido en las últimas décadas al reducido peso legislativo de las cámaras (pp. 130-131). Y es que, a pesar del sistema tasado de atribución de competencias a la Federación, el amplio elenco de materias confiadas a aquella supone una restricción notable de las competencias legislativas de los *Länder*. A ello habría que añadir que –como se ha indicado– la participación de los *Länder* en la legislación federal se canaliza a través de sus gobiernos, representados en el *Bundesrat*.

La forma de gobierno, común a todos los *Länder*, es la parlamentaria: el parlamento elige al presidente (con mayorías variables según los estados) y el presidente elige al resto de miembros del gobierno. En su labor de control político, la oposición ostenta un reconocimiento constitucional explícito en la mayoría de las Constituciones de los *Länder*, las cuales la califican como «parte esencial de la democracia parlamentaria» o «alternativa política de la mayoría gubernamental» (*vid.* p. 133 y referencias allí indicadas). También en relación con el control político, resulta muy oportuna la alusión del libro a las comisiones de investigación, cuya constitución se permite instar a una cuarta parte (Baden-Wurtemberg, Mecklemburgo-Pomerania Occidental y Sajonia Anhalt) o incluso a una quinta

parte (Baviera, Brandeburgo, Sajonia y Turingia) de los miembros del parlamento. Este modelo, similar al del artículo 44.1 de la propia *Grundgesetz* –que exige su constitución cuando lo solicite una cuarta parte de los miembros del *Bundestag*–, permite que las comisiones de investigación actúen como auténticos mecanismos de control del gobierno. No ocurre lo mismo, como es sabido, en nuestro Congreso de los Diputados ni en nuestro Senado, donde la creación de comisiones de investigación requiere el parecer favorable del pleno (*cf.* arts. 52.1 RC y 59.1 RS).

La autora concluye su análisis institucional con un recorrido por la organización judicial de los *Länder*, que se articula armónicamente con la organización judicial federal (pp. 140 y ss.). El artículo 95 LFB reconoce hasta cinco tribunales federales que, como sucede con las salas de nuestro Tribunal Supremo, se ocupan de los distintos órdenes jurídicos. Los tribunales federales actúan normalmente como instancias de casación, y garantizan –junto con otros tribunales federales especiales– la unidad del Derecho en el Estado federal. En primera instancia juzgan, sin embargo, los tribunales de los *Länder*, que conforman un poder judicial propio en cada *Land*. Este poder judicial tiene como límite la unidad de la jurisprudencia y la unidad de la organización y el procedimiento judicial. En buena lógica, pues, las normas de estructura y procedimiento generales son competencia de la Federación *ex* arts. 74.1, 98.3 y 95.3 LFB, lo que incluye «la competencia funcional, material y territorial en materia de organización judicial»

(p. 146). La competencia del *Land* se extiende a la organización de los juzgados y tribunales de su territorio: los juzgados de primera instancia (*Amtsgerichte*), los tribunales del *Land* (*Landgerichte*) y los tribunales superiores del *Land* (*Oberlandesgerichte*) (*vid.* pp. 146-150).

Dejando al margen unas breves consideraciones finales sobre el reconocimiento de la participación de los *Länder* en los asuntos europeos (pp. 174-176), el segundo capítulo concluye introduciéndonos en lo que, a mi modo de ver, constituye el núcleo de la monografía. Efectivamente, pienso que lo más interesante del libro es la articulación de los catálogos de derechos fundamentales de los *Länder* con el de la Ley Fundamental (pp. 150-174) y, sobre todo, el Capítulo III, dedicado a la articulación de las jurisdicciones constitucionales. En relación con los derechos fundamentales, conviene empezar subrayando que constituyen una expresión de la autonomía constitucional de los propios *Länder*, autonomía limitada, eso sí, por los artículos 1.3 (aplicación directa de los derechos fundamentales de la Federación), 28.1 (principio de homogeneidad) y 142 (principio de concordancia entre los derechos fundamentales de los *Länder* y los del catálogo recogido en la Ley Fundamental) LFB.

El artículo 142 LFB confiere expresamente legitimidad a «las disposiciones de las Constituciones de los *Länder* que garanticen derechos fundamentales *en concordancia con* los artículos 1 a 18» de la Ley Fundamental (el catálogo de derechos fundamentales). De acuerdo con la

interpretación mayoritaria, la *concordancia* exigida por este precepto excluye sencillamente la contradicción entre unos y otros derechos. Es inevitable plantearse si, en buena lógica, la protección constitucional estatal de un concreto derecho de modo *menos* garantista que en la Ley Fundamental supone la nulidad del precepto del *Land* (pp. 165 y ss.). Así fue entendido inicialmente por el Tribunal de Karlsruhe que, en las últimas décadas, se limita a inaplicar al caso concreto la norma del *Land*, sin llegar a anularla (vid. pp. 168 y 244-245).

Mayores problemas se suscitan cuando los derechos fundamentales del *Land* son *más garantistas* que la Ley Fundamental. Explica la autora que la cláusula de concordancia del artículo 142 LFB es ampliamente considerada como garantía de un «estándar mínimo», de manera que no previene frente a un exceso de garantismo. En esa situación, los derechos fundamentales del *Land* y de la Federación pueden coexistir sin problemas, si bien podría darse un conflicto entre el derecho –más garantista– del *Land* y una norma de desarrollo del derecho fundamental federal (pp. 169-174). La solución de la antinomia parece hallarse en el principio de prevalencia del Derecho federal (art. 31 LFB: *Bundesrecht bricht Landesrecht*), en virtud del cual la ley federal desplazaría al derecho fundamental del *Land*.

Profundizando más en esta cuestión, la autora plantea el problema de un posible conflicto entre los derechos fundamentales del *Land* y un acto emanado de los poderes públicos del *Land* en aplicación del Derecho federal. Adviértase que lo que se controla

aquí no es propiamente el Derecho federal, sino su correcta aplicación por parte de las autoridades de los *Länder*. Conociendo, v. gr., un recurso de amparo, ¿podría el Tribunal Constitucional de un *Land* controlar la aplicación del Derecho federal por parte de la autoridad estatal? El libro se hace eco de las diversas respuestas que se han dado a este problema. Allí donde se admite, el control tiende a ser muy respetuoso con el propio Derecho federal, de suerte que se ciñe a supuestos como su aplicación arbitraria u otros que no entrañen un enjuiciamiento subrepticio de la legislación federal dictada conforme a la Ley Fundamental (pp. 249-250). Una clara desviación de este criterio fue, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Berlín, de 12 de enero de 1993, en el *caso Honecker* (pp. 171-173 y 250-252). Realizando una interpretación muy garantista, hizo prevalecer el principio de la dignidad humana inherente a la Constitución berlinesa frente a un acto estatal que aplicaba correctamente la legislación penal federal. Examinado detenidamente en la monografía, este caso ha suscitado numerosas críticas en la doctrina alemana. Y es que, según subrayó Christian Starck, la lógica empleada por el mismo podría conducir a una «regionalización» del Derecho federal.

III

Como ya se ha indicado, el tercer capítulo constituye, desde mi punto de vista, la parte más valiosa del libro. En él se examina «el sistema de control y garantías de la Constitución del

Land» (pp. 177 y ss.), con sutiles observaciones acerca de la articulación de la justicia constitucional de los *Länder* con el Tribunal Constitucional Federal. Como el capítulo anterior, se abre este también con una exposición histórica sobre el origen de la jurisdicción constitucional en Alemania y sobre las etapas históricas en que surgen los tribunales constitucionales actuales. Fueron creados al amparo del artículo 100 LFB, y su surgimiento se produjo en escalones coincidentes sustancialmente con las tres fases de elaboración de las distintas Constituciones. Únicamente Schleswig-Holstein se aparta de este esquema, puesto que no creó su propio Tribunal Constitucional hasta el año 2008. Acogiéndose a la posibilidad dispensada por el artículo 99 LFB, remitía hasta entonces la solución de sus conflictos constitucionales al Tribunal Constitucional Federal. En la actualidad, sin embargo, todos los *Länder* poseen – con denominaciones variadas– sus propios tribunales constitucionales. Pese a que fueron criticados por su escaso índice de actividad inicial, su posición se ha consolidado con el transcurso del tiempo (p. 188).

Un apartado digno de especial atención en nuestro país es el que se dedica a la sede y posición jurídica de los magistrados constitucionales. Llama la atención positivamente la austeridad de los *Länder* en la dotación de medios a sus Tribunales Constitucionales, cuya dignidad institucional está fuera de discusión. Llama la atención, insisto, porque contrasta con la *praxis* seguida por algunas de nuestras Comunidades Autónomas en la dotación de medios exagerados a sus consejos

consultivos u otras instituciones públicas. En los *Länder*, sin embargo, ningún Tribunal Constitucional tiene sede física propia, sino que la comparten con tribunales superiores u otras instituciones públicas del *Land*. El motivo reside en que, pese a su elevada posición institucional, mantienen una carga de trabajo limitada e irregular, inferior a la de los jueces y tribunales ordinarios. En la década que media entre 1996 y 2005, el número de procedimientos resueltos por los quince tribunales a la sazón existentes oscila entre 9, en Baden-Württemberg, y 391 en Baviera. Solo cuatro estados (Berlín, Brandeburgo, Hesse y el citado Baviera) superaron el centenar de procedimientos, y nueve de ellos no llegaron a cincuenta. Su nivel de actividad, por consiguiente, hace razonable que carezcan de sede propia o que sus magistrados no ejerzan la jurisdicción en régimen de dedicación plena, con una remuneración, además, muy inferior a la de los jueces ordinarios (pp. 200-202).

Entrando ya en los procedimientos y competencias de los tribunales constitucionales, la profesora Arias se ocupa con detenimiento de los conflictos orgánicos (*Organstreitigkeiten*), el control de constitucionalidad de normas (*Normenkontrolle*) y, sobre todo, el recurso de amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Incluye igualmente una referencia a la «acción popular» (*Popularklage*) de Baviera, un proceso peculiar que confiere a los ciudadanos, gratuitamente y sin necesidad de representación legal, la posibilidad de instar el control de constitucionalidad de las leyes. Concluye, por último, refiriéndose al control de los

procesos electorales (*Wahlprüfung*) y a otros procedimientos constitucionales.

En relación con el conflicto orgánico, conviene destacar que estamos ante una competencia que el artículo 93.1.4 LFB atribuye subsidiariamente al Tribunal Constitucional Federal, si bien todos los *Länder* la han asumido como propia. Tiene interés señalar asimismo que, independientemente de los órganos legitimados por la legislación estatal para interponer el conflicto, el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn legitima inmediatamente a los partidos políticos. En rigor, este precepto se ocupa de la legitimación para interponer conflictos orgánicos ante el Tribunal Constitucional Federal. No obstante, en virtud de la denominada *Bestandteiltheorie*, determinados preceptos de la Ley Fundamental –entre los que se incluye el artículo 21– han de proyectarse sobre el ordenamiento estatal (pp. 216-217).

Más importancia práctica que los conflictos orgánicos tiene el control de constitucionalidad de las normas (*Normenkontrolle*), al que el libro dedica un generoso espacio. Desde un punto de vista cuantitativo, el control de constitucionalidad de las normas es –después del recurso de amparo– la competencia que más trabajo genera al Tribunal. Inspirándose en el artículo 93.1.2 LFB, tan solo incorporan un mecanismo de *control abstracto* aquellos Tribunal Constitucionales creados con posterioridad a la aprobación de la Ley Fundamental (pp. 220-224). No obstante, los anteriores realizan este tipo de control sirviéndose de otros mecanismos, v. gr., el conflicto entre órganos constitucionales o, en el caso de Baviera, la acción popular

(*Popularanklage*). Con carácter general, el control de constitucionalidad tiene por objeto las normas con rango de ley, aunque algunos *Länder* prevén también un control de normas de rango inferior. En fin, algunos *Länder* admiten el recurso previo para el control de las reformas constitucionales o, en menos casos, de las leyes.

El *control normativo concreto* (pp. 225-231) se canaliza principalmente a través de la «cuestión de inconstitucionalidad» (*Richtervorlage*) y del «recurso de amparo municipal» (*kommunale Verfassungsbeschwerde*). Este último tiene por objeto la tutela de la autonomía municipal (art. 28 LFB) y, al igual que ocurre con el conflicto orgánico, el Tribunal Constitucional Federal ostenta una competencia subsidiaria al respecto (art. 93.1.4.b LFB). En la mayoría de los estados, sin embargo, la autonomía local es tutelada por los propios tribunales constitucionales, sea mediante un procedimiento autónomo –el mencionado «recurso de amparo municipal»– o, en algunos supuestos, por otros procedimientos. Según se subraya en el libro, el recurso de amparo municipal se erige en «una de las competencias de mayor relevancia práctica» (p. 229), ya que las cuestiones locales son objeto, normalmente, de regulación estatal.

El control de constitucionalidad de las normas –sea abstracto o concreto– ha dado lugar a «problemas de delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional Federal y los Tribunales Constitucionales de los *Länder*», un asunto al que el libro reseñado dedica especial atención. En principio, parece que el parámetro de

control empleado por el Tribunal Constitucional Federal y por los Tribunales Constitucionales de los *Länder* es distinto: la Ley Fundamental, en el primer caso, y las Constituciones estatales en el segundo. Lo cierto es, sin embargo, que existen espacios de confluencia en los que ambas jurisdicciones parecen coincidir. Así, en virtud de la *Bestandteiltheorie*, ya mencionada, ciertas normas de la Ley Fundamental constituyen Derecho constitucional de los *Länder* por más que no estén expresamente incorporadas a sus textos constitucionales. Por otra parte, el principio de homogeneidad y la garantía de la autonomía municipal del artículo 28 LFB aseguran «unos contenidos mínimos comunes compartidos entre ambos niveles» (p. 233). En adición a ello, no es infrecuente la identidad de los derechos fundamentales entre la Constitución del *Land* y la Ley Fundamental, sea como consecuencia de una cláusula estatal de asunción del catálogo federal, sea debido a su reproducción en la Constitución del *Land*. Finalmente, la confluencia en lo que respecta al estándar mínimo de protección de los derechos está asegurada para todos los *Länder* por el principio de concordancia del artículo 142 LFB.

Todo lo recién expuesto evidencia un *espacio constitucional materialmente compartido* entre los *Länder* y la Federación, espacio que podría abrir una doble vía de control de los actos de las autoridades estatales. Según se señala en el libro, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de hacer frente a esta confluencia. Algunos autores defienden la posibilidad de acudir a ambas jurisdicciones; otros

postulan, sin embargo, el deber de recurrir ante el Tribunal Constitucional del *Land* que, a su vez, podría interponer una cuestión de divergencia en caso de discrepar de la jurisprudencia constitucional federal; y no ha faltado tampoco quien ha mantenido el deber de acudir al Tribunal Constitucional Federal. Haciéndose eco de un apunte de González Beilfuss, la profesora Arias reconoce que estamos ante una fuente de confusión y de tensiones entre tribunales (*vid. pp.* 234-235).

Un examen particularmente cuidadoso es el dedicado en el libro al *recurso de amparo constitucional* (pp. 235 y ss.), admitido por diez de los dieciséis *Länder*. La regulación del recurso es muy homogénea en todos ellos, sin perjuicio de algunas peculiaridades. Como criterio general, para la admisión del recurso se exige que la violación del derecho tenga un origen directo en los poderes públicos del *Land* y que se haya agotado la vía previa. Este segundo requisito conduce a que los órganos federales puedan ocuparse del asunto, lo cual genera, a su vez, un problema ulterior: ¿qué ocurre si los *tribunales federales* confirman un acto lesivo de los derechos emanado de un *órgano estatal*? ¿A quién habría que recurrir en amparo? Como se subraya en el libro, este problema se plantea cuando el órgano judicial federal entra en el fondo del asunto. Ante estas situaciones, en algunos *Länder* se considera que lo procedente es el recurso ante el Tribunal Constitucional Federal. Esta es también inclinación mayoritaria de la doctrina, la cual se apoya en el principio federal que impide al Tribunal Constitucional del *Land* revisar

materialmente la actuación de un órgano federal.

En el segundo epígrafe de esta reseña –al tratar el problema de la coexistencia de los derechos fundamentales de los *Länder* con los de la Ley Fundamental–, ya nos hemos referido a los problemas que suscita el control de los actos de aplicación el Derecho federal. La profesora Arias desentraña con finura los problemas que se suscitan a este respecto y explica el papel que desempeñan las cláusulas de prevalencia (art. 31 LFB) y de concordancia (142 LFFB) en la resolución de estos conflictos. Se hace un eco particular del caso *Honecker*, así como de las críticas que suscitó. Al problema del control de la aplicación del Derecho federal –al que, como acabo de indicar, ya nos hemos referido– hay que añadir, con carácter más general, el de la «competencia paralela» del Tribunal Constitucional Federal y de los Tribunales Constitucionales de los *Länder* (pp. 254 y ss.). Allí donde los derechos estatales y federales dispensan una protección material idéntica, ¿a qué órgano ha de acudir en amparo? La cuestión ya ha sido apuntada al aludir al control de constitucionalidad de las normas. En el ámbito concreto del recurso de amparo, la doble vía ha sido solucionada por los *Länder* de modo distinto:

a) En algunos se permite la *interposición paralela –simultánea o sucesiva–* del recurso ante ambas instancias (el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Constitucional del *Land*). En Baviera –que admite la interposición simultánea– el eventual

conflicto de jurisdicciones es resuelto por el Tribunal Constitucional bávaro preguntando al Tribunal Constitucional Federal si le ha sido planteado el mismo asunto. En caso de que la respuesta sea afirmativa, el Tribunal bávaro espera a la resolución federal siempre que se esté revisando la aplicación del Derecho federal.

- b) En Brandeburgo y en Berlín, el problema se soluciona permitiendo la *interposición alternativa* ante el Tribunal Constitucional Federal o ante los Tribunales de los *Länder*. La opción por una vía cierra, eso sí, la opción por la otra.
- c) Finalmente, en Mecklemburgo-Pomerania Occidental, el Sarre y –desde hace pocos años– Hesse, la cuestión se solventa atribuyendo al Tribunal Constitucional del *Land* una competencia subsidiaria.

La autora advierte, de todas formas, que el Tribunal Constitucional Federal mantiene siempre su poder para, excepcionalmente, revisar las decisiones de los Tribunales Constitucionales de los *Länder* en caso de que no hagan uso de la preceptiva «cuestión de divergencia». Recogida por el artículo 100.3 LFB, la cuestión de divergencia ha de plantearse siempre que, «en la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional de un *Land*» desee «apartarse de la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán o del Tribunal Constitucional de otro *Land*» (pp. 266-268). Estamos, por consiguiente, ante un recurso que tiene

como finalidad «alcanzar cierta homogeneidad y unidad en la interpretación de los preceptos emanados de la Ley Fundamental» (p. 267), necesario para la armonía entre ambas jurisdicciones.

Como conclusión del capítulo se hace notar que, pese a los problemas derivados de la misma coexistencia de jurisdicciones constitucionales, el respeto a la autonomía y la voluntad de cooperación entre ambas ha sido la tónica general. No puede ignorarse «el progresivo intento del *BVerfG* de liberarse de la excesiva carga de trabajo con la que ha de lidiar», lo cual ha favorecido un incremento de la actividad jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de los *Länder*. Por más que su carga de trabajo siga siendo moderada (p. 272), es un hecho que los tribunales constitucionales de los *Länder* aligeran considerablemente la labor del Tribunal de Karlsruhe. En particular, la posibilidad que tienen de controlar –bien que con restricciones– la aplicación del Derecho federal por parte de las autoridades del *Land*, los convierte, según la autora, en «una suerte de primera instancia en los recursos de amparo ante el *BVerfG*», lográndose así «una reducción de la gran carga de trabajo que tiene asumida el Alto Tribunal» (p. 254). A partir de su minucioso y refinado análisis, la valoración final de la autora de la coexistencia de jurisdicciones es muy positiva.

IV

Llegamos así al último capítulo –el más breve–, dedicado a «la reforma de las Constituciones de los *Länder*» (pp. 277-293), expresión de su propia

autonomía constitucional. En primer lugar, alude la profesora Arias a los límites de una posible reforma: la cláusula de homogeneidad del artículo 28.1 LFB, que exige –valga la redundancia– un mínimo de «homogeneidad en las instituciones de autogobierno de los *Länder*» (p. 279); las cláusulas de prevalencia (art. 31 LFB) y de concordancia en los derechos fundamentales (art. 142 LFB), ampliamente comentadas en páginas anteriores del libro; el respeto al sistema competencial de la Ley Fundamental; y las «normas de aplicación directa» que la Ley Fundamental proyecta en el Derecho constitucional de los *Länder* como «Derecho propio» –la referida *Bestandteiltheorie*–.

Los procedimientos de reforma son similares en los distintos *Länder*, con mayorías cualificadas y referéndums entre sus rasgos comunes. Algunas Constituciones incorporan, además, cláusulas de intangibilidad similares a la del artículo 79.3 LFB. Realizado el examen de los procedimientos, se concluye el libro con un examen sintético de la dinámica evolución de los textos constitucionales de los distintos *Länder*.

Como valoración final de esta revisión, quisiera reiterar la finura jurídica y utilidad del análisis que la profesora Arias nos ofrece de la articulación de los catálogos de derechos y jurisdicciones constitucionales de la Federación y los distintos *Länder*. El espacio propio de los juristas es primordialmente ese espacio de la «razón artificial» (*artificial reason*) a

la que se refirió el gran jurista inglés, Sir Edward Coke, en 1628. Es en ese campo, por consiguiente, donde la aportación del experto puede ser más necesaria y esclarecedora, ya que – como subrayaba también Coke en el mismo escrito– *nemo nascitur artifex* (*Commentary upon Littleton*, 1628, § 97b). Y ese es el ámbito en el que la profesora Arias se mueve en esta obra, demostrando una pericia y una madurez de juicio que le ha valido el Premio Pérez Serrano 2015. Un premio del que participa también su director, el profesor Ángel J. Gómez Montoro, cuya maestría en la supervisión de

tesis vuelve a acreditarse ante la academia.

Si acaso, por añadir alguna crítica al trabajo, pienso que el doble tratamiento que la autora lleva a cabo de alguna cuestión suscita ciertas dudas –v. gr., acerca de la naturaleza exacta de las competencias jurisdiccionales de los tribunales federales en cuanto que órganos jurisdiccionales supremos– y, en ocasiones, se abusa a mi modo de ver de alguna expresión en el texto. Lo cual no es obstáculo para reconocer la excelente calidad de una obra que, a buen seguro, iluminará a nuestros políticos y constitucionalistas.

Fernando Simón Yarza

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

Octavio SALAZAR BENÍTEZ, *Autonomía, género y diversidad. Itinerarios feministas para una democracia intercultural*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp421-424](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp421-424)

Caminar. Esa es la única forma de plantearse siquiera la utopía. Caminar sin parar, aunque nos duela, nos detengan o nos perdamos. Siempre caminar. Dejar de hacerlo es una derrota que no nos podemos permitir. Por eso, cuando el sendero esté repleto de obstáculos, como efectivamente lo está, caminar juntas.

Esta podría ser, sin lugar a dudas, la tarea que emprendió hace años Octavio Salazar Benítez, ahora Catedrático acreditado de Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba. Hizo camino con, entre otras, *Las cuotas electorales femeninas* (Ed. Universidad de Córdoba, 2001), *Las horas. El tiempo de las mujeres* (Ed. Tirant, 2006), *Cartografías de la igualdad* (Ed. Tirant, 2010), *Masculinidades y ciudadanía* (Ed. Dykinson, 2013) y *La igualdad en rodaje* (Ed. Tirant, 2015). Hizo y sigue haciendo camino. Ahora nos propone una serie de itinerarios para construir una *Ítaca* común: la de la democracia intercultural. Pero a diferencia del canto homérico, esta odisea no puede ser guiada más que por una conciencia feminista.

En este itinerario nos abordarán tempestades etnocéntricas, monstruos

patriarcales y sabotajes neoliberales. Nadie dijo que fuera fácil, pero tampoco nadie dijo que fuera imposible. Por eso el libro parte, en su primer capítulo (*El género de la ciudadanía*), desde la necesidad de repensar las estructuras jurídico-políticas, y, por tanto, repensarnos, desde los feminismos. Sin esta sólida base con la que el profesor Salazar Benítez zarpa, ningún puerto podrá ver llegar nuestro barco. Además, para poder navegar necesitamos autonomía. Por eso, en el segundo capítulo (*La prohibición del velo integral: una cuestión de género*) se estudia la cuestión del uso del velo desde una perspectiva de género. Resuelta esta problemática, como ocurre en el tercer capítulo (*Construyendo diálogos emancipadores*), será posible una democracia intercultural. Por tanto, autonomía, género y diversidad. Estos son los ejes de nuestro viaje.

El libro comienza planteando una triple violencia: neoliberal, patriarcal y etnocéntrica. Tres formas de dominación que provocan «un incremento de la vulnerabilidad de los más débiles y, en especial, prorroga la *subordinación* de las mujeres» (p. 15). Y se produce, además, en un

momento de *crisis* donde las conquistas que se creían irreversibles están siendo aniquiladas. Por eso es preciso «superar las viejas y caducas “narrativas” así como someter a un proceso de *deconstrucción* y posterior *reconstrucción* muchos de los paradigmas sobre los que sostuvimos los Estados sociales y democráticos de Derecho» (p. 17). Estas viejas y caducas narrativas son aquellas asentadas sobre «bases culturalmente homogéneas y patriarcales» (p. 19).

¿Cómo realizar este proceso de deconstrucción y reconstrucción de los marcos jurídico-políticos? A partir de la fuerza transformadora de los feminismos: reconceptualizar desde una perspectiva de género (p. 24). De ahí que, incluso, la categoría *sujeto*, producida en la Modernidad, deba ser desvelada y sacada a la luz la razón patriarcal y etnocéntrica que la constituye: mostrar cómo se construyen las dicotomías público/privado o naturaleza/cultura, así como la heterosexualidad como régimen político. Porque no hay que olvidar cómo el Derecho ha dado cobertura a estas violencias: negando la ciudadanía a las mujeres, estableciendo su condición de tuteladas o protegiendo penalmente su honra (pp. 37-38). Repensar, por tanto, el sujeto es hacerlo desde estas exclusiones e imposiciones para poder ejercer plenamente la ciudadanía: porque el contrato social, aquel que nos marca en roles, espacios y tiempos, ha sido firmado previo paso por un contrato sexual, reproductor de esquemas patriarcales (p. 57).

Si múltiples son las violencias, también han de ser las respuestas. Por eso una perspectiva interseccional es

esencial. Como señala Octavio Salazar Benítez, «el ejemplo más evidente de mujeres que son víctimas de la discriminación interseccional, y con ella de la prórroga cruel de los dictados del patriarcado, lo constituyen las migrantes» (p. 63). Aquí radica el reto democrático de un ordenamiento jurídico: en qué medida garantiza la vida y la vida vivible de las mujeres migrantes. Porque es paradójico que en una sociedad, como la nuestra, que ha avanzado en la igualdad de género, refuerce, al mismo tiempo, las violencias (patriarcal, etnocéntrica, neoliberal) que sufren las mujeres migrantes, haciendo complicado llegar a la democracia intercultural (p. 71).

En este sentido, el segundo capítulo está dedicado a analizar el velo integral por parte de mujeres musulmanas. A diferencia de lo que ha realizado el Tribunal Supremo español, centrado en la cuestión de la libertad religiosa, el profesor Salazar Benítez apuesta por la perspectiva de género como elemento de ponderación a la hora de valorar el uso de esta prenda. Así, el Tribunal Supremo ha entendido que solo es posible la prohibición del uso del velo si afecta a la seguridad o a la moralidad pública; en el resto de caso su prohibición provocaría una vulneración de la libertad religiosa (p. 85). Frente a esta posición jurisprudencial, Octavio Salazar Benítez entiende que el alto tribunal ha obviado el conflicto de dicha vestimenta con los principios constitucionales y ha presupuesto que en el contexto en el que estas mujeres llevan el velo existen condiciones materiales para que sea voluntario (p. 88). De esta forma, se refuerza el espacio que

el patriarcado reserva para las mujeres que no es otro que la periferia, afectando a su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (p. 90). Es por ello que Octavio Salazar Benítez apuesta por ir más allá del elemento religioso: el uso del velo, especialmente el integral, es una cuestión de género. De ahí que el argumento jurídico para su prohibición no es el de la laicidad, sino cómo «limitan las libertades de las mujeres ciertas prácticas culturales o religiosas. Por lo tanto, no se trata de un conflicto de tipo cultural sino de “género”» (p. 94). El velo, en definitiva, impide la autonomía necesaria para la construcción e interacción en el espacio público.

Si bien la apuesta de Octavio Salazar Benítez es arriesgada y susceptible de críticas¹, lo cierto es que la

¹ No obstante, debemos estar atentos y caminar con cuidado. La legislación francesa que prohíbe el velo, como apunta Judith Butler, está siendo usada para arrear, detener, multar o deportar a mujeres que lo lleven. De esta forma, «se ven privadas del derecho a aparecer en público». Esta legislación «pretende crear una esfera pública en la cual la indumentaria sea reflejo de laicidad y la exhibición de la norma común. Cuando se prohíbe ocultar el rostro, en cierto sentido se está entrando en el ámbito del derecho a la aparición, en este caso, el derecho de las mujeres a aparecer sin velo. Pero al mismo tiempo se les está negando ese mismo derecho, por cuanto se les exige que desafíen las normas de su religión en pro de las normas públicas. Este caso de desafeción religiosa se impone como algo obligatorio porque se entiende que la esfera pública debe dominar o negar toda forma de adhesión religiosa». BUTLER, J., *Cuerpos aliados y*

argumentación que proporciona es sólida: la dignidad de las mujeres como parte del orden público inmaterial (p. 103). Para ello analiza, a modo de ejemplo, el debate mantenido en Francia en relación al burka y la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este entiende que no vulnera los Derechos Humanos la legislación francesa que prohíbe esta prenda en tanto que es preciso proteger una serie de exigencias mínimas de convivencia en el espacio público. Si bien el autor comparte el fallo, critica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se atreva «a dar un paso más allá que es el que supondría reconocer que la igualdad de género forma parte de las condiciones del *living together* en una sociedad democrática», esto es, entender esta prenda como violencia estructural contra las mujeres (p. 110). Contra estas formas de expresión cultural o religiosa, afirma Octavio Salazar Benítez, no debe actuar el derecho penal, sino herramientas de socialización y aprendizaje en el valor de la igualdad (p. 131).

La apuesta de Octavio Salazar Benítez, a saber, la limitación de la diversidad cultural basada en la perspectiva de género, radica, por tanto, en producir condiciones materiales para el libre desarrollo de las personas, especialmente, en este caso, las mujeres. El objetivo es ir poco a poco socavando las violencias interseccionales a las que se enfrentan, consiguiendo suficiente autonomía como para construir un

lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea, Ed. Paidós, Barcelona, 2017, pp. 55 y 85.

nuevo pacto social en cuya base se encuentre la igualdad de género. Para ello recurre al concepto *autonomía relacional*, pues supone un empoderamiento que permite construir relaciones de autonomía no coercitivas (p. 138). Frente a este, los argumentos centrados en las particularidades culturales o religiosas para legitimar las violaciones de Derechos Humanos no pueden ser aceptados en una democracia intercultural. El pluralismo jurídico, por tanto, encuentra un claro límite en la garantía de los derechos y en la no discriminación (p. 167).

En definitiva, en este itinerario, en este diálogo propuesto por Octavio Salazar Benítez, si queremos llegar a una democracia intercultural debemos «diseñar un nuevo “pacto social” que responda a las exigencias de la *justicia de género*» (p. 180) para «dibujar nuevas narrativas con las que reinventar un mundo hecho por y para los hombres» (p. 185). Quizás va siendo hora de *tomarse en serio* a Sukaina, la bisnieta de Mahoma que se enfrentó al patriarcado, pues puede ser, sin duda, una excelente capitana de nuestro navío.

Daniel J. García López
Universidad de Granada

Juan Antonio VIVES VALLÉS, *Derecho de cultivos transgénicos. El conflicto entre el Derecho español y comunitario y el derecho a la libertad de empresa a la luz de la nueva normativa opt-out*, Dykinson, Madrid, 2016.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp425-428](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp425-428)

En alguna ocasión el propio legislativo ha reconocido la rapidez y celeridad con que se produce el desarrollo técnico y científico, que pilla, por así decir, muchas veces con el pie cambiado al Derecho. En efecto, los progresos científico-técnicos «cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos», dando lugar a un «asincronismo» entre la Ciencia y el Derecho que origina un vacío legal respecto de problemas concretos con repercusiones jurídicas de índole administrativo, civil, penal y mercantil¹. En este contexto general, el legislativo y, en su caso, el ejecutivo, tanto a niveles nacional y supranacional, como la UE, tienden a una posición de prudencia, en particular a fin de esperar a una comprobación en firme de las bondades de los progresos

científicos, como también de su idoneidad con los valores y principios superiores y los derechos fundamentales constitucionales. Sobre esa base, por ejemplo, el derecho fundamental a la libertad científica y técnica reconocido en el artículo 20.1.b de la Constitución española tiene que delimitarse sobre la base de otros derechos fundamentales, sobre todo respecto a los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida; y luego, igualmente, con otros conceptos de relevancia constitucional, como cuando también la Constitución, en su artículo 44.2, habla de que «los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». En un sentido similar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, en su artículo 13, reconoce la libertad científica, si bien se presupone dicha garantía en tanto coadyuve —dice el Preámbulo de dicho texto— «la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos». Los valores sobre los que se sujeta la

¹ Véase en la Exposición de motivos de las —hoy derogadas— Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

propia Unión Europea, establecidos en los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea también son un eje en este sentido. Ante estas situaciones de normación de situaciones nuevas por la evolución del progreso, ni que decir tiene que es necesario el diálogo sereno entre la Ciencia y el Derecho, para que éste último vaya definiendo y adaptando, de conformidad con estas bases, su posición frente a los nuevos adelantos.

El cultivo de organismos modificados genéticamente (OMG) en lo que se refiere a la tecnología de cultivos transgénicos se puede ubicar como una de estas materias. En efecto, el cultivo de transgénicos, desde la aparición de la primera patente en 1996 ha ido ganando repercusión e interés en todo el mundo², por su capacidad para mejorar o alterar las características propias de plantas y tipos de cultivo, incrementando, por ejemplo, la producción y su resistencia a enfermedades, sequía, plagas, etc., y, consecuentemente, como respuesta al problema de la alimentación de una población mundial creciente y la consecuente necesidad de multiplicación de la producción agrícola para el futuro³; y lue-

go también para la utilización para otros fines de los vegetales, como son la producción de biogás, biodiesel o bioplásticos⁴. Y, en este sentido, de creación del diálogo racional Ciencias Naturales-Derecho, el *Derecho de cultivos transgénicos* del profesor Juan Antonio Vives Vallés, cobra una muy especial importancia, no sólo por el valor de la obra en sí y del interés inusitado del objeto de estudio, sino sobre todo porque el autor no es solo profesor y Doctor en Derecho, sino Ingeniero Agrónomo, Ingeniero Técnico Agrícola y Doctorando en Biología, lo que da sobradísima carta de naturaleza del máximo criterio y nivel científico a este trabajo tan concreto y su valor indudable de referencia ineludible a efectos de futuras normaciones sobre el particular. El propio autor reconoce en las primeras páginas de su trabajo este extremo, cuando dice que el fin de su investigación es eminentemente jurídica, pero enriquecida con una perspectiva biotecnológico y agronómica, necesaria para hacer un estudio riguroso en un tema y referencia obligada en materia de –utilizando la propia terminología del autor– Derecho de transgénicos.

Estructuralmente el trabajo se haya dividido en tres partes, fuera de la presentación y el epílogo, que aunque

² Véase en Winfried SCHRÖDER «Prólogo», en Broder BRECKLING, Gunther SCHMIDT, Winfried SCHÖDER (Coord.), *GeneRisk: Systemische Risiken der Gentechnik: Analyse von Umweltwirkungen gentechnisch veränderter Organismen in der Landwirtschaft*, Springer, Berlin,

³ Michael SCHULTE y Ludwig THEUVSEN, «Der ökonomische Nutzen von Herbiziden im Ackerbau unter Besonderer Berücksichtigung des Wirkstoffs Glyphosat», en *Journal für Kulturpflanzen*,

zen, n.º 67-8, Verlag Eugen Ulmer, Stuttgart, 2015, p. 270.

⁴ Así Broder BRECKLING, Simone BÖCKMANN y Hauke REUTER, «Ökologische Wirkungspfdanalyse: Bt-Mais in der Umwelt», en Broder BRECKLING, Gunther SCHMIDT, Winfried SCHÖDER (Coord.), *GeneRisk: Systemische Risiken der Gentechnik...*, cit., p. 21.

breves, tienen sobresaliente importancia a efectos de contextualizar el objeto de estudio y explicar resumidamente las conclusiones más valiosas. El libro se realiza sobre todo desde la óptica del Derecho Mercantil; ahora bien, el desarrollo del trabajo, en no pocas veces, se realiza con un pie en otras disciplinas jurídicas, en especial, el Derecho Constitucional –sobre todo en relación con el análisis del derecho de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución–, Derecho Comunitario, Derecho Internacional y Derecho Comparado. Luego, como se ha dicho, el autor hace uso de conceptos de las Ciencias biológicas y agronómicas, si bien a través de una redacción clara y muy comprensible, adaptada al objeto final del trabajo, a saber, la explicación del Derecho de transgénicos en el marco del Derecho español y comunitario y su relación con el derecho a la libertad de empresa.

La primera de estas tres partes en las que está dividido el libro se corresponde con la definición de «organismo modificado genéticamente», a través del cual el autor sitúa el marco regulatorio básico de los transgénicos en España y la Unión Europea, y se refiere en el plano internacional al Protocolo de Cartagena, como pilares de la revisión profundamente crítica que de éste y los demás temas conexos abordados. En la segunda parte, Vives Vallés se detiene en una de las nociones más importantes a este respecto, el principio de precaución en el ámbito de la Biotecnología Agraria. Se trata de una intensa exposición sobre el origen de este concepto en este concreto ámbito del Derecho, el propio concepto, asimismo, desde el

prisma de su regulación en la Unión Europea, su delimitación por el TJUE, su tratamiento en España y su aplicación internacional, muy en especial, en los Estados Unidos y Canadá. Se cierra este capítulo con los efectos del principio de precaución en el derecho a la libertad de empresa, desmenuzando a tal fin también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de delimitación del contenido esencial del artículo 38 de la Constitución, así como su incardinación con la normativa internacional en materia de organismos modificados genéticamente. La tercera parte, hace una explicación de lo que se vienen a denominar «zonas libres de transgénicos», a saber, aquellas zonas –dice el autor– en las que algunos colectivos, por las objeciones que despierta la comercialización de los OMG, han logrado el apoyo de regiones y municipios europeos en los que se produce una declaración de espacio «libre de transgénicos». Aquí Vives Vallés trata el tema de su evolución, muy particularmente en el ámbito del Derecho comunitario, haciendo especial hincapié en la reciente Directiva (UE) 2015/412 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, conocida como la Directiva *opt-out*; la Decisión de Ejecución (UE) 2016/321 de la Comisión, de 3 de marzo de 2016 y, asimismo, en el Dictamen del *Conseil d'État* francés de 15 de abril de 2016; luego, además, realiza un comentario *in extenso* sobre las posibilidades de que los Estados puedan introducir limitaciones y restricciones al uso y comercialización de alimentos y piensos modificados genéticamente y su relación –en su caso contradicción– con el

reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa.

En definitiva, en este libro se realiza, desde la óptica del Derecho Mercantil, un completo análisis de algunas de las cuestiones más relevantes del Derecho de los cultivos transgénicos; el concepto de «organismo modificado genéticamente» en el marco de la normativa española y de la Unión Europea, el «principio de precaución» en el ámbito de la Biotecnología Agraria, y las denominadas «zonas libres de transgénicos». De cada uno de estos tres grandes temas del Derecho de cultivos transgénicos, el autor analiza con detalle su origen y evolución desde entonces hasta hoy, su configuración vigente, su racionalidad jurídico-técnica, así como su conflictividad con importantes derechos e intereses protegidos, con una especial mención a la libertad de empresa. El estudio no se restringe al Derecho español, sino que amplía su ámbito al Derecho de la Unión Europea, al Derecho estadounidense, al Derecho canadiense y al Derecho internacional, que utiliza como contexto o contraste. La extensa formación científico-técnica del autor y su experiencia como investigador en el ámbito de las Ciencias experimentales en el área de los cultivos transgénicos,

le permite abordar esta complejísima área del Derecho con una gran solvencia y rigor. Un esfuerzo apoyado por el estudio de numerosos textos del ámbito de las Ciencias empíricas, que, en un ejercicio suplementario lindante con el análisis económico del Derecho, redondea más si cabe la obra, con el aporte de nuevas claves interpretativas. Todo ello, en conjunción con la valentía y el afilado espíritu crítico demostrados por el autor a lo largo de toda la obra, que no duda en poner patas arriba los mismos cimientos del Derecho de los cultivos transgénicos español y europeo, convierten a este libro en una referencia obligada de este ámbito del Derecho. Pero cuyo interés trasciende dicho ámbito, siendo muy recomendable no solamente para los profesionales, investigadores y profesores del área, sino también para aquellos de otros ámbitos del Derecho Mercantil, como el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial sobre las invenciones biotecnológicas y las plantas, e incluso de otras ramas conexas del Derecho, como el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, con los que el autor también se atreve, realizando algunas precisiones y propuestas interesantes al respecto.

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

EN ESTE NÚMERO
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Carmen CÁMARA BARROSO es profesora de Derecho financiero y tributario de la Universidad a Distancia de Madrid (España).

Daniel CAPODIFERRO CUBERO es profesor doctor de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona (España).

María José CARAZO LIÉBANA es profesora titular de Derecho constitucional en la Universidad de Jaén (España).

Alexandre H. CATALÀ I BAS es profesor titular de Derecho constitucional en la Universidad de Valencia (España).

David DELGADO RAMOS es Doctor en Derecho y profesor-tutor de Derecho constitucional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).

Manuel FONDEVILA MARÓN es profesor adjunto de Derecho Constitucional en la Universidad Internacional de la Rioja (España).

Daniel J. GARCÍA LÓPEZ es profesor sustituto interino de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada (España).

Daniel GONZÁLEZ URIEL, Juez en prácticas de la 67.^a Promoción de la Escuela Judicial es Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Santiago de Compostela (España).

Pablo LIZARRETA BARRIOS es graduado en Derecho y Administración y dirección de Empresas por la Universidad de Deusto (España) y ganador del I Premio Juan Churruga al mejor Trabajo de Fin de Grado (2015/16).

Sebastián LÓPEZ HIDALGO es profesor de Derecho constitucional en la Universidad del Azuay y en la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador).

Ana MARRADES PUIG es profesora contratada doctora en la Universidad de Valencia (España).

Cayetano NÚÑEZ RIVERO es profesor titular de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).

Alberto OEHLING DE LOS REYES es profesor contratado doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

Marcela ORTÍZ TORRICOS es profesora de Derecho constitucional en la Universidad Mayor, Real y pontificia de San Francisco Javier de Chuquisaca (Bolivia).

José Ramón POLO SABAU es Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Málaga (España).

Catalina RUIZ-RICO RUIZ es profesora titular de Derecho constitucional en la Universidad de Jaén (España).

Eduardo SANZ ARCEGA es profesor de las Universidades CEU-San Pablo y San Jorge (España).

Rosario SERRA CRISTÓBAL es profesora titular de Derecho constitucional en la Universidad de Valencia (España).

Fernando SIMÓN YARZA es profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Navarra (España).

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) **Bibliografía.**
 - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
 - DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) **Legislación.**
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) **Jurisprudencia.**
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (± 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 65, Issue 1, January-June 2017

Table of Contents

Studies

The Shortcomings of European Regulations on Commercial Advertising Limits

Daniel Capodiferro Cubero

The Court of Justice of the European Union as an actor of constitutionality: about the interpretation of right to non-discrimination at work and its consequences

María José Carazo Liébana

Horizontal and vertical communication in the American and European systems of protection of human rights on the right to the natural judge.

Towards a global right to human rights

Alexandre H. Català Bas and Marcela Ortíz Torricos

Parliamentary ineligibilities of senior officers and state management staff: the need for reform

David Delgado Ramos

Falsification of medical products and similar crimes against public health: international influences and national regulations

Daniel González Uriel

The principle of proportionality as a canon of constitutionality: an approach to the Ecuadorian case

Sebastián López Hidalgo

The surrogate pregnancy in the framework of the Spanish Constitution: a matter of rights

Ana Marrades Puig

Freemasonry and the Spanish Second Republic (1931-1939)

Cayetano Núñez Rivero

Limits and evolution of social rights Towards its individualization?

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

American Judicial Federalism

Rosario Serra Cristóbal

Notes

The budgetary possibilities of the temporary government: on propose of the approval of a royal decree-law for the amendment of the National Budget Act

Carmen Cámara Barroso and Eduardo Sanz Arcega

Conventionality Control and multilevel tutoring of rights

Manuel Fondevila Marón

“Juan Churruga” Prize

The multimodal carriage of goods in the unimodal regulation

Pablo Lizarreta Barrios

Book reviews