

Estudios de Deusto

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

Vol. 65/2 julio-diciembre 2017

Sumario

Estudios

Las Cortes de Aragón como Parlamento abierto: los mecanismos de participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios

Enrique CEBRIÁN ZAZURCA

Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015

Ignacio José CUBILLO LÓPEZ

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso

M^a Victoria GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA

Ante una democracia representativa debilitada. Una quimera entre el ideal y el logro

María MACÍAS JARA

Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades

económicas y la protección de datos personales

Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ

La coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea

Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ

La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE

José Manuel MARTÍNEZ SIERRA y Covadonga FERRER MARTÍN DE VIDALES

La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en Estados Unidos: lecciones de un debate inacabado

Gabriel MORENO GONZÁLEZ

Recientes orientaciones de la Corte Interamericana de derechos humanos

Nicolás PÉREZ SOLA

La mayoría de edad. Artículo 12 de la Constitución Española de 1978

Alejandro VILLANUEVA TURNES

Notas

Brief considerations about current Protection of Taxpayers' rights in Europe: Special focus on the exchange of information

Melissa Carolina ELECHIGUERRA LABARCA

Effectiveness and EU Competition Law: Chartering Not So Incognita a Terra

Pablo FIGUEROA REGUEIRO

Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el derecho de la Unión Europea

Pablo NUEVO LÓPEZ

Resenciones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 65/2 julio-diciembre 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+

Los contenidos de la Revista «Estudios de Deusto» están disponibles en acceso abierto en la siguiente dirección:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

The contents of the Journal "Estudios de Deusto" are available in open access at the following web page:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto
Bilbao
2017

Estudios de Deusto

Vol. 65/2 julio-diciembre 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)

Secretaria académica:

Belén García Álvarez (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 Elosegui (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. 65/2 julio-diciembre 2017

Sumario

Estudios

- Enrique CEBRIÁN ZAZURCA, *Las Cortes de Aragón como Parlamento abierto: los mecanismos de participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios* 15
- Ignacio José CUBILLO LÓPEZ, *Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015* 39
- M^a VICTORIA GARCÍA-ATANCE GARCIA DE MORA, *Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso* 85
- María MACÍAS JARA, *Ante una democracia representativa debilitada. Una quimera entre el ideal y el logro* 119
- Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, *Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales* 139
- Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea* 177
- José Manuel MARTÍNEZ SIERRA, Covadonga FERRER MARTÍN DE VIDALES, *La Igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE* 211
- Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en Estados Unidos: lecciones de un debate inacabado* 247

Nicolás PÉREZ SOLA, <i>Recientes orientaciones de la Corte Interamericana de derechos humanos</i>	289
Alejandro VILLANUEVA TURNES, <i>La mayoría de edad. Artículo 12 de la Constitución Española de 1978</i>	321

Notas

Melissa Carolina ELECHIGUERRA LABARCA, <i>Brief considerations about current Protection of Taxpayers' rights in Europe: Special focus on the exchange of information</i>	351
Pablo FIGUEROA REGUEIRO, <i>Effectiveness and EU Competition Law: Chartering Not So Incognita a Terra</i>	371
Pablo NUEVO LÓPEZ, <i>Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el derecho de la Unión Europea</i>	389

Recensiones

Lucía ALONSO SANZ, <i>El estatuto constitucional del menor inmigrante</i> , por Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ	407
Francisco Javier DÍAZ REVORIO, <i>Estado, Constitución Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar</i> , por Adrián GARCÍA ORTIZ	413
Ciro MILIONE, <i>El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> , por Alicia CÁRDENAS CORDÓN	421
Joan OLIVER ARAUJO, <i>Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad</i> , por Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ	425
Carlos VIDAL PRADO, <i>El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas</i> , por Pablo NUEVO LÓPEZ	437

Estudios de Deusto

Volume 65, Issue 2, July-December 2017

Table of Contents

Studies

Enrique CEBRIÁN ZAZURCA, <i>Cortes de Aragón as Open Parliament: Mechanisms of Citizen Participation in Parliamentary Procedures</i>	15
Ignacio José CUBILLO LÓPEZ, <i>The causes of criminal connection and their application after the reform operated by the Law 41/2015</i>	39
M ^a VICTORIA GARCÍA-ATANCE GARCIA DE MORA, <i>Considerations on constitutional reform: Guarantee of permanence or rupture of consensus</i>	85
María MACÍAS JARA, <i>Before a weakened representative democracy. A chimera between the ideal and the achievement</i>	119
Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, <i>The new limits on the right to be forgotten in the legal system of the European Union: the difficult conciliation between economic freedoms and the protection of personal data</i>	139
Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ, <i>Coordination of social security systems in the European Union</i>	177
José Manuel MARTÍNEZ SIERRA, Covadonga FERRER MARTÍN DE VIDALES, <i>The equality before the law in the doctrine of the CJEU</i>	211
Gabriel MORENO GONZÁLEZ, <i>The constitutionalization of a balanced budget rule in the United States: lessons from an unfinished debate</i>	247

Nicolás PÉREZ SOLA, <i>Recent trends in Inter-American court of humans rights decisions</i>	289
Alejandro VILLANUEVA TURNES, <i>Legal Age. Article 12 of the Spanish Constitution of 1978</i>	321

Notes

Melissa Carolina ELECHIGUERRA LABARCA, <i>Brief considerations about current Protection of Taxpayers' rights in Europe: Special focus on the exchange of information</i>	351
Pablo FIGUEROA REGUEIRO, <i>Effectiveness and EU Competition Law: Chartering Not So Incognita a Terra</i>	371
Pablo NUEVO LÓPEZ, <i>Anti-discrimination law, religious freedom and relations between individuals in European Union Law</i>	389

Book reviews

Lucía ALONSO SANZ, <i>El estatuto constitucional del menor inmigrante</i> , by Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ	407
Francisco Javier DÍAZ REVORIO, <i>Estado, Constitución Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar</i> , by Adrián GARCÍA ORTIZ	413
Ciro MILIONE, <i>El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> , by Alicia CÁRDENAS CORDÓN	421
Joan OLIVER ARAUJO, <i>Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad</i> , by Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ	425
Carlos VIDAL PRADO, <i>El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas</i> , by Pablo NUEVO LÓPEZ	437

Estudios

LAS CORTES DE ARAGÓN COMO PARLAMENTO ABIERTO: LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS PROCEDIMIENTOS PARLAMENTARIOS*

Cortes de Aragón as Open Parliament: Mechanisms of Citizen Participation in Parliamentary Procedures

Enrique Cebrián Zazurca

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad de Zaragoza

ecébrian@unizar.es

orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6239-1420>

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp15-38](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp15-38)

Recibido: 29.09.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

El 28 de junio de 2017 el Pleno de las Cortes de Aragón aprobó por unanimidad la Proposición de reforma del Reglamento parlamentario, que sustituye a la regulación de 1997. Entre otras cuestiones, la norma reformada incluye un Título XVIII, que recoge el derecho al Parlamento abierto y establece como principios de su funcionamiento los de transparencia y participación. Este trabajo quiere presentar el

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Cebrián Zazurca, Enrique. 2017. «Las Cortes de Aragón como Parlamento abierto: Los mecanismos de participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp15-38](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp15-38).

contenido de este Título, centrándose especialmente en el análisis de los mecanismos de participación ciudadana en procedimientos parlamentarios, recogidos en el artículo 306 del nuevo Reglamento, presentándolos como traducción práctica del debate doctrinal protagonizado por la triada democracia representativa - participación ciudadana - descentralización política.

Palabras clave

Parlamento abierto; Reglamento parlamentario; participación ciudadana; Cortes de Aragón; descentralización política.

Abstract

June 28, 2017 the Plenary Session of the Cortes de Aragón unanimously approved the proposal for reform the parliamentary regulation, which replaces the one of 1997. The reform includes the right to Open Parliament, based on the principles of transparency and participation. This essay focus on the analysis of the mechanisms of citizen participation in parliamentary procedures (article 306), presenting them as practical translation of the doctrinal debate about representative democracy, citizen participation and political decentralization.

Keywords

Open Parliament; Rules of Parliamentary Procedure; Citizen Participation; Cortes de Aragón; Political Decentralization.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ABRIENDO EL PARLAMENTO. III. AMPLIANDO EL CAMPO DE VISIÓN. IV. EL PARLAMENTO ABIERTO EN EL REGLAMENTO DE LAS CORTES DE ARAGÓN. 1. *Iniciativa legislativa popular*. 2. *Participación en el procedimiento legislativo mediante audiencias ciudadanas*. 3. *Participación en el procedimiento legislativo mediante enmiendas de iniciativa ciudadana*. 4. *Solicitud de comparecencia ante la comisión de comparecencias ciudadanas y derechos humanos*. 5. *Presentación de propuestas de preguntas de iniciativa ciudadana*. 6. *Presentación de propuestas de proposiciones no de ley de iniciativa ciudadana*. 7. *Foros de participación*. 8. *Derecho de petición*. V. CONCLUSIONES. 1. *Un balance de los mecanismos participativos en el Reglamento de las Cortes de Aragón*. 2. *Más Parlamento, mas Parlamento*. 3. *Descentralización política y participación ciudadana*. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de junio de 2017 las Cortes de Aragón aprobaron por unanimidad un nuevo Reglamento parlamentario, que sustituye a la anterior regulación de 1997. Aunque la necesidad de reforma y actualización era sentida tiempo atrás (Herráiz Serrano, 2016; Tudela Aranda, 2014: 376), el camino concreto conducente a este resultado había comenzado a andarse formalmente el 7 de octubre de 2015 con la creación de una Ponencia especial formada por un diputado de cada uno de los seis Grupos del Parlamento aragonés, a saber: D. Antonio Torres Millera (Grupo Parlamentario Popular de las Cortes de Aragón), D. Javier Sada Beltrán (Grupo Parlamentario Socialista), D. Héctor Vicente Ocón (Grupo Parlamentario Podemos Aragón), Dña. María Herrero Herrero (Grupo Parlamentario Aragonés), D. José Javier Martínez Romero (Grupo Parlamentario Ciudadanos - Partido de la Ciudadanía (C's)) y Dña. Ana Patricia Luquin Cabello (Grupo Parlamentario Mixto).

Según lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la norma aprobada, esta había de entrar en vigor en el período de sesiones siguiente al de la fecha de su publicación, por lo que cuando escribo estas líneas –septiembre de 2017– el nuevo Reglamento está ya vigente.

La intención de este trabajo no es analizar el Reglamento parlamentario aragonés en su totalidad, sino centrarse en la novedad que representa su Título XVIII, denominado «Del Parlamento abierto». Y, aun dentro de este, detenerse de manera específica en los distintos mecanismos de participación ciudadana allí presentes, valorando los instrumentos que se recogen, su regulación, su tradición en el parlamentarismo, si la hubiere, así como las posibles innovaciones y cambios que pueden propiciar.

II. ABRIENDO EL PARLAMENTO

Me parece importante, antes de comentar experiencias y herramientas concretas, exponer mínimamente cuál es la génesis del concepto de Parlamento abierto y qué es lo que entendemos por tal.

Creo no equivocarme al afirmar que el Parlamento abierto es una idea que nace en el punto de intersección de dos realidades: la crisis de la representación política y el desarrollo tecnológico.

Se ha de ser cuidadoso al hablar de la crisis representativa o del parlamentarismo, ya que, debido al excesivo uso de la expresión, esta corre el riesgo de terminar no queriendo decir nada. Y ello, en realidad, como es sabido, por la sencilla razón de que la representación siempre ha estado en crisis, tan solo han ido cambiando los motivos por los que ello sucedía o, dicho de otro modo, las razones de la crisis. Al hablar hoy de crisis hablamos de la última manifestación de una situación ya estable, una manifestación debida a numerosos factores y que hoy se traduce en desafección, desvalorización del Parlamento e impugnación de su esencia, sintetizada en el eslogan que hizo famoso el 15M y que tiene la virtud de señalar la idea nuclear y de no poder decir más con menos palabras: *No nos representan*.

Junto a ello, desde finales del siglo XX hasta hoy, el progreso tecnológico ha experimentado una velocidad inusitada y ha puesto en nuestras manos valiosas herramientas que han configurado de un modo distinto nuestra forma de vivir y relacionarnos, la principal de las cuales es sin ninguna duda Internet, herramienta en sí misma y herramienta que sirve para dar sentido a otras (como, por ejemplo, los teléfonos inteligentes).

Presento la idea de Parlamento abierto como algo surgido de la unión de estas dos realidades con la voluntad de ofrecer una imagen lo suficientemente gráfica y expresiva y, aun considerándola válida, pienso que debe afirmarse asimismo que no se trata de dos realidades completamente separadas hasta el momento de coincidir en un punto, sino que, en puridad, la existencia del comentado progreso tecnológico ha servido de algún modo para terminar de dibujar los perfiles de esta actual crisis representativa. Las amplias posibilidades ofrecidas por la tecnología han contribuido a dar mayor relieve a una representación política en estado crítico, aunque es cierto que no siempre de manera justa, puesto que, como también ha ido recordando la literatura científica en estos últimos años, no todo lo posible técnicamente tiene por qué ser deseable desde un punto de vista democrático.

Volviendo a la imagen de ese punto de encuentro entre una representación en crisis y una tecnología en auge es allí donde ha encontrado acomodo la propuesta de hacer de los Parlamentos instituciones más abiertas en lo referente a ofrecer información, actuar de manera transparente y favorecer cauces de participación de los ciudadanos que completen la mera

participación electoral para elegir a los miembros de las cámaras. *Transparencia, colaboración y participación* son los tres pilares sobre los que, como recuerda Rafael Rubio, debe levantarse este nuevo edificio (Rubio Núñez, 2014: 401-413). Miguel Ángel Gonzalo sustituye a la *colaboración* por la *rendición de cuentas* en su definición del modelo (Gonzalo Rozas, 2016).

Eva Campos ha trazado un interesante recorrido tomando como elemento explicativo la influencia que en las últimas décadas, desde la extensión de Internet, ha operado la innovación tecnológica sobre la institución parlamentaria, partiendo de un modelo que califica de «Parlamento electrónico», pasando por el «Parlamento digital» y habiendo llegado hoy a este «Parlamento abierto», regido por los principios de información y participación (Campos Domínguez, 2014: 35-47).

Hace unos pocos años se escribió de forma colaborativa en la red Novagob una definición de Parlamento abierto que, por desgracia, ya no está disponible en Internet en su fuente original, pero que ha sido reproducida en otros lugares y que considero muy completa, más allá de su desorden gramatical, fruto de la suma de distintas posiciones. Según esta definición, Parlamento abierto sería «aquel que comunica toda la actividad parlamentaria y la información sobre la institución y sus miembros de forma transparente y en formatos abiertos y entendibles por la ciudadanía; que abre espacios de participación y colaboración con los ciudadanos y con los funcionarios; que, en forma de conversación permanente, tiene cauces que incluyen a las redes sociales, para escuchar activamente lo que la ciudadanía necesita al abrir foros deliberativos y otros instrumentos de participación en los procedimientos parlamentarios con capacidad de influir en la agenda política».

El concepto de Parlamento abierto, además de ser hijo de la relación entre crisis representativa y avance tecnológico, posee otra característica relevante. Se trata de un concepto que se propone, si no superar, sí desde luego minimizar la dicotomía entre democracia representativa y democracia directa. Partiendo de una evidente posición representativa –pues no en vano el calificativo *abierto* acompaña a *Parlamento*–, se entiende que aquellos mecanismos –tradicionales o novedosos– que impliquen un papel más activo de la ciudadanía deben integrarse en la lógica parlamentaria y no ser vistos como algo ajeno. La relación de los ciudadanos con su Parlamento se convierte en una relación fluida y multidireccional, lejos de la imagen de la cámara como fortín inexpugnable, ajena por lo demás desde un punto de vista teórico a la propia idea original de Parlamento. Como ha escrito el profesor Asensi Sabater: «Aun debiendo prevalecer el principio de la democracia representativa frente a la democracia directa, una *parlamentología* consecuente, que tenga la pretensión de recuperar la iniciativa frente a los procesos de globalización, no debe situarse en contradicción, sino en coordinación, con los instrumentos participativos de la democracia directa, como

son la iniciativa popular legislativa y el referéndum, y abrirse hacia otros ámbitos de participación con mayor capacidad deliberativa y capacidad de decisión» (Asensi Sabater, 2002: 47-48). Este entendimiento de la democracia representativa hacia otras formas de participación corrige también, de alguna manera, la mirada reprobatoria con la que la tecnología parecía recriminar al Parlamento, y a la que antes me he referido.

Creo firmemente que una de las cuerdas a las que los Parlamentos pueden asirse para salvarse de naufragios, peligros e irrelevancias es la cuerda de la participación ciudadana, que haría bien en convertirse en una soga fuerte y resistente. Con ella es más fácil corregir las que en otro lugar he expuesto como insuficiencias de la democracia representativa, y que cifro, sin ánimo exhaustivo, en insuficiencias deliberativas, deficiencias en el control político y en la rendición de cuentas e insuficiente receptividad de los representantes (Cebrián Zazurca, 2013: 97-113).

La idea de Parlamento abierto es la que defiende José Tudela cuando habla del «Parlamento necesario» y de la configuración de un «derecho al Parlamento». De hecho, los instrumentos que propone este autor para fomentar la participación son sustancialmente los mismos que ha incluido el Reglamento de las Cortes de Aragón (Tudela Aranda, 2008; Tudela Aranda, 2009).

III. AMPLIANDO EL CAMPO DE VISIÓN

Al hablar de ampliar el campo de visión pretendo poner de manifiesto que el Título XVIII del Reglamento de las Cortes de Aragón no es una isla en un océano de Parlamentos «de maza y peluca», en ilustrativa expresión de Tudela (Tudela Aranda, 2008: 334), sino que es un capítulo más de la recién referida historia destinada a abrir los Parlamentos a una mayor participación ciudadana.

En este sentido, sirva como paradigma el caso de la Cámara de Diputados de Brasil, que constituye, a partir de la labor iniciada en 2008 por Cristiano Ferri con la iniciativa *E-democracia*¹, uno de los experimentos más significativos de Parlamento abierto: herramientas para llevar a cabo una legislación colaborativa entre ciudadanos y diputados, posibilidad de compartir información, comunidades virtuales, vídeo-foros, votaciones inteligentes, audiencias ciudadanas interactivas y en directo, laboratorio hacker, etc. (Ferri Faria, 2013: 195 y ss.; Ferri Faria, 2014).

¹ «El nombre no es muy afortunado porque en nuestro contexto se suele referir más al parlamento electrónico, pero en realidad es una compleja plataforma colaborativa» (Gonzalo Rozas y Cavero Cano, 2013: 18).

En el marco español, esta voluntad del Parlamento aragonés se ha visto también acompañada de prácticas similares llevadas a cabo por otros Parlamentos autonómicos.

Cataluña fue pionera con la implantación en 1998 de *Democràcia.web*, una herramienta impulsada por la *Fundació Jaume Bofill* con el apoyo del Parlament, concebida para establecer, a través de la democracia electrónica, cauces de participación de los ciudadanos catalanes con su Asamblea Legislativa (Colombo Vilarrasa, 2006). En la actualidad existe en la página web del Parlament de Cataluña el llamado *Escó 136* (Esaño 136), que permite, tal y como allí se explica, hacer aportaciones, comentarios o sugerencias sobre las proposiciones y los proyectos de ley en tramitación, así como establecer a partir de estas acciones canales de comunicación públicos con los diputados, quedando todo ello al final reflejado en una memoria anexa a las iniciativas tramitadas. De igual modo, se permite efectuar ante el Parlament peticiones electrónicas, en ejercicio del derecho de petición. Y también se incluye un apartado destinado a los grupos de interés, con lo relativo a la normativa que se les aplica y facilitando formularios de registro, la consulta de los grupos registrados, su agenda, etc. Todo ello no es sino la plasmación de lo contenido en el Texto Refundido del Reglamento del Parlament de Cataluña, aprobado en 2015, y que incorpora los principios de transparencia, además de un muy amplio conjunto de herramientas participativas englobadas en el marco del Parlamento abierto (Título VI).

El Reglamento de las Cortes Valencianas, en su Título XV bis, denominado «Del Parlamento abierto», establece la creación de la Comisión Permanente no Legislativa Especial de Participación Ciudadana y establece instrumentos para hacer posible la participación ciudadana de los representantes de colectivos sociales, organizaciones y corporaciones de derecho público, de profesionales y expertos de reconocido prestigio, así como de los alcaldes de municipios de la Comunidad Autónoma. Por su parte, el artículo 113 bis del Reglamento habilita a la ciudadanía valenciana, bien directamente o bien por medio de las asociaciones inscritas en el registro correspondiente, así como a los ayuntamientos por acuerdo del Pleno, para presentar enmiendas a las proposiciones y proyectos de ley en tramitación².

El Reglamento del Parlamento de Andalucía prevé en su artículo 112 la consulta a organizaciones sociales y a ciudadanos en el procedimiento legislativo. En su artículo 114 bis permite a los ciudadanos andaluces –siempre a través de las asociaciones inscritas en el registro correspondiente– el presentar, con carácter general, enmiendas al articulado de las proposiciones y proyectos de ley. Además, el artículo 165 de este Reglamento permite a los

² Un análisis detallado de la regulación valenciana puede seguirse en Guillem Carrau (2017).

andaluces, ciudadanos residentes en Andalucía y personas jurídicas con domicilio en esa Comunidad Autónoma el formular por escrito preguntas para respuesta oral dirigidas al Consejo de Gobierno o a cada uno de sus miembros.

El artículo 67.1.f) del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias contempla la comparecencia en Comisión de asociaciones y grupos de interés afectados.

Si nos fijamos en el Reglamento del Parlamento de Canarias, encontramos el artículo 63.1., con el siguiente tenor: «Las Comisiones permanentes podrán acordar solicitar al Pleno la creación de subcomisiones en su seno para la realización de informes sobre asuntos concretos de interés público en materia de su competencia. A tal fin, las subcomisiones que se creen podrán propiciar la audiencia en su seno tanto de ciudadanos como de aquellos colectivos sociales en que estos se organizan». Y el artículo 174 permite a cualquier ciudadano residente en Canarias presentar por escrito preguntas para ser respondidas oralmente, dirigidas al Gobierno de Canarias o a cualquiera de sus miembros; en una línea similar a la andaluza, pero con una importante excepción en el caso canario: no podrá haber preguntas dirigidas al Presidente del Gobierno de Canarias.

En el caso de Galicia, ha sido la Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia la que ha introducido mecanismos como la participación popular en la elaboración de las leyes, en el impulso de la acción de gobierno a través de proposiciones no de ley y en el control al Gobierno.

El Reglamento de la Asamblea de Extremadura incorpora en su artículo 85 la posibilidad de crear Intergrupos Parlamentarios, que puedan «promover el contacto entre los miembros del Parlamento y la sociedad». El artículo 93.1. f) del Reglamento recoge la posibilidad de comparecencia en Comisión de ciudadanos y grupos de interés. Comparecencia de organizaciones y, excepcionalmente, de ciudadanos también contemplada como posibilidad una vez celebrado el debate de totalidad (artículo 164). Asimismo, este Reglamento de la Asamblea de Extremadura constituye en el seno de la misma el Consejo Extremeño de Ciudadanos y Ciudadanas (artículo 271), como foro de consulta para la participación ciudadana, siguiendo lo establecido en el artículo 38 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, que creaba el citado Consejo.

El Reglamento de la Asamblea de la Ciudad Autónoma de Ceuta recoge en su artículo 91 el derecho de cualquier persona física o jurídica a dirigir preguntas a la Mesa de la Asamblea, con el ruego de que sean formuladas a algún miembro del Consejo de Gobierno.

Y el Reglamento de la Asamblea de la Ciudad Autónoma de Melilla cuenta con un artículo 65.3., que se limita a afirmar que «la participación de

los ciudadanos en las Comisiones y en el Pleno de la Asamblea se regulará en un reglamento de participación ciudadana».

Algunas Asambleas autonómicas han aprobado códigos éticos y de conducta de sus parlamentarios, como es el caso de la catalana, siguiendo un mandato de su Reglamento; de la canaria, como parte del más amplio «Plan de Transparencia del Parlamento de Canarias 2015-2019» (Gonzalo Rozas, 2017a); o de la castellano-manchega.

Como análisis de conjunto, en lo que respecta a la calidad de sus páginas web, y sin dejar de reconocer que queda margen importante de mejora, ya en 2014 se podía extraer como conclusión que nuestras cámaras territoriales «han realizado importantes esfuerzos para acercarse a los criterios reconocidos internacionalmente, proporcionando a los ciudadanos una considerable cantidad de información acerca de sus funciones, estructura y funcionamiento, en formato de libre acceso y descarga, contribuyendo así al fomento de la transparencia en sus actividades diarias» (Ramos Vielba, Silván, Stan y Polo, 2014: 317). La importancia creciente de las redes sociales en estos últimos años se ha visto reflejada también en el aumento y mejora de los perfiles institucionales de los Parlamentos y también de los parlamentarios individuales. La página web del Parlamento Vasco incluye, desde 2006, la herramienta *Parte Hartu* (Participar), establecida como un canal de diálogo entre los ciudadanos y los Grupos Parlamentarios. *Parte Hartu* convive con *Zabalik* (Abierto), una suscripción gratuita para recibir por correo electrónico con carácter semanal información relativa a los temas de trabajo del Parlamento. A *Parte Hartu* y *Zabalik* se suma *ADI!* (acrónimo de Aporta, Debate e Influye), un espacio para mantener discusiones sobre temas de actualidad y sobre proyectos y proposiciones de ley, permitiendo también comentar las aportaciones de otros participantes y votar. Tras cada proceso de debate se elabora un documento en el que aquel queda reflejado, junto con las iniciativas más destacadas; documento que es trasladado a los parlamentarios para que puedan tener en cuenta, si así lo consideran, las opiniones ciudadanas a la hora de presentar enmiendas y de votar. Junto al *ADI!* generalista existe otro más específico *ADI! BAKEA*, que se presenta, en términos literales, como «un espacio de participación ciudadana para reflexionar en torno a la paz y la convivencia, sobre la base del acuerdo del Parlamento y de la Ponencia de Paz y Convivencia». Por su parte, el Parlamento de Navarra cuenta con una página web dedicada al Parlamento abierto, en la que se puede deliberar, aportar y opinar acerca de los textos legislativos en tramitación. La web del Parlamento cántabro incorpora una plataforma de acceso *on line* de participación ciudadana y discusión de iniciativas legislativas. La del Parlamento de La Rioja permite trasladar a los Grupos Parlamentarios opiniones y aportaciones sobre los proyectos de ley en tramitación. Y, recientemente, a través de la web de las Cortes de Castilla y León, se ha incorporado la posibilidad

de que los ciudadanos realicen aportaciones a iniciativas legislativas, así como a iniciativas de impulso y control de la acción del Gobierno.

Como puede verse, la apertura creciente de los Parlamentos a la ciudadanía parece que será una nota característica de la institución en este comienzo y mediados del siglo XXI; no obstante, y sin desmerecer lo que de positivo hay en que existan unas webs parlamentarias a la altura de estas circunstancias, considero que el elemento verdaderamente relevante y diferenciador es el de contener o no los principios del Parlamento abierto en el propio Reglamento de la cámara, en tanto que expresión del principio de autonormatividad parlamentaria.

En esta misma línea de ampliación del campo de visión, y sin salir ahora del marco aragonés, la inclusión de los principios del Parlamento abierto en el Reglamento de sus Cortes autonómicas se encuentra en sintonía con una voluntad de profundización democrática que atañe también al Ejecutivo y a la Administración Pública, guiados cada vez más por los principios del llamado Gobierno abierto. La Ley aragonesa 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón camina por esa senda, recogiendo para este ámbito algunos instrumentos de participación similares a los que ahora están presentes en el Reglamento de las Cortes de Aragón (RCA). Una mención merece asimismo la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas. Y el propio Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr) recoge en su artículo 15 el derecho de participación, en el 20 la obligación de los poderes públicos de facilitar la participación política, económica, cultural y social y en el 30 un mandato destinado a los poderes públicos encaminado a promover una cultura de participación y de valores democráticos.

IV. EL PARLAMENTO ABIERTO EN EL REGLAMENTO DE LAS CORTES DE ARAGÓN

Como antes se ha adelantado, el nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón cuenta con un Título –el XVIII (artículos 300 a 311)– destinado a integrar el concepto de Parlamento abierto en la norma reguladora de la organización y el funcionamiento de la cámara³.

El Título se abre con un Capítulo que, bajo la rúbrica de «Disposiciones generales», recoge en primer lugar el derecho de los ciudadanos a un Parlamento abierto (artículo 300), para a continuación (artículo 301) especificar

³ Recién aprobado el RCA se publicaron en dos blogs unos primeros y sintéticos análisis de las novedades que se introducían en materia de Parlamento abierto y participación; me refiero a Gonzalo Rozas (2017b) y Asociación para la defensa de la función pública aragonesa (2017).

cuáles son los principios del Parlamento abierto en las Cortes aragonesas. Estos se concretan en dos: el principio de transparencia y el principio de participación. Aunque ambos son tenidos en cuenta habitualmente para medir la apertura de un Parlamento, y guardan relación entre sí, en este trabajo me centro en la vertiente participativa del Parlamento abierto. Considero que esta es la que puede resultar más interesante, en la medida en que puede incorporar mejoras y modificaciones de mayor calado, puesto que un Parlamento podría llegar a ser absolutamente transparente en cuanto a derecho de acceso de los ciudadanos, publicidad de su actividad, etc. sin por ello haber tenido que cambiar ni un ápice de su funcionamiento interno. Por este motivo, en el análisis concreto de este Título XVIII continuaré atendiendo a la vertiente participativa del Parlamento abierto. Así, la letra b) del antedicho artículo 301 RCA afirma, en aclaración del proclamado principio de participación, que «las Cortes de Aragón promoverán el uso por los ciudadanos de los instrumentos de participación en los procedimientos parlamentarios previstos en el presente Reglamento, así como el ejercicio adecuado de su derecho de petición y de acceso a la información». Tras un Capítulo II, centrado en esa otra vertiente de transparencia parlamentaria, nos encontramos con el Capítulo III, denominado «De la participación ciudadana en la actividad parlamentaria». Este arranca con el artículo 305, en el que se recoge un derecho de participación ciudadana para cuya puesta en práctica se concede un papel relevante a la página web de las Cortes de Aragón y a las posibilidades que, según el Reglamento, la misma tendrá que ofrecer: planteamiento de iniciativas, sugerencias y aportaciones, posibilidad de contactar con Diputados y Grupos Parlamentarios o conocer la tramitación y el estado en el que se encuentran esas iniciativas llevadas a cabo y, en general, cualquier iniciativa parlamentaria.

Es el artículo 306 RCA el que va a concretar los derechos y principios del Título XVIII en una variedad de mecanismos a través de los cuales los ciudadanos van a poder participar en los procedimientos parlamentarios.

Se trata de los siguientes:

1. *Iniciativa legislativa popular*

El artículo 306.1.a) RCA recoge este mecanismo de participación, que habrá de ponerse en práctica «de acuerdo con lo dispuesto en su normativa reguladora».

El derecho a presentar iniciativas legislativas populares ante las Cortes de Aragón encuentra su fundamento y desarrollo en los artículos 15.2. y 42.2. EAAR, 159 RCA y en la Ley 7/2014, de 25 de septiembre, de modificación de la Ley 7/1984, de 27 de diciembre, reguladora de la iniciativa legislativa popular ante las Cortes de Aragón. Esta Ley introduce cambios importantes

con respecto a la anterior regulación proveniente de los primeros años de autogobierno en Aragón, unos cambios que van en la dirección, como afirma el Preámbulo de la norma, «de facilitar el uso de la iniciativa legislativa popular a los ciudadanos y de propiciar una democracia más participativa» y que son deudores en buena medida de las propuestas y reflexiones llevadas a cabo por la profesora Eva Sáenz Royo en la «Mesa de expertos para la definición de la política normativa del Gobierno de Aragón en materia de participación ciudadana», creada en el año 2009 (Saézn Royo, 2010: 46-61)⁴. En la norma de 2014 se amplían las materias que pueden ser objeto de esta iniciativa legislativa popular (ILP); se reduce de quince a doce mil el número de firmas exigidas, se amplía el plazo para recabarlas y se contempla que puedan ser firmas electrónicas; se eliminan requisitos para la presentación de la iniciativa; se establece la obligación de su debate en la misma Legislatura y se facilita la compensación económica a los promotores.

No obstante, a pesar de la voluntad de profundización democrática de la nueva regulación, sigue siendo válido en líneas generales –como no podía ser de otra forma, atendida la naturaleza de este instituto de participación política– el análisis que Manuel Contreras hacía de la regulación anterior, destacando como característica doble de la ILP en Aragón su carácter complementario de la representación y su equilibrio entre la representación surgida de un proceso electoral democrático y el establecimiento de un cauce que permita una participación asimismo democrática (Contreras Casado, 1986: 84-85).

Debe destacarse que Aragón es una de las Comunidades Autónomas en las que más veces se ha puesto en marcha este instrumento participativo – hasta en nueve ocasiones– y también una de las pocas en las que una proposición de iniciativa legislativa popular llegó a convertirse en ley, siendo el primer caso en España (Cuesta López, 2008: 369-408; Contreras Casado, 2014: 129 (nota 25))⁵.

2. *Participación en el procedimiento legislativo mediante audiencias ciudadanas*

El artículo 306.1.b) RCA incorpora esta forma de participación política, que habrá de llevarse a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 del Reglamento. Si atendemos a la regulación de este, vemos cómo, una vez

⁴ Algunos de los instrumentos participativos introducidos en el actual Reglamento de las Cortes de Aragón también habían sido propuestos en el Informe elaborado para esta Mesa de expertos por la profesora Sáenz Royo.

⁵ Fue la Ley 2/1992, de 13 de marzo, de creación del Consejo de Protección de la Naturaleza.

celebrado el debate de totalidad, los Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de cinco días para proponer por escrito a la Mesa de la Comisión «la audiencia de los agentes sociales, organizaciones y ciudadanos que pudiesen estar interesados en la regulación de que se trate, incluidas, en su caso, las Administraciones públicas». Se parte del presupuesto de que los comparecientes serán representantes de colectivos sociales afectados, siendo excepcional que puedan ser personas a título individual las que comparezcan. También se incorpora la posibilidad de que sean las entidades representativas de los entes locales, en los casos de proyectos o proposiciones de ley que afecten a estos. El número de las comparecencias será acorde y proporcional a la importancia numérica de los Grupos Parlamentarios que las hayan propuesto. Una vez que la Comisión lo comunica a quienes han de comparecer, hay un plazo de diez días para celebrar la audiencia, que deberá tener lugar ante al menos un representante de cada Grupo o Agrupación Parlamentaria de la Comisión de que se trate. El apartado sexto del artículo detalla el procedimiento que habrá de seguirse en estas audiencias públicas: «En cada comparecencia, en primer lugar, intervendrán los comparecientes durante un tiempo de quince minutos y, posteriormente, los grupos parlamentarios podrán formular preguntas o solicitar aclaraciones durante un tiempo de cinco minutos. La comparecencia concluirá con la contestación de los comparecientes a las cuestiones planteadas durante un tiempo de cinco minutos. Con carácter excepcional, cuando los términos del debate así lo aconsejen, la Presidencia podrá conceder a los grupos parlamentarios un turno adicional por un tiempo máximo de dos minutos».

El artículo 71.27^a. EAAr recoge, entre las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, la organización de audiencias públicas.

De la regulación del Reglamento parlamentario aragonés se puede extraer, como conclusión principal, que los sujetos en los que se piensa como protagonistas de estos *hearings*⁶ son los grupos de interés y solo, de manera excepcional, los ciudadanos individuales. Esto es lo habitual en este tipo de herramientas de participación (el artículo 15 de la Ley 7/2015 del Parlamento de Galicia constituye una excepción a esta regla); y es lo habitual ya que «estos grupos actúan en interés de la comunidad, ya sea por representar determinados intereses que se estiman como colectivamente relevantes o por ser expertos en la materia de que se trate» (Aja Fernández y Larios Paterna, 1998: 80). Sin embargo, no siempre debe caerse en una visión tan complaciente de los mismos, por lo que son necesarias alertas para impedir que lo que se presenta como un instrumento participativo y de mejora legislativa

⁶ Un panorama acerca de cómo se recogen estos *hearings* o audiencias en el funcionamiento de distintos Parlamentos nacionales puede encontrarse en Presno Linera (2012: 104-105).

termine dando lugar a la contaminación interesada de la producción normativa de los representantes de la ciudadanía. Por ello, se echa en falta en el RCA la referencia a un registro de asociaciones, como se hace en otros casos de Derecho comparado. Asimismo, el Reglamento del Parlamento aragonés carece de unas reglas claras en cuanto a las mayorías necesarias para que una comparecencia salga o no adelante⁷.

En cualquier caso, es de celebrar la incorporación de este instrumento, puesto que viene a aportar claridad y seguridad jurídica a prácticas que, *de facto*, se han producido siempre⁸. Cuando no existe legislación, los grupos se ven obligados «a actuar de manera informal lo que determina que el acceso a las instancias parlamentarias se produzca de una manera desigual, primando fundamentalmente criterios como el de las relaciones de amistad o conve-niencia» (Rubio Núñez, 2003: 291). Es por este motivo por el que la regulación de la actividad de los grupos en sede parlamentaria ofrece importantes ventajas en el ámbito de la publicidad, el pluralismo político, la transparencia y el control; no solo en contraposición a la costumbre no regulada, sino también en comparación con otras prácticas, como la participación de los grupos en sede gubernativa en la fase prelegislativa (Aja Fernández y Larios Paterna, 1998; Sáenz Royo, 2010; Tudela Aranda, 2008: 242; Tudela Aranda, 2010: 80; Rubio Núñez, 2003: 292).

3. *Participación en el procedimiento legislativo mediante enmiendas de iniciativa ciudadana*

El artículo 306.1.b) RCA también introduce, con una voluntad de mejora democrática de las leyes del Parlamento, esta posibilidad, de acuerdo con el artículo 165 del Reglamento de la Cámara. Este artículo 165 reconoce a cualquier persona física o representante de persona jurídica residente en Aragón el derecho a registrar propuestas de enmienda motivadas al articulado de los proyectos de ley en los diez primeros días del plazo general de presentación de enmiendas. La presentación se hará por escrito en el registro General de

⁷ «Pero la cuestión verdaderamente importante es la de quién y cómo decide sobre la oportunidad de las comparecencias. (...) Dejar la decisión sobre la celebración efectiva de las comparecencias a los citados órganos [se refiere a la Comisión correspondiente o a la Mesa o a la Junta de Portavoces] supone en la práctica dejar esa decisión a la mayoría, lo cual es, a su vez, dejarla en manos del gobierno. Una vez más, parece que el juego se repite. El Parlamento se desapodera de hecho y la minoría queda relegada a las sombras de las Cámaras», en Tudela Aranda (2013: 107).

⁸ La transparencia y la publicidad actúan también como medios para garantizar que el Parlamento acaba cumpliendo su defensa del interés general frente al peligro de que su papel pudiera llegar a ser colonizado por distintos intereses particulares (Tudela Aranda, 2013: 112).

las Cortes de Aragón o a través de la página web de la cámara, con la necesaria identificación. Finalizado el plazo de presentación, las propuestas podrán ser asumidas en un plazo de tres días por, al menos, un Grupo o Agrupación Parlamentaria y serán presentadas como enmiendas al proyecto de ley en tramitación, debiendo constar en su motivación su origen en una iniciativa ciudadana. El artículo 165 RCA concluye con un apartado cuarto con el siguiente tenor: «Si, como resultado de los trabajos de la Ponencia, el autor de una propuesta de enmienda ciudadana considera que se ha desvirtuado su contenido, podrá ponerlo de manifiesto por escrito ante la Ponencia en cualquier momento previo a la votación en Pleno, lo que no supondrá la retirada de la transacción realizada, en su caso.

Incorporadas estas enmiendas de iniciativa ciudadana, se echa en falta que la posibilidad de su presentación no se haya extendido a las proposiciones de ley, tratándose de una ausencia que no acaba de estar en consonancia con el espíritu del nuevo Reglamento y que, más que contemplar y alentar prácticas participativas, parece preferir el poner un celo excesivo e innecesario en la autoprotección de la institución parlamentaria.

4. *Solicitud de comparecencia ante la Comisión de Comparecencias Ciudadanas y Derechos Humanos*

El artículo 306.1.c) RCA establece que los ciudadanos podrán participar en los procedimientos parlamentarios mediante la solicitud de comparecencia ante la Comisión de Comparecencias Ciudadanas y Derechos Humanos. Más allá del cambio de denominación de la Comisión –antes se llamaba «Comisión de Peticiones y Derechos Humanos»– operado por el nuevo Reglamento, la posibilidad de comparecer ante esta Comisión Permanente de las Cortes de Aragón (artículo 77. b) RCA) ya existía con anterioridad. El 306.1.c) señala que se hará «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de este Reglamento». A su vez, el artículo 81.1. establece que esta Comisión tramitará las solicitudes de comparecencia de representantes de colectivos sociales, personas físicas o representantes de personas jurídicas de acuerdo con lo estipulado por el RCA. Y, según el artículo 75.3. del Reglamento, estas solicitudes serán calificadas por la Mesa de las Cortes, que las trasladará a la Comisión de Comparecencias Ciudadanas y Derechos Humanos, aunque también se establece aquí la posibilidad de que sean trasladadas a otra Comisión en función de su competencia por razón de la materia. Es el artículo 242 RCA el que, por su parte, regula el procedimiento para la sustanciación de la comparecencia, estableciendo en su apartado segundo que «se iniciará con la exposición del compareciente por un tiempo máximo de quince minutos. A continuación intervendrán los grupos parlamentarios por un tiempo máximo de cinco minutos. La comparecencia concluirá con la

contestación del compareciente a las cuestiones planteadas durante un tiempo máximo de diez minutos. Con carácter excepcional, cuando los términos del debate así lo aconsejen, la Presidencia podrá conceder a los grupos parlamentarios un turno adicional por un tiempo máximo de dos minutos». Esta regulación contenida en el artículo 242.2. RCA supone, en este punto, una novedad, en comparación con el artículo 56.5. del anterior Reglamento, que se limitaba a afirmar que estas comparecencias «serán reguladas por Resolución de la Presidencia, oída la Junta de Portavoces». Existía una Resolución de la Presidencia de las Cortes de Aragón, de 29 de septiembre de 2000, sobre la comparecencia de representantes de colectivos sociales, personas físicas o representantes de personas jurídicas, cuyo artículo 4º.1. establecía lo siguiente: «Estas comparecencias tendrán carácter meramente informativo, por lo que su sustanciación se limitará a una intervención de treinta minutos, en la que se expondrán a la Comisión las razones de la comparecencia». Sin embargo, por respeto y como muestra de interés hacia los comparecientes, este procedimiento nunca fue puesto en marcha. En su lugar, se articuló un modelo basado en un primer turno de los comparecientes, un turno posterior de intervención de los Grupos Parlamentarios de menor a mayor y un turno final de respuesta de los comparecientes, variando, de una a otra Legislatura, los tiempos de cada uno de esos turnos. Puede verse, por tanto, que el nuevo RCA establece como norma lo que venía siendo una práctica parlamentaria, fijando, a su vez, como tiempos concretos de los turnos los empleados en la actual Legislatura.

5. Presentación de propuestas de preguntas de iniciativa ciudadana

El artículo 306.1.d) RCA recoge este mecanismo participativo, que habrá de ser ejercido «en los términos previstos en el artículo 266 de este Reglamento». Este artículo 266 regula estas preguntas de iniciativa ciudadana. Ya antes el artículo 259.2. había afirmado que «los ciudadanos residentes en Aragón podrán formular propuestas de preguntas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 266». Lo primero que debe destacarse es que se tratará de preguntas dirigidas únicamente al Gobierno de Aragón, en tanto que las propuestas de preguntas ciudadanas se equiparan a las preguntas de los parlamentarios destinadas al Gobierno como medio clásico de ejercicio de la función parlamentaria de control del Ejecutivo. Estas pueden ser formuladas por cualquier persona física o representante de persona jurídica residentes en Aragón. Deben presentarse por escrito, con la preceptiva identificación, en el Registro General del Parlamento o a través de su página web. Las preguntas serán examinadas por la Mesa de la Cámara y, si cumplen los requisitos exigidos, serán admitidas a trámite, trasladándose a los distintos Grupos Parlamentarios y publicándose en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón. Para

ser tramitadas, habrán de ser admitidas por un Diputado en un plazo máximo de quince días a contar desde la fecha de su admisión. El Diputado debe comunicar a la Mesa su voluntad de formularla para respuesta bien oral, bien escrita, y el órgano, en su caso, ante el que pretende su tramitación. Si fueran varios los Diputados interesados en una misma pregunta para respuesta oral, el artículo 266 RCA establece que será asignada al primero que manifieste su voluntad de asumirla. En el caso de que la propuesta de pregunta sea asumida en plazo por un Diputado para su tramitación escrita, la Mesa de la cámara la remitirá al Gobierno de Aragón. Si la tramitación es para respuesta oral, el Diputado deberá hacer constar en su intervención el autor de la iniciativa y no podrá modificar sustancialmente su contenido. Aquellas preguntas admitidas a trámite por la Mesa, pero no asumidas, en el plazo marcado, por ningún Diputado se considerarán decaídas. Por último, una vez finalizado un período de sesiones, aquellas propuestas de preguntas orales asumidas en plazo por un Diputado, pero que no hayan podido ser sustanciadas en Pleno o Comisión, se tramitarán como preguntas para respuesta por escrito.

Resulta muy interesante este mecanismo participativo, en tanto que cubre una de las funciones del Parlamento, como es la función de control. Digo esto porque, habitualmente, al hablar de mecanismos de participación ciudadana, se tiende a pensar sobre todo en la función legislativa de las cámaras. Y, sin embargo, abrir las puertas a la participación puede provocar efectos beneficiosos en una función tan básica como la de control al Gobierno (arts. 33.1. EAAr y 1 RCA). Siendo esto así, estimo que no habría estado de más el recoger también en el Reglamento, como herramienta diferenciada con presupuestos y finalidades distintas, la posibilidad de presentar propuestas de preguntas de iniciativa ciudadana, dirigidas no al Gobierno de Aragón, sino a cualquier Diputado de las Cortes. Se trataría no de ejercer la función de control, sino de establecer un diálogo entre los ciudadanos y los parlamentarios. Una suerte de control, si se quiere, pero entendido de una manera amplia y dirigido por los ciudadanos hacia sus representantes políticos, con carácter e impacto público, en la sede parlamentaria y más allá de la comunicación que pueda establecerse a través, por ejemplo, del correo electrónico.

6. *Presentación de propuestas de proposiciones no de ley de iniciativa ciudadana*

El artículo 306.1.e) RCA contempla esta herramienta de participación, que habrá de ejercerse «en los términos previstos en el artículo 270 de este Reglamento». Antes, el artículo 267.2. ya había afirmado que «los ciudadanos residentes en Aragón podrán formular propuestas de proposiciones no de ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo 270». El artículo 270 habilita a cualquier persona física o jurídica residente en Aragón para formular

propuestas de proposiciones no de ley, a través de las cuales formulen propuestas de resolución a la cámara. Aquellas habrán de presentarse por escrito en el Registro General de las Cortes de Aragón, o bien a través de su página web, y habrán de contener los necesarios requisitos identificativos. Serán examinadas por la Mesa y, si cumplen las exigencias pertinentes, se ordenará su traslado a los Grupos Parlamentarios y se publicarán en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón. Es necesario que sean asumidas por un Grupo o Agrupación Parlamentaria para que puedan tramitarse en Pleno o Comisión y tendrán que ser presentadas como proposición no de ley en un plazo máximo de quince días a contar desde la fecha de su admisión. El Grupo o Agrupación que haya asumido la propuesta debe comunicar a la Mesa el órgano ante el que pretende su tramitación. Las propuestas admitidas a trámite por la Mesa pero no asumidas en plazo por Grupo o Agrupación alguna se considerarán decaídas. El artículo 270 RCA exige asimismo que se haga constar en la proposición no de ley la autoría de la iniciativa, impidiendo en su formulación inicial modificaciones sustanciales de su contenido original.

No existe en el caso de Aragón ninguna regulación equivalente a la que contiene el artículo 16.2. b) de la Ley gallega 7/2015, que requiere 2.500 firmas para suscribir una proposición no de ley de iniciativa popular.

Las proposiciones no de ley, en tanto que «propuestas de resolución de carácter no legislativo que se someten a debate y votación de la Cámara, y que sirven para que ésta manifieste su voluntad, deseo o aspiración» (Contreras Casado, 2014: 139), no son «propriadamente un instrumento de control de la acción, sino de la inacción o de lo que se entiende que es una acción inadecuada del Gobierno en relación con un determinado asunto» (Pérez Royo, 2014: 657). El artículo 274 RCA establece diversos mecanismos de control del cumplimiento de las proposiciones no de ley aprobadas. A pesar de la que el profesor Presno denuncia como «inoperancia, más allá de la instantánea parlamentaria, de este tipo de iniciativas» (Presno Linera, 2016), lo cierto es que, mientras entendamos que hay situaciones en las que las proposiciones no de ley pueden jugar una función de impulso político por parte del Parlamento (Contreras Casado, 2016: 139), la posibilidad de que los ciudadanos tengan derecho a presentar propuestas en esta dirección debe ser considerada de manera positiva desde una perspectiva participativa exigente.

7. *Foros de participación*

Tras haber presentado los mecanismos participativos que se acaban de analizar, el artículo 306 RCA incluye un apartado segundo, en el que se afirma: «De igual modo, las Cortes de Aragón promoverán foros de participación para el diálogo, la reflexión o el estudio sobre las materias

relacionadas con las políticas públicas de la Comunidad Autónoma y la actividad de la Cámara».

Ya el artículo 71.27ª. EAAr había establecido entre las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma la habilitación de foros de participación.

Se trata de una redacción la del Reglamento de la cámara lo suficientemente general como para permitir su puesta en práctica de muy diversas maneras, lejos del corsé de una única y estricta formulación. Sus objetivos y temas podrán ser variados, podremos encontrarnos ante foros de debate y análisis presenciales o en línea, podrá decidirse cuál es la forma de determinar quiénes serán los participantes, etc. Pienso que esta versatilidad no debe, en ningún caso, conducir a la creencia de que se trata de instrumentos de importancia menor. A pesar de que su traducción en la práctica parlamentaria más inmediata puede ser menos visible que la de otros instrumentos, ello no quiere decir que su puesta en funcionamiento no sea capaz de generar una rentabilidad en términos de deliberación pública y de reflexión colectiva de gran utilidad para la sociedad aragonesa y su Parlamento.

En otro lugar me he detenido de manera extensa en la presentación de un posible modelo de foros participativos (Cebrián Zazurca, 2012) y algunas de las ideas allí propuestas quizás puedan servir de guía para los introducidos por el artículo 306.2. RCA.

Estos foros pueden contribuir, además, a un mejor desempeño de las funciones parlamentarias, especialmente de aquellas que no son las clásicas, pero que van adquiriendo un mayor protagonismo en la actualidad, como puedan ser las funciones de información política, de estudio o de pedagogía democrática (Tudela Aranda, 2008: 159-192).

8. *Derecho de petición*

El derecho de petición no se encuentra recogido en este artículo 306 RCA que venimos analizando, sino en el Capítulo IV y último del Título XVIII. Este Capítulo –titulado «Del derecho de petición»– comprende de los artículos 307 a 311. No aparece, por lo tanto, categorizado como un mecanismo de participación ciudadana, pero estimo no obstante que así debe ser entendido desde una concepción participativa amplia y en línea con la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo en su Sentencia 242/1993 al afirmar que este derecho «tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar» (Fundamento Jurídico Primero).

La extensa y detallada redacción actual presenta una novedad importante con respecto a la magra regulación del artículo 62 del anterior Reglamento y viene a dar un más ajustado cumplimiento a la Disposición Adicional

Primera de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición cuando afirma: «Las peticiones dirigidas al Congreso de los Diputados, al Senado o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se tramitarán de conformidad a lo establecido en sus respectivos Reglamentos que deberán recoger la posibilidad de convocar en audiencia especial a los peticionarios, si así se considera oportuno...»⁹.

V. CONCLUSIONES

1. *Un balance de los mecanismos participativos en el Reglamento de las Cortes de Aragón*

Algunas de las herramientas de participación que se han visto ya existían y son instituciones clásicas y otras constituyen verdaderas novedades, pero el integrar todas conjuntamente bajo las rúbricas de *Parlamento abierto* y *participación ciudadana* aporta una idea de coherencia y una visión de conjunto. Además, el actual Reglamento supone la constatación de que, en muy pocos años, se ha ido imponiendo entre las distintas fuerzas políticas una visión más participativa de la vida parlamentaria y más proclive, en definitiva, a este concepto de Parlamento abierto. Muestra de ello es el hecho de que en 2013 se registró una Proposición de reforma del RCA, que no siguió adelante por falta de consenso. La profesora y Letrada de las Cortes de Aragón Olga Herráiz ha estudiado detenidamente el contenido de aquella Proposición y nos recuerda que «una de las ausencias que resultó decisiva de la falta de acuerdo final para aprobar la proposición de reforma fueron las audiencias ciudadanas en el procedimiento legislativo aunque también mayores herramientas de participación directa en el Parlamento (por ejemplo, pudiendo presentar enmiendas al articulado de proyectos y proposiciones de ley vía *web*, que serían tramitadas si fueran asumidas por algún grupo parlamentario)...» (Herráiz Serrano, 2016: 115). Podemos ver, en consecuencia, aun sin triunfalismos y sin obviar lo que queda por mejorar, que el camino se va andando en la dirección de la apertura y la participación; no en vano, como se ha podido comprobar, el Reglamento de las Cortes de Aragón contempla

⁹ Se afirma en el blog de la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa lo siguiente a este respecto: «No es preciso recordar que esta Asociación a lo largo de sus diez años de actividad ha ejercido una constante acción ciudadana ante el Parlamento aragonés, a través del derecho de petición –negado en dos ocasiones por la Mesa de las Cortes y motivo de amparo por el Tribunal Constitucional, en una sentencia que necesariamente se ha debido tener presente a la hora de reformar su reglamento–...» (se refiere a la STC 108/2011, de 20 de junio) (Asociación para la defensa de la función pública aragonesa, 2017).

una de las regulaciones más amplias en el ámbito español en lo relativo a la inclusión de mecanismos participativos.

2. *Más Parlamento, mas Parlamento*

Nótese antes de proseguir que en el título de este punto conviven, en un muy simple juego de palabras, un determinante o cuantificador y una conjunción adversativa. Lo que con ello se quiere indicar es que el concepto de Parlamento abierto propugna la necesidad de fomentar la relevancia del mismo, a través de un fortalecimiento de sus funciones y de un acercamiento a la ciudadanía, pero que, a la vez y por ello, no se trata de sustituir la definición esencial de qué cosa sea una cámara parlamentaria; sino, en todo caso, de perfeccionarla, ampliarla y revitalizarla. Quiere construirse un mejor Parlamento, no sustituir su caracterización básica por otra radicalmente diferente. Esto quiere decir que el Parlamento sigue cumpliendo la labor –por medio del mecanismo de la representación política– de crear la voluntad de una comunidad (Cebrián Zazurca, 2013: 73-91). Se pretende que la expresión de esa voluntad, a través de las distintas funciones asignadas al Parlamento, se lleve a cabo de una mejor manera, gracias a la participación y al diálogo con la ciudadanía. Pero ese diálogo y esa participación no pueden llegar al extremo de sustituir a los parlamentarios y a la institución en el ejercicio de los cometidos que jurídicamente tienen asignados, lo que al cabo produciría una erosión democrática. Dicho de otro modo, el sujeto que toma las decisiones y que lleva a cabo las acciones sigue siendo el mismo, como se ha visto, pero puede verse asistido por una ciudadanía que ejerce de manera activa sus derechos de participación, lo cual le ayudará a cumplir sus funciones de un modo más exigente desde el punto de vista de la calidad democrática.

El modelo de Parlamento abierto se propone difuminar en parte la frontera entre el espacio no institucionalizado y el espacio institucionalizado, acercando el primero al ámbito del segundo. Operando con las categorías habermasianas de *facticidad* y *validez* (Habermas, 1998), se trataría de establecer una comunicación entre la opinión pública y la institución parlamentaria, con la intención de que esta se nutra de aquella. Se necesita más Parlamento *para* que siga existiendo hoy verdadero Parlamento. Se necesita más Parlamento *pero* que siga existiendo hoy verdadero Parlamento.

3. *Descentralización política y participación ciudadana*

Si observamos la realidad española, es un hecho que son las Asambleas autonómicas (aunque no todas, ni con la misma intensidad) las que, en sus Reglamentos y en sus sitios web, están innovando e incorporando los elementos principales del Parlamento abierto a su funcionamiento y

organización. Como ha escrito Pérez Alberdi, «los fenómenos de descentralización política ofrecen un marco más adecuado a las fórmulas de la *Democracia participativa* y, por ello, puede constatarse un creciente desarrollo legislativo de las fórmulas de participación ciudadana en los distintos niveles institucionales de distribución territorial del poder político» (Pérez Alberdi, 2008: 184).

Pero, a pesar de lo que el autogobierno supone de acercamiento del poder a los ciudadanos y de facilitación de la participación de estos en aquel, nada impide, desde un punto de vista teórico y axiológico, que cámaras como el Congreso de los Diputados o el Senado se abran a los principios y mecanismos aquí vistos. Para ello, invirtiendo la que fue la tendencia general en los primeros años de construcción del Estado autonómico, pueden ser las distintas experiencias territoriales las que hoy marquen la pauta a las Cortes Generales en la definición de modelos de Parlamento abierto.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y LARIOS PATERNA, María Jesús (1998): «Parlamentos autonómicos y participación popular. La participación de los grupos sociales en la elaboración parlamentaria de las leyes», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 6, pp. 79-100.
- ASENSI SABATER, José (2002): «La reanimación del Parlamento: exigencia de un «constitucionalismo consecuente»», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 12, pp. 29-51.
- ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ARAGONESA (2017): *Nuevas vías de participación ciudadana en la actividad parlamentaria de las Cortes de Aragón*, en <https://asocfuncionpublica.blogspot.com.es/2017/07/nuevas-vias-de-participacion-ciudadana.html?m=1> (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique (2012): *Deliberación en Internet. Una propuesta de modelo de participación política*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- (2013): *Sobre la democracia representativa. Un análisis de sus capacidades e insuficiencias*, Zaragoza: Pressas de la Universidad de Zaragoza.
- CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva (2014): «Historia, concepto y evolución del Parlamento 2.0», en Rubio Núñez, Rafael (Coord.), *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid: Cuadernos del Congreso de los Diputados.
- COLOMBO VILARRASA, Clelia (2006): *Democràcia.web, una experiència de democràcia electrònica a Catalunya. Informe d'avaluació*, en <http://www.fbfill.cat/publicacions/democraciaweb-una-experiencia-de-democracia-electronica-catalunya-informe-davaluacio> (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- CONTRERAS CASADO, Manuel (1986): «Iniciativa legislativa popular y estado democrático de derecho (una aproximación a su regulación jurídica en España)», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 8, pp. 67-94.

- (2014): «Las Cortes de Aragón», en Embid Irujo, Antonio (Dir.), *Derecho Público Aragonés*, 5ª edición, Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor (2008): *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Cizur Menor (Navarra): Thomson - Civitas - Parlamento de Canarias.
- FERRI FARIA, Cristiano (2013): *The open parliament in the age of internet*, Brasilia: Edições Câmara.
- (2014): *Construyendo el parlamento abierto: el caso de Brasil*, en <http://www.parlamericas.org/uploads/documents/article-cristiano-ferri-es.pdf> (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- GONZALO ROZAS, Miguel Ángel (2016): «Transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas en el parlamento», en: Contreras Casado, Manuel y Cebrián Zazurca, Enrique (Eds.), *La crisis contemporánea de la representación política*, Zaragoza: Comuniter.
- (2017a): *Códigos éticos y códigos de conducta: buenas prácticas en gobernanza*, en <http://miguelgonzalo.net/codigos-de-conducta-para-los-diputados/> (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- (2017b): *Parlamento abierto en las Cortes de Aragón*, en <http://miguelgonzalo.net/parlamento-abierto-las-cortes-aragon/> (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- GONZALO ROZAS, Miguel Ángel y CAVERO CANO, Gonzalo (2013): *Iniciativas de los parlamentos para promover la participación ciudadana: buenas prácticas*, en http://www.gigapp.org/administrator/components/com_jresearch/files/publications/G08-GONZALO_CAVERO-2013.pdf (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- GUILLEM CARRAU, Javier (2017): «Las enmiendas de participación ciudadana: su inserción en el procedimiento legislativo ordinario de Les Corts Valencianes», en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36, pp. 115-138.
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- HERRÁIZ SERRANO, Olga (2016): «La reforma *non nata* de 2013 como base de los actuales trabajos de revisión del Reglamento de las Cortes de Aragón», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 12, pp. 72-120, en http://www.fundacionm-gimenezabad.es/images/Documentos/Cuadernos/cuadernos_12_diciembre2016.pdf (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes (2008): «Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente. (Especial consideración al Estatuto de Autonomía para Andalucía)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, pp. 181-205.
- PÉREZ ROYO, Javier (2014): *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª edición (revisada y puesta al día por Carrasco Durán, Manuel), Madrid: Marcial Pons.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2012): «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, pp. 85-119.
- (2016): «Las proposiciones no de ley y otras cosas del querer», en *Agenda Pública* (20 de octubre de 2016), en <http://agendapublica.elperiodico.com/las-pro->

- posiciones-no-de-ley-y-otras-cosas-del-querer/ (página visitada el 6 de septiembre de 2017).
- RAMOS VIELBA, Irene; SILVÁN, Aitor; STAN, Loredana y POLO, Patricia (2014): «¿Hacia parlamentos autonómicos 2.0? Un balance comparado», en: Rubio Núñez, Rafael (Coord.), *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid: Cuadernos del Congreso de los Diputados.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafael (2003): *Los grupos de presión*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2014): «Knocking on the Parliaments Door (Parlamentos digitales en la era de la participación)», en Rubio Núñez, Rafael (Coord.), *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*, Madrid: Cuadernos del Congreso de los Diputados.
- SÁENZ ROYO, Eva (2010): «Informe sobre las posibles modificaciones normativas en la Comunidad Autónoma de Aragón para fomentar la participación ciudadana en la elaboración de la ley», en *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática*, núm. 1, pp. 43-69.
- TUDELA ARANDA, José (2008): *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- (2009): «Parlamento, ciudadanía y democracia representativa», en VV. AA., *Participación Ciudadana ...para una Administración deliberativa*, Zaragoza: Gobierno de Aragón.
- (2010): «Parlamento y política legislativa en materia de participación ciudadana», en *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática*, núm. 1, pp. 71-87.
- (2013): «Participación en el procedimiento parlamentario de elaboración de la ley», en Bermejo Latre, José Luis y Castel Gayán, Sergio (Eds.), *Transparencia, participación ciudadana y Administración pública en el siglo XXI*, Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIV, pp. 93-119.
- (2014): «Las Cortes de Aragón», en Bermejo Vera, José y López Ramón, Fernando (Dir.), *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters.

LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 41/2015*

*The causes of criminal connection and their application
after the reform operated by the Law 41/2015*

Ignacio José Cubillo López
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Córdoba
dc1cubli@uco.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp39-83](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp39-83)

Recibido: 29.09.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

En este trabajo se estudian las causas de conexión delictiva del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la aplicación que los tribunales pueden hacer de esta norma. Este precepto ha sido reformado en 2015 en un doble sentido: de una parte, se amplían los motivos por los que cabe considerar conexos dos o más delitos; y de otra parte, se incrementan las facultades de valoración del juzgador a la hora de apreciar si resulta necesaria o conveniente la acumulación de causas por delitos conexos. En este artículo se analizan ambas cuestiones, tanto el alcance de la apreciación que corresponde al juez para decidir entre el enjuiciamiento conjunto o separado de infracciones conexas, como el contenido y los límites de las distintas causas de

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Cubillo López, Ignacio José. 2017. «Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp39-83](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp39-83).

conexión –las antiguas que permanecen y las nuevas que se introducen– a la luz de la jurisprudencia.

Palabras clave

Conexión penal; Concurso de delitos; Acumulación procesal.

Abstract

This paper examines the causes of criminal connection of article 17 of the Law on Criminal Procedure and the application that the courts can make of this rule. This precept has been reformed in 2015 in two ways: on the one hand, the reasons why two or more offenses can be considered connected are broadened; and on the other hand, the judge's assessment powers increase when it comes to assessing whether the accumulation of cases for related offenses is necessary or convenient. This article examines both issues, both the scope of the judge's assessment to decide between the joint or separate prosecution of related offenses, and the content and limits of the different causes of connection –the old ones that remain and the new ones which are introduced– in the light of the case-law.

Keywords

Criminal connection; Contest of crimes; Procedural Accumulation.

SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. 3. El precedente del procedimiento abreviado y de la jurisprudencia anterior a la reforma. 4. Primeras resoluciones posteriores a la reforma y alcance de la valoración que corresponde al Tribunal sobre la acumulación. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 2. Los nuevos nexos de conexión. 2.1. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. 2.2. Los delitos de lesiones o daños recíprocos. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS

1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva

La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Como puede apreciarse por su denominación, esta ley tiene dos finalidades principales y una de ellas es agilizar los procesos penales, introduciendo o modificando disposiciones que sin lesionar los derechos de las partes conduzcan a un proceso más rápido y eficaz. Así, la primera modificación legal que se prevé con este fin es la de «las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales», según la Exposición de Motivos de la Ley. El objeto de este trabajo consiste en estudiar el alcance de la reforma en esta concreta materia.

Con relación a la modificación de la conexión, señala el Preámbulo de la misma Ley:

«La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elephantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se expresan en el artículo 17.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos

por separado no resulte más aconsejable. Esta valoración de la concurrencia de las reglas y condiciones de conexidad corresponde en exclusiva al juez instructor».

A la vista de este texto, cabe afirmar desde ya que el principal punto de reforma de las normas de conexión ha sido evitar la aplicación automática de los criterios legales que permiten entender que dos o más delitos son conexos y, consecuentemente, deben ser instruidos y enjuiciados en un mismo proceso.

Así, la versión originaria de la LECr disponía en su art. 300 lo siguiente: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso». Por tanto, este breve y centenario precepto establecía una regla y una excepción. La regla general sería que cada delito, o mejor: cada hecho o conjunto de hechos susceptibles de ser calificados con individualidad delictiva, integraría el objeto de un proceso; y como excepción, cuando existan varios hechos calificables de delitos conexos según la propia ley, el proceso no tendría un objeto simple sino plural, comprensivo de los diferentes hechos constitutivos de distintas infracciones penales. El problema es que esta excepción parecía imponerse de manera necesaria, en atención a la forma verbal imperativa «comprenderán», la cual daba a entender que, siempre que se estuviese en presencia de hechos punibles que la ley considerase como *delitos conexos*, su enjuiciamiento debería ser conjunto. Y la ley establecía qué delitos tenían conexión entre sí en el art. 17, con sus cinco ordinales¹.

¿Qué hace, entonces, la reforma de que tratamos? En primer lugar, suprime el citado art. 300 LECr, y su contenido, modificado, pasa a integrar el art. 17.1 LECr; de manera que en esta norma se mantiene la regla general recién mencionada: «Cada delito dará lugar a la formación de una causa», pero a la vez se altera la excepción a dicha regla, por cuanto para que proceda

¹ A fin de facilitar su consulta, recogemos aquí el art. 17 LECr en su versión anterior a la reforma de 2015: «*Considéranse delitos conexos:*

1.º *Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.*

2.º *Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.*

3.º *Los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución.*

4.º *Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.*

5.º *Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».*

el enjuiciamiento conjunto de varios delitos, no sólo será preciso estar ante hechos que revistan la apariencia de delitos conexos, sino que además se requiere que el órgano judicial aprecie que «*la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes*», en cuyo caso accederá a la acumulación de objetos procesales conexos, «*salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso*».

Dicho con otros términos: junto al elemento que podemos calificar de *objetivo*, consistente en la concurrencia de un vínculo legal de conexión entre los hechos punibles que se instruyen o enjuician, y que ya se exigía con la regulación anterior, ahora se requiere también un elemento de carácter *subjetivo* o valorativo, que igualmente debe estar presente para que el juez pueda acordar la sustanciación en un solo proceso de los distintos hechos ligados por un vínculo de conexión. El elenco de nexos objetivos de conexión se amplía –respecto del anterior art. 17 LECr– y se recoge en el apartado 2 del nuevo art. 17 LECr, como tendremos ocasión de examinar. Y las circunstancias que el órgano judicial ha de valorar para adoptar la acumulación se disponen, como se acaba de indicar, en el apartado 1 del mismo precepto.

Nótese que la valoración judicial que se exige para poder acumular dos objetos procesales conexos presenta una doble vertiente, positiva y negativa. De un lado, debe apreciarse la concurrencia *positiva* de razones de conveniencia del enjuiciamiento conjunto, que lleven a pensar que unificar la investigación y el juicio sobre hechos que de algún modo se encuentran ligados va ayudar más a su fijación como ciertos y a su calificación penal que el hacerlo por separado. De otro lado, se debe valorar si acudir a tal acumulación procesal no tendrá como consecuencia *negativa* que el proceso se complique o se ralentice de manera excesiva; no vaya a ser que aquello que se adopta con un fin de agilizar las actuaciones se convierta en motivo de dilaciones mayores.

Para valorar si la acumulación ocasionará esas posibles consecuencias negativas, de un lado, debe atenderse a que no provoque una *complicación* excesiva del proceso que pasará a tener un objeto plural, lo cual habrá que examinar caso a caso, sin que existan parámetros legales para hacerlo². De otro lado, se analizará que el enjuiciamiento conjunto no conlleve un retraso o *dilación* excesiva, y aquí la misma reforma sí proporciona un elemento de

² Como señala Muerza: «no es algo que se pueda determinar con base en unas reglas generales sino que dependerá de muchos elementos, como son: la naturaleza de los delitos, la dificultad de la instrucción, los medios materiales y humanos existentes en ese Juzgado concreto... En fin, de muchos factores que si hacen al proceso ``excesivamente`` complejo debe llevar al órgano jurisdiccional a su enjuiciamiento separado», en Muerza Esparza, *Las reformas procesales penales de 2015* (Cizur Menor: Aranzadi, 2015), 54.

comparación, ya que, como es sabido, introduce unos plazos máximos para efectuar la instrucción en el nuevo art. 324 LECr. «Por tanto, si tenemos en cuenta esos plazos, el órgano jurisdiccional deberá ponderar si la tramitación en un solo proceso de los delitos conexos se va a prolongar o no por encima de aquellos para acordar la acumulación»³.

En consecuencia, puede afirmarse que la nueva regulación ha supuesto un cambio o paso de la *necesidad* a la *conveniencia* del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos. Ya no será necesario acumular –en todo caso– el enjuiciamiento de dos o más hechos punibles cuando presenten nexos de conexión, sino que habrá que valorar –caso a caso– si existen razones positivas por las que conviene hacerlo o razones negativas por las que conviene evitarlo. De este modo, cobra un peso mayor el elemento valorativo que corresponde al juzgador⁴.

2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos

Ha de advertirse que, pese a la redacción del ahora derogado art. 300 LECr, hace más de cuatro décadas De la Oliva⁵ puso de manifiesto que la excepción a la regla, contenida en la segunda prescripción de dicho precepto –*Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso*–, no podía entenderse como imperativa, y que el tribunal había de ponderar en cada caso si debía aplicarse o no esta previsión legal. Esta ponderación se haría teniendo en cuenta los fines a los que sirve el enjuiciamiento conjunto de delitos conexos, de manera que, si en el caso concreto la acumulación conlleva los objetivos que se esperan, debería acordarse; pero si dicha acumulación no sirve para lo que se pretende con ella, o incluso tiene como resultado lo contrario de lo que se busca, el juez habría de decretar el enjuiciamiento separado de delitos que presentan nexos de conexión. Lo anterior obliga a

³ Muerza, *Las reformas...*, 54.

⁴ Con similares términos, Aguilera expresa que: «la acumulación de procesos ya no se concibe como algo automático, sino como una posibilidad en principio condicionada a la apreciación de una circunstancia positiva (que el enjuiciamiento conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes) y a otra negativa (que el enjuiciamiento conjunto no suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso). La acumulación pasa, pues, a dibujarse en términos de conveniencia, de libre apreciación subjetiva», en Marien Aguilera Morales, «La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (O «de cuando el oro parece)», *Diario La Ley*, nº 8551 (2015): 5.

⁵ Andrés De la Oliva Santos, *La conexión en el proceso penal* (Pamplona: EUNSA, 1972), 74-84. Las ideas que se exponen a continuación se apoyan en esta fuente. Esta monografía del Prof. De la Oliva fue la primera –y sigue siendo casi la única– sobre la materia, y constituye la base sobre la que se asienta el presente trabajo.

indagar en las razones de por qué la ley establece que los hechos punibles que pueden calificarse de conexos deberían ser objeto de un solo proceso.

El autor citado realiza un estudio del origen y el desarrollo históricos de lo que suele ofrecerse como respuesta clásica a la cuestión formulada, de por qué han de enjuiciarse a la vez los delitos conexos, que no es otra que la máxima latina: *continentia causae dividi non debet*. Y sucede que esta máxima «arguye una idea apriorística sobre el objeto del proceso y resulta ser una condensación de aquellos casos en que se intuye la necesidad o la conveniencia de hacer entrar en una única causa diversos objetos o materias»; pero realmente no nos ofrece una explicación de por qué la *continencia* de una causa criminal debe comprender los delitos conexos, por lo que se quedará en una petición de principios, si no se exploran las razones que están detrás de tal regla o los objetivos a los que responde⁶.

El mismo autor señala que las razones que suelen ofrecerse para justificar la acumulación procesal de objetos penales suelen ser de dos tipos: unas, relacionadas con la *seguridad jurídica*, como es el fin de evitar sentencias contradictorias; y las otras razones están ligadas con la *economía procesal*, o el ahorro y simplificación de las actuaciones.

En cuanto al primer grupo de motivos, De la Oliva cuestiona que tal acumulación sirva realmente para evitar decisiones o fallos contradictorios, al ir referida a delitos que siempre son distintos: «si se trata de delitos distintos –y la pluralidad de delitos es presupuesto esencial de la conexión– no parece que, en rigor, quepa hablar de *decisiones* contradictorias, pues lo más grave que podría suceder siguiéndose un proceso distinto por cada delito, sería que se apreciara de distinta manera por cada juzgador el elemento de parcial coincidencia que fundaría la conexión y este elemento no tiene relevancia en la decisión propiamente dicha»⁷.

El autor desarrolla con detalle esta afirmación, con referencia a los diferentes supuestos que fundan la conexión. Por ejemplo, sobre el primero de ellos (recogido en el antiguo art. 17.1º y en el actual –aunque modificado, como veremos– art. 17.2.1º, ambos LECr), relativo a la simultaneidad de delitos cometidos por personas distintas en un mismo lugar, si estos delitos se enjuician por separado no tiene por qué haber contradicción entre el fallo del delito cometido por A y el del delito cometido por B, aunque en un caso el fallo sea absolutorio y en otro condenatorio, por cuanto se trata –insistimos– de delitos diferentes. Si acaso puede que un fallo se pronuncie y el otro no, o lo hagan los dos de forma contradictoria, sobre el

⁶ De la Oliva, *La conexión...*, 77. El estudio sobre el significado e historia del brocardo latino se encuentra en las páginas 74-77, y las razones que tal máxima encierra se analizan en las páginas 77-84.

⁷ De la Oliva, *La conexión...*, 78.

elemento de la *reunión* de las dos personas en un mismo lugar y tiempo, pero este elemento «no tiene relevancia alguna para calificar y penar, en su caso, los hechos distintos cometidos por A y B»⁸.

Y algo similar sucede en el supuesto del antiguo art. 17.2º (y nuevo art. 17.2.2º) LECr, referente a delitos cometidos por personas distintas en diferentes lugares y tiempos pero con concierto para delinquir; aquí, podría haber contradicción en la apreciación del elemento «concierto», si los delitos se juzgan en procesos distintos, lo que podría ser relevante de cara a estimar que exista la agravante de premeditación, pero sólo sucedería esto y «seguiría sin poder hablarse en rigor de decisiones contradictorias: habría tan sólo criterios dispares en los distintos órganos jurisdiccionales al enjuiciar –si ello fuera posible– un aspecto coincidente en hechos distintos»⁹.

En cambio, sí puede suceder que el enjuiciamiento separado de delitos conexos impida la aplicación de ciertas normas de determinación –y limitación– de la pena, como la del art. 77.3 CP con relación a los delitos en los que uno es medio para perpetrar el otro, motivo de conexión previsto en el antiguo art. 17.3 (y nuevo art. 17.2.3º) LECr; o la regla del art. 76.2 CP con relación a los diversos delitos atribuibles a un mismo sujeto y que guardan relación o analogía entre sí, los cuales se consideraban conexos según el antiguo art. 17.5º LECr (y, aunque han perdido tal consideración, podrán sustanciarse de forma conjunta, de conformidad con el nuevo art. 17.3 LECr). Pero en estos casos, el peligro del enjuiciamiento separado no será, nuevamente, que se dicten fallos contradictorios, sino la inaplicación de una norma de penalidad. Evitar esta inaplicación, o más bien: favorecer la aplicación de dichas normas penales, puede ser un objetivo loable y atendible del enjuiciamiento conjunto de diversos delitos; pero no se confunda con el de evitar sentencias contradictorias¹⁰.

El otro tipo de razones principales que justifican la acumulación tiene que ver con la economía procesal, pues parece claro que unificar en un solo proceso la instrucción y el enjuiciamiento de diversos delitos conexos conlleva «una lógica y obligada *racionalización* de la actividad jurisdiccional»¹¹, y supone un ahorro evidente de tiempo y de energías procesales.

Junto a los motivos anteriores, pueden añadirse otros, de no menor importancia. Como que, al enjuiciar a la vez varios delitos relacionados entre sí, de

⁸ De la Oliva, *La conexión...*, 79.

⁹ De la Oliva, *La conexión...*, 79-80.

¹⁰ De la Oliva, *La conexión...*, 80, 81 y 83. Las ideas expuestas se apuntan en estas páginas, aunque con referencia a los preceptos penales equivalentes que estaban en vigor en aquel momento.

¹¹ De la Oliva, *La conexión...*, 81.

algún modo puede facilitarse el descubrimiento de la verdad material¹², pues la investigación se proyecta en conjunto sobre hechos que, pese a ser diversos y determinar una distinta calificación penal, históricamente se han producido con un cierto grado de unidad o de ligazón.

Además, puede presentarse como especialmente conveniente «que sean objeto de un único proceso aquellos complejos histórico-fácticos respecto de los cuales sea imposible o muy difícil determinar, *prima facie*, de qué lado de la frontera entre la unidad y la pluralidad delictiva se encuentran»¹³. En efecto, a veces no es fácil saber al comienzo del proceso si unos sucedidos con apariencia delictiva constituyen varios delitos diferentes, o tan solo un delito que ha sido cometido por varias personas, o en el que confluye una agravante, o si se trata de un delito complejo o de un delito continuado, etc. Por eso, en estas situaciones, puede ser muy útil que el proceso verse sobre todo ese conjunto de hechos, aunque después se determine que existió una pluralidad de delitos, a fin de que pueda acertarse precisamente en la calificación jurídico-penal de esos hechos y en la consecuente penalidad de los mismos¹⁴.

La consecuencia de todo lo anterior es que hay casos en los que conviene acumular en un proceso el enjuiciamiento de varios hechos punibles, porque así se alcanzarán los objetivos que se han apuntado, y otros casos en los que, por el contrario, no será necesaria ni conveniente dicha acumulación. Por ello, el autor citado preconizaba que la norma que establecía que «*Los delitos conexos se comprenderán... en un solo proceso*» no podía ser imperativa, sino que había de quedar a la ponderación del juzgador en el caso concreto. Y concluía que no sería precisa dicha acumulación en los siguientes casos: «En aquellos en que del enjuiciamiento conjunto no dependan cuestiones de calificación jurídica fundamentales o decisiones sobre penalidad de trascendencia indudable, atendiendo siempre al criterio de racionalización de las actuaciones jurisdiccionales, a su rapidez y a la economía procesal»¹⁵.

Nótese el parecido de tales conclusiones –escritas en 1972– con el examen que el nuevo art. 17.1 LECr exige ahora al juzgador para que pueda sustanciar en un solo proceso varios delitos calificables de conexos, sobre si concurren las circunstancias positiva y negativa antes referidas, esto es: que convenga para esclarecer los hechos y determinar la pena, y que no complique o retrase excesivamente las actuaciones.

¹² De la Oliva, *La conexión...*, 82.

¹³ De la Oliva, *La conexión...*, 82.

¹⁴ De la Oliva, *La conexión...*, 82-83.

¹⁵ De la Oliva, *La conexión...*, 83-84.

3. *El precedente del procedimiento abreviado y de la jurisprudencia anterior a la reforma*

La opinión recién expuesta –sobre que el juzgador podrá valorar si conviene o no la acumulación de delitos conexos, por no ser ésta necesaria sino sujeta a razones de conveniencia– no se quedó sólo en el terreno doctrinal, sino que tuvo su reflejo legal, cuando se incorporó a la LECr el Título con las normas del procedimiento abreviado, lo que sucedió mediante la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Entre los preceptos de este Título legal (antiguos arts. 779-798), se dispuso, en el art. 784.7ª, que: «*Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento*». Esta norma se mantuvo en vigor tras la profunda reforma del procedimiento abreviado operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, pasando a situarse en la regla 6ª del art. 762 LECr; y esta regla sólo ha sido modificada por la Ley 41/2015 en que ahora se habla de «*encausados*» cuando antes se decía «*imputados*».

Por tanto, aunque fuese de manera limitada a los delitos enjuiciados a través del procedimiento abreviado, existía una base legal, previa a la reforma actual, para que el órgano judicial pudiese valorar la conveniencia o no de separar la tramitación procesal de varios delitos que apareciesen como conexos. Como puede leerse en la norma citada, la conveniencia de separar se mediría en razón de si ello supone una «simplificación» y «activación» de las actuaciones, es decir, en razones de *economía procesal*; y se acordaría cuando existiesen elementos para juzgar cada delito con independencia, lo que no es muy claro qué significa, pero podemos entender que se refiere a que los distintos hechos punibles pudieran calificarse correctamente de forma autónoma, o si se quiere: con *seguridad jurídica* (sin incurrir en contradicciones o, en términos clásicos, sin romper la continencia de la causa).

Con apoyo en esa base legal se fue generando una jurisprudencia cada vez más favorable a cuestionar el presunto carácter imperativo del entonces todavía vigente art. 300 LECr, en la que se hablaba del llamado «principio de indivisibilidad» de los procedimientos, siendo la acumulación de delitos conexos una manifestación de esta *indivisibilidad*. En esta jurisprudencia se precisaba que: así como cuando el proceso versa sobre un solo hecho punible –con distintos elementos– la indivisibilidad del procedimiento es del todo *necesaria*, no sucede lo mismo cuando existen distintos hechos punibles que resulten conexos, pues aquí, en función de cuál sea el tipo de nexo entre ellos, la unidad de procedimiento puede ser necesaria o solo *conveniente*. La necesidad o conveniencia de la conexión se cifrará en razones ligadas al acierto en el enjuiciamiento o a la economía procesal; y estas razones las tendrá que valorar el

juzgador en el caso concreto, para decidir si acumula o separa las causas. Como ejemplo de la vigencia de esta «conexión de conveniencia» está la norma del procedimiento abreviado, recién referida. Y todo ello abunda, concluye la misma jurisprudencia, en el carácter *no imperativo* de la segunda prescripción del viejo art. 300 LECr. Pensamos que la sentencia básica en la que se expone esta doctrina jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante STS– de 5 de marzo de 1993 (RJ\1994\700), en la que se afirma:

«La conexión es, prima facie, una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos, pero no implica (a diferencia de cuando se trata de un hecho único) la necesidad de esa indivisibilidad. La indivisibilidad obliga a reunir en el enjuiciamiento todos los elementos de un mismo hecho de forma que responda aquélla a la existencia de una única pretensión punitiva cuya resolución no puede fraccionarse. La conexidad, por el contrario, agrupa hechos distintos (al menos desde el punto de vista normativo, al ser susceptibles de calificación separada) que por tener entre sí un nexo común, es aconsejable se persigan en un proceso único por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. Ese nexo puede resultar de la unidad de responsables, de una relación de temporalidad (simultaneidad en la comisión) o de un enlace objetivo de los hechos. Pero la fuerza unificadora del nexo, no es la misma en todos los casos, especialmente en el de coetaneidad de la ejecución, en el que la simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes, puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas, mientras no lo permite, en cambio, la comisión conjunta por varios partícipes, obrando de acuerdo, de unos mismos hechos simultáneos. Esta distinción entre conexidad necesaria y conexidad por razones de conveniencia o economía procesal, aparece reconocida en la actual regla 7ª del art. 784 LECr... con lo que viene a reconocer que hay casos en los que la regla del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos no es una regla imperativa y de orden público y hasta debe ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso».

Esta sentencia es seguida y citada por otras resoluciones posteriores, en las que se recoge la misma doctrina. Como ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia –en adelante TSJ– de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2011 (ARP\2011\1145); en él se rechaza la acumulación pretendida de un procedimiento abreviado por diversos hechos punibles (relativos a la presunta financiación irregular del Partido Popular, en el conocido como *caso Gürtel*), con un procedimiento ante el Tribunal del Jurado, por un delito de cohecho pasivo impropio (por aceptar prendas de vestir como regalo). Y se rechaza la acumulación de los dos procedimientos por distintos motivos, pero entre ellos por la doctrina recién expuesta –de la «conexión de conveniencia»–, concluyendo al respecto que: «se viene a permitir el enjuiciamiento separado aun existiendo conexidad, con lo que se entiende que viene a reconocerse que existen supuestos en los que la regla del enjuiciamiento

conjunto de los delitos conexos (art. 300 LECrim), no es una regla tan imperativa sino que puede ceder ante razones de eficacia de la justicia»¹⁶. En el mismo Auto del TSJ valenciano, se añade que un elemento relevante para valorar si conviene o no acumular puede ser el *estado en el que se hallen las causas* que inicialmente están separadas, pues si una de ellas se encuentra con la instrucción ya cerrada y el objeto procesal ya delimitado, y la otra no, unificar ambos procedimientos puede ser muy antieconómico; dice así:

«El actual estado procesal de la causa del procedimiento del Tribunal del Jurado donde ya se ha procedido a la calificación de los hechos, la duración de dicha instrucción, las diligencias ya practicadas y conclusiones asumidas por el Instructor, aconsejan restringir la valoración sobre la acumulación pretendida a supuestos que pudieran implicar una absoluta, estricta e indisoluble conexión de los hechos. Es decir, a la anteriormente denominada «conexidad necesaria o inevitable» por opuesta a la de «conveniencia». Lo contrario, implicaría afectar seriamente al estado procesal y originar una posible no justificada dilación de dicho procedimiento del Jurado, que sin perjuicio de lo que resulte tras la audiencia preliminar, aparece con un objeto procesal ya conformado. Y ello porque de acceder a la acumulación en estas circunstancias, daría lugar a la reapertura de la instrucción con posible nueva retransformación del procedimiento del Jurado de nuevo al de diligencias previas del procedimiento abreviado (...)».

En alguna otra resolución, precisamente porque las causas inicialmente separadas se encuentran en el mismo estadio procesal –abierta la fase de enjuiciamiento y pendiente la celebración del juicio oral– se estima que lo más adecuado es proceder a la acumulación por conexión, como el Auto de la Audiencia Provincial –en adelante AAP– de Sevilla de 15 de febrero de 2010 (JUR\2011\232271). En este caso, una vez establecido que concurre uno de los nexos legales de conexión –aquí, el del antiguo art. 17.5º LEC–, el tribunal valora que la acumulación presenta serias ventajas frente a la separación de causas: no sólo que no se generan dilaciones, por la situación temporal ya señalada; sino que además puede facilitarse el acierto en la calificación penal, pues podría tratarse de un delito continuado, al afectar a hechos de la misma naturaleza delictiva; y pueden evitarse repercusiones negativas en caso de ejecución de condenas, puesto que si se condena por separado, podría incurrirse en reincidencia. En cualquier caso, con independencia del resultado favorable a la acumulación por conexión o a la división en la tramitación, lo que se pone de relieve, una vez más, es que el órgano judicial, además de examinar si concurre una causa legal y objetiva de conexión, *valora la conveniencia* o no del enjuiciamiento conjunto de los distintos hechos punibles.

¹⁶ Otro ejemplo, con las mismas cita, doctrina y conclusión, es el de la Sentencia del TSJ de Islas Canarias de 3 de septiembre de 2014 (ARP2015\696).

No obstante las resoluciones anteriores, nos parece que la sentencia más relevante sobre lo que venimos tratando es la STS de 26 de junio de 2012 (RJ2012/9057), y ello por varios motivos: 1º porque proviene del Tribunal Supremo y no de tribunales inferiores; 2º porque, aunque sin citar su nombre, se hace eco explícitamente de la postura doctrinal del Prof. De la Oliva, que hemos referido y que influyó en la doctrina jurisprudencial posterior; 3º porque se cita y se recoge esta jurisprudencia con claridad, sobre la «conexión necesaria» y la «conexión por razones de conveniencia»; y 4º porque se concluye de un modo muy expresivo que el art. 300 LECr debe interpretarse, no de forma literal sino *teleológica*, lo que determina que la acumulación de delitos conexos no sea siempre necesaria sino en ocasiones únicamente conveniente, en función de si con ella se cumplen —o no— los fines propios de la institución. Veámoslo:

«Procesalmente el efecto primordial de la conexidad es la necesidad de enjuiciamiento conjunto en una sola causa que impone el art. 300 LECriminal ¿Es una necesidad legal? Los términos del art. 300 parecen imponer esa interpretación: siempre que haya delitos conexos es obligada la tramitación conjunta. Pese a ello resulta de enorme interés la propuesta interpretativa de algunos comentaristas que, apoyándose en razones prácticas y acudiendo a ejemplos de derecho comparado, entienden que la acumulación y tramitación conjunta podrá rechazarse cuando no concurren las razones de fondo que sirven de base al art. 300. Si la necesidad de acumulación va a suponer un retraso injustificado e inútil en la tramitación y no existe peligro de sentencias contradictorias, no será obligada la acumulación al no concurrir las causas teleológicas que fundamentan la institución, pese a existir conexidad. Ésta solo operará a efectos de acumulación cuando se cumplan las finalidades de la institución. La acumulación y enjuiciamiento conjunto sí serán obligados cuando tengan repercusiones en la penalidad (piénsese especialmente en los casos de concurso ideal medial o en los delitos continuados). Por eso se ha llegado a hablar de una conexidad necesaria y una conexidad por razones de conveniencia (vid. STS de 5 de marzo de 1993 y en la misma línea de relativización de la necesidad de enjuiciamiento conjunto, STS 471/1995, de 30 de marzo). Si los arts. 17 y 300 LECriminal responden a razones de agilización de trámites y celeridad, no debe procederse a esa acumulación cuando de la misma solo se van a derivar dilaciones (...).

Por tanto aun cuando se admitiese que estamos ante posibles delitos conexos, ninguna irregularidad relevante se derivaría de ahí, como reconoce el propio legislador al romper la regla combinada de los arts. 300 y 17 LECriminal en diversos casos (formación de piezas separadas, v.gr.) suavizando las consecuencias del art. 300 LECriminal y dejando un cierto margen de discrecionalidad al Juzgador para en atención a las circunstancias concretas y al estado de las causas proceder o no a la acumulación procesal de objetos penales. Sólo cuando puedan derivarse de la decisión sobre acumulación efectos sustantivos no corregibles por la vía del art. 988 de la LECriminal debe evitarse la separación».

Existen otras sentencias del TS que siguen a esta última, van en la misma línea y son aún previas a la reforma de la LECr de 2015, como la STS de 30 de diciembre de 2013 (RJ\2013\7715), en la que se señala que un elemento que debe valorarse, al ponderar sobre las ventajas o los inconvenientes que presenta la acumulación frente a la separación de causas, es qué consecuencias tendrá esta decisión en el *desarrollo de los actos de prueba*; porque, claro, si el proceso versa sobre una pluralidad variada de hechos punibles, en los que han intervenido un elevado número de personas, esto puede requerir multitud de actos de prueba, para los que habrá que citar –y dar la oportunidad de intervenir en ellos– a todos los sujetos acusados, y respecto de todas las pruebas que se practiquen, también sobre aquellas que versen sobre hechos que les resulten ajenos. Todo lo cual puede ser muy gravoso para los propios acusados, sus defensas y representantes, además de complicar la tarea de valorar la prueba, si corresponde a un solo tribunal, que deberá presenciar y apreciar una multiplicidad de actos probatorios, dispersos y extendidos a lo largo del tiempo.

En definitiva, pensamos que todo este estado de opinión, doctrinal y jurisprudencial, sirvió de genuino precedente de la reforma legal que se produce en 2015, en virtud de la cual la decisión de enjuiciar conjuntamente varios hechos punibles ya no se producirá de forma automática o necesaria, en todos los casos en que exista conexión delictiva, sino que obedecerá a una valoración del tribunal, en la que tendrá en cuenta los distintos elementos que se han ido apuntando y que, sintéticamente, recoge el nuevo art. 17.1 LECr. Esta valoración se producirá en todos los procesos penales, y ya no sólo en el procedimiento abreviado.

4. *Primeras resoluciones posteriores a la reforma y alcance de la valoración que corresponde al tribunal sobre la acumulación*

El nuevo art. 17.1 LECr deja bastante margen de discrecionalidad al juzgador para decidir si procede *acumular* o *separar* el enjuiciamiento de varios delitos conexos. Desde que se aprobó la reforma, se han dictado varias resoluciones en las que se aplica ese precepto, con uno y otro resultado. El examen de algunas de estas resoluciones nos permite constatar cómo se está llevando a la práctica la valoración judicial a la que nos referimos y nos sirve para recapitular cuáles son los elementos en que ha de fijarse el juzgador cuando efectúe dicha valoración.

Ya hemos señalado que, para que el juzgador acuerde la acumulación, en primer lugar debe ponderar que concurran razones *positivas* de conveniencia, ligadas, según el tenor literal del precepto, con el «esclarecimiento de los hechos» o con la «determinación de las responsabilidades» derivadas de esos hechos. Téngase en cuenta que, desde la perspectiva de estos dos extremos, pueden concurrir razones no sólo de conveniencia sino de necesidad. Es

decir, en ocasiones puede ser *altamente conveniente o incluso necesario* que el proceso verse sobre todos los hechos punibles que se hallen estrechamente ligados, bien porque no se sabe dónde empiezan unos y dónde acaban otros, bien porque unos son medios para cometer u ocultar otros, bien porque han sucedido a la vez al ser actos recíprocos –de un sujeto para con otro y de este segundo para con el primero–, etc. Por tanto, hay determinadas situaciones fácticas en las que, si se quiere alcanzar un grado razonable de certeza respecto de los hechos que han ocurrido, y a fin de poder calificar jurídicamente tales hechos con un mínimo de acierto, e incluso de cara a la aplicación de normas relevantes de penalidad, se hace preciso que el tribunal adopte la acumulación de lo que –desde el principio o después– pueden llegar a ser varios objetos procesales. Entendemos que este tipo de motivos se relacionan con el *acierto en el enjuiciamiento* y en ellos puede haber más una razón de necesidad que de conveniencia.

Y lo mismo sucede cuando el motivo de la acumulación tiene que ver con la *seguridad jurídica*, esto es, con evitar que haya duplicidades o pronunciamientos paralelos sobre la misma cuestión (o sobre cuestiones muy similares o muy relacionadas), en los que exista el riesgo de decisiones contradictorias, al menos en algunos de sus elementos. Aquí también estamos ante casos de necesidad –o de muy alta conveniencia– del enjuiciamiento conjunto, más que ante supuestos de mera –o sencilla– conveniencia. En este sentido, resulta ilustrativo el Auto de un Juzgado Central de Instrucción –en adelante JCI– de 30 de diciembre de 2015 (ARP\2015\1452) en el llamado *Caso familia de ex Presidente de la Generalitat de Catalunya*, en el que se afirma lo siguiente (la cita es del F.J. 4 y algo extensa pero pensamos que vale la pena):

«Como apuntaba el Fiscal en su requerimiento de inhibición, el fundamento teleológico que subyace bajo el «instrumento jurídico» de la acumulación por conexidad resulta dual, obedeciendo por un lado, a razones de funcionalidad jurídico-procesal –conceptualizadas por nuestro Tribunal Supremo, como supuestos de conexidad contingente o facultativa–, y, por otro, a razones de carácter sustantivo fruto de la necesidad de evitar pronunciamientos paralelos sobre una misma cuestión, corriendo el riesgo de que los mismos pudieran ser contradictorios entre sí –supuestos denominados como «conexidad necesaria».

En este caso, la acumulación por conexidad de los procedimientos judiciales en curso de instrucción resulta no ya sólo funcional, sino asimismo necesaria.

Un simple cotejo entre los hechos objeto de las Diligencias seguidas ante este Juzgado (DP 141/2012) y los de la causa penal seguida en Barcelona (DP 3163/2014), pone claramente de manifiesto la concurrencia en el presente caso de criterios de conexión (art. 17 LECrim), tanto en relación con los inculpados (conexidad subjetiva), como en relación con los hechos

punibles (conexidad objetiva). Asimismo existe conexión por favorecimiento de la impunidad de otros delitos.

Como se ha indicado anteriormente, los vínculos existentes entre los miembros de la familia; sus pautas comunes de comportamiento; la coordinación de actividades; la asignación de roles; la distribución o reparto de cantidades multimillonarias entre todos ellos en función de los ingresos que recibían en las cuentas bancarias ocultas que mantenían en jurisdicciones extranjeras; y el particular sistema de rendición de cuentas existente para controlar esos repartos de fondos, revelan la existencia de un patrón de comportamiento reiterado durante años, que apuntan elementos básicos de una organización cuyos perfiles definitivos están aún bajo investigación y pendiente de calificar.

A los limitados y estrictos efectos de esta resolución, puede afirmarse que existen indicios de que los miembros de la familia P.F. han venido orquestando durante años una estrategia compartida y coordinada para desarrollar distintos negocios económicos, generar réditos, ocultarlos, y distribuirlos entre todos de acuerdo con criterios establecidos para conseguir el lavado de los activos conseguidos.

Por esta razón, la investigación y enjuiciamiento acerca de la regularidad del origen de la fortuna amasada a lo largo de los años por los miembros de la familia P.F. y las estrategias puestas en marcha para el blanqueo de los capitales generados, no debe ni puede desarrollarse de modo autónomo de la investigación y enjuiciamiento de los hechos que se atribuyen al propio J.P.S. y otros miembros de la familia en cuanto al origen y gestión de los concretos fondos aparecidos en Andorra y respecto de los que mantienen el referido origen hereditario. Y ello porque pudieran derivarse pronunciamientos contradictorios sobre asuntos sustancialmente idénticos, al menos parcialmente, en lo objetivo y lo subjetivo. El conocimiento de estos hechos de manera arbitraria y artificial en procedimientos separados y la consiguiente fragmentación de los hechos, impediría ganar una visión de conjunto sobre los mismos que sitúe a cada miembro de la familia en su justa posición, y vulneraría los principios de indivisibilidad, homogeneidad e identidad fáctica.

Procede por tanto aceptar la competencia de este Juzgado Central para el conocimiento de los hechos a que se refieren las Diligencias Previas número 3163/2014, aceptando la inhibición acordada por el Juzgado de Instrucción número 31 de los de Barcelona».

De esta resolución —y de otras anteriores— se desprende que cuando en la jurisprudencia se habla de «conexión (o conexidad) necesaria» se suele estar aludiendo a la que se basa en motivos de *seguridad jurídica* o de evitar pronunciamientos paralelos y/o contradictorios¹⁷. Pero, como decimos, también

¹⁷ Otro ejemplo reciente en el que se decide acumular por un motivo similar es el del Auto del JCI de 15 de febrero de 2016 (JUR/2016/35828): «Con ello se evitará el enjuici-

puede tener ese carácter necesario o «sustantivo» (según otro calificativo del mismo auto anterior), la conexión orientada a que *se acierte al enjuiciar*, lo cual podemos referir a las tareas consistentes en «esclarecer los hechos» ocurridos, calificarlos debidamente, y «determinar las responsabilidades» que de ellos se pudieran derivar, por emplear algunos de los términos del art. 17.1 LECr. En cualquier caso, conforme a este precepto, el juez que valora si procede o no la acumulación procesal de delitos conexos debe examinar si con ella se favorece positivamente, sea con grado de necesidad o de conveniencia, alguno de los motivos de seguridad jurídica o de acierto en el enjuiciamiento, que se acaban de apuntar.

Y, en segundo lugar, el juzgador debe valorar si el enjuiciamiento conjunto de los delitos supondrá una ventaja o un inconveniente desde la perspectiva de la *economía procesal*. En el citado precepto, como sabemos, esta valoración se presenta de modo *negativo*, pues se indica que el tribunal no acordará la acumulación cuando «*suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso*». En particular, como hemos adelantado, es de suponer que la acumulación habrá de denegarse si se calcula que la instrucción conjunta de los delitos conexos superará el tiempo previsto para esta fase procesal – con sus plazos y prórrogas– en el art. 324 LECr.

Pero además, sucede que en ocasiones acumular la instrucción y el juicio sobre distintos delitos, más que propiciar un ahorro de tiempo y de actividad jurisdiccional, tiene como resultado que la tramitación procesal de los actos se complica en exceso o se dilata mucho en el tiempo; como ocurre cuando el conjunto de delitos que se unen es elevado, o cuando los sujetos a quienes se atribuyen son muy numerosos. De forma que una de las finalidades que se ha buscado con la reforma de 2015, como se declara en su Exposición de Motivos y señalamos al inicio, es evitar los llamados «macroprocesos». Y así nos encontramos con algunas resoluciones dictadas al poco de aprobarse la reforma que responden a esta finalidad, como el Auto de un Juzgado de Instrucción –en adelante JI– de Sevilla de 21 de diciembre de 2015 (ARP\2015\1450), en el *Caso ERES en Andalucía*, en el que acuerda la división de la causa en nueve piezas separadas, para facilitar la tramitación de las actuaciones; o el del JCI de 30 diciembre de 2015 (ARP\2016\88), en el *Caso Operación Púnica*, en el que se confirma la división del procedimiento en doce piezas distintas, con la misma intención. Así, en este último Auto se afirma, gráficamente:

«No hay ruptura de la continencia de la causa, sino un intento de ordenar asequiblemente la marcha procesal de la misma, pues cabe hacerlo a distintas velocidades en función de la materia que se va a ubicar en cada una de las

ciamiento paralelo de ambos procedimientos con repetición de pruebas que pueden ser practicadas en un único procedimiento».

diferentes piezas, y la intención, conforme permite el art. 762.6 de la LE-Crim, es evitar dilaciones para pasar al juicio oral cuanto antes a aquellos investigados que por la sencillez de sus hechos punibles podrían ya ser sometidos a juicio oral por tener ya toda la prueba, independiente de la que le afecte a otros; a la vez, no complicar la marcha de la presente instrucción haciendo cientos de notificaciones inútiles e innecesarias en algunos extremos a partes a las que determinadas diligencias no les afectan; no hacer esperar a unos, por lo que finalmente solo atañe a otros, y en definitiva no alargar ni hacer voluminosas instrucciones que lleven como ha ocurrido en casos mediáticamente notorios (juicios sobre hechos ocurridos en Marbella en el pasado) a juicios orales impracticables, de meses y meses, en muchas sesiones en las que el Juez no puede recordar ni asimilar tanta información para poner Sentencias intratables por lo prolongadas y que a las partes impudadas también afectan, pues les generan agendas sorpresivas y les obligan a acudir a sesiones de juicio en las que lo único que hacen es escuchar diligencias que no incumben a sus representados; en definitiva a hacer perder el tiempo y a prolongar la sensación de que la Justicia española es lenta».

Por ello, en este caso se entiende que, aunque la causa haya comenzado siendo única por concurrir nexos de conexión entre los delitos investigados, «por razones de conveniencia, manejabilidad y respeto a otros derechos de otros investigados, se deba proceder a su troceo para ir independizando hechos y circunstancias diferenciables con su oportuna prueba singularizada, y así acelerar enjuiciamientos que eviten dilaciones a aquellos cuya parte de la instrucción ha sido más sencilla y está ya agotada». Y se citan, como apoyo, algunas SSTs de 2015, poco anteriores a la reforma, que insisten en que «el enjuiciamiento fragmentado en piezas separadas es recomendable en aquellos procesos que cuenten con múltiples objetos para acelerar, agilizar y simplificar el enjuiciamiento (...). Que una parte pueda tener que acudir a más de una pieza, es un «precio» procesal que debe pagarse para que a otras cien o más les baste con acudir a una y no tener que estar presente en todas».

Por tanto, como puede apreciarse, en algunos casos resultará preferible que la causa que empieza como única se divida en varios procesos o en varias piezas separadas, de suerte que cada hecho delictivo —o conjunto de hechos— que presente autonomía pueda seguir su propio itinerario procedimental (o lleve su propia «velocidad»), a fin de acotar la instrucción y los actos de que se componga, y después la calificación y los posteriores actos de prueba, a aquello que sea razonable, proporcionado y asumible para las partes afectadas y para los órganos judiciales que hayan de actuar¹⁸.

¹⁸ Otro ejemplo reciente de división de la causa en varias piezas separadas, por una adecuada celeridad procedimental, es el del Auto de un JI de Valencia de 12 de noviembre de 2015 (JUR\2015\264330), en el *Caso Vaersa*, en el que se declara: «En definitiva, los hechos que se exponen en este auto y por los que se solicita la formación de pieza separada pueden ser objeto de investigación y, en su caso enjuiciados, con independencia de los

Y con la misma lógica, de velar por la economía procesal y por un desarrollo razonable de las actuaciones, cuando se pretenda la acumulación de causas que han comenzado por separado, por entender que existen motivos de conexión, habrá que atender a cuál es el estado concreto de cada causa; porque si se encuentran en fases distintas, es posible que no merezca la pena que la más adelantada «espere» a que alcance su situación la más atrasada, no sólo por la dilación que supone este tiempo de espera (de lo que podría proseguir y finalizar por su cuenta), sino también porque la unificación de objetos procesales puede conllevar además que haya que reabrir o volver a realizar algunos trámites ya cerrados.

No obstante, y para terminar, entendemos que estas razones ligadas con la economía procesal, y que pueden propiciar que se separe o que se no acumule el enjuiciamiento de delitos que son conexos, sólo entrarán en juego cuando no exista un motivo de fondo que requiera la acumulación. Es decir, si concurre un motivo de los que propician la llamada conexión «necesaria» o «sustantiva», relativo a la seguridad jurídica, o a que se pueda calificar como es correcto, deberá decretarse la acumulación; y sólo cuando no haya una razón de genuina *necesidad*, podrá atenderse –para decidir entre la acumulación o la separación de causas– a las razones de economía procesal, razones que son siempre de *conveniencia*. Por ello, la conexión fundada únicamente en la economía procesal se denomina –en la jurisprudencia que hemos examinado– como conexión «conveniente» o «contingente» o «de mera funcionalidad procesal»¹⁹.

II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA

Acabamos de ver cómo el nuevo art. 17.1 LECr regula el elemento valorativo –o de apreciación subjetiva– que se requiere para acordar la acumulación procesal de delitos que presentan nexos de conexión. Ahora

que son investigados en las Diligencias Previas 928/14, sin menoscabo ni ruptura de la continencia de la causa, lo que a su vez permitirá simplificar las Diligencias Previas y acelerará notablemente en el tiempo la resolución judicial que en definitiva recaiga sobre tales hechos conforme a la previsión del Legislador contemplada en el precepto transcrito, eludiéndose así dilaciones indebidas».

¹⁹ Por razones de espacio, en este trabajo no abordamos los aspectos directamente relacionados con el tratamiento procesal de la conexión, que además presentan muchos interrogantes, pues el silencio legal al respecto es tan amplio como llamativo; y la reforma de 2015 no se ha ocupado en absoluto de ellos. Ahora sólo diremos –con referencia a lo que se acaba de señalar– que la decisión del Juez sobre el enjuiciamiento conjunto de hechos punibles con apariencia de delitos conexos habrá de exteriorizarse y razonarse, por toda la valoración que entraña, y debe poder impugnarse. Dejamos para un futuro trabajo (D.m.) la concreción y el desarrollo de esta y otras importantes cuestiones del tratamiento procesal.

vamos a estudiar cuáles son los *nexos objetivos* o *vínculos de conexión* que recoge la ley, en el nuevo art. 17.2 LECr.

Ya se ha adelantado que el viejo art. 17 contenía cinco casos en los que entendía que los delitos eran conexos. Los cuatro primeros se mantienen en el nuevo art. 17.2, con alguna modificación en el primero de ellos, como veremos enseguida; y el quinto supuesto del precepto antiguo pasa a regularse en el nuevo art. 17.3, aunque sin darle la consideración de una causa de conexión, pero permitiendo que también provoque el enjuiciamiento conjunto de los delitos a los que se refiere –atribuidos al mismo sujeto y con analogía o relación entre sí– siempre que se cumplan ciertas condiciones²⁰. Además, en el nuevo art. 17.2 se añaden otros dos supuestos de conexión: *Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente* (núm. 5º), y *Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos* (núm. 6º).

Veamos en primer lugar los vínculos de conexión que permanecen tras la reforma, y en qué medida se mantienen; para examinar posteriormente los nuevos nexos y su alcance.

1. *Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva*

En algunas resoluciones previas a la reforma se decía que los motivos 1º y 2º del viejo art. 17 LECr se referían a la llamada «conexión subjetiva», en tanto que los motivos 3º y 4º eran los propios de la «conexión objetiva», y el motivo 5º regulaba la denominada «conexión mixta». Por ejemplo, así se expresan la Sentencia del TSJ de Andalucía-Granada de 2 de junio de 2015 (JUR\2015\200333), o el AAP de Sevilla de 15 de febrero de 2010 (JUR\2011\232271), entre otras. Por lo general, estas resoluciones no

²⁰ Tampoco trataremos en este estudio el contenido del nuevo art. 17.3 LECr, ni el acierto o desacierto que supone haber excluido el supuesto al que se refiere de los nexos de conexión. Únicamente anotamos que la intención del legislador de 2015 ha sido la que indica en su Exposición de Motivos: «La novedad de la reforma consiste en establecer que la simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo se justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, y siempre que con ello no se altere la competencia. Así, además, se evitará el frecuente trasiego de causas entre distintos juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos». De nuevo apuntamos aquí nuestro propósito de volver sobre este precepto, ahora no abordado, pero tan relacionado con los apartados 1 y 2 del mismo art. 17 LECr, en algún trabajo próximo.

explicitan la razón de las denominaciones utilizadas, aunque parece claro que aluden al tipo de vínculo existente entre los delitos que se quieren juzgar conjuntamente. Así, en los dos primeros motivos, el nexo guarda relación con los *sujetos*, pues se trata de delitos cometidos por diferentes personas pero que se han vinculado en su intención criminal. En cambio, en la llamada «conexión objetiva», la ligazón se produce propiamente entre los *hechos punibles*, pues unos delitos han sido medio o instrumento para perpetrar otros delitos o para procurar su impunidad, con independencia de que se hayan cometido por una sola persona o por varias. En el último motivo, de carácter *mixto*, que ha dejado de existir como tal motivo de conexión, el enlace entre los delitos que se enjuician se produce tanto en razón de los hechos punibles, que deben presentar analogía o relación entre sí, como en razón del sujeto, al tratarse de un supuesto que comporta unidad de sujeto activo.

1.1. La llamada conexión subjetiva

Centrándonos en la llamada «conexión subjetiva», la reforma de 2015 ha modificado el tenor del primero de los nexos legales de conexión. El viejo art. 17.1º LECr consideraba delitos conexos: «*Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito*». En tanto que el equivalente nuevo art. 17.2.1º dice de modo más breve: «*Los cometidos por dos o más personas reunidas*». Por su parte, el segundo motivo de uno y otro precepto (viejo art. 17.2º y nuevo art. 17.2.2º) tienen idéntico tenor literal, y se consideran delitos conexos: «*Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello*».

A nuestro juicio, estos dos supuestos de conexión tienen que ser examinados de manera conjunta, pues cabe entender que uno es complementario del otro. En ambos casos, los diversos delitos que pueden tener la consideración de conexos se atribuyen a varios autores. Es decir, junto a la pluralidad delictiva propia de todo caso de conexión²¹, se requiere una pluralidad de sujetos responsables de esas varias infracciones penales; los diversos autores han podido cometer la misma infracción penal, o infracciones diferentes, pero tanto en los casos del núm. 1º como del núm. 2º del art. 17.2 LECr hay presente un elemento que vincula subjetivamente a esa pluralidad de autores. En los casos del núm. 1º, el elemento que comporta el nexo es la *reunión*: las personas que perpetran los delitos susceptibles de enjuiciarse a la vez debían

²¹ «Para nosotros, la conexión en el proceso penal tiene como presupuesto fundamental una pluralidad de hechos punibles, una pluralidad de hechos que revisten caracteres de delito» (De la Oliva, *La conexión...*, 20).

estar «*reunidas*» en el momento de su comisión, según el tenor legal. Y en los casos del núm. 2º, el elemento que provoca la ligazón entre los delitos es el *concierto*: debe haber «*precedido concierto*», o un acuerdo previo para delinquir, entre las personas a quienes se atribuyen los delitos que pueden considerarse así conexos; personas que en este caso, a diferencia del anterior, no se encontraban reunidas: se hallaban «*en distintos lugares o tiempos*» cuando llevaron a cabo su actividad criminal.

Como decimos, la redacción del núm. 1º del nuevo art. 17.2 LECr ha sido modificada respecto de la misma causa de conexión en la regulación anterior. Los puntos de reforma consisten en dos supresiones en la nueva norma. De un lado, en la redacción actual se suprime la referencia a que los delitos cometidos por varias personas reunidas se hayan perpetrado *simultáneamente*. Esta referencia había sido criticada y matizada por la doctrina, pues ya Gómez Orbaneja señaló que no era preciso que los distintos delitos hubieran tenido exactamente el mismo desarrollo temporal, sino que bastaba con que se hubieran cometido «al mismo tiempo», según el sentido corriente y natural de la expresión, es decir, como realidades que acontecen con unidad temporal; por eso, la «simultaneidad» se podía traducir en ocasiones por «continuidad»²².

En nuestra opinión, tal supresión resulta acertada, pues la exigencia de simultaneidad podía confundir; entendemos –con el autor anterior– que lo relevante en estos casos es que los delitos se hayan cometido al mismo tiempo, con *unidad temporal*: sea el mismo delito perpetrado por varios autores, en cuyo caso la unidad temporal será plena o casi plena, pudiendo haber incluso simultaneidad, o sean diferentes delitos pero cometidos por personas que están *reunidas*. Es más, consideramos que precisamente el elemento «reunión» ofrece la clave, pues implica de por sí una pluralidad de sujetos que, no sólo se encuentran en un mismo sitio o con conexión espacial, sino también que realizan una actividad a la vez; es decir, dicho término lleva implícito el actuar con «unidad espacial» y con «unidad temporal», aunque una y otra puedan entenderse en un sentido amplio y variado, sin excesivas rigideces. Cuando falta esa «unidad espacial» o esa «unidad temporal» en delitos que se cometen por distintas personas que también están unidas en su intención criminal, pero la unidad viene dada por el acuerdo previo para delinquir, estaremos ante el supuesto núm. 2º del mismo precepto.

²² Emilio Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I (Barcelona: Bosch, 1947), 441. Este autor añadía que: «El acento debe ponerse en la continuidad más bien que en la momentaneidad». En el mismo sentido, con cita del anterior, De la Oliva, *La conexión...*, 39, el cual indicaba: «Bien entendido que simultaneidad quiere decir *continuidad*». Y se refiere a los dos autores anteriores, Muerza, *Las reformas...*, 26.

De otro lado, la redacción del núm. 1º del nuevo art. 17.2 LECr ha suprimido la condición de que las personas que cometen delitos estando reunidas se hallen sujetas a tribunales distintos, para que pueda entenderse que tales delitos son conexos al amparo del citado precepto. Esta exigencia legal también había sido criticada por la doctrina, y ya en su día De la Oliva abogó por su supresión²³. Lo relevante para considerar dos o más delitos como conexos es que entre ellos medie un nexo que la ley establezca y que encierre un motivo de necesidad o de conveniencia para la acumulación procesal. Esta necesidad o conveniencia de la acumulación deberá apreciarla el juzgador en cada caso concreto, como hemos visto (en el epígrafe 1), pero todos los supuestos de posibles delitos conexos se han fijado legalmente porque afectan a situaciones en las que resulta previsible que sea aconsejable el enjuiciamiento conjunto. En los casos del art. 17.2.1º, el motivo de conveniencia se cifra en que los delitos se han cometido con «reunión» de sus autores para delinquir. Si los autores de estos delitos conexos determinan la competencia de tribunales distintos, es una consecuencia a la que habrá que atender después para resolver debidamente qué órgano judicial conocerá del único proceso; pero no tiene por qué convertirse en un requisito previo para entender que existe conexión²⁴.

La confusión anterior quizá obedecía a un problema que todavía persiste, y es que la regulación de la conexión se sitúa legalmente entre las normas de competencia penal, cuando en realidad es una institución que puede afectar o no a la competencia; es decir, hay delitos conexos cuyo enjuiciamiento se atribuye a diferentes órganos competentes, de suerte que, si se acumula su tramitación, es preciso fijar qué tribunal debe conocer. En cambio, hay otros supuestos de delitos conexos que son competencia del mismo órgano tanto desde el punto de vista objetivo o funcional como territorial. Por ello, entendemos que la conexión debería estar regulada en otra sede, bien con un capítulo propio²⁵, bien con las normas que disciplinan el objeto del proceso y su posible pluralidad, o con otras. Pero no podemos entrar ahora a esta cuestión, sino sólo apuntarla.

²³ De la Oliva, *La conexión...*, 39. En la misma línea se pronunciaba Juan Luis Gómez Colomer, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 56.

²⁴ Por eso nos parece criticable, aunque lo digamos sólo de paso, que el art. 17.3 LECr impida, no la conexión pero sí la acumulación de causas, cuando los distintos delitos cometidos por el mismo sujeto y con relación o analogía entre sí conlleven un diferente tribunal competente.

²⁵ En este sentido, Muerza, *Las reformas...*, 53; este autor considera que dicho capítulo específico sobre la conexión debería incluir: las reglas o vínculos de conexión; el régimen de jurisdicción y de competencia en caso de conexión delictiva; y el tratamiento procesal de la acumulación en el proceso penal.

Sobre el vínculo del actual art. 17.2.1º LECr, Muerza pone de relieve que la jurisprudencia de hace unos años lo refería a la comisión simultánea de unos mismos delitos imputables –con el mismo de grado de participación o en grados distintos– a dos o más personas reunidas, «esto es, a los supuestos de co-delincuencia o participación criminal, de modo que cuando falte el previo concierto entre los culpables falta el fundamento de la conexidad, por lo que aquel supuesto se aplicaría sólo en el caso de delito o delitos con los mismos culpables, en el que la conexidad tendría que entrar en juego cuando, por existir fueros personales, los distintos acusados vinieren sometidos a diversos Jueces o Tribunales, lo que perturbaría el enjuiciamiento al romper la continencia de la causa». La cita es de la STS de 5 de marzo de 1993 (RJ\1994\700). Y continuaba así: «Por el contrario, la mera simultaneidad temporal de las acciones de diversas personas, sin nexo subjetivo entre sí, plantea ya más problemas para la determinación de la conexidad, que algunos niegan en tal caso, mientras otros aceptan cuando ocurriendo en el mismo acto y tratándose de acusaciones recíprocas, la resolución que recaiga sobre unos haya de influir sobre los otros»²⁶.

La cita de esta interesante sentencia nos sugiere al menos tres comentarios, que vemos precisos para terminar de perfilar lo relativo al supuesto del que tratamos. En primer lugar, con la regulación actual ya no cabe duda de que los distintos delitos cometidos por varias personas reunidas pueden ser conexos, ya determinen el mismo tribunal competente o bien tribunales distintos. En segundo lugar, para los casos de acusaciones recíprocas, en los que han podido producirse dos conductas criminales con unidad de espacio y de tiempo pero claramente sin concierto previo (o sin el elemento de «reunión», al que se refiere el art. 17.2.1º LECr), la reforma ha introducido un nuevo supuesto de conexión, en el art. 17.2.6º, que después estudiaremos. Y en tercer lugar, para nosotros es claro que el supuesto núm. 1º del art. 17.2 exige que los diversos autores, ya cometan la misma acción criminal entre varios (como se apunta en la sentencia citada), o ya perpetren varios delitos diferentes (caso que entendemos también incluíble dentro de este supuesto de conexión), deben actuar *unidos en su intención delictiva*, de manera que la coincidencia de espacio y de tiempo no puede ser casual sino deliberada; o con los términos de la sentencia citada: debe haber un «previo concierto entre los culpables» y, si no concurre, faltará el fundamento de la conexión. Es cierto que el «concierto» como tal es el elemento que se requiere en el supuesto núm. 2º del mismo precepto. Pero, como hemos adelantado, pensamos que tanto el elemento *reunión* exigido en el núm. 1º como el *concierto* requerido en el núm. 2º aluden a que los autores de los distintos delitos se han

²⁶ Muerza, *Las reforma...*, 27; quien cita además otras sentencias relativas al último punto: sobre supuestos de conductas penales concurrentes.

puesto de acuerdo para delinquir, tienen una *misma intencionalidad criminal*; sea en el mismo lugar y al mismo tiempo, en los casos del núm. 1º, sea en diferentes lugares o tiempos, en los casos del núm. 2º²⁷.

Si pasamos ya específicamente al supuesto núm. 2º del art. 17.2 LECr, podemos decir con De la Oliva que en él: «No se requiere unidad de lugar y de tiempo ni tampoco ninguna otra relación entre los diversos delitos que no sea la de una inicial asociación o acuerdo para delinquir. Este acuerdo puede ser expreso o tácito y, desde luego, no tiene por qué comprender los detalles de cada uno de los actos criminales. En definitiva, lo que se intenta alcanzar estableciendo esta causa de conexión es la más fácil represión de la delincuencia asociada»²⁸.

Como ejemplo de aplicación de este supuesto de conexión, en el que se aprecia la finalidad de perseguir formas de delincuencia asociada, puede verse el ATS de 2 de febrero de 2012 (JUR\2012\53308), relativo a una trama organizada de empresas, que «ofrecían a ciudadanos extranjeros ofertas de trabajo a cambio de una contraprestación económica para que éstos regularizaran su situación en España si estaban ilegales, para renovar el permiso de residencia o bien solicitar autorización de residencia y trabajo a sus familiares que se encontraban en sus países de origen. La mayoría de las víctimas o perjudicados declaran que no han trabajado para ninguna de las empresas implicadas y han obtenido el permiso de trabajo por cantidades que oscilan entre los 100 y los 1300 euros. Estas ofertas se utilizaban, a su vez, para conseguir la autorización de residencia (...). En este caso había tres empresas implicadas, dos de ellas domiciliadas en Orihuela: una de la que eran socios fundadores L.A. y M.D, siendo esta última la administradora única, y una segunda de la que L.A. era el socio único; más una tercera, con domicilio en Murcia, de la que M.D. era el único socio. Por tanto, la relación entre los sujetos es clara, dada la composición de las empresas; y también está acreditado que estas empresas llevaban a cabo su actividad de forma asociada. Por ello, aunque comenzaron diligencias contra las dos personas mencionadas por separado, unas en Orihuela y otras en Murcia, finalmente se acumularon: «pues los hechos descritos pueden ser constitutivos de falsedad en documento, delito contra los derechos de los trabajadores y delito de asociación, delitos conexos del art. 17.2 LECrim»²⁹.

²⁷ De «una intencionalidad criminal única de diversos sujetos» habla De la Oliva, *La conexión...*, 39, para referirse al «concierto», pero con relación únicamente a los casos del núm. 2º. Es más, para los casos del núm. 1º entiende que no debe haber «previa solidaridad de propósito» entre las diversas personas que actúan reunidas. Y sigue en esto a Gómez Orbaneja, *Comentarios...*, 442.

²⁸ De la Oliva, *La conexión...*, 40.

²⁹ Otro ejemplo claro de personas que se asocian, formando una organización para delinquir, en este caso dedicada a realizar matrimonios de conveniencia, lo ofrece el Auto del TSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2013 (JUR\2014\18370).

De manera que en estos supuestos la clave es que se acredite suficientemente ante el tribunal que la pluralidad de personas que cometen una pluralidad de delitos actúan de manera asociada, mediando un acuerdo entre ellas; acuerdo que puede adoptar formas o manifestaciones diversas, pero en todo caso ha de ser previo a las conductas delictivas y debe quedar claro que éstas responden a un propósito delictivo común. Como señala Muerza: «si no se acredita la existencia de un acuerdo previo, no podrá estimarse este vínculo de conexión»³⁰. Y cita como ejemplo el ATS de 1 de octubre de 2008 (JUR\2008\319836), en el que se afirma:

«(...) de lo actuado no se desprenden elementos que permitan fundar la conexidad delictiva que en su caso determinaría la obligación de instruir en un solo procedimiento los hechos que dieron lugar a la formación de las Diligencias, conforme al artículo 17.2, porque el concierto previo que exige dicha norma en delitos cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos, no se acredita en este caso, pues existen varios imputados por hechos diferenciados y sin que entre ellos exista más relación, en principio, que tener la misma nacionalidad, y así existiendo diversos lugares de comisión y constando que se siguen diferentes procedimientos por cada uno de los ciudadanos chinos implicados y que en su mayoría se encuentran en fase de calificación o habiéndose ya dictado auto de apertura del juicio oral, todo ello lleva a declarar la competencia del Juzgado (...)».

Es más fácil apreciar el concierto, claro está, cuando los delitos que se cometen por los distintos sujetos tienen la misma naturaleza, pero aún en estos casos debe concurrir algún elemento objetivo del que quepa deducir el concierto.

Así, por ejemplo —y para cerrar apartado— en el caso del AAP Cantabria de 23 de julio de 2014 (JUR\2015\288774), referente a un delito de tráfico ilegal de ciudadanos extranjeros, en el que se procedía «a reagrupar a supuestos parientes mediante la presentación de documentación falsa en las oficinas de extranjería»; se abrieron dos causas distintas en diferentes juzgados de Santander, cada una contra un sujeto diferente, pero se acumularon al entender que eran conexas, ya que «no sólo nos encontramos ante la investigación de conductas similares por parte de ambos denunciados, sino ante la existencia de un punto de conexión entre ambos del que cabe deducir la presencia del concierto delictivo sobre el que bascula la conexidad, cual es que los imputados facilitaron ante la administración para la reagrupación de sus supuestos parientes, el mismo domicilio... lo que constituye un criterio determinante de la competencia al suponer un nexo de enlace objetivo en la comisión de dichos delitos».

³⁰ Muerza, *Las reformas...*, 28-29.

1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental

Las siguientes causas de conexión no han sufrido modificación alguna en la reforma de 2015. Son los motivos 3º y 4º tanto del viejo art. 17 como del nuevo art. 17.2 LECr y, conforme a estos preceptos, se considerarán delitos conexos, respectivamente: «*Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución*», y «*Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos*». Así, se trata de supuestos en los que existe una pluralidad de delitos, como en todo caso de conexión, que han sido cometidos por el mismo sujeto activo o por sujetos distintos, ya que las normas citadas no distinguen y caben ambas posibilidades, y en los que el nexo entre los diferentes delitos consiste en que unos son medios o instrumentos de los otros; de manera que siempre hay al menos un delito-medio y un delito-fin, y el delito-medio sirve para cometer el delito-fin (o para que sea más fácil cometerlo), o bien para evitar la persecución o el castigo del delito-fin. Por tanto, el enlace se produce propiamente entre los hechos punibles y con esta relación de medio a fin, por lo que este tipo de conexión se califica en algunas sentencias ya citadas como *objetiva*, o también la podemos denominar *conexión medial o instrumental*³¹.

Un ejemplo típico de la conexión del núm. 3º del actual art. 17.2 LECr es el de la falsedad documental que se comete con el fin de perpetrar una estafa, como ocurre, p.ej., si se manipula un DNI para hacerse pasar por otra persona, con la intención de pedir un extracto bancario y posteriormente retirar dinero en efectivo de su cuenta: así, en el Auto del TSJ de Andalucía-Granada de 14 de mayo de 2014 (JUR\2015\9411); o también sirve de ejemplo el robo de vehículos que se realiza con la finalidad de perpetrar otros robos en establecimientos por medio del sistema conocido como «alunizaje»: como aparece en el AAP de Madrid de 5 de mayo de 2010 (JUR\2010\240414). Y una muestra de casos del núm. 4º nos la ofrece el AAP de Madrid de 29 de diciembre de 2013 (JUR\2014\298891), relativo a la falsedad documental en que se incurre, mediante la alteración de la fecha de una sentencia y de la correspondiente notificación al procurador, a fin de ocultar el comportamiento de un abogado en un proceso contencioso-administrativo, que fue calificado de deslealtad profesional.

En los ejemplos anteriores se aprecia cómo, en estos supuestos, siempre hay dos (o más) hechos punibles, con sustantividad propia, y que podrían enjuiciarse por separado, pues se puede cometer una falsedad documental que no esté ordenada a perpetrar otro delito, como la estafa, o a ocultar otro comportamiento delictivo, como la deslealtad profesional; del mismo modo

³¹ Algunos autores se refieren a ella como *conexión teleológica*, ver De la Oliva, *La conexión...*, 41, nota 36.

que el robo de unos coches es un delito *per se* y separable del robo de establecimientos que se efectúa estrellando dichos coches contra ellos. Pero también se observa que unos delitos son claramente instrumentales de otros, y que los autores han llevado a cabo los llamados delitos-medios (la falsedad documental o el robo de vehículos) con el fin primordial de ejecutar los respectivos delitos-fines (la estafa o los «alunizajes»), o bien para evadir su persecución (en el caso de la falsificación de fechas y la deslealtad profesional). Esta pre-ordenación de unos delitos a otros comporta importantes consecuencias, tanto procesales como penales. Desde el punto de vista procesal, puede ser muy aconsejable que el delito-medio se enjuicie junto con el delito-fin, pues aunque se trate —como decimos— de delitos distintos y distinguibles, en el caso concreto forman una cierta unidad, ya que el delito medio no se busca en sí mismo, sólo se comete como «paso» para lograr el resultado que realmente quiere alcanzarse, que es el del delito-fin; la intencionalidad que prima y que está presente desde el inicio es la del delito-fin. Y precisamente por la cierta unidad que forman los delitos, en tanto que uno se subordina al otro, pero sin llegar a confundirse o a integrar un solo tipo penal, desde el punto de vista sustantivo, los casos de «conexión instrumental» pueden conllevar la aplicación de una regla penológica específica, cual es la del art. 77.3 CP.

Así es. En este punto conviene recordar que los arts. 73 y ss. CP contienen reglas especiales para la aplicación de las penas en los casos de concurso de delitos. El art. 73 CP se refiere a cuando una misma persona ha sido condenada por varios delitos, disponiendo que deberá cumplir las penas de todos ellos si es posible simultáneamente (porque sean de distinta naturaleza, p.ej., una inhabilitación y una multa); y si no se puede a la vez (porque sean de la misma naturaleza, p.ej., la privación de libertad), se cumplirán de forma sucesiva, según el art. 75 CP. Para el cumplimiento sucesivo de las distintas penas, el art. 76.1 CP determina unos límites, de manera que la suma de todas ellas «no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave», estableciendo a su vez un *tope máximo*, que será: de veinte años, para la generalidad de casos; o bien de veinticinco o treinta años, para los casos en que uno de los delitos conlleve una pena de prisión de hasta veinte años o de más de veinte años, respectivamente; o el límite será de cuarenta años, cuando haya dos o más delitos con penas superiores a veinte años o se trate de delitos de terrorismo. El apartado 2 del mismo art. 76 CP señala que estos límites se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en procesos distintos, siempre que sea por hechos que ocurrieron antes de la fecha en que fueron enjuiciados los primeros hechos, y que unos y otros hechos punibles hubieran podido acumularse: se entiende que por concurrir un nexo de conexión del art. 17 LECr.

El art. 77 CP se presenta como una excepción a lo dispuesto en los arts. 75 y 76 CP. Y si estos dos preceptos se refieren a los llamados *concurso reales* de delitos, en los que un mismo autor comete dos o más delitos diferentes

y debe cumplir acumuladamente la pena de todos ellos, el art. 77 CP contempla dos supuestos distintos, calificables de *concurso ideal* de delitos, el primero, y de *concurso medial*, el segundo, para los que prevé unas reglas específicas de penalidad³².

El concurso ideal de delitos conlleva que «*un solo hecho constituya dos o más delitos*» (art. 77.1 CP), de manera que con un mismo hecho se atacan varios bienes jurídicos y se hace precisa la aplicación de diferentes normas penales, para que así toda la conducta realizada pueda «desvalorarse» íntegramente, en términos de la doctrina penal; como sucede, p.ej., si una persona es detenida por un policía y responde con un puñetazo que rompe la nariz al agente: con el mismo hecho se efectúa un ataque a su integridad física y un atentado a la autoridad³³. Para estos casos, el art. 77.2 CP establece que no se sumarán las penas de los distintos delitos que concurren sino que se aplicará únicamente la pena de la infracción más grave, en su mitad superior (siempre que esto sea menos gravoso que la suma, claro está); y ello se debe a que se ha realizado «*un solo hecho*».

En cambio, en el concurso medial, se llevan a cabo dos o más hechos, que suponen varios delitos, de forma que «*uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro*» (art. 77.1 CP). Para estos casos, la regla penológica es que «*se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos*» (art. 77.3 CP). Por tanto, aquí la penalidad es más severa que en el concurso ideal de delitos (aunque sólo desde la reforma del Código Penal de 2015, porque antes era la misma para los dos casos), lo que se explica porque en el concurso medial el condenado ha efectuado dos hechos diferentes y no sólo uno. Pero a la vez es más benigna que en un genuino concurso real de delitos, pues no se suman las penas de los delitos que

³² Sobre la teoría de los concursos de delitos, hemos seguido la explicación y algunos ejemplos contenidos en Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012), 385 y ss.

³³ A diferencia de lo que sucede en los *concursos de normas*, en los que sólo se aplica un tipo penal, pese a que aparentemente habría que aplicar varios al afectar el hecho a distintos bienes jurídicos, pero resulta que una sola norma aglutina todo el desvalor que presenta el hecho cometido. P.ej., si una persona ataca con una navaja a otra y le quita la cartera, existe un ataque al patrimonio de la víctima y a la vez se atenta contra su libertad personal; pero no se trata de sumar al delito de hurto uno de coacciones, por cuanto existe un tipo consistente en el robo con violencia o intimidación. Como señalan Martínez Escamilla et al., *Derecho Penal...*, 387: «En gran medida, si acudimos a una o varias normas penales para la calificación de unos hechos va a depender de la concreta configuración de los tipos penales y de cómo los interpretemos».

constituyen los dos hechos punibles, y la razón de esta excepción radica en que estos dos hechos punibles aparecen con una fuerte ligazón, formando una cierta unidad, en tanto que uno se comete como medio, y además como medio necesario –dice aquí la ley– para cometer el otro delito³⁴.

P.ej., si el administrador de una empresa falsifica la firma del presidente en varios cheques y los ingresa en su cuenta, realiza dos hechos distintos y separables, la falsificación y el ingreso, que determinarán la aplicación de dos tipos penales diferentes –de falsedad documental y de apropiación indebida– puesto que se lesionan dos bienes jurídicos distintos; pero estas dos conductas se castigarán en la forma indicada, dado que la primera se ha concebido y realizado justo para perpetrar la segunda.

En consecuencia, el concurso medial es un tipo específico de concurso real de delitos, con una regla de penalidad excepcional, más benévola y justificada en la subordinación e intensa relación de los dos hechos punibles que lo componen. Pero por fuerte que sea esta relación, no desemboca en unidad, sino que sigue existiendo una pluralidad delictiva. Y la pluralidad de delitos enlazados es lo propio de todo caso de conexión. De hecho, cabe apreciar que todo concurso medial de delitos supone una conexión delictiva del art. 17.2.3º LECr, a la que hemos denominado conexión objetiva, instrumental e incluso medial, pues concurrirán dos delitos, en este caso cometidos por el mismo sujeto, con una relación entre ellos de medio a fin. Sin embargo, no sucede lo mismo a la inversa, pues no toda conexión objetiva o instrumental determinará un concurso medial de delitos. Y ello principalmente por dos razones. La primera, porque el concurso medial, como todo concurso de delitos, requiere idéntico sujeto activo de los hechos punibles que aparecen ligados; y el art. 17.2.3º LECr permitiría una conexión de esta clase entre delitos que tuvieran diferentes sujetos responsables, puesto que el nexo se establece primariamente entre los hechos punibles. Esto no es lo que más sucede en la práctica, pero puede pensarse en teoría.

Y el segundo motivo por el que puede haber una conexión objetiva o instrumental sin que exista concurso medial de delitos tiene que ver con que el art. 77.1 CP exige que el delito-medio sea «*medio necesario para cometer el otro delito*»; en tanto que, según el citado precepto de la LECr, para que

³⁴ De la Oliva (*La conexión...*, 201-202) señala que la regla penal referida se entiende mejor si se atiende a que encierra un supuesto de conexión, y citando a Carnelutti afirma que la conexión «ocupa un puesto intermedio entre la unidad y la pluralidad», «de manera que un estrechamiento de la conexión puede, contra lo que parece en principio, llegar a producir incluso una desaparición de la pluralidad (y con ella, de la misma conexión), apareciendo en su lugar una unidad compleja o, al menos, induciendo a un tratamiento unitario en algunos aspectos de lo que todavía continúe siendo, en otros, un fenómeno de pluralidad».

exista conexión es suficiente con que haya un delito que sea «*medio para perpetrar otros*», sin referencia a la *necesidad* del medio, bastando incluso que el primer delito meramente *facilite* la ejecución del segundo³⁵.

Ahora bien, ¿qué implica que un delito haya de ser medio *necesario* para cometer otro delito? O con otros términos, ¿a qué clase de necesidad se está aludiendo? Parece que no puede ser una necesidad absoluta y general, que se halle presente en todos los casos, pues si siempre es preciso llevar a cabo un determinado hecho punible para poder cometer un delito, esto indica que el primer hecho punible debería integrarse en el tipo penal del delito pretendido, formando, en su caso, un concurso de normas. De manera que la necesidad debe advertirse con relación al caso concreto de que se trate. Como señala la STS de 9 marzo de 2007 (RJ\2007\802):

«La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de Leyes en la medida en que esa exigencia supondría la concurrencia de dos Leyes en aplicación simultánea.»

Así, como primer punto, la necesidad del delito-medio debe presentarse como tal *en el caso concreto*; pero además, debe ser *objetiva*, es decir, debe responder a parámetros objetivos que el delito-medio es una vía apta y precisa para lograr el resultado que se busca con el delito-fin. Y como tercer elemento, esta necesidad de cometer un delito para perpetrar otro ha de estar presente en la *intención* inicial del autor, que concibe la comisión del primero como parte imprescindible del plan para poder llevar a cabo el segundo. A este respecto, nos parecen luminosos la explicación y el ejemplo de la STS de 31 de marzo de 2014 (RJ\2014\2152):

«Los comentaristas del siglo XIX nos enseñan que en su origen con la previsión de este tipo específico de concurso —medial— el legislador pretendía dar respuesta unitaria a lo que se presentaba como un plan único del autor. Parecía primar el criterio subjetivo como parámetro interpretativo de la «necesidad», lo que arroja resultados equivalentes a estimar que la necesidad ha de medirse «en concreto»; es decir no como necesidad «absoluta», sino como necesidad «relativa» en atención a la secuencia delictiva efectivamente llevada a cabo. El problema tiene algo de aporético: no caben dogmas, sino solo algunas orientaciones.»

³⁵ Además, en ningún caso la conexión instrumental del núm. 4º del mismo art. 17.2 LECr (delitos cometidos para procurar la impunidad de otros delitos) supondrá un concurso medial de delitos.

En muchos casos esta Sala ha negado el concurso medial entre la tenencia de explosivos y los delitos cometidos efectivamente con ellos. Lo recuerda el Fiscal. Pero en esa decisión influía de forma muy determinante que la tenencia de explosivos era más estable o permanente y no focalizada para una acción concreta.

En este supuesto la fabricación del explosivo llevada a cabo por el condenado aparece ligada de forma puntual y exclusiva al propósito de agredir a la víctima. Está dirigida a esa finalidad: no tiene otra distinta, ni se fabrican otros explosivos más allá de los «necesarios» para llevar a cabo su objetivo de atentar contra la integridad de la persona frente a la que albergaba ese rencor. La tenencia es «efímera»: lo que requería el plan propuesto. En estas condiciones podemos hablar de la relación de medio a fin que describe el art. 77 CP y castigar como un concurso medial».

Por tanto, si dos conductas punibles realizadas por un mismo sujeto no están ligadas en la intención primitiva del autor —de que una sea medio para cometer la otra—, sino que simplemente se aprovecha la ocasión de que se ha cometido la primera para perpetrar la segunda, podrá haber concurso real de delitos, castigado según lo dispuesto en los arts. 75 y 76 CP, pero no habrá concurso medial, al que le sea aplicable la penalidad prevista en el art. 77.3 CP. Y ocurre que, en un caso así, quizá tampoco exista la conexión del art. 17.2.3º LECr, pues aunque este precepto no exija explícitamente que los delitos medio y fin se hallen ligados en la intencionalidad originaria del autor, pensamos que entenderlo así es lo más acorde con la finalidad de la norma (aunque en puridad no pueden excluirse de este supuesto de conexión los casos en que el delito-medio no estaba previsto y ha de cometerse de forma sobrevenida).

En conclusión sobre el extremo que estamos tratando: cabe pensar que hay casos de conexión objetiva o instrumental que no constituyen un concurso medial de delitos, como sucede cuando cambia el sujeto activo de los delitos conexos, o si la relación de medio a fin entre dichos delitos no se presenta como necesaria —en los términos examinados— sino que resulta ser más «tenu» o sólo consistente en que un delito «facilita» la ejecución de otro. Pero nótese que, en la práctica, cuando se entiende aplicable el art. 17.2.3º LECr y se acuerda la acumulación del enjuiciamiento de los delitos conexos por este motivo, lo más frecuente es que se trate de delitos atribuidos al mismo o a los mismos sujetos, y, además, el delito instrumental suele aparecer como medio necesario para perpetrar el delito-fin, tanto objetivamente como desde el punto de vista del sujeto que lo comete. Por ello, aunque en el foro los conceptos de *conexión instrumental* y de *concurso medial* de delitos se presentan muchas veces unidos, no han de confundirse, pues en teoría pueden y deben deslindarse.

Con todo, no se olvide que, para que haya conexión delictiva, es preciso que exista una pluralidad de delitos. Y en ocasiones puede ser muy complicado determinar si el conjunto de actos que el autor ha realizado integra una

sola conducta criminal, a la que se le aplica un único tipo penal, porque forma un concurso de normas (o porque se trata de un delito continuado del art. 64 CP), o si por el contrario los distintos actos conforman *varias* infracciones penales, por atentar contra diferentes bienes jurídicos, constituyendo un concurso de delitos (que será real o medial, si se han cometido varios hechos punibles, o meramente ideal, cuando se entienda que sólo hubo un hecho punible pero que conlleva la aplicación de diferentes tipos penales, como se ha visto). Para que haya conexión debe haber varios delitos, y estos pueden formar o no un concurso, en función de si se cumplen las reglas de los concursos delictivos; en la conexión objetiva o instrumental, si hay concurso, éste será medial, cuando un delito sea medio necesario para cometer otro, y habrá concurso real en el resto de supuestos³⁶.

2. *Los nuevos nexos de conexión*

Como se ha adelantado, la reforma de 2015 introduce dos motivos nuevos de conexión, que ya se habían previsto en el Borrador de Código Procesal Penal elaborado en 2013 (y que no llegó a iniciar siquiera su andadura parlamentaria); en este caso, el precepto que recogía los nexos de conexión era el art. 24 de dicho Código, y la redacción y números de estos dos nuevos nexos eran los mismos que finalmente han quedado en el reformado art. 17 LECr, que considera delitos conexos, en su apartado 2, de un lado, «*Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente*» (núm. 5.º), y de otro lado, «*Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos*» (núm. 6.º)³⁷. Veámoslos.

³⁶ Muerza (*Las reformas...*, 31-36) se hace eco de la dificultad de determinar si se está ante un único delito o ante varios, y para ilustrarla expone y comenta con detalle el interesante caso de la STS de 25 de marzo de 2014 (RJ\2014\2539), relativa a un delito de falsificación de documento mercantil, en concurso medial con un delito de estafa procesal. Y también se refiere a la STS de 23 de abril de 2014 (RJ\2014\2197), sobre un concurso medial del delito de falsificación de tarjetas de crédito con el de estafa cometida por su uso posterior.

³⁷ En el art. 24 del Código Procesal Penal referido, se añadía un núm. 7.º, que daba la consideración de delitos conexos también a «*Los hechos que constituyan delito continuado*». No es momento de comentar la conveniencia de incluir o no este supuesto entre los nexos de conexión, pero al menos queremos dejar apuntado que el pre-legislador anterior se planteó incluirlo. Al igual que sucedió en el Anteproyecto de Ley Procesal Penal de 2011, que, entre los motivos de conexión dispuestos en su art. 21, recogía, junto a las infracciones recíprocas, aquéllas que podían entenderse constitutivas de un delito continuado (sin incluir, en cambio, los delitos de favorecimiento y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente).

2.1. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente

Así, en el nexo del art. 17.2.5º LECr, se pretende unir el enjuiciamiento de un delito origen o antecedente con un delito subsiguiente o consecuente; y se refiere a los casos en que el delito consecuente es el de favorecimiento real o personal, o el blanqueo de capitales.

Los delitos de favorecimiento real y personal se identifican con las modalidades del delito de encubrimiento recogidas, respectivamente, en los números 2º y 3º del art. 451 CP. En ambos casos se trata de una conducta de quien conoce la comisión de un delito del que no es responsable –ni como autor ni como cómplice– y, con posterioridad a su ejecución, interviene: en el *favorecimiento real*, actuando sobre el cuerpo del delito origen, o sobre sus efectos o instrumentos, de manera que los oculta o altera o inutiliza, con el fin de impedir que se descubran; y en el *favorecimiento personal*, el autor realiza actos de ayuda a los presuntos responsables del delito antecedente para que eludan la investigación que puede abrirse por este delito, o para que se sustraigan de su busca y captura, siempre que se cumpla alguna de las circunstancias mencionadas en el referido art. 451.3º CP: que se trate de uno de los delitos, especialmente graves, mencionados en él (como los de traición, o contra la Corona, o contra la Comunidad Internacional, o de terrorismo, etc.)³⁸, o bien que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. Por tanto, en los delitos de favorecimiento, entendemos que la conducta constitutiva de este delito consecuente radica en *esconder* la perpetración de un delito antecedente, o a sus posibles responsables, de suerte que se evite la persecución penal, como delitos contra la Administración de Justicia que son. El nuevo núm. 5º del art. 17.2 LECr determina que el delito antecedente y el consecuente, en estos casos, han de considerarse conexos y deben enjuiciarse acumuladamente (de cumplirse también, claro está, los requisitos del art. 17.1 LECr, ya estudiados).

Ahora bien, nótese que las modalidades delictivas de los arts. 451.2º y 451.3º CP están claramente orientadas a *«procurar la impunidad de otros delitos»*, por lo que bien cabe entender que la nueva conexión recién referida, entre los delitos de favorecimiento y el delito antecedente cuya impunidad se favorece, no es sino un caso concreto y específico del motivo de conexión dispuesto en el art. 17.2.4º LECr.

³⁸ El tenor literal del art. 451.3º, a) CP es el siguiente: *«Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey o de la Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o de la Princesa de Asturias, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos»*.

Como consecuencia de lo afirmado, si entendemos que los delitos de favorecimiento real y personal sólo se disponen en los números 2º y 3º del art. 451 CP respectivamente, no cabría entender como delito conexo con su antecedente la modalidad de encubrimiento recogida en el núm. 1º del mismo precepto penal, conocida como delito de «auxilio complementario», y consistente en auxiliar a los responsables de un delito previo para que se beneficien del provecho, producto o precio que se derive de dicho delito, sin ánimo de lucro por parte de quien ayuda. La única manera de que este delito tuviera encaje en el art. 17.2.5º LECr es que se considerara una forma de favorecimiento personal; lo que no nos parece descabellado. Y otro tanto sucede con el delito de receptación del art. 298 CP, que tampoco se menciona expresamente en el art. 17.2.5º LECr, a diferencia del blanqueo de capitales, delito con el que integra el mismo capítulo del CP. La receptación implica ánimo de lucro en su autor, que será quien haya tenido noticia de un delito de carácter patrimonial, en el que no haya participado como autor o cómplice, y respecto del que «ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo», o bien «reciba, adquiera u oculte tales efectos». De manera que, junto a una ventaja económica propia, se tiene la intención de procurar una ganancia ajena, o conlleva una actuación de ocultamiento de los efectos del delito antecedente. Y cuando ocurre esto último, cabe pensar que hay favorecimiento real; de modo parecido a que, cuando se ayuda a los responsables del delito origen, puede considerarse como una suerte de favorecimiento personal. Visto así, la receptación tendría cabida en el art. 17.2.5º LECr, y podría tenerse como un delito conexo con el delito del que sea consecuente.

La clave de lo anterior, por tanto, está en determinar cuál ha de ser el contenido y las notas que definen los «delitos de favorecimiento real y personal». Si se entiende que la nota esencial de estos delitos es que concorra un acto de «ocultamiento» de un delito anterior, evitando que éste se descubra o que sus responsables sean perseguidos, en tal caso los delitos de favorecimiento quedarán encerrados en los 451.2º y 451.3º CP, y los delitos de los arts. 451.1º y 298 CP no podrán considerarse conexos con sus delitos antecedentes; a menos que sea por otro motivo de conexión, como el concierto previo, del art. 17.2.2º LECr. En cambio, si se acoge un concepto más amplio de favorecimiento, que albergue actuaciones por las que se facilita que los autores de un delito previo obtengan un provecho o beneficio del mismo, entonces, los delitos de «auxilio complementario» y de receptación tendrán pleno encaje en el art. 17.2.5º LECr. En nuestra opinión, esta cuestión debe ser resuelta por la doctrina penalista³⁹. Desde una perspectiva procesal, sólo añadiremos

³⁹ Muerza (*Las reformas...*, 56-57), siguiendo a Justo Fernando Balmaceda Quirós, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva* (Barcelona:

que no encontramos motivos que justifiquen que los delitos de favorecimiento real y personal –aun en sentido estricto– junto con el blanqueo de capitales sí sean considerados conexos con los delitos que los preceden, y que no suceda lo mismo con los delitos de «auxilio complementario» y de receptación. En estos dos últimos casos también existe una clara ligazón entre el delito origen y el delito consecuente, que puede hacer conveniente, si resulta posible, que se enjuicien de forma conjunta.

De lo que no hay duda es de la inclusión específica del blanqueo de capitales entre los delitos conexos –con sus delitos antecedentes– en el art. 17.2.5º LECr. El blanqueo de capitales se regula en los arts. 301-304 CP, y se considera autor de este delito, en su tipo básico, al que «*adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*» (art. 301.1 CP). El blanqueo de capitales admite así distintas formas de cometerse, y algunas de ellas conllevan un favorecimiento real o personal, como puede apreciarse. También se observa que presenta varias diferencias con el delito de receptación, que cabe resumir en las siguientes: 1º) en el blanqueo de capitales no se requiere expresamente ánimo de lucro en el autor (cosa que sí sucede en la receptación); 2º) la actividad delictiva anterior al blanqueo de capitales ha podido ser de cualquier clase, aunque hay ciertos tipos de delitos previos que conllevan una mayor penalidad en el delito consecuente (en tanto que la receptación tiene siempre como antecedente un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico); y 3º) el delito antecedente puede haber sido cometido por el mismo autor del

Atelier, 2014), es partidario de hacer una interpretación amplia de qué ha entenderse por «delitos de favorecimiento real y personal» a los efectos del art. 17.2.5º LECr, que incluiría, de un lado, «situaciones en las que se puede contemplar la influencia de unos hechos que se producen antes, simultáneamente o con posterioridad, respecto de otros. Tal es el caso de los actos preparatorios punibles, la tentativa y la participación delictiva (inducción, cooperación necesaria y complicidad)». Y de otro lado, lo que el autor al que sigue denomina «subsecuencia delictiva», referida a los supuestos en que un hecho delictivo requiere para su configuración de un delito que debe acontecer previamente: «Es una conducta adhesiva “post-ejecutiva” configurada como un delito posterior, nuevo (diferente y autónomo), pero a la vez dependiente respecto del previo»; y cita numerosos ejemplos, como el tráfico de órganos, el descubrimiento y revelación de secretos, diversas clases de estafas o de fraudes, etc.

A nuestro juicio, tal interpretación resulta desmesurada y nos parece forzar enormemente los límites del concepto de «favorecimiento», que por mucho que se amplíen nunca pueden contener una categoría tan amplia y relativa a delitos tan distintos como la que se acaba de apuntar, de subsecuencia delictiva.

blanqueo de capitales o por otro autor distinto (y en la receptación el autor del delito anterior ha de ser necesariamente otro sujeto).

Sea como fuere, la última reforma legal del art. 17 LECr ha querido que, en lo posible, el blanqueo de capitales se enjuicie conjuntamente con el delito que lo preceda. Esto a veces no será factible, porque se desconozca cuál es la actividad delictiva anterior o quiénes son sus autores. Y aun cuando resulte posible, en ocasiones quizá no sea lo más conveniente, si con ello se dificulta la investigación y el esclarecimiento de lo ocurrido, en especial cuando los hechos sean relativos a complicadas tramas de delincuencia económica. De hecho, en jurisprudencia anterior a la reforma, como la STS de 28 de abril de 2004 (RJ2004/3038), entre otras, se alertaba de que: «en aquellos asuntos que afectan de manera grave a la economía nacional, se debe valorar, en cada caso concreto, la posibilidad de tratamiento autónomo y separado de aquellas operaciones que, por su configuración, permiten un enjuiciamiento por separado». No obstante, la valoración a la que se refiere esta resolución no sólo es posible sino que es obligada con la nueva norma, pues, como bien sabemos, el art. 17.1 LECr exige al juzgador que valore si la eventual acumulación de causas –sobre delitos unidos con vínculos legales de conexión– va a facilitar o a dificultar la determinación de los hechos punibles y de sus responsables; y en función de esto, se ordenará la tramitación conjunta o separada de las causas.

Como ejemplo en el que se opta por acumular, precisamente para garantizar un mayor acierto en la investigación así como un ahorro de actuaciones procesales, sirva el Auto del Juzgado de Instrucción de Barcelona de 4 de diciembre de 2015 (ARP\2015\1477), dictado al poco de aprobarse la reforma, y tanto con apoyo en la regulación anterior –en ese momento aún vigente– como en el nuevo art. 17 LECr. Dice así: «En el presente caso, es evidente que concurre esa conexidad delictiva que hace necesario unificar ambos procedimientos por cuanto la investigación del origen de los fondos depositados en Andorra por los querellados no puede hacerse de forma independiente al resto de los fondos operados por D. J. P. F. Ciertamente es que los querellados han manifestado que su capital proviene de la herencia de su abuelo, pero aun admitiendo la improbable realidad de tal legado, el importe del mismo ascendería, según palabras del Sr. P. S., a no más de 140 millones de pesetas (unos 841.000 euros) y sin embargo, los ocho beneficiarios pudieron llegar a percibir varios años después, cuando menos, un millón de euros cada uno, atendiendo al saldo de mayor valor que ostentaba la querellada M. P. Si tan voluminoso incremento hay que atribuirlo a la gestión de D. J. P. F., como él mismo reconoció al admitir que recibió en su momento unos tres millones de euros que consiguió rentabilizar muy satisfactoriamente, y el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 sospecha de la legalidad de esa actuación, se infiere que los querellados se habrían podido favorecer con ello, y cabría decir que más que la herencia de su abuelo, lo que en realidad habrían recibido son los beneficios de las

dudosas actividades económicas realizadas por el mayor de los hermanos. Ello obliga a la acumulación de ambas investigaciones, coincidiendo con el Ministerio Fiscal en que ello permitirá un análisis conjunto de la actuación de la familia P. y en todo caso, facilitará poder avanzar en la instrucción de la presente causa que, ante la falta de colaboración de las autoridades judiciales andorranas, había llegado a un punto muerto».

2.2. Los delitos de lesiones o daños recíprocos

El sexto y último número de los motivos de conexión dispuestos en el art. 17.2 LECr es el de los delitos «*cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos*». Este nexo de conexión también estaba previsto en los Anteproyectos de Ley Procesal Penal de 2011 y de Código Procesal Penal de 2013, y venía siendo reclamado por la doctrina desde hace tiempo⁴⁰.

Si en una situación, una persona agrede a otra, y esta segunda reacciona atacando al agresor, causándose daños el uno al otro, parece muy razonable que las dos posibles infracciones –de A sobre B y de B sobre A– se enjuicien en una misma causa, toda vez que provienen de un mismo conjunto fáctico. Si se dividen las causas, se corre el riesgo de que difieran los hechos probados en cada una y, consecuentemente, las sentencias puedan ser contradictorias. A la vez, dado que antes no existía un amparo legal expreso para la tramitación conjunta de estas infracciones recíprocas –sin que, por supuesto, sirviese el nexo del núm. 1º del antiguo art. 17 y actual art. 17.2 LECr, de ser *delitos cometidos por dos o más personas reunidas*–, y como no se concebía que quien actuase procesalmente como parte pasiva pudiera ser parte acusadora en el mismo proceso, el resultado fue que durante bastante tiempo hubo una jurisprudencia contradictoria, en la que a veces se permitía la acumulación en tales casos y a veces no. Esta situación de incertidumbre vino a ser resuelta por el Acuerdo del TS de 27 de noviembre de 1998, recogido por primera vez en la STS de 10 de diciembre de 1998 (RJ\1998\10336), así como en muchas otras posteriores. Así, por ejemplo, en la STS de 28 de abril de 2006 (RJ\2006\5371), en la que se declara:

«Y hay que recordar que la posibilidad de actuar en la doble condición de acusado y acusador en los supuestos de lesiones mutuas, ha sido objeto de posiciones controvertidas. La necesaria clarificación de la postura de esta sala, en aras de lograr la unificación en la aplicación del Derecho que constituye uno de sus cometidos esenciales, determinó que este tema se sometiera a Sala General, lo que tuvo lugar el 27 de noviembre de 1998, adoptándose el siguiente acuerdo: «Con carácter excepcional, cabe la posibilidad de

⁴⁰ Así, Gómez Orbaneja, *Comentarios...*, 442; y De la Oliva, *La conexión...*, 48.

que una misma persona asuma la doble condición de acusador y acusado, en un proceso en el que se enjuician acciones distintas, enmarcados en un mismo suceso, cuando, por su relación entre sí, el enjuiciamiento separado, de cada una de las acciones que ostentan como acusados y perjudicados, produjese la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias, y siempre que así lo exija la salvaguarda del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva» (S 10-12-1998, núm. 1178/1998). En el caso actual concurren una íntima relación entre las mutuas lesiones por lo que el enjuiciamiento separado produciría la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias».

Por tanto, al establecerse legalmente este supuesto de conexión se recoge lo que venía aplicándose por nuestros tribunales desde hace unos años. Algún ejemplo de sentencia en la que ya se invoca el art. 17.2.6º LECr es la SAP de Madrid de 5 de octubre de 2016 (ARP\2016\1218), relativa a un supuesto «de infracciones conexas enjuiciables en un mismo proceso, al proceder de unos mismos hechos –una pelea multitudinaria y violenta, como es el caso–»; o también, y con esto terminamos, la SAP de León de 11 de noviembre de 2016 (JUR\2016\265959), sobre una agresión mutua, en la que se condena a ambos agresores-agredidos, y se señala:

«En efecto, si se tiene en cuenta que los hechos enjuiciados: las presuntas y recíprocas agresiones entre Arcadio y Bernabé han de considerarse infracciones conexas, según el artículo 17.2.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que considera delitos conexos los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos, no se ve la necesidad, como no sea desde una posición estrictamente formalista, de que, iniciada la fase preprocesal con el atestado a que dio lugar la denuncia inicial presentada por Arcadio, no se ve la necesidad, decimos, de que debiera Bernabé comparecer, aparte, formulando su propia denuncia siendo así que una y otra, la de Arcadio y Bernabé, estaban llamadas a ser tramitadas en un solo y mismo procedimiento... de modo que no se ve inconveniente en que Bernabé aprovechara ese proceso ya comenzado a instancia de Arcadio para hacer patente su voluntad de que se conociera en el mismo de los hechos, presuntamente delictivos de los que se consideraba víctima, siendo eso mismo lo que ha sucedido, como resulta del acta de 19 de enero de 2016, en la que Bernabé compareció ratificando su declaración en el atestado, que el mismo consideraba como una denuncia, y reclamando por los daños y perjuicios sufridos».

III. CONCLUSIONES

1. El principal punto de reforma de las normas de conexión ha sido evitar la aplicación automática de los criterios legales que permiten entender que dos o más delitos son conexos y, consecuentemente, deben ser

instruidos y enjuiciados en un mismo proceso. El tenor del anterior y derogado art. 300 LECr parecía imponer de manera necesaria que, siempre que se estuviese en presencia de hechos punibles que la ley considerase como delitos conexos, su enjuiciamiento debería ser conjunto.

A partir de la reforma, para que proceda tal acumulación, no sólo será preciso contar con el elemento objetivo de estar ante hechos que revisitan la apariencia de delitos conexos, sino que además se requiere un elemento subjetivo o valorativo, con una doble perspectiva: por un lado, se requiere que el órgano judicial aprecie positivamente que la investigación y el enjuiciamiento conjunto de los hechos va a resultar conveniente para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades que procedan; y por otro lado, debe valorarse si dicha acumulación procesal no tendrá como consecuencia negativa que el proceso se complique o se ralentice de manera excesiva. Por tanto, cabe afirmar que la nueva regulación ha supuesto un paso de la necesidad a la conveniencia del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos.

2. Ya alguna doctrina preconizó hace décadas que, pese a la redacción del antiguo art. 300 LECr, debía dejarse a la ponderación del juzgador en cada caso concreto la decisión de unir o separar las causas sobre delitos conexos, atendiendo a si con la acumulación se cumplían o no los fines propios de esta institución, que no son otros, en esencia, que velar por la seguridad jurídica de evitar pronunciamientos contradictorios, o alcanzar una mayor economía procesal. Cuando no se lograsen estos fines, o no estuviera en juego el acierto en la calificación, o la aplicación de relevantes normas de penalidad, podría decretarse la separación de causas por delitos que presentasen nexos de conexión. La visión descrita influyó en la introducción de una norma legal, entre las que regulan el procedimiento abreviado, según la cual «podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento». Con apoyo en esta base legal se fue generando una jurisprudencia cada vez más favorable a que el juzgador habría de valorar –no sólo en el procedimiento abreviado sino en todos los procesos– si convenía o no la tramitación conjunta de los delitos conexos. Y todo este estado de opinión, doctrinal y jurisprudencial, pensamos que ha servido de genuino precedente de la reforma legal producida en 2015.
3. El alcance de la valoración que ha de efectuar el tribunal para decidir si acuerda o no la acumulación procesal de delitos conexos, según los parámetros que cabe deducir de la jurisprudencia (anterior y posterior a la reforma), pasa por examinar: en primer término, si existen

motivos para una «conexidad necesaria» o sustantiva, y que se relacionan tanto con el fin de evitar sentencias contradictorias, como con el acierto a la hora de calificar los hechos, o de poder acreditarlos como ciertos, o de aplicar con corrección las normas referentes a su penalidad; y en segundo lugar, no habiendo razones como las que se acaban de mencionar, se podrá atender a si concurren motivos para una «conexidad conveniente» o de mera funcionalidad procesal, que se cifra en la economía procesal o la celeridad o simplificación de las actuaciones.

4. En cuanto al elemento objetivo, la reforma de 2015 ha mantenido cuatro de los cinco nexos existentes en la regulación anterior, y ha sumado dos nexos nuevos. Los nexos continúan ubicándose en el art. 17 LECr, en concreto en su segundo apartado; el primer apartado queda reservado para el elemento valorativo al que nos hemos referido; y el tercero y último para el supuesto que ha dejado de ser motivo de conexión, relativo a los delitos que se atribuyen a un mismo sujeto y que presentan analogía o relación entre sí, pero respecto de los que se permite su enjuiciamiento conjunto siempre que se cumplan ciertas condiciones.
5. Los dos primeros motivos del art. 17.2 LECr regulan lo que puede denominarse «conexión subjetiva», y son complementarios uno del otro. En ambos casos, los diversos delitos que cabe considerar conexos se atribuyen a varios autores. Esta pluralidad de sujetos responsables han podido cometer la misma infracción penal, o infracciones diferentes, pero tanto en los supuestos del núm. 1º como del núm. 2º hay un elemento que vincula subjetivamente a la pluralidad de autores. En el núm. 1º, dicho elemento es la «reunión»: las personas que perpetran los delitos susceptibles de enjuiciarse a la vez debían estar «reunidas» en el momento de su comisión, según el tenor legal; y esta reunión implica unidad espacial y unidad temporal, aunque sean consideradas en sentido amplio. En los casos del núm. 2º, el elemento que provoca la ligazón entre los delitos es el «concierto» previo para delinquir entre las personas a quienes se atribuyen tales delitos; estas personas no se encontraban reunidas, sino que se hallaban «en distintos lugares o tiempos» cuando llevaron a cabo su actividad criminal. Con la reforma, se ha suprimido la condición de que las personas que cometen delitos estando reunidas se hallen sujetas a tribunales distintos, para que pueda entenderse que esos delitos son conexos. Y es que lo relevante para considerar dos o más delitos como conexos es que entre ellos medie un nexo que la ley establezca y que encierre un motivo de necesidad o de conveniencia para la acumulación procesal. Si los autores de estos delitos conexos determinan la competencia de

tribunales distintos, es una consecuencia a la que habrá que atender después, para resolver debidamente qué órgano judicial conocerá del único proceso; pero no tiene por qué convertirse en un requisito previo para entender que existe conexión.

Para nosotros es claro que el núm. 1º del art. 17.2 LECr exige que los diversos autores, ya cometan la misma acción criminal entre varios, o ya perpetren varios delitos diferentes, deben actuar unidos en su intención delictiva, de manera que la coincidencia de espacio y de tiempo no puede ser casual sino deliberada, es decir, debe haber un concierto entre los culpables, que, de no concurrir, faltará el fundamento de la conexión. Es cierto que el «concierto» como tal es el elemento que se requiere en el núm. 2º del mismo precepto; pero, como decimos, pensamos que tanto el elemento «reunión» (del núm. 1º) como el «concierto» (del núm. 2º) aluden a que los autores de los distintos delitos se han puesto de acuerdo para delinquir, tienen una misma intencionalidad criminal; sea en el mismo lugar y al mismo tiempo, sea en diferentes lugares o tiempos.

6. Los supuestos del núm. 3º y del núm. 4º del art. 17.2 LEC son calificables de «conexión objetiva o instrumental». En ellos existe una pluralidad de delitos, como en todo caso de conexión, que han sido cometidos por el mismo sujeto activo o por sujetos distintos, ya que las normas no distinguen y cabrían ambas posibilidades, y en los que el nexo entre los diferentes delitos consiste en que unos son medios o instrumentos de los otros: siempre hay al menos un delito-medio y un delito-fin, y el delito-medio sirve para cometer el delito-fin (o para que sea más fácil cometerlo), o bien para evitar su persecución o castigo. Esta pre-ordenación de unos delitos a otros comporta importantes consecuencias, tanto procesales como penales. Desde el punto de vista procesal, puede ser muy aconsejable que el delito-medio se enjuicie junto con el delito-fin, pues aunque se trate de delitos distintos y distinguibles, en el caso concreto forman una cierta unidad, pues el delito medio no se busca en sí mismo, sólo se comete como «paso» para lograr el resultado que realmente quiere alcanzarse, que es el del delito-fin.

Precisamente por la cierta unidad que forman los delitos, en tanto que uno se subordina al otro, pero sin llegar a confundirse o a integrar un solo tipo penal, desde el punto de vista sustantivo, los casos de «conexión instrumental» pueden conllevar la aplicación de una regla penológica específica: la relativa a los concursos mediales de delitos. En estos concursos se llevan a cabo dos o más hechos, que suponen varios delitos, de forma que «uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro» (art. 77.1 CP). Y la regla penológica es que se impondrá la

pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave (art. 77.3 CP). Esta regla es más benigna que la del concurso real de delitos, pues no se suman las penas de los delitos que constituyen los dos hechos punibles, y la razón radica en que estos dos hechos punibles aparecen con una fuerte ligazón, ya que uno se comete como medio, y como medio necesario, para cometer el otro delito.

Ahora bien, cabe apreciar que todo concurso medial de delitos supone una conexión delictiva del art. 17.2.3º LECr, pues concurrirán dos delitos, en este caso cometidos por el mismo sujeto, con una relación entre ellos de medio a fin. Sin embargo, no sucede lo mismo a la inversa, pues no toda conexión objetiva o instrumental determinará un concurso medial de delitos. Y ello principalmente por dos razones. La primera, porque el concurso medial, como todo concurso de delitos, requiere idéntico sujeto activo de los hechos punibles que aparecen ligados, y el art. 17.2.3º LECr permite una conexión de esta clase entre delitos que tengan diferentes sujetos responsables; por tanto, si cambia el sujeto activo de los delitos conexos, no habrá concurso medial. Y el segundo motivo tiene que ver con que el art. 77.1 CP, que exige que el delito-medio sea medio «necesario» para cometer el otro delito, mientras que la conexión no requiere tal necesidad del medio, bastando incluso que el primer delito meramente facilite la ejecución del segundo. Por ello, aunque en el foro los conceptos de conexión instrumental y de concurso medial de delitos se presentan muchas veces unidos, no han de confundirse, pues en teoría pueden y deben deslindarse.

7. Los nuevos nexos de conexión se regulan en los números 5º y 6º del mismo art. 17.2 LECr. El vínculo del art. 17.2.5º pretende unir el enjuiciamiento de un delito origen o antecedente con un delito subsiguiente o consecuente; y se refiere a los casos en que el delito consecuente es el de favorecimiento real o personal, o el blanqueo de capitales.

Los delitos de favorecimiento real y personal se suelen identificar con las modalidades del delito de encubrimiento recogidas, respectivamente, en los números 2º y 3º del art. 451 CP. Aunque de entenderlo así, no cabría considerar como delito conexo con su antecedente la modalidad de encubrimiento recogida en el núm. 1º del mismo precepto, conocida como delito de «auxilio complementario». Y otro tanto sucede con el delito de receptación del art. 298 CP, que tampoco se menciona expresamente en el art. 17.2.5º LECr, a diferencia del blanqueo de capitales, con el que integra el mismo capítulo del CP. La clave, por tanto, está en determinar cuál ha de ser el contenido y las

notas que definen los «delitos de favorecimiento real y personal»; en nuestra opinión, esta cuestión debe ser resuelta por la doctrina penalista. Desde una perspectiva procesal, sólo diremos que no encontramos motivos que justifiquen que los delitos de los arts. 451.2º y 3º CP junto con el blanqueo de capitales sí sean considerados conexos con los delitos que los preceden, y que no suceda lo mismo con los delitos de los arts. 451.1º y 298 CP, puesto en estos dos últimos casos también existe una clara ligazón entre el delito origen y el consecuente, que puede hacer conveniente, si resulta posible, el enjuiciamiento conjunto.

En cuanto a la acumulación del blanqueo de capitales con el delito que lo preceda, debe considerarse que a veces no será factible, porque se desconozca cuál es la actividad delictiva anterior o quiénes son sus autores; y aun cuando resulte posible, en ocasiones quizá no sea lo más conveniente, si con ello se dificulta la investigación y el esclarecimiento de lo ocurrido, en especial cuando los hechos sean relativos a complicadas tramas de delincuencia económica, como se reconoció en jurisprudencia anterior a la reforma.

8. Por último, los delitos de lesiones o daños recíprocos son considerados conexos en el sexto y último número del art. 17.2 LECr. Este nexo venía siendo reclamado por la doctrina desde hace tiempo, pues parece muy razonable que tales infracciones se enjuicien en una misma causa, toda vez que provienen de un mismo conjunto fáctico, y si se dividen las causas, se corre el riesgo de que las sentencias sean contradictorias. A la vez, como no existía un amparo legal expreso para la tramitación conjunta de las infracciones recíprocas, y no se concebía que quien actuase procesalmente como parte pasiva pudiera ser parte acusadora en el mismo proceso, el resultado fue que durante bastante tiempo hubo una jurisprudencia contradictoria, en la que a veces se permitía la acumulación en esos casos y a veces no. Esta situación vino a ser resuelta por el Acuerdo del TS de 27 de noviembre de 1998, asumido en posteriores sentencias; por lo que, al establecerse legalmente este supuesto de conexión, se recoge lo que venía aplicándose ya por nuestros tribunales.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA MORALES, Marien, «La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (O «de cuando el oro parece»», *Diario La Ley*, nº 8551 (2015): 5.
- BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva* (Barcelona: Atelier, 2014).

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La conexión en el proceso penal* (Pamplona: EUNSA, 1972).
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I (Barcelona: Bosch, 1947).
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012).
- MUERZA ESPARZA, Julio, *Las reformas procesales penales de 2015* (Cizur Menor: Aranzadi, 2015).

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL: GARANTÍA DE PERMANENCIA O RUPTURA DE CONSENSO*

Considerations on constitutional reform: Guarantee of permanence or rupture of consensus

M.^a Victoria García-Atance García de Mora
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia
mgarcia-atañce@der.uned.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp85-118](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp85-118)

Recibido: 03.11.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

La finalidad de la función de reforma constitucional, es la de compatibilizar la tendencia irrenunciable al cambio, al que se encuentran impulsados los ordenamientos constitucionales por la inevitable e imparable evolución político-social y a la vez su permanencia en cuanto que, como texto fundamental en el que cristaliza la decisión política de una sociedad, exige su consolidación. En el presente trabajo se plantean algunos puntos en torno a determinados aspectos de la actividad de reforma tales como la titularidad de la iniciativa de la reforma constitucional, así como la conveniencia o inoportunidad de la misma, la organización territorial del

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): García-Atance García de Mora, M.^a Victoria. 2017. «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional: garantía de permanencia o ruptura de consenso». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp85-118](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp85-118).

Estado y el grave problema catalán que suscitan en la actualidad una profunda reflexión.

Palabras clave

Reforma constitucional, iniciativa legislativa popular, mutación constitucional, supresión constitucional.

Abstract

The purpose of the constitutional reform function is to reconcile the irrevocable tendency to change, to which the constitutional orders are driven by the inevitable and unstoppable political-social evolution and at the same time its permanence in that, as a fundamental text in the that crystallizes the political decision of a society, requires its consolidation. In the present work some points are raised around certain aspects of the reform activity such as the ownership of the initiative of the constitutional reform, as well as the convenience or inopportune of it, the territorial organization of the State and the serious Catalan problem that currently provoke a deep reflection.

Keywords

Constitutional reform, popular legislative initiative, constitutional change, constitutional suppression.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTROVERSIAS EN LA DIALÉCTICA ‘PERMANENCIA–CAMBIO’. 2.1. *La tensión existente de las constituciones escritas y rígidas entre la permanencia y el cambio.* 2.2. *Superación de la tensión permanencia-cambio.* 3. REFORMA CONSTITUCIONAL: CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTO JURÍDICO. 3.1. *Concepto de reforma constitucional.* 3.2. *Justificación de la reforma.* 3.3. *Fundamento jurídico de la reforma.* 4. DIFERENCIACIÓN CONCEPTUAL ENTRE LA ACTIVIDAD CONSTITUIDA DE REFORMA Y OTROS SUPUESTOS DE VARIACIONES EN LA CONSTITUCIÓN. 4.1. *Poder de reforma y autolimitación del poder constituyente.* 4.2. *Diferenciación terminológica y conceptual de las alteraciones de la constitución diferentes de la reforma.* 4.2.1. *La destrucción de la constitución.* 4.2.2. *La supresión constitucional.* 3.2.3. *El quebrantamiento de la constitución.* 5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL: FACTOR DETERMINANTE EN LA PROTECCIÓN DE LA FÓRMULA DE IDENTIDAD. 5.1. *Justificación de la reforma constitucional como instrumento de garantía no jurisdiccional.* 6. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONVENIENCIA DE CAMBIO FORMAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. 6.1. *Ponderación de la oportunidad de modificación de la constitución.* 6.2. *Relación de temas de inclusión y exclusión de una eventual modificación de la constitución.* 7. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCLUSIÓN DE LA INICIATIVA POPULAR EN LA ACTIVIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL COMO POSIBLE OBJETO DE MODIFICACIÓN. 7.1. *Sujetos titulares del poder de iniciativa de reforma constitucional.* 7.2. *Método mixto de iniciativa de reforma.* 7.3. *Rigidez en la iniciativa de reforma por vía reglamentaria.* 8. TITULARIDAD DE LA INICIATIVA DE REFORMA. 8.1. *Iniciativa del Gobierno.* 8.1.1. *La singular intervención del Consejo de Estado en la iniciativa de reforma.* 8.2. *Iniciativa del Congreso y del Senado.* 8.3. *Iniciativa de las Asambleas de las CCAA.* 8.4. *Exclusión de la iniciativa popular.* 8.5. *Conclusión sobre la exclusión de iniciativa popular en la actividad de la reforma.* 9. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONVENIENCIA O INOPORTUNIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL. 10. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE ESTADO. EL GRAVE PROBLEMA CATALÁN. 10.1. *Posible modificación informal de la previsión constitucional en el caso catalán.* 10.2. *Seguridad jurídica y límites de la modificación informal de la Constitución.* BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La andadura de 40 años de vigencia constitucional supone una importante reflexión en torno al análisis de la eficacia de la Norma fundamental, en su objetivo de convivencia y libertad en una democracia representativa, ante las nuevas circunstancias que han cambiado el perfil de nuestra sociedad. Esto

es, se han producido hechos relevantes, inexistentes en la etapa constituyente, como la unificación europea, la caída del muro de Berlín, la guerra de Irak, la amenaza del terrorismo, el progreso biotecnológico, etc., que requieren un replanteamiento sobre el grado de dinamismo de nuestro ordenamiento constitucional al compás de las necesidades de la nueva sociedad tras 40 años.

El presente trabajo analiza algunos de los posibles cauces para acoplar el texto constitucional al escenario de la nueva realidad socio-política.

Debido a la supremacía de la Constitución y la caracterización de cualquier cambio de su normatividad, cualquier alteración de la misma, como afirma De Cabo, «tiene tal trascendencia que exige la utilización de categorías fundamentales de la Teoría y el Derecho constitucional, de tal complejidad, que terminan configurándose como parámetro de muchas otras, y desde luego, del orden constitucional, lo que supone una permanente vigencia y permanente cambio, a través de nuevas respuestas» (De Cabo, 2003: 9). En definitiva, se trata de subsistir evolucionando.

Así, todo Estado que pretenda organizarse bajo un mínimo de juridicidad reconoce unos principios insoslayables para definirse conforme a una estructura jurídico-positiva, de tal modo que los cambios que pueda introducir en el ordenamiento constitucional sean congruentes con el mismo.

Es por ello que la Constitución, como *Lex Superior*, obliga al poder legislativo y en general a todos los poderes constituidos mientras no opere de nuevo su poder constituyente, o se reforme la misma. Y, aún así, en tanto que poder constituido, siempre quedará condicionada su modificación a que las reformas que se verifiquen, por una parte, no contradigan las directrices sustantivas y basilares, estén éstas o no reflejadas en el Código fundamental. Por otro lado, la modificación queda condicionada al respeto que la actividad de reforma debe proyectar respecto al elemento identificador —«*Presupuesto esencial e irreductible*» que definía Crisafulli (Crisafulli, 1930: XVII)— propio de cada orden constitucional, debiéndose compatibilizar los elementos que alientan la función reformadora: la evolución con la permanencia. Solo así la función de revisión actuará como auténtico instrumento de defensa y garantía constitucional, que es uno de los objetivos que cumple también la función reformadora. Como veremos más tarde, de no ser así, la Constitución corre el riesgo de sucumbir. Esto sucedería, por otro lado, con las constituciones pétreas (Sempere, 1907)¹ que suponen el exponente máximo del deseo de salvaguardar el texto y que, sin embargo, resultan ser la vía más idónea para que la Norma Fundamental y su organización política fracasen, generando además acontecimientos revolucionarios.

¹ Al lado de las constituciones rígidas y flexibles, Sempere designa como un *tertium genus* aquellas que no prevén cláusula alguna de revisión.

2. CONTROVERSIA EN LA DIALÉCTICA ‘PERMANENCIA-CAMBIO’.

El instituto de la reforma constitucional, orientado a suplir las deficiencias que la Norma Fundamental puede albergar, no debe ser instrumentalizado para provocar una posible crisis política (Spagna Musso 1979:143), cuya solución supusiera la eventual instauración de un nuevo orden constitucional completamente diferente, por producir, no una reforma, sino la desconstitucionalización del sistema político de la comunidad.

El constitucionalismo revolucionario ejemplarizó la pretensión de la permanencia de los textos constitucionales para asegurar a las futuras generaciones los hitos conseguidos por el liberalismo constitucional. Este deseo de permanencia se constata en el constitucionalismo moderno, al dotar a las constituciones rígidas de un dispositivo para su reforma al objeto de permitir la adaptación de las mismas al continuo mutar social, posibilitando con ello la subsistencia de la Ley Superior. Así pues se aplica la idea definida en la Constitución francesa de 1793, cuyo artículo 28 estableció: «Un pueblo tiene el derecho de cambiar, revisar y reformar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras». Se generalizó así la conciencia de que no puede entenderse la constitución como ley permanente y eterna, básicamente por tres motivos:

- Por la necesidad de adaptación a la realidad, sometida a continua evolución.
- Por el envejecimiento de la norma por paso del tiempo y del cambio semántico.
- Por las lagunas que se detectan en la aplicación práctica de la constitución.

2.1. *La tensión existente de las constituciones escritas y rígidas entre la permanencia y el cambio.*

Frente al caso británico (Lucas Verdú, 1977:646) que, por no existir un código fundamental escrito, es sumamente permeable en su adaptación a las nuevas necesidades, las constituciones escritas y rígidas reflejan de manera patente la tensión (Bryce, 2015) entre la permanencia y el cambio constitucional. Se pone así de relieve la tendencia de todo ordenamiento a conciliar el carácter estático de sus normas originarias junto con las orientaciones de las direcciones políticas que los órganos constitucionales formulan bajo el impulso de las fuerzas sociales.

Pero más allá de la necesaria adaptación, la tensión que subyace en toda función revisora, permanencia-cambio, se intensifica cuando la adaptación

del texto, tuviera como objeto una transformación que afectara a alguno de los principios sustantivos (Lucas Verdú, 1977:428) que identifican y definen ese preciso ordenamiento jurídico-constitucional.

2.2. *Superación de la tensión permanencia-cambio.*

El concepto estabilidad-cambio, ¿asume sentido quimérico en el ámbito constitucional? , ¿cabe conciliar la permanencia a la que tiende todo texto constitucional con su propia transformación? y, si es así, ¿hasta qué punto puede predicarse la permanencia de un texto que altera sus postulados básicos?

Entendemos que hablar de permanencia alude a la idea de subsistencia del núcleo que es esencial de la constitución, es decir, que las reformas que haya de experimentar el texto permitan seguir reconociéndolo, con lo que las características propias que lo determinan, en este caso la dialéctica permanencia-cambio, aportarían verdadera estabilidad (Morlino, 1985). Esto es, para que un régimen constitucional sea estable, es decir, que la tensión permanencia-cambio se trueque en estabilidad, es preciso que se realicen transformaciones internas, pero asumiendo la continuidad de ciertas estructuras. De no ser así, se produciría un desequilibrio entre la constitución subyacente y los nuevos postulados de la función reformadora material (Mortati, 1940:204), produciéndose una brecha que agudizaría la tensión dialéctica-permanencia, mientras que si, por el contrario, ambas discurren al punto de acoplarse, la tensión permanencia-cambio no suscitará desequilibrio alguno, más allá del derivado de lo que supone la simple integración de la reforma, pero sin desviarse de las decisiones constituyentes asumidas en su momento en la Constitución.

3. REFORMA CONSTITUCIONAL: CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTO JURÍDICO.

3.1. *Concepto de reforma constitucional.*

La Constitución, en sentido formal, exige que su modificación sea más difícil, según su grado de rigidez, que cualquier otra modificación que afectara a una ley ordinaria. Lo anterior es predicable sólo de las constituciones escritas, que asumen la forma de un Estatuto, frente a lo que sucede con Estados que carecen de documento formal de constitución, como el caso de Gran Bretaña, donde no se diferenciaría de las demás leyes ordinarias.

En la mayoría de los casos en los que existe una constitución formal, las leyes constitucionales, como señala Kelsen, se distinguen de las ordinarias, tanto por su promulgación, como por su abrogación y reforma (Kelsen, 1979: 147). Así, ésta será más difícil, por contemplar un procedimiento especialmente

solemne para su creación y, además, sus efectos han de proyectarse de igual modo en el supuesto de reformar, con lo que se distingue de nuevo de las demás leyes ordinarias.

Entendida así la Constitución como el código político en que un país plasma su existencia política, pretenderá un mínimo de estabilidad y seguridad que se traduce en que sus modificaciones se realicen con especiales esfuerzos, sin que por ello se impida su adecuación a las nuevas exigencias políticas.

Ahora bien, ¿cómo realizar los cambios constitucionales para no desestabilizar el equilibrio estabilidad-permanencia que toda constitución debe mantener en la esfera de su supremacía? Los teóricos del siglo XVIII no aplicaron un criterio afín, siguiendo tres posibles vías que, conforme a Esmein (Esmein, 1921: 568), cabe reformular en tres grupos:

- a) La exigencia de que la modificación del código fundamental se acometiera con el consentimiento unánime de los ciudadanos, conforme al principio de identidad que postulara Rousseau, si bien la dificultad de esta vía, tornaba impracticable revisión alguna de toda norma fundamental.
- b) La segunda opción fue ofrecida por Sieyès, según la cual las leyes constitucionales vinculan a los poderes constituidos, pero no están por encima de la nación de la que han emanado y que puede, siempre, cambiar la Constitución en completa libertad. Sieyès extendería esta libertad a los ‘representantes’, conforme al mandato representativo «*un corps de representants ordinoirs supplée à l'Assemblée de la Nation*». De esta forma, los cambios del código fundamental pasarían de situar su centro de gravedad en la Nación, a recaer en los representantes de la misma.
- c) Sin embargo, la alternativa que más eco obtuvo, fue aquella con base en la cual los textos constitucionales debían ser revisados por la misma autoridad y procedimiento que ella misma determinó, conforme al postulado de Rousseau (Esmein, 1921: 611)².

Debido pues a las transformaciones económicas y sociales imperantes de un país, la nación experimenta la necesidad viva de modificar su constitución para que ésta sea real y efectiva y no una simple hoja de papel mojado (Loewenstein, 1965:185). Por ello, la mayoría de los sistemas constitucionales

² «*Il est contre la nature du corps social de composer des lois qui l ne puisse revoquer, mais il n'est contre la nature ni contre la raison qu'il ne puisse revoquer ces lois avec la même solennité qui l'a mit pour les établir*».

están dotados de una institución jurídico constitucional que es el instituto de reforma.

3.2. *Justificación de la reforma.*

Por perfecto que resulte el acto constituyente, es imposible que su obra vaya a ser eterna. La experiencia y el tiempo sugerirán nuevas reformas convenientes en el texto constitucional, siendo indispensables integrarlas en la norma superior. Tal formulación, como señaló Madison, debía proteger por igual contra una excesiva facilidad, que convirtiera la Constitución en un Estatuto demasiado variable, así como contra la exagerada dificultad que la condenara a defectos manifiestos, y perpetuando además con ello, la tensión permanencia-cambio (Madison, 1957: 187).

La justificación, en síntesis, de la reforma constitucional viene definida porque las cualidades de excelencia de una Norma fundamental extrapolada en el tiempo, no justifica la pretensión de su perdurabilidad. Así lo entendió la Constitución francesa de 1791, al reservar a la nación el derecho a cambiar la constitución, revocando el poder que ella daba al rey: «*L'Assemblée constituante déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution*» (Título VII, Art.1º).

3.3. *Fundamento jurídico de la reforma.*

El establecimiento de una Constitución pone en marcha la manifestación del Poder Constituyente, originario e incondicionado, mientras que reformar una Constitución activa un Poder de naturaleza diferente, pues se trata de un poder derivado, no pudiendo aspirar a otra forma de actividad que la establecida en la norma constitucional. Hunde así sus raíces en la propia regulación jurídico-constitucional para introducir las modificaciones pertinentes en el texto como señala Herrero y Rodríguez de Miñón (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016:20). Sin embargo, esta afirmación sencilla no deja de suscitar controversia con motivo tanto de su grado de extensión, como por el contenido de la misma (De Vega, 1985:228).

En definitiva, tal diatriba refleja de nuevo la tensión subyacente en este instituto relativa a su aplicación en un estricto sentido jurídico o como instrumento que trasciende a la propia función revisora que se proyecta como una 'manipulación' de la misma, desbordando su carácter jurídico constitucional derivado y arrogándose unas atribuciones que no le competen. Se reconoce, así, en la cláusula de reforma, el dispositivo que pone en marcha el proceso que se sigue para producir cambios en el texto constitucional para adaptarla a las nuevas contingencias de la sociedad.

4. DIFERENCIACIÓN CONCEPTUAL ENTRE LA ACTIVIDAD CONSTITUIDA DE REFORMA Y OTROS SUPUESTOS DE VARIACIONES EN LA CONSTITUCIÓN.

Partiendo de que una Constitución ha de revisarse para acomodarse a la realidad y de que esta actividad se encuentra en la propia Constitución, se entiende que la modificación ha de regirse por los cauces jurídicos previstos, como dice Ruiz del Castillo, el Derecho futuro debe brotar del Derecho actual, desenvolviéndose en continuidad todo el derecho actual (Ruiz del Castillo, 1939).

La admisibilidad de reforma total por parte algunos ordenamientos –entre ellos el nuestro– no obsta para considerar que, aunque desde un punto de vista jurídico, sea impecable por estar así previsto en la constitución, sin embargo sea criticable desde la óptica de la legitimidad sobre la que reposa el poder constituyente.

Introducir determinados cambios identificadores de la fórmula de identidad de un ordenamiento constitucional, o bien cambiar de forma total la constitución, invocando el principio de legalidad, no deja de constituir una maniobra atentatoria contra la legitimidad del poder constituyente originario (De Vega, 1985:228). Y es que, como afirma Friedrich (Friedrich, 1975:283), el poder constituyente sólo puede ser ejercido por un sector capaz de reemplazar el orden establecido por una nueva constitución.

Así, la reforma que conforme a las prescripciones reguladas jurídicamente en el texto, afectara a aspectos que incumben a la actividad constituyente, sería acorde con la legalidad del derecho positivo, pero discutible desde la óptica de que subvierte el orden de prioridad entre el poder constituyente –que representa la legitimidad de quien está facultado a hacer o no hacer– y el poder de reforma –representado por la legalidad como señala Duverger, y cuyo objeto debe girar en torno a la continuidad del ordenamiento (Duverger 1980:41).

4.1. *Poder de reforma y autolimitación del poder constituyente.*

Desde esta consideración, al igual que en la constitución se regulan los distintos poderes del Estado, aparece también ordenado el poder de revisión, cuya misión no es otra que la de operar jurídicamente los cambios cuando las circunstancias lo requieran. El interrogante que en todo caso planea es ¿puede el poder constituyente autolimitarse a sí mismo como se plantea De Vega? (De Vega, 1985:71). El poder constituyente de un día no puede condicionar el poder constituyente del mañana, que es igualmente soberano y no sometido a limitación alguna. En otras palabras, convenimos con De Vega, en que la reforma constitucional configura una operación jurídica que no rompe con la idea de continuidad considerando que el poder constituyente

permanece. Ahora bien, ¿cómo explicar la continuidad y permanencia del poder constituyente ante algún supuesto de los contemplados en el art. 168 CE, que pueden alterar la identidad de la constitución o incluso su reforma total? ¿Puede, en rigor, calificarse esa actividad como una reforma constitucional? Creemos que si se trata de una reforma total, realmente sería una nueva manifestación del poder constituyente y, por tanto, debiera actuar de manera absolutamente libre y omnimoda, con lo que no estaría sujeto a condición alguna respecto a lo regulado y previsto en el artículo que contempla dicha actividad de reforma. Esto es así porque a lo que al final se llega es a una situación en la que se habría suprimido la constitución, rompiéndose con la idea de continuidad, que es, en definitiva, el fundamento que justifica la actividad revisora. Con la reforma total de la constitución se origina una actividad revolucionaria, una nueva manifestación del poder constituyente y, como tal, no tiene por qué quedar sujeta a tipo alguno de regulación jurídico-constitucional, cuya pretensión, como señala De Vega, es la de la continuidad de la constitución (De Vega, 1985).

4.2. *Diferenciación terminológica y conceptual de las alteraciones de la constitución diferentes de la reforma.*

En conexión con la problemática en el ámbito de la supremacía del poder constituyente sobre el constituido, hay que diferenciar terminológica y conceptualmente los distintos supuestos que alteran un orden constitucional pero que, por no suponer una continuidad del mismo, difieren de la naturaleza de la figura de la reforma constitucional y cuya actividad trasciende de la de simple reforma.

Schmitt propuso una tipología de estos supuestos de alteración conforme a diversos cambios en el texto constitucional, pero que no implican propiamente la reforma del mismo (Schmitt, 1982: 155).

4.2.1. La destrucción de la constitución.

Supone un cambio de tal entidad en el orden existente que comporta la supresión de la constitución y no sólo de alguna regulación legal, acompañando a tal acontecimiento, a su vez, la supresión del poder constituyente en que el orden anterior se basó. Tal sería el caso de una revolución democrática en la que, subvirtiendo el orden, se suprime también el poder constituyente, como aconteció en Francia en 1789 y 1793, cuando se suprimió por vía revolucionaria la monarquía. Igualmente puede darse el caso opuesto, esto es, la supresión por vía de una revolución o golpe de Estado del poder constituyente de la nación, produciéndose en ambos supuestos cambio en el poder

constituyente y cambio de la constitución, siendo la ruptura del orden absoluta y sin continuidad.

4.2.2. La supresión constitucional.

La supresión es, en parte, afín al anterior y se da cuando la continuidad del orden se resquebraja por la abolición o supresión de la constitución pero subsistiendo el poder constituyente. Tal sería el supuesto de una reforma total, aunque consideramos que el término de reforma, aquí, es inadecuado porque, como vimos antes con De Vega, no hay continuidad de la constitución, que es lo que configura la esencia de la actividad reformadora. Al ser suprimida la norma fundamental, difícilmente puede seguir hablándose de continuidad jurídica como mantenían Posada y otros autores (Posada, 1929; Schmitt, 1982:155; Mortati, 1949:202). En consecuencia, cabe afirmar con los mencionados autores, que en el sistema constitucional pueden explicarse las supresiones de la constitución pero no las que se pudieran producir por el mecanismo de reforma, ya que, cuando se produce una autorruptura de la constitución, es el propio poder constituyente el que se activa, separándose de un poder constituido de reforma y no soberano, con lo que se diferenciaría así entre la actividad del poder constituyente y el poder de reforma.

4.2.3. El quebrantamiento de la constitución.

Por quebrantamiento de la norma constitucional se entiende un caso muy particular de alteración de ésta que se produce cuando son derogadas sus normas en casos determinados y a título excepcional, si bien manteniendo su vigencia y validez respecto a los demás supuestos. Se trata, pues, de una violación ocasional de la constitución, que comporta la excepcionalidad de las previsiones constitucionales. Esta circunstancia es difícilmente aceptable en un Estado de Derecho, como aduce Vera Santos, en el que la supremacía constitucional no puede ser excepcionada (Vera Santos, 2007:36).

5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL: FACTOR DETERMINANTE EN LA PROTECCIÓN DE LA FÓRMULA DE IDENTIDAD.

La pregunta que se formulaba Schmitt ('¿quién debe ser el guardián de la constitución?') reflejaba la insuficiencia de la solución kelseniana de atribuir sólo a un tribunal de justicia la función de defensa de la Constitución (Schmitt, 1983:16).

En su intervención en la apertura de nuestro Tribunal Constitucional, de García-Pelayo aseveró: «El Tribunal Constitucional no es el único órgano

encargado de velar y proteger la Norma Constitucional, ni la vía jurisdiccional el único camino para su defensa». Asimismo, como afirmó Tomas y Valiente, hay otras instituciones a las que la Constitución encarga la misión de defenderla: el Rey, las Cortes, el Gobierno, en determinados supuestos, las Fuerzas Armadas y el Defensor del Pueblo (Tomas y Valiente, 1982-83: 188).

La amplitud con la que se entiende la defensa de la constitución influye de manera decisiva para que la delimitación de instituciones implicadas sea de difícil concreción, como sugirió De Otto, atendiendo a los dos objetos de protección: el que deriva de una infracción de la constitución y el que se refiere a la garantía de permanencia del orden constitucional (De Otto, 1985:12).

5.1. *Justificación de la reforma constitucional como instrumento de garantía no jurisdiccional.*

Las prescripciones constitucionales son relevantes no por el simple hecho de regular competencias concretas, ni siquiera por definir funciones orgánicas, sino porque el Estado define con éstas su propia esencia, por lo que todo ordenamiento jurídico establece un instituto jurídico al que atribuye esa función garantizadora. Sin embargo, el hecho de que la vía jurisdiccional no agote la función de garantía (Smend, 1985:227), a la que está sujeta toda Norma Fundamental, hace obligada la justificación de la función de reforma como otro instrumento garantístico más.

El reconocimiento de instrumentos institucionales de defensa de la norma, de carácter plurivalente y no exclusivo de un sólo órgano, incluye al instituto de revisión, toda vez que establece una serie de condiciones específicas invocables y exigibles para su modificación, que configuran un medio idóneo para asegurar su estabilidad, y que se recogen en los procedimientos señalados para acometer dicha reforma.

Conforme a Mortati, la justificación de la reforma en tanto que instrumento de garantía, se explica con base en lo siguiente:

- Porque formando parte el propio procedimiento de revisión de la norma fundamental, difícilmente podría considerársele ajeno a la noción de garantía que la propia constitución encierra.
- Porque su propia función coadyuva a la garantía de la constitución.
- Porque la institución de reforma sirve de vía para sustraer del juez constitucional los propios actos del órgano de revisión.
- Por la ambivalencia de su función, capaz no sólo de verificar necesarias adaptaciones de la Norma, sino también de preservar su estabilidad.

Porque el propio agravamiento del procedimiento para su activación configura en sí mismo una función de garantía (Mortati, 1949:224).

Así, no es otra la óptica desde la que cabe entender la institución de la reforma constitucional, sino como la fórmula consagrada por el constitucionalismo moderno para adaptar aquella a las nuevas exigencias para permanecer conforme a una concepción normativa, decisionista e integradora (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016: 16).

6. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONVENIENCIA DE CAMBIO FORMAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Hemos visto con anterioridad que uno de los objetivos de la función del instituto de reforma es el de defensa de la constitución, función ésta que adquiere un significado teleológico, y que no se ciñe únicamente al estricto procedimiento del mismo, sino en ocasiones, su función de defensa va más allá de su activación para proceder a reformar la constitución. Así, esta función de defensa de la Norma se manifiesta no sólo en su activación como tal, sino también en la omisión de la misma cuando así lo aconseje la prudencia política, atendiendo a factores que concurren igualmente al carácter de defensa del ordenamiento constitucional. De este modo, habrá que tener en cuenta aspectos tales como la conveniencia, oportunidad del momento para su activación, cálculo de consenso entre las fuerzas políticas, etc., factores éstos que una mínima prudencia política aconseja valorar, al margen de los intereses más o menos partidistas que pudieran confluír en un momento dado por coyunturas de oportunismo político.

Por ello, las deficiencias que tiene nuestra Constitución no sólo precisarían para su solución de un consenso político como el que se logró en la transición, que hoy por hoy se presenta difícil, sino que precisa de la adhesión de la opinión pública al proyecto de reforma. Es decir, como sostiene Torres del Moral, hay que lograr el respaldo en cuanto a lo que se quiere hacer, qué instituciones reformar, qué garantías adoptar, cómo se quiere hacer y de los tiempos para acometerse en nuestro actual escenario político-social (Torres del Moral, 2017). En síntesis, se trataría de ponderar la viabilidad de la reforma y el beneficio estimable frente al alto coste para el sistema político durante un largo plazo de tiempo.

6.1. *Ponderación de la oportunidad de modificación de la constitución.*

En relación a la conveniencia de una modificación de la constitución, hay que plantearse tres cuestiones en el presente escenario político de nuestra sociedad:

- primero, si hay que reformarla;
- segundo, qué habría de ser reformado;
- tercero, cómo se haría la reforma.

Respecto al primer supuesto, el envejecimiento constitucional, hay que decir que implica un doble efecto, positivo y negativo en todo orden fundamental. Así, por un lado, afianza el funcionamiento las instituciones, permite una previsibilidad jurídica sólida y genera un sentimiento de adhesión hacia ella, pero, de otro lado, pone de manifiesto que prescripciones que en su momento fueron adecuadas han quedado obsoletas y tal vez superadas y vacías de contenido. Se evidenciarían así defectos técnicos o situaciones superadas por la evolución de las propias instituciones, por lo que podrían incluso eliminarse, lo cual haría aconsejable su reforma, entendida ésta siempre desde la perspectiva de su función de defensa del ordenamiento constitucional. Por otro lado, hay que tener igualmente presente que una reforma puede ser contraproducente, más que beneficiosa, si ésta se acometiera sin tener una idea clara de lo que se quiere modificar y sin contar con el pertinente consenso, lo que puede originar el efecto contrario al de defensa de la constitución que asume el instituto de reforma.

Respecto al segundo supuesto, tanto desde la opinión pública como desde los, frecuentemente engañosos, programas electorales de los partidos políticos, se proclama, a veces sin no mucho fundamento, pero buscando réditos electorales, la necesidad de determinadas reformas en la Constitución. No seré yo quien niegue su conveniencia, pero sí que deben acometerse, como afirma Herrero y Rodríguez de Miñón, con base en un, muy prudente, triple criterio (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016:46):

- En primer lugar, no todas las reformas aún convenientes e incluso necesarias, han de tramitarse necesariamente por vía de la reforma formal prevista en la Constitución.
- En segundo término, la prudencia política aconseja que muchas de las modificaciones convenientes se hagan poco a poco, teniendo así más fácil una eventual rectificación, mejor que si se consolidara en la norma por vía de reforma formal (Torres del Moral, 2017).
- Finalmente, no todas las modificaciones de la Norma, por convenientes que sean, deben acometerse al mismo tiempo.

En relación al tercer supuesto, sería conveniente, para no estar en permanente proceso de revisión de la Norma, huir de propuestas singulares de revisión, ordenándolas, tal como sugiere Torres del Moral en paquetes de reforma que integraran grupos normativos concretos, como por ejemplo, uno que afectara a la representatividad, y en el que entraran diversos temas concernientes, como el fuero de los parlamentarios y de los miembros del gobierno, y también podría incorporarse en este paquete una más amplia

relación de incompatibilidades de los senadores o de los miembros del gobierno, por ejemplo (Torres del Moral, 2017:7).

En un sistema democrático se aprecia la conexión institucional existente, que hace recomendable, que los cambios que conviene hacer ante las demandas que plantea la sociedad, puedan igualmente acometerse a través de una legislación subconstitucional (Torres del Moral, 2017: 11), de manera que se haga innecesaria o menos urgente la vía de reforma, particularmente en el actual escenario político, que considero poco propicio para lograr el adecuado consenso y la estabilidad política y constitucional.

De igual modo, las modificaciones que se acometieran habría que hacerlas con tal precisión que no afecte a ningún otro precepto que es válido en nuestra Constitución, precisamente por la condición de instituto de garantía no jurisdiccional y defensa de la constitución que aquél asume.

6.2. *Relación de temas de inclusión y exclusión de una eventual modificación de la constitución.*

Entre los distintos temas que, desde hace un tiempo, son objeto de propuesta de cambio en nuestra Constitución se encontrarían: el Senado, el sistema electoral, la cláusula de varonía, la sucesión de la Corona, el Estatuto de la familia real, el fuero de los parlamentarios, la administración de justicia, la legislación de partidos en materia de financiación y control democrático, los reglamentos parlamentarios, la investidura del Presidente de gobierno, la responsabilidad política individual de los ministros, la organización territorial del Estado, los estatutos de autonomía (atendiendo a la eventual subsistencia de sólo aquéllos que superen determinado número de habitantes), el propio procedimiento de reforma contemplado en los arts. 167 y 168 CE³. Respecto a este extenso elenco, convendría precisar algunas consideraciones.

En primer lugar, entre las propuestas de reforma, habría algunas que, aunque convenientes, su análisis riguroso pone de manifiesto su inoportunidad de acometer hasta más adelante, al objeto de precisar la delimitación del alcance de la reforma, pues de poco serviría una revisión de la Norma que no concitase consenso.

En segundo lugar, otras demandas podrían acometerse sin necesidad de abrir un procedimiento de reforma que active el poder constituyente constituido, por ser su coste desproporcionado y por lo que supone de interinidad a la que queda sometido nuestro sistema político. Este sería el caso de un importante número de propuestas que podrían resolverse por otra vía como

³ Este tema ha sido objeto de excelente estudio por un reconocido sector de la doctrina recientemente (Torres del Moral, 2017:20; Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016:51).

mediante una Ley orgánica o por modificación de los Reglamentos de las Cámaras.

Por otra parte, en sectores como la Administración de justicia, es ocioso pensar que sus defectos dependan del texto constitucional y quedaran resueltos reformando la Constitución, sino que es necesario, por el contrario, acometerse por la norma legal a la que remite el art 127 CE.

7. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCLUSIÓN DE LA INICIATIVA POPULAR EN LA ACTIVIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL COMO POSIBLE OBJETO DE MODIFICACIÓN.

Conforme a un relevante sector de la doctrina (Burdeau, 1969:274), la problemática de la iniciativa de reforma confiere una importancia trascendental en orden a la interpretación de las características del sistema constitucional en su conjunto. Así, es más propio de regímenes autoritarios hacerla recaer en el gobierno y es más común a los eminentemente democráticos, dar clara, si no exclusiva, prevalencia al Parlamento.

El constituyente español ha conferido a la iniciativa la relevancia que se merece al dedicar a su regulación el artículo 166, conforme al cual, la iniciativa se ejercerá según lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 87, según los cuales, la iniciativa corresponde al Gobierno, al Congreso, al Senado y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Se atribuye, así, un trato común de la iniciativa, tratando a los legitimados para activar la función de reforma en plano de igualdad, independientemente del procedimiento que se adopte según los artículos 167 o 168. De esta manera, la iniciativa de reforma que se materialice por la vía del 168 no es más costosa (Vera Santos, 2007:200), lo que, sin embargo, en mi opinión, hubiera sido más coherente con la caracterización de este segundo procedimiento agravado.

7.1. *Sujetos titulares del poder de iniciativa de reforma constitucional.*

La diversidad de órganos concurrentes para iniciar un proceso de reforma, encierra una doble ventaja, de un lado porque la reforma se presente respaldada con mayor legitimidad, y de otro, se evita que al órgano único al que se hubiera reconocido la iniciativa de reforma, aplicara su situación de privilegio en su exclusivo interés (De Vega, 1985:128).

La iniciativa de reforma que contempla el ordenamiento opera a través del modelo de iniciativa compartida al que se refiere Burdeau, como base de la doble intervención gubernamental y legislativa, marginando, expresamente –artículo 166 CE en conexión con el 87 CE – la intervención popular. Así, aun reconociéndose ésta en vía legislativa ordinaria, se soslaya para el

supuesto de reforma, lo que ha suscitado críticas en un amplio sector de la doctrina que ha considerado de cierta cicatería la intención del constituyente, al hurtar de ese modo la intervención del soberano en tema de tal envergadura, como es la revisión constitucional en fase de iniciativa, sin perjuicio de su intervención en el procedimiento propiamente dicho de reforma por vía de referéndum, ya sea facultativo (artículo 167 CE), ya obligatorio (168 CE).

7.2. *Método mixto de iniciativa de reforma.*

Este sistema mixto de iniciativa, propio de las constituciones modernas como señala Kelsen, aún reconociendo el principio de separación de poderes, reconocen capacidad legislativa al ejecutivo, tiene su manifestación inmediata para el proceso de elaboración de las leyes en general, y de revisión en particular, en que el ejecutivo comparte con el legislativo el derecho reconocido constitucionalmente de tomar la iniciativa en el proceso legislativo, siendo esta intervención del Gobierno en las tareas legislativas de general reconocimiento por parte de la mayoría de las constituciones modernas.

Las vías establecidas por el artículo 166 CE respecto al 87 CE para iniciar la reforma, determina ya *ab initio* la diferencia con el procedimiento seguido en el legislativo ordinario en lo que respecta a la intervención popular, que sí prevé tal vía. Salvo esta excepción, no se desprende diferencia alguna entre la intervención que se ejercería para el caso de las leyes ordinarias y aquella que se seguiría para los supuestos de reforma constitucional, sin perjuicio de la diferencia entre los diversos tipos de iniciativa en relación a los órganos que intervinieran y conforme a los Reglamentos de ambas Cámaras.

7.3. *Rigidez en la iniciativa de reforma por vía reglamentaria.*

Éstas diferencias no suponen una mayor rigidez en la fase de iniciativa. Así, los resortes en pro de la rigidez constitucional, deben entrar en vigor a raíz de haberse llevado a cabo la iniciativa en cuestión (Alzaga, 1978). Sin embargo, se constata que los Reglamentos exigen que la propuesta de una revisión constitucional ha de ser presentada, yendo suscrita por dos Grupos Parlamentarios o por una quinta parte de los diputados (art. 146 RCD), en el caso que se trate de iniciativa del Congreso; o bien por 50 senadores, que no pertenezcan al mismo Grupo Parlamentario (art. 152 RS), para las Proposiciones de Ley del Senado. Por lo que, aunque no puede hablarse de una rigidez propiamente dicha ya en fase de iniciativa de reforma ya que la prescripción del 166 CE no establece dificultad adicional que supusiera algún grado de rigidez con respecto a la iniciativa legislativa ordinaria. Sin embargo, tal previsión reglamentaria presupone en sí un obstáculo, que de alguna manera dificulta la iniciativa de reforma en relación a la iniciativa

legislativa ordinaria que interpretamos, como una intención del Constituyente de diferenciar los dos procedimientos ya en su inicio y que pone de relieve la especial trascendencia del instituto de reforma, con respecto al procedimiento de elaboración de las demás leyes ordinarias.

8. TITULARIDAD DE LA INICIATIVA DE REFORMA.

En relación a la titularidad de la iniciativa de reforma, cabe plantearse con De Vega dos ámbitos a analizar (De Vega, 1985:128):

1. La pluralidad de órganos que asumen dicha iniciativa.
2. La exclusión explícita de la iniciativa popular.

En relación al primero, considera Loewenstein que la distribución de la participación en la iniciativa de reforma entre diversos órganos confiere mayor legitimidad a esta función y, de otro lado y como vimos antes, disipa en parte el riesgo de que un solo poder saque ventaja de esta función de reforma. En cuanto a la segunda cuestión, la exclusión de la iniciativa popular en el proceso de iniciar la función revisora es un tema muy controvertido, puesto que sí se contempla dicha intervención popular en la iniciativa legislativa ordinaria, mientras se omite en la actuación del poder constituyente constituido de reforma.

Esta aparente paradoja pone de relieve una tensión entre democracia representativa y democracia directa, latente en nuestro ordenamiento, que ya se evidenció en el proceso del debate en la Comisión Constitucional del Congreso, con ocasión de la discusión sobre el referéndum, en que la iniciativa popular sería excluida, en consideración a la eventual discordancia de una iniciativa popular en el marco de la democracia representativa, así como por los riesgos que podría implicar su uso plebiscitario. En apoyo de su inclusión, Fraga Iribarne invocó que las circunstancias entre la iniciativa popular para el supuesto de referéndum eran muy distintas a las de la inclusión de la iniciativa popular para la reforma.

A este efecto y frente a la posición mantenida por Pérez Royo⁴, convenimos con De Vega⁵ y Vera Santos⁶ en que las instituciones de democracia directa no implican necesariamente una suplantación de la democracia representativa. Así, en este supuesto concreto, el ejercicio del referéndum se materializa en la ratificación de un acto de las Asambleas, mientras que en el caso

⁴ Pérez Royo, 1987:437.

⁵ De Vega, 1985:137.

⁶ Vera Santos, 2007:137.

de la iniciativa legislativa de reforma, simplemente intenta poner en marcha al poder legislativo conforme a los mecanismos de la democracia representativa.

Por ello no se comprende que nuestra Constitución, que invoca la soberanía popular, excluya la iniciativa popular en los procesos de reforma.

8.1. *Iniciativa del Gobierno.*

Ésta parte de la presentación de un proyecto de reforma por parte del Gobierno, una vez aprobado en Consejo de Ministros ante el Congreso, junto a una exposición de motivos. Aunque la Constitución alude sólo a proyectos de reforma constitucional, esta prescripción ha de entenderse, como afirma Vera Santos⁷ y a su vez Pérez Royo⁸ en sentido amplio, considerando que aunque el artículo 167 hace referencia únicamente a los proyectos de ley, como de técnica exclusivamente gubernamental, sin embargo, el constituyente le atribuye un carácter genérico, incluyendo todo tipo de textos legislativos enviados a las Cámaras al margen de que su procedencia sea estrictamente gubernamental, parlamentaria o de procedencia de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Así lo corrobora el Consejo de Estado⁹, al reconocer que la expresión «proyectos de ley» ha de entenderse genéricamente a todos los textos enviados a las Cortes, al margen de su específica procedencia.

8.1.1. La singular intervención del Consejo de Estado en la iniciativa de Reforma

Como órgano consultivo del ejecutivo, el Consejo de Estado, conforme interpretación del Tribunal Constitucional,¹⁰ es un órgano de relevancia constitucional, diferente pues de un órgano constitucional (art. 107 CE), tal y como lo considera igualmente la doctrina¹¹.

Conforme al artículo 2 de la LOCE, el Consejo de Estado «realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le

⁷ Vera Santos, 2007: 201.

⁸ Pérez Royo, 1987:437.

⁹ «Debe entenderse en su sentido más amplio, como denominación genérica comúnmente utilizada para referirse a los textos en los que se concretan las iniciativas legislativas, con independencia de que técnicamente se trate de proyectos o proposiciones», p. 337, *Informe del Consejo de Estado sobre las modificaciones de la Constitución española*, Madrid, 2006.

¹⁰ STC 56/1990, de 29 Marzo, FJ 37.

¹¹ S. Romano (1898) seguido aquí por Gómez Montoro (1992).

solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende»¹². Como vemos este precepto atribuye al Consejo la competencia para elaborar propuestas legislativas hasta de reforma, teniendo como único límite en la preparación del texto de sus propuestas el respeto a las directrices marcadas por el Gobierno. La modificación operada así en este órgano de «relevancia constitucional» y en consecuencia sin capacidad de dirección política, suscita en la doctrina amplia extrañeza y crítica. Esta es la opinión, entre otros, de Vera Santos¹³, postura crítica a la que me adhiero, en tanto que la reforma confiere al Consejo de Estado una función que no le correspondería, como señala González-Trevijano¹⁴, pues si la elaboración de propuestas legislativas tiene un claro componente de dirección política, ¿qué no decir en el caso de propuesta de reforma?

En este orden de cosas, por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, el Gobierno remitió una consulta al Consejo de Estado de la que se deduce que solicita de él la elaboración de una propuesta de reforma constitucional. La respuesta del Consejo de Estado fue tan hábil como sutil, al reflejar en su informe que el Gobierno no le ordenó una reforma constitucional, sino lo que le encomienda es elaborar un estudio o informe, toda vez que «[e]l acuerdo adoptado es, en efecto, el de solicitar del Consejo de Estado un «informe sobre (...) modificaciones de la Constitución Española», sin encomendarle –como también habría podido hacer– la elaboración de una o varias «propuestas de reforma constitucional». Esta opción ha sido, con seguridad, meditada y tiene un significado político que condiciona de manera decisiva la tarea encomendada al Consejo de Estado. No se le pide la redacción de textos que den forma jurídica a una reforma cuyo contenido está ya definido, sino un informe acerca de las modificaciones constitucionales que la consulta define solo por relación a los objetivos que el Gobierno considera deseables»¹⁵.

La respuesta del informe del Consejo de Estado autoriza a reafirmar que es al Gobierno a quien corresponde la iniciativa de reforma constitucional, no estando en ningún caso el Consejo de Estado habilitado a impulsar texto alguno de propuesta de reforma constitucional y que avala con dos de sus Dictámenes el Consejo de Estado¹⁶.

¹² Esta es la dicción tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

¹³ Vera Santos, 2007: 211.

¹⁴ González-Trevijano, 2006:15-42.

¹⁵ *Informe del Consejo de Estado sobre las modificaciones de la Constitución española*, Madrid, 2006, p. 12.

¹⁶ Dictamen 47451 de 19 de junio de 1985 y Dictamen 307/1996, de 4 de Septiembre, en el que señala que «cuando se trata de elaborar una ley el dictamen se ha de constreñir

8.2. *Iniciativa del Congreso y del Senado.*

El agravamiento de los requisitos exigidos para el Congreso y el Senado para afrontar la reforma en comparación con los que se sigue para el procedimiento legislativo ordinario se entiende desde la loable pretensión de alcanzar el mayor consenso posible entre las fuerzas políticas para acometer aquélla.

En todo caso, conviene señalar que a pesar de lo previsto en el artículo 87 CE, la iniciativa de la reforma, en rigor, no corresponde al Congreso ni al Senado, sino que, conforme a los artículos 146 y 152 de los Reglamentos del Congreso y del Senado, respectivamente, son 75 Diputados y 50 Senadores quienes ejercitan realmente la iniciativa de reforma, mientras que las Cámaras, como órganos colegiados, lo que hacen, expresando una voluntad unitaria, es decidir sobre las iniciativas ajenas del Gobierno y de las Asambleas de las Comunidades autónomas¹⁷.

La cuestión se cifra en el hecho de que nuestra Constitución no diferencia entre iniciativa propiamente dicha y la decisión de las Cámaras en torno a dicha iniciativa, es decir, que no se excluye que las Cámaras puedan rechazar la oportunidad de la reforma propuesta a iniciativa del Gobierno o de las Asambleas de la CCAA y sobre las propuestas de los parlamentarios aisladamente considerados.

8.3. *Iniciativa de las Asambleas de las CCAA.*

El artículo 87.2 CE muestra la doble vertiente por la que las asambleas autonómicas pueden hacer uso de su iniciativa legislativa y, específicamente, en materia de revisión constitucional, ya sea por vía gubernamental –a través de la solicitud al Gobierno de la adopción de un proyecto de ley– ya a través de Congreso –por medio de la presentación ante la Mesa de éste, de una proposición de ley.

La intervención de estas asambleas en la iniciativa de reforma, en tanto que perfila una solicitud al gobierno de la adopción de un proyecto de ley, no pasa de ser un derecho de petición (Alzaga Villaamil, 1978:564), sin efectos vinculantes para el gobierno, pues un simple derecho de petición, difícilmente puede asumir carácter obligatorio para el órgano al que va dirigida la misma. Pero, aún así, las dificultades de que se ha revestido tal iniciativa autonómica han sido consideradas insuficientes por cierto sector de la

a la constitucionalidad del anteproyecto, a su coordinación con el resto del ordenamiento y a cuestiones formales o de técnica normativa».

¹⁷ Y también sobre las propuestas surgidas de los parlamentarios, individual y aisladamente considerados, como afirma De Vega, 1985:133.

doctrina en relación al posible diseño que hubiera podido asumir como, por ejemplo, la existencia de un determinado número mínimo de Comunidades Autónomas para presentar una solicitud de revisión, en consideración a las delicadas repercusiones que puede comportar una iniciativa de carácter autonómico, lo que aconseja diferenciarla con alguna exigencia adicional, de la iniciativa legislativa ordinaria (De Esteban y López Guerra, 1980:288).

En todo caso, la calificación jerárquica de tales órganos en la iniciativa de un proceso de reforma ha suscitado enfrentamiento en la doctrina por lo paradójico que es otorgar esta específica función a un órgano que no tiene conferido rango superior al de ley orgánica y negárselo a la iniciativa popular en nuestro sistema democrático.

8.4. *Exclusión de la iniciativa popular.*

No deja de extrañar que nuestro ordenamiento que proclama la soberanía popular excluya la iniciativa popular en el supuesto de iniciativa de reforma, máxime cuando equipara, en lo demás, la iniciativa legislativa con la de reforma. En este punto, discrepamos respecto a la justificación de dicha exclusión debido a la disfuncionalidad de una manifestación de democracia directa a través de la iniciativa popular en el marco de la democracia representativa, tal como quedó patente en el curso del debate en Comisión constitucional del Congreso, con ocasión de una enmienda presentada por UCD y apoyada por el PSOE y PC¹⁸.

Se ha dicho que cabe siempre un riesgo en la utilización de las instituciones de democracia directa, cuando no son practicadas como instrumentos de control de los órganos representativos (De Vega, 1985:137), al atribuirseles una legitimidad superior –tal como podría suceder en estas instituciones de democracia directa como el referéndum, o la iniciativa popular. No obstante, entendemos que hay que diferenciar entre ellas porque en el caso del referéndum constitucional, estaríamos ante el supuesto de ratificación de un acto de las Asambleas, mientras que la iniciativa popular pretende sólo activar el poder legislativo, mientras que, por su parte, el poder legislativo, puede tomar tal iniciativa en consideración, o bien, rechazarla.

En ambos casos, el poder constituido conforme a los mecanismos de democracia representativa, quedan incólumes, y en consecuencia, parece desproporcionado eliminar, –ante una eventual e hipotética mala utilización– instituciones de democracia directa, tales como la iniciativa popular y sin embargo, incluir el referéndum, aunque fuera facultativo, teniendo en ambos

¹⁸ *Trabajos Parlamentarios de la Constitución española*, Vol. II, p. 1730, *Diario de sesiones del Congreso de Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y Libertades Públicas*, Sesión 20 junio 1978, núm. 24.

casos, el mismo potencial peligro de suplantación de la democracia representativa.

Es, desde este planteamiento, incomprensible la exclusión de la iniciativa popular 166 CE, por varios motivos. En primer lugar, por la quiebra de la coherencia del ordenamiento constitucional, en la pretensión de conjugar el esquema representativo con los supuestos de democracia directa, como se desprende de los artículos 9.2 *in fine* («participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural»); artículo 23.1 («Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente, o por medio de representantes...»); y el artículo 89 («sin que la prioridad de los proyectos de ley, impida el ejercicio de la iniciativa legislativa en los términos del artículo 87»), como puso Fraga de relieve en la mencionada sesión de 20 de junio al señalar que era una gran incongruencia la supresión de la iniciativa popular, en nombre del principio de la soberanía popular y de democracia directa por otra parte. Como afirma Vera Santos resulta paradójica la aceptación de una institución de democracia directa, aunque sea facultativa, del referéndum y omita la intervención directa de la soberanía popular para la iniciativa de la reforma constitucional (Vera Santos, 2007:137).

En segundo lugar, carece de base justificar esta omisión de la democracia directa por vía de la iniciativa popular en la reforma constitucional invocando potenciales riesgos de demagogia, como apunta De Vega, pues como afirma el mencionado autor, los mayores atentados a la democracia representativa no han derivado de la intervención directa popular, sino que los ataques al sistema constitucional se han producido por igual con iniciativa popular en la reforma, o sin ella, siendo la exclusión de la misma, un error del constituyente en la regulación del instituto de la reforma constitucional (De Vega, 1985:138).

En tercer lugar, entendemos, conforme afirma Loewenstein, que la competencia para activar la reforma constitucional ha de estar lo más distribuida posible, debiendo ser, uno de los elementos activos clave el pueblo organizado como electorado (Contreras, 1979:410). Además, al tratarse de la mera iniciativa, las Cortes podrían, con posterioridad, aprobar dicha iniciativa, o bien rechazarla, por lo que resulta excesiva la cautela del constituyente en el proceso de iniciativa.

Por último, cabe mencionar como posible explicación a la omisión de la iniciativa popular por parte de nuestro constituyente el que es posible justificarla atendiendo a la idea de que la supremacía de la Constitución. Es decir, en tanto que ésta es obra del poder constituyente, que se justifica por sí mismo y, puesto que su titularidad pertenece a la soberanía popular, se reconocería que esta opción de la iniciativa popular, no siendo jurídica su fundamentación, subyace siempre latente. Así, la nación en cuanto titular del poder constituyente, y a diferencia de los poderes constituidos, que pertenecen al

derecho positivo, se origina de manera espontánea y natural» (De Vega, 1985:29).

Esta exclusión de la intervención de iniciativa popular hay que relacionarla con la tensión existente entre el poder constituido que como poder jurídico, hunde sus raíces en la constitución de la que deriva, frente a lo que acontece con el constituyente que, por su naturaleza pre-jurídica «*res facti, non iuris*», es ilimitado, tanto en su voluntad como en su manera de manifestarse, siendo competente para ordenar el régimen jurídico y –a través del Derecho– la vida política del estado (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2015: 15).

La revolución que originó Sieyès a través de la democracia representativa marcó un punto de inflexión por el que el poder constituyente, como titular indiscutible de la soberanía popular, se traslada a la Asamblea en la que la Nación delega sus competencias.

Frente al planteamiento de Sieyès, son frecuentes los ordenamientos que, siguiendo la tradición americana, adoptan instituciones de democracia directa, como instrumentos limitadores del carácter soberano de otros órganos representativos. Por ello no se comprende que nuestra Constitución, que proclama la soberanía popular, y que al asumir el referéndum como instrumento de control en los procesos de reforma, de cierto modo condiciona el poder ilimitado y soberano de las asambleas representativas en los procesos de reforma, suprima expresamente la iniciativa popular. Con ello se produciría una tensión entre el poder constituyente y la democracia representativa que se traduce en lo siguiente:

- De una parte en nuestro ordenamiento, el poder constituyente no radica sin más, en las asambleas representativas, como sostenía Sieyès, en cuanto que su actuación en la reforma constitucional, necesita de ratificación popular por referéndum.
- Pero de otro lado, el poder constituyente no se centra de manera plena en el pueblo, ya que se excluye expresamente la iniciativa popular en la iniciativa para la reforma constitucional, y como es sabido, un poder sometido a limitaciones, no sería poder soberano.

No obstante, no han faltado quienes han encontrado razones a favor de la exclusión de la intervención popular en la iniciativa de reforma de la Constitución, invocando argumentos avalados por la conveniencia de afianzar el sistema de Democracia representativa en un país como España, cuya tradición democrática es escasa (Pérez Royo, 1987:149). Se esgrimiría así la inoportunidad de la iniciativa popular, por la falta de arraigo de la, aún bisoña, democracia parlamentaria, por el riesgo que podría implicar que las fuerzas sociales impidieran la implantación efectiva de una democracia

representativa, subordinando a ella, uno de los mecanismos uno de los mecanismos básicos del sistema de garantías constitucionales, como es el instituto de reforma constitucional.

8.5. *Conclusión sobre la exclusión de iniciativa popular en la actividad de la reforma.*

Conforme a lo anteriormente indicado, entiendo que hurtar a la iniciativa popular su intervención en materia de iniciar un proceso de reforma contraviene un principio básico de coherencia de nuestra Norma fundamental, que pretende conjugar el modelo de democracia representativa con supuestos de democracia directa y participación directa de los ciudadanos, que pueden jugar un papel complementario –si no determinante– y no como papel sustitutivo del sistema representativo.

Finalmente, la exclusión de la iniciativa popular en la reforma proyecta una cierta concepción desviada de la noción del poder constituyente, patente en la exclusión de aquélla en la reforma, toda vez que el poder constituyente se manifiesta en la misma como constituido, lo que supone cerrar la puerta a la posibilidad de que el poder constituyente –soberano e ilimitado– interviniere como tal a través, directamente, de la iniciativa popular.

Por todo ello, no se entiende bien la supresión de una manifestación de la democracia directa por vía de iniciativa legislativa en la reforma constitucional, máxime cuando realmente es quien asume la titularidad del poder constituyente. Consideramos que se perdió una legítima oportunidad para dejar abierta la posibilidad de actuar a la soberanía popular a través de la iniciativa legislativa en la apertura de la reforma constitucional.

9. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONVENIENCIA O INOPORTUNIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

Con frecuencia hemos hablado y escuchado comentarios acerca de la necesidad de reformar nuestra Constitución de 1978, incluso al poco de ser promulgada, respecto al Senado (Torres del Moral, 2016).

Negar que nuestra Constitución no adolece de defectos técnicos y prescripciones sería negar la evidencia. Por ejemplo, podría incrementarse el número de Diputados para lograr mayor proporcionalidad entre votos y escaños, limitar a dos mandatos consecutivos del Presidente del Gobierno, reducir del número de firmas de la iniciativa popular, aumentar el ámbito de incompatibilidades de los Parlamentarios, etc. Ahora bien, es conveniente acotar el campo de reforma:

- Porque no todas las reformas institucionales son precisas o convenientes (la modificación de la parte dogmática fue propugnada por varios partidos políticos en sendos programas electorales, así como la sucesión a la Corona, planteada en la consulta de Rodríguez Zapatero al Consejo de Estado en 2005, que dio lugar al informe de 2006 del Consejo de Estado, entre otras).
- Porque la prudencia política aconseja que muchas de las modificaciones propugnadas deben acometerse paulatinamente.
- Porque no todas las modificaciones de alcance constitucional deben hacerse en el mismo momento político y, por tanto acometerse al unísono (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016:46).

Desde estas consideraciones se podría diferenciar distintos ámbitos de eventuales reformas, como afirma el autor, cuyo tratamiento sería diferente, en función de la materia.

- Así, en primer lugar, estarían aquellas reformas que no serían oportunas ni convenientes, cual sería el caso de alguna de las propuestas relativas a la parte dogmática de la Constitución y sucesión a la Corona.
- En otro lugar, estarían aquellas reformas que pueden acometerse sin necesidad de una modificación formal de la Constitución, pudiendo integrar en este bloque al sistema electoral, así como a los partidos políticos, la Administración de justicia, el Senado y la laguna existente en torno a derechos de última generación, entre otros.
- Finalmente, estaría el grupo de las modificaciones que pudieran ser convenientes, pero que no están aún maduras para acometerse con éxito, como la constitucionalización de la pertenencia de España a la Unión Europea, así como la organización territorial del Estado si bien esta última tratada por separado.

a) En relación al primer grupo:

La parte dogmática configuró la parte más difícil de la redacción del texto. Fue gestada con gran consenso, reiterada por la interpretación constitucional y en la actualidad cabe distinguir diferentes generaciones de derechos que mantienen tratamiento diferencial en función de sus nivel de garantías, diferenciando entre derechos fundamentales y libertades públicas y derechos sociales. Como es sabido, siendo ambos vinculantes para los poderes públicos, sólo los primeros son tutelables directamente por los tribunales, mientras que los segundos, son exigibles conforme a las leyes que los desarrollan.

En este sentido, compartimos la opinión del sector de la doctrina que considera innecesaria su reforma, por entender que el grado de eficacia en su

ejercicio no depende tanto de su revisión material, como de las políticas que a medio plazo se adopten en diversos ámbitos técnico-sanitarios, sociales, culturales y económicos, respecto a los que la constitución proyecta una orientación política, pero que corresponde a los poderes públicos ponerlas en práctica.

En lo que respecta a la no discriminación por razón de género relativa a la sucesión de la Corona, la eliminación de la cláusula de varonía, en una sociedad que está siendo golpeada por frecuentes episodios de violencia machista, no deja de tener un mero valor simbólico, cuando además, de momento son dos niñas las llamadas en el orden sucesorio. No parece, pues, urgente la situación sucesoria y como está posiblemente asegurado el orden sucesorio a favor de una mujer, dado que el procedimiento de reforma que sería por vía de procedimiento agravado y que, por lo demás, tampoco parece que apasione tanto a la opinión pública. Abrir una reforma en lo que concierne al Título II, seguramente, provocaría un debate sobre la Monarquía Parlamentaria como forma de Jefatura de Estado, lo que no sería nada conveniente para la estabilidad política, particularmente en estos momentos en los que se escriben estas líneas –Octubre 2017– en plena crisis de golpe de Estado en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

b) En relación al segundo grupo:

No se requeriría reforma, por ser posiblemente viable su adecuación por otras vías, tal y como operaría un cambio institucional (Urcuyo Fournier, 2013:54). De acuerdo con Torres del Moral, la regeneración democrática depende mucho más de la legislación sobre partidos (que incluya una democracia interna real), de los Reglamentos parlamentarios (que posibiliten facilidades a los grupos minoritarios en el ejercicio de la función de control del gobierno o que impongan una mayor presencia del Gobierno en las Cámaras) o del freno a la corrupción política, más que del ajuste decimal de la ratio voto /escaño (Torres del Moral, 2016:10). Por ello, bien puede procederse a cambiar lo necesario, partiendo de una legislación subconstitucional, como sería así mismo el caso de la reforma de la LOREG para lograr, por ejemplo, una mayor proporcionalidad en el valor del voto entre las provincias o bien evaluando la incidencia de la fórmula de escrutinio D'Hondt o del resto mayor, con la certeza de que pueden conseguirse convenientes resultados que hagan innecesaria, o al menos no urgente, la apertura de un procedimiento formal de reforma constitucional en la inmediata actualidad.

Y en esta línea se sitúa la propuesta de reforma del Senado que, como Cámara de representación territorial, no ha logrado sin embargo, configurarse como Cámara de representación de las poblaciones de los distintos territorios del Estado ni logró el protagonismo institucional suficiente.

La función de revisión legislativa del Senado autonómico con frecuencia reitera la tensión entre los partidos representados en el Congreso y los que controlan unas y otras autonomías, por lo que cabe concluir que la eficacia y arraigo de las instituciones representativas depende más del diseño de sus funciones y de sus dinámicas de funcionamiento, siempre que el sistema electoral sea el adecuado a un régimen democrático.

La disconformidad de la opinión pública, con carácter general, con nuestro Senado, no es tanto por el sistema a través del que son elegidos los senadores, como pone de relieve Torres del Moral, sino por su configuración constitucional, que no consiguió hacer de él una Cámara con el suficiente protagonismo institucional y representatividad de las provincias de los distintos territorios del Estado (Torres del Moral, 2016:11).

En relación a la laguna Constitucional de los derechos de última generación derivados de los adelantos y progresos de la biomedicina y que afectan a la más absoluta intimidad de las personas y con efectos erga omnes, hay que tener presente que comporta una problemática ética y jurídico-constitucional relevante. Es decir, hay que evitar que el progreso arrolle el principio de dignidad humana, pero hay que evitar posibles barreras al avance científico. En consecuencia, estos aspectos podrían reconducirse sin necesidad de reforma formal de la Constitución.

c) Respecto al tercer grupo:

Se hace precisa una reflexión en torno a la conveniencia o inoportunidad sobre la constitucionalización de la pertenencia de España a la UE en virtud de la cual, los Estados miembros aceptan la existencia de unos principios inmanentes que informan su ordenamiento. La integración de España a la UE se vinculó a la transición a la democracia y por ello se ha entendido siempre como un valor entendido que implica, necesariamente, la adopción de tales principios aún de manera implícita, lo que haría tal vez conveniente, pero no necesaria, su incorporación material a nuestro texto constitucional en la actualidad, máxime, en momentos de tensión en el corazón europeo con importantes discrepancias nacionales en asuntos tales como la presión migratoria.

10. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE ESTADO. EL GRAVE PROBLEMA CATALÁN.

La estructura territorial del Estado de las autonomías proyecta una duplicidad de estructuras e instituciones que conduce a reproducir el Estado a menor escala, multiplicando las instituciones por el número de autonomías.

La distribución de competencias que se han sumado en un nivel, sin haberse rebajado en otro, han aumentado la tensión, el coste y generado una

confusión tal, que se requiere de una precisa distribución de las mismas, sin trato desigual para ninguna Comunidad, pero atendiendo a sus hechos diferenciales.

El traje autonómico que diseñó el constituyente se ha quedado corto porque, en realidad, nadie entonces sabía cuántas iban a ser, ni cómo, ni con qué se iban a elaborar sus Estatutos, ni con qué competencias, hasta el punto de reconocerlo como un Estado de las Autonomías desconstitucionalizado. La cuestión es de suficiente entidad y de complejo tratamiento como para abordarlo mediante una reforma global, como se ha propuesto en ciertos foros.

El problema que se ha generado entre el Gobierno y la Comunidad autónoma catalana exige una solución de extrema urgencia e inmediatez, lo que, en modo alguno, podría resolverse con la urgencia que las actuales circunstancias permitiría, a través de un procedimiento de reforma constitucional, conforme a lo previsto en nuestra Constitución por el cauce de los artículos 167 y 168 CE.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 fue un verdadero pacto de Estado más que una Ley Orgánica como cualquier otra, como se reveló con la frustrada LOAPA, que a pesar de ser rechazada por el Tribunal Constitucional en sentencia 76/1983 propició una progresiva administrativización de la autonomía política recentralizadora, marginando en buena medida la identidad histórico-social del pueblo catalán que es, en esencia, lo que legitima su auténtico derecho de autogobierno (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016:98).

El desafío nacionalista-secesionista que el Gobierno de la Generalidad viene manteniendo con el Gobierno Central con los trágicos y lamentables sucesos que han permitido un resquebrajamiento en la sociedad catalana y en el resto de la sociedad española requiere de una urgente solución con la idoneidad de los instrumentos que la Constitución ofrece por la vía del artículo 155. Pero, además, se requiere de una firme decisión política –no necesariamente jurídica– para interpretar el hecho diferencial catalán, tanto en términos fiscales, competenciales e identitarios que se traduzca en una política de reconocimiento de dicha particular autonomía para terminar con la más absoluta desafección por buena parte de la sociedad catalana y con el, permanentemente latente, y el, a día de hoy, revolucionario, desafío independentista.

10.1. *Posible modificación informal de la previsión constitucional en el caso catalán.*

La búsqueda de la fórmula magistral para el reconocimiento constitucional de la identidad catalana en términos de reafirmar su voluntaria integración frente a la secesión, creemos que en la actualidad, no pasa por una reforma constitucional. El problema es de tal envergadura que ha de tratarse

de manera individual y aislada para preservar la capacidad particular que la realidad singular catalana requiere.

En momentos de gran convulsión como los que está pasando la sociedad española con carácter general, y la catalana muy particularmente, y que comportan un grave resquebrajamiento de la pacífica convivencia social, política y económica —son bastantes las empresas que cambian su sede social a otros lugares fuera de la Comunidad Autónoma de Cataluña— parece absolutamente impropio, siquiera, plantear una reforma de la Constitución que solucionara el malestar de dicha Autonomía por las reivindicaciones solicitadas al Gobierno de la Nación y no del todo satisfechas.

Si se tiene voluntad de resolver la problemática catalana, que nos duele a todos los españoles y por la que abogamos la mayoría de los ciudadanos que, ajenos al independentismo, deseamos una pacífica, justa y racional convivencia dentro del marco diseñado por el artículo 2 CE («*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación Española, patria común e indivisible de todos los Españoles y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*») habrá que ir paso a paso en un ejercicio de reconducción de la situación al marco de la legalidad. Esta senda de la que nunca se debió salir, configura en sí ya un largo camino de recuperación y reconstrucción política y social, y a partir de ese punto y en el escenario de la más estricta legalidad constitucional, cabría restablecer —por vía del artículo 155 CE, si se diera la circunstancia de una DUI— la normalidad constitucional. A partir de ese momento, se darían las circunstancias para que se pueda pactar, entre el Gobierno central y un nuevo Gobierno de la Generalitat —desde la posición correspondiente, y sin ser una mediación— el cauce idóneo para el logro de las aspiraciones que derivan de sus derechos históricos y el adecuado reconocimiento del techo competencial de la autonomía catalana, dentro de la legalidad constitucional.

El Derecho constitucional no está ayuno de fórmulas jurídicas y políticas para su oportuna aplicación práctica, si se tiene voluntad para ello. Esta vía no requeriría necesariamente activar la reforma constitucional conforme a los artículos 167 y 168 CE por los riesgos políticos y técnicos que hoy supondría acometerla, en los momentos de convulsión que se viven.

En este sentido nos adherimos a la posición del sector de la doctrina que invoca la modificación de determinados ámbitos por otras vías. Así, en el caso de Torres del Moral se defiende una modificación de Reglamentos y leyes orgánicas, como vimos anteriormente, o bien, en el supuesto de Herrero y Rodríguez de Miñón, se plantea la vía de alterar la Constitución pero sin modificar su texto, figura reconocida como mutación, práctica constitucional al objeto de reordenar las relaciones de las instituciones previstas en la Constitución y que, en suma, supone una modificación indirecta de la Norma

Fundamental, conforme a la doctrina germana (Torres del Moral, 2016:13 y Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016:98).

De entre los diversos tipos de mutación aludidos por Loewenstein, posiblemente, nos encontraríamos ante el supuesto de una práctica constitucional que no viola la Constitución pero respecto a la que no existe una precisa norma afecta al caso y que cabe resolverse a través de una particular interpretación de una prescripción constitucional. Convenimos en que esta vía de mutación por convención, como un Pacto de Estado con la Generalidad, podría ser la menos laboriosa de las dos mencionadas si se aplicara a Cataluña, siempre que se llegara al acuerdo consensuado y pactado, y posteriormente aprobado en Referéndum por el pueblo Catalán, conforme al artículo 152 apartado 2, incorporando dicho pacto por vía de una nueva Disposición adicional, conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria segunda de la CE.

10.2. *Seguridad jurídica y límites de la modificación informal de la Constitución.*

A pesar de ser ésta una posible vía –mutación convencional– para reconducir la situación institucional y la normalidad de la autonomía catalana, habrá que estar muy precisos a efectos de definir los límites de la modificación de la normativa por mutación convencional de la Constitución, tanto para evitar fraudes de la Constitución, como por los eventuales riesgos de inseguridad jurídica. Como estudio en otro trabajo, hay que garantizar el texto básico que vertebra el resto de la normativa constitucional ya que, al tratarse la mutación convencional de una práctica extra jurídica (Loewenstein, 1965:165), carece de la seguridad que confiere una prescripción formalmente consolidada en el texto (García-Atance, 2002:98).

En tal caso, para controlar las alteraciones informales habrá que recurrir a unos límites que tuvieran la doble finalidad:

- De un lado, de Protección de la Norma que identifica un determinado orden constitucional y cuyo desbordamiento tipificaría un cambio de Constitución, impensable por vía de mutación.
- De otro, la delimitación que tuviera por objeto diferenciar entre las mutaciones *contra constitutionem*, frente a aquellas otras que asumen una condición perfectamente *praeter constitutionem*.

Desde esta consideración, cabe afirmar con un sector de la doctrina, la existencia de límites a la praxis de la modificación constitucional informal por mutación, para evitar el conflicto entre lo normativo y lo fáctico, soslayando así la situación que derivaría en incompatibilidad manifiesta entre

ambas realidades (De Vega, 1985:214). En este sentido, habrá que acoplar, como sostienen Hesse y Mortati, el contenido y la comprensión del texto de la Norma Constitucional con su modificación por vía informal, producidas por la propia dinámica evolutiva de la vida social (Hesse, 1983:109; Mortati, 1962:61).

Desde esta óptica, se podría apreciar si la modificación informal acometida desde este cauce goza del apoyo suficiente para consolidarse como tal y proceder a una reforma constitucional formal a medio plazo; o bien, podría priorizarse el efecto fáctico y asumir la idea del «*fait accompli*», prevaleciendo la vía informal sobre la jurídica, siempre que se respeten los límites de esta actividad informal de modificación.

La finalidad del orden constitucional es la de integrar a la sociedad en la indisoluble patria común e indivisible, reconociendo y garantizando la singularidad de las comunidades autónomas conforme a su Estatuto de Autonomía y sus derechos históricos. Según esto, el Estado asume la voluntad y obligación del reconocimiento identitario de la Comunidad Autónoma, con la consiguiente atribución de competencias, conforme al techo que el grado de soberanía autonómica tenga la comunidad, y pactando, conforme a ello, en un acto de co-decisión, con lo que se reconocería en este derecho a co-decidir un cierto concurso de co-soberanía (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2016:101).

Sin pretensión alguna de minimizar atribuciones reconocidas competencialmente a la Comunidad catalana, entendemos que aún siendo, posiblemente, la idea del pacto la mejor vía de solución, resulta difícil entender la figura de un pacto, en un mismo plano de igualdad, entre un Estado soberano, como tal, y una Comunidad autónoma. Y ello aunque tal Comunidad, como en el supuesto catalán, tenga su Estatuto de autonomía de 1979 que siempre tuvo un especial reconocimiento y el Estatuto de 2006, cuyo vigente artículo 5 no anuló el TC en su Sentencia de 2010. Además, en este caso estarían claramente reconocidos sus derechos históricos, al haber plebiscitado un Estatuto de Autonomía que estuvo en vigor desde 1932 a 1936.

Entendemos que la articulación de distribución de competencias en un pacto de co-decisión no cabe ser entendido como pacto de co-soberanía —el lenguaje no es inocente. La idea de pacto de co-decisión es aceptable para articular los ámbitos competenciales de las nacionalidades y regiones pero no cabe olvidar el concepto de Estado soberano.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución Española 1978. Comentario sistemático, Ediciones del Foro*, Madrid, 1978.
- BRYCE, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, CEPC, Madrid, 2015 (el estudio original, en inglés, fue publicado en 1901).

- BURDEAU, G., *Traité de Science Politique*, Tome IV, LGDJ, Paris, 1969.
- CONTRERAS, M., «La reforma de la Constitución», Ramírez, M., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 403-421.
- CRISAFULLI, V., «Per una teoria giurídica nell'indirizzo político», Vol. XVII, *Studi Urbinati*, 1939.
- DE CABO, C., *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.
- DE ESTEBAN, J.; López Guerra, L., *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980.
- DE OTTO PARDO, I., *Defensa de la constitución y partidos políticos*, CEPC, Madrid, 1985.
- DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- DUVERGER, M., *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1980.
- ESMEIN, A., *Éléments de Droit Constitutionnel*, 7ème ed., Recueil Sirey, Paris, 1921.
- FRIEDRICH, C. J., *Gobierno Constitucional y Democracia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M. V., *Reforma y permanencia constitucional*, CEPC, Madrid, 2002.
- GÓMEZ MONTORO, A. J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, CEPC, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., «La reforma como defensa de la propia Constitución», *Cuadernos de pensamiento político FAES*, núm. 11, 2006, pp. 15-42.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., «La reforma como defensa de la propia Constitución», *Cuadernos de Pensamiento Político*, núm. 11, 2006, pp. 15-42.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., *El Federalista* (trad. de G. R. Velasco, del original: *The Federalist. A Commentary on the Constitution of the United States*, 1780), FCE, México, 2ª ed., 1957 (primera ed. 1943).
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., *Tres Conferencias sobre la reforma constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 1983.
- KELSEN, H., *Historia General del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios México, 1979.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1965.
- LUCAS VERDÚ, P., *Curso Derecho político*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1977.
- MADISON EL FEDERALISTA XLIII. Para el diario Independiente. Prologo y versión G.R.Velasco. Fondo de cultura 1957México pag187 (los artículos originales que componen «El Federalista» datan del bienio 1787-1788).
- MORLINO, L., *Como cambian los regímenes políticos* (trad. de J. J. González Encinar), CEPC, Madrid, 1985.
- MORTATI, C., «Costituzione (Dottrine Generale)», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, Vol. XI.
- Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1949.
- La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

- PÉREZ ROYO, J., *La Reforma de la Constitución*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- POSADA, A., *Derecho Político*, 4ª ed., Vol. II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.
- ROMANO, S., *Nozione e natura degli organi costituzionali dello stato*, Fratelli Marsala, Palermo, 1898.
- RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, C., *Manual de Derecho político*, Reus, Madrid, 1939.
- SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.
- Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- SEMPERE, J. M., «La Reforma constitucional», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 55, núm. 110 (pp. 209-213) y núm. 111 (pp. 92-118, 246-270, 438-478), 1907.
- SMEND, R., *Constituciones y Derecho constitucional*, CEPC, Madrid, 1985.
- SPAGNA MUSSO, E., *Diritto Costituzionale*, Vol I, Cedam, Padova, 1979.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «La defensa de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-83, pp. 185-192.
- TORRES DEL MORAL, A., «Reforma Política y constitucional», Conferencia en Talavera, 8 abril 2016.
- URCUYO FOURNIER, C., «Reforma Política, ¿Última oportunidad? Ya no y todavía no», *Revista Derecho Electoral*, núm. 16 julio-diciembre 2013, pp. 47-76.
- Vera Santos, J. M., *La reforma constitucional en España*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

ANTE UNA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
DEBILITADA. UNA QUIMERA
ENTRE EL IDEAL Y EL LOGRO*

*Before a weakened representative democracy.
A chimera between the ideal and the achievement*

María Macías Jara

Profesora doctora de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas (ICADE, Madrid)
mmacias@comillas.edu

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp119-137](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp119-137)

Recibido: 16.05.2017
Aceptado: 28.11.2017

Resumen

Parece estar asumido, en la actualidad, que la idea de democracia lleva intrínsecamente acomodada la idea de representación. No obstante, son conocidas las diferentes maneras de apreciar la representación, por ejemplo, como autoridad, como símbolo, como reflejo de deseos, como cuidado de intereses, como autorización para decidir, como responsabilidad. Es este último significado el que va a ser tomado de referencia para reflexionar acerca de la distancia entre la legitimación de los representantes actuales adquirida a través de la voluntad que expresa el electorado y la carencia de legitimidad política de la que no consiguen dotarse porque no asumen la responsabilidad como representantes. Podría decirse que asistimos a una pérdida de

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Macías Jara, María. 2017. «Ante una democracia representativa debilitada. Una quimera entre el ideal y el logro». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp119-137](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp119-137).

la capacidad representativa como consecuencia de una transgresión de la confianza que el pueblo soberano depositó en los representantes que no consiguen representar.

Quizás, se ha hecho un uso hegemónico del mandato representativo que ha desembocado en una cierta desconexión entre el ideal querido y el logro sobre el ideal y, con ello, la sensación de pérdida de control de la ciudadanía y la debilitación de la democracia, pues el control corresponde al pueblo soberano y no a los representantes. Sin control, no puede hablarse, en la actual configuración de los Estados constitucionales, de democracia representativa.

Palabras clave

Democracia, representación, responsabilidad, pacto, pueblo soberano, participación.

Abstract

It seems to be assumed, at the present time, that the idea of democracy inherently accommodates the idea of representation. However, the different ways of appreciating representation are known, for example, as authority, as a symbol, as a reflection of desires, as care of interests, as authorization to decide, as responsibility. It is this latter meaning that will be taken as a reference to reflect on the distance between the legitimation of the current representatives acquired through the will expressed by the electorate and the lack of political legitimacy that they can not afford because they do not assume Responsibility as representatives. It could be said that we are witnessing a loss of representative capacity as a result of a transgression of the confidence that the sovereign people deposited in the representatives who fail to represent.

Perhaps a hegemonic use of the representative mandate has led to a certain disconnect between the ideal and the achievement of the ideal and thus the sense of loss of control of citizenship and the weakening of democracy, Control rests with the sovereign people and not the representatives. Without control, in the present configuration of constitutional States, there can be no question of representative democracy.

Keywords

Democracy, representation, responsibility, pact, sovereign people, participation.

«Legitimar el poder supone, correlativamente, limitarlo a través de la separación entre el soberano y quien actúa en su nombre mediante el mecanismo de la democracia representativa».

*Pablo Lucas Murillo de la Cueva*¹

¹ Lucas Murillo De Le Cueva, 1997: 138.

SUMARIO: 1. BREVE INTRODUCCIÓN. – 2. LA IDEA DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA. – 3. SOBERANÍA Y REPRESENTACIÓN: ¿ANTE UNA DEMOCRACIA DEBILITADA? – 4. A MODO DE REFLEXIÓN: LA DEMOCRACIA: UNA QUI-MERA ENTRE EL IDEAL Y EL LOGRO.

1. BREVE INTRODUCCIÓN

Las bases consolidadas de la conocida Teoría de la representación siguen cobrando actualidad ante la imposibilidad de articular pactos y consensos desoyendo los intereses y deseos que el cuerpo electoral, pueblo soberano e indivisible, manifiesta a través del ejercicio de la democracia representativa. Pueden, seguramente, explicarse múltiples factores como causas que, eventualmente, debilitan la democracia tal y como la calificamos de «representativa».

Seguramente, los mecanismos y correctivos de los sistemas electorales, con todos los problemas de aplicabilidad práctica que encuentran; casi con certeza, los sistemas de partidos que, aun en democracia, disfrutan de dudosos mecanismos de democracia interna, y, quizás, otros muchos factores erosionan la idea de democracia. En este estudio, únicamente se pretenden ofrecer algunas reflexiones, sobre las bases de la Teoría de la representación, en torno a la aparente desconexión entre el pueblo como legitimador de la representación y la acción de los representantes como responsables de alcanzar objetivos si quiera cercanos al acuerdo de voluntades que les escogió.

Los diputados y diputadas comulgan libremente con la ideología de partido que escogen, pero cuando el electorado les sitúa como parte integrante de un Parlamento, surge en ellos una responsabilidad que no parecen entender en los tiempos actuales y que tiene que ver con la condición de representantes de un pueblo soberano. Se pretende poner de manifiesto que el hecho de que un parlamento sea plural no le exime de responsabilidad para con el pueblo soberano como receptor de las expectativas y depositario final del poder. Asimismo, quiere plantearse la idea de que la pluralidad de referencia no ha de traducirse tampoco en la categorización de ideologías, pues ello puede impedir al cargo público que la enarbola, la responsabilidad y la gobernanza para con los ciudadanos y ciudadanas de un Estado social y democrático de Derecho, al que, en tanto poderes públicos, se encuentran vinculados.

Así, el presente trabajo se estructura en una base inicial sujeta a una rápida aproximación de la clásica Teoría de la representación y de su vínculo con la noción de soberanía para pasar a poner de manifiesto, invitando a la reflexión desde este prisma, que el vacío existente entre representantes y

representados supone la consecuencia de la ausencia de responsabilidad y, al tiempo, un síntoma de una democracia debilitada.

2. LA IDEA DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Nuestra actual idea de Democracia se asienta en los pilares de la Democracia representativa, por lo que, en el contexto actual, parece que existe una noción del ejercicio de la política a través de representantes comúnmente asumido. Sin embargo, es posible que los conceptos que se tratan de evidenciar aquí, de sobra conocidos, permitan recordar ciertas bases que parecen ignorarse por las personas que ejercen política y si no es así, entonces, habrá que cuestionarse qué parte de esas teorías no parecen en este momento resultar eficaces para el mantenimiento de la representación que conocemos, en Democracia.

Es sabido que resulta complejo referirse a un único significado del término representación. Según el clásico trabajo de Pitkin, se pueden encontrar, al menos, cinco significados de la expresión <representación> (Pitkin, 1985: 5-6). A enumerar: como símbolo, como reflejo de deseos, como cuidado de intereses, como autorización para decidir, como responsabilidad. Según expuso Laporta San Miguel, la representación entendida como reflejo de deseos, se suele emplear para incluir lo que se han llamado grupos o sectores sociales como el status, la profesión e, incluso, el género de las personas (Laporta San Miguel, 1989, 130 – 133). Böckenförde, por ejemplo, también partió de dos vertientes del concepto de representación. Por un lado, habló de «representación en sentido formal» como autorización del pueblo, legitimación y responsabilidad y, por otro lado, «representación de contenido» como reflejo o realización del poder del pueblo (Böckenförde, 1985: 250 y ss). Finalmente, el concepto de representación comúnmente asumido, hace referencia a la acción de actuar por otros (Pitkin, 1985: 182; Bobbio, 1988: 7; Turpin, 1987: 79).

En el caso de la representación política, la actuación se efectúa por cuenta de los representados sin entrar en conflicto con sus deseos o, en caso contrario, dando una buena explicación de por qué los deseos de los representados se hallan en desacuerdo con los intereses que les convienen.

Así, la representación política:

«(...) es un concierto público e institucionalizado que involucra a muchas personas y grupos y que opera de acuerdo con los complejos modos en que lo hacen los conciertos sociales a gran escala (...). Es representación si el pueblo está presente en la acción gubernamental, aún cuando no actúe literalmente por sí mismo. En la medida que se trata de una cuestión de actuar sustantivamente por otros, requiere una acción independiente en interés de los gobernados, de una manera, al menos, potencialmente sensi-

ble en la respuesta frente a ellos pero que no esté normalmente en conflicto con sus deseos» (Pitkin, 1985: 233 – 267).

Ahora bien, el hecho de no entrar constantemente en conflicto con sus deseos no implica, necesariamente, que representación equivalga a la simple acción de contentar a los electores. Pero, asimismo, no se está ante un gobierno representativo cuando éste muestra el control sobre los ciudadanos, sino cuando estos tienen control sobre las acciones del gobierno, de manera que el pueblo actúa a través de su gobierno sin convertirse en mero receptor pasivo de sus actuaciones. No se trata, pues, de que un gobierno represente sólo cuando existe un deseo popular concreto. El gobierno ha de ser sensible, en general, a la existencia de esos deseos, cuando los haya, a largo plazo, sistemáticamente, y no mediante acciones particulares. Así, el concepto de representación, se configura como una continua tensión entre el ideal y el logro.

Pero la búsqueda de un concepto de representación no es una cuestión de reciente interés. Realizando un ligero recorrido, la noción de representación ya se fraguó, como es sabido, en la Revolución inglesa de 1688, a partir de la cual, comenzó a desarrollarse el «Régimen Parlamentario». En aquel momento, el máximo defensor del Parlamento, Edmund Burke, afirmó que:

«El Parlamento no es un Congreso de embajadores de intereses diferentes y hostiles (...) sino que el Parlamento es una asamblea deliberante de una sola nación, con un solo interés, el del todo, en la cual no son los prejuicios locales los que deben orientarle sino el bien general, resultado de la razón general, del todo. Vosotros elegís un diputado, es verdad, pero cuando lo habéis elegido no es diputado de Bristol, es miembro del Parlamento»².

Es en este aspecto que la representación es una consecuencia inmediata del ejercicio de la soberanía, al margen de que quien representa haya sido elegido por quien le ha votado.

También Thomas Hobbes escribió en su obra estrella *Leviatán* (Hobbes, *Leviatán*, 1987: cap. 16)

«Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra debe autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres, lo mismo que si fueran suyos, al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros hombres» (También, Duso, 1998: 32 y ss).

² Discurso electoral pronunciado por Burke en el Colegio de Bristol en 1774. Fragmento reproducido en castellano en Pérez Royo (2003: 641). Y, también, Bobbio (1988: 13). Sobre la teoría de la representación de Edmund Burke, véase Pitkin (1985: cap. 8).

Realmente estas primeras ideas se consolidaron en la antesala de la Revolución francesa. El paso del mandato imperativo propio de concepto de representación jurídica del Derecho privado existente en la Edad Media, al mandato representativo originado en la Revolución francesa, provocó la conexión entre el concepto de representación y el concepto de soberanía en el que se sustituye el principio de soberanía del monarca por el principio de soberanía del parlamento (Vega García, 1985: 25 – 30).

Así, Carré de Malberg afirmó que, en la tradición francesa, «el régimen representativo tiene su punto de partida en el sistema de soberanía nacional así como, recíprocamente, el concepto de soberanía nacional conduce esencialmente al régimen representativo» (Carré de Malberg, 1998: 914)³.

Pero Sieyès ya había adelantado la esencia de la idea de la Representación indicando, en 1789, algunas revolucionarias ideas. En primer lugar, a diferencia de Hobbes, Sieyès consideró que el poder legislativo pertenecía a la nación y no al rey. El Abate entendía que la Nación se encuentra allí donde residan todos los habitantes. En consecuencia, a diferencia de Hobbes, para Sieyès, el Estado no merma la libertad de los individuos, sino que la aumenta en tanto es el instrumento necesario para satisfacer sus necesidades (Maiz, 1991: 53 y 56).

Así, el pueblo tiene ese canal para identificarse con quien considera que va a dar curso a sus ideas y deseos. De este modo, a través del ejercicio del derecho al voto manifiesta su voluntad. Posteriormente, los representantes recogen esa voluntad y la transforman en acción de gobierno pero, como se ha reiterado, no sólo para aquellos que les han votado, sino para un todo que es el depositario del poder, esto es, el pueblo: indivisible a la par que dual, es decir, necesariamente conformado por hombres y mujeres.

Sobre estas cuestiones, Vega García afirmó que «Los representantes no son soberanos. Sólo la nación. Pero expresan la voluntad de la nación» (Vega García, 1985: 29 – 30). Y Turpin señaló que «(...) Lo que caracteriza al representante es “querer para la nación”, única soberana» (Turpin, 1987: 81).

En segundo lugar, Sieyès pretendió que los diputados fueran auténticos representantes. Y, en tercer lugar, que se distinguiese entre el poder constituyente y el poder constituido, de manera que, según expresó, «por más que la voluntad nacional sea independiente de toda forma, es preciso que adopte una para hacerse entender: veintiséis millones de hombres no se reúnen en una plaza pública» (Maiz, 1991: 64 – 65). En este sentido, Montesquieu, también apuntó que «La gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo en modo alguno lo es (...)» (Montesquieu, 1993: Libro II, cap. II).

³ Sobre este particular, Varela Suances destacó la obra de Hermann Heller, *La soberanía*, de 1927. Varela Suances, 1992: 78 y 84).

Esto hizo que, en contra de Rousseau, Sieyès entendiera dos voluntades nacionales: una constituyente y otra ordinaria, que sería el poder legislativo. En sentido similar, Montesquieu señaló que «la potestad legislativa será confiada al cuerpo que se elegirá para representar al pueblo» (Maiz, 1991: 72 y Carré de Malberg, 1998: 916). También Kant afirmó que el pueblo se expresa sólo a través de representantes hasta el punto de identificar al legislador como el soberano del pueblo o el poder supremo (Duso, 1998: 52).

Sin embargo, antes, Rousseau negó la representación política en tanto que entendió incompatible el régimen representativo con la soberanía popular, que no es susceptible de ser representada. Para el autor ginebrino, la voluntad general del pueblo es inalienable, de modo que el pueblo no puede ser representado más que por sí mismo. La imposibilidad de que pueda representarse la voluntad supone una de las principales premisas del *Contrato social*, en el que el autor afirmó que «El soberano puede decir lo que quiere tal o cual hombre actualmente, pero no puede decir que lo que este hombre querrá mañana, yo lo querré también, pues sería absurdo que la voluntad se encadenara para el futuro» (Rousseau, 1990: 33. Libro II, Cap. I). La representación implica, pues, para Rousseau, la anulación del pueblo. «Desde el instante en el que un pueblo se dota de Representantes, no es más libre; no es pueblo».

En contra, Turpin, opinó que, en las condiciones en las que Rousseau planteó la representación, «la Teoría de la representación política no es más que una hábil ficción al servicio de una casta de políticos encargados de hacer prevalecer los intereses de una clase dominante. De ahí, la crítica marxista-leninista al sistema representativo liberal, de ahí también la crisis de la representación, al menos, en su modalidad parlamentaria, por razones tendentes a la ausencia de eficacia pero, también, de democracia» (Turpin, 1987: 81).

Es esta última idea la que puede dar lugar a cierta reflexión en conexión con el panorama político actual al cuestionarnos si la idea de representación es ineficaz; esto es, si como planteó Rousseau, la representación política no es más que un modo de legitimar la hegemonía del poder político, es obvio que el pueblo cumple un papel sin guión y la distancia entre el ideal y el logro parece insalvable. Si ello es así, entonces, quizás, se esté asistiendo a una era de democracia, cuanto menos, debilitada. Esta situación puede verse reflejada bien cuando se observa que aquellas personas que acceden a un cargo público representativo pretenden ejercerlo bajo una cierta fidelización a la marca que, por así decirlo, les crea o a los intereses que consideran que les diferencia como marca, abandonando la responsabilidad para con quien les eligió. Si esto es así, la actual configuración de la democracia representativa podría encerrar problemas de eficacia, como se ha dicho, al alejarse de la consecución del ideal pero, sobre, todo, albergaría importantes carencias de democracia, al obviarse la responsabilidad adyacente al ejercicio del cargo representativo. Esa responsabilidad no es otra que la de ofrecer salidas

viables a las expectativas de la ciudadanía, desde la vocación de servicio público, por la búsqueda del consenso y del bien común.

En ocasiones, el pueblo toma decisiones que dotan a las formaciones políticas de una mayoría suficiente o absoluta para gobernar, probablemente, en busca de seguridad. Sin embargo, el panorama político actual ofrece otra reflexión. El pueblo ya ha realizado su labor escogiendo, en repetidas ocasiones, en el ejercicio de su derecho de sufragio, la diversidad o la pluralidad ideológica. Puede que la elección arriesgue la seguridad que, si se quiere, puede, eventualmente, ofrecer un gobierno de mayorías por la necesidad de ampliar la representación diversificándola y dotándola, así, de mayor democracia, de la necesidad de consensos, pactos y diálogos que consigan ofrecer a la teoría de la representación la democracia que, supuestamente, le es propia.

3. SOBERANÍA Y REPRESENTACIÓN: ¿ANTE UNA DEMOCRACIA DEBILITADA?

Establecido este marco, corresponde a los representantes llegar a eso que el pueblo les conmina, no tanto como si de un mandato imperativo se tratara ni de la voluntad individual en tanto electores, sino en cuanto a representantes de un todo indivisible, único depositario de la soberanía.

En este sentido, Böckenförde, en seguimiento de Leibholz y de Carl Schmitt, apuntó que la representación no se refiere a la voluntad «de todos los individuos», sino a la voluntad empírica del pueblo, pero el pueblo considerado como unidad política distinta del pueblo, como existencia natural (Böckenförde, 1985: 9).

Por último, en reivindicación de la situación del Tercer Estado, Sieyès estableció que los ciudadanos fueran iguales y depositarios de los mismos derechos. Obsérvese que estas son las premisas que luego inspirarían y, finalmente, formarían parte del contenido de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, en igual sentido, de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1991, de Olimpia de Gouges.

Es sabido que en la etapa liberal, los postulados predicados no fueron, en la práctica, tan efectivos como en la teoría. Ahora bien, es innegable que esta época constituye un punto de inflexión de trascendencia singular, a partir del cual, no es posible concebir la sociedad si no es desde los derechos individualmente considerados. En este punto, la libertad se conjuga con la igualdad para constituir los elementos esenciales y la base de la nueva sociedad. Una sociedad que, para Sieyès, había de estar formada por el <Estado Llano>, esto es, por un pueblo homogéneo, una nación en la que ya no existan privilegios ni diferencias, sino las sociales. Reivindicar el Tercer Estado implicó afirmar la existencia de un único Estado en el que todos son iguales. Partiendo de la base de que, hasta el presente, el Estado Llano no ha sido nada si

se le despoja de la clase privilegiada, no vendría a menos, sino a más. Así, concluye que el Tercer Estado es todo. Un todo libre y floreciente (...). Para ello reivindica llegar a ser algo, un mínimo de igualdad (...) para que pueda tener en los Estados generales una influencia al menos igual a la de los privilegiados. Exige un número de representantes, al menos, igual al de las otras dos clases juntas. Se requiere, por lo tanto, un voto por cabeza, no por clase.

Como es sabido, Sieyès formuló tres peticiones del Estado Llano. La primera: «que los representantes del Estado no sean elegidos más que entre los ciudadanos que pertenezcan verdaderamente a él». En segundo lugar, «que sus diputados sean iguales en número a los de las clases privilegiadas» y, finalmente, «que los Estados generales voten, no por clases, sino por cabezas» (Sieyès, 1988: 38, 43, 44, 51, 52).

Sieyès, por lo tanto, frente a Rousseau, demandó una verdadera representación en la que los representantes actúen por cuenta del representado partiendo de una relación de confianza entre ambos, similar a la confianza que Locke llamara *trust* (Locke, 1969)⁴. De este modo, el representante se sujeta de algún modo al elector al estar basado en la confianza que es sometida a un control sobre las personas de los representantes y no tanto sobre sus actos (Maiz, 1991: 72 - 73). Esta idea no es lo que, finalmente, se va a redactar en la Constitución francesa de 1791 y que luego se trasladará al resto de Europa. Esto es, la autonomía absoluta del representante frente al representado, el mandato libre o lo que se conoce como prohibición del mandato imperativo en aras del mandato representativo⁵.

No obstante, partiendo de la virtud de la prohibición del mandato imperativo, al menos, inicialmente, es posible que se haya hecho un uso hegemónico del mandato representativo. Es decir, la autonomía del representante frente al representado parece necesaria para preservar el propio principio representativo tal y como se ha fraguado. Ahora bien, si observamos esa confianza que el electorado ha depositado en los representantes como un vehículo para el ejercicio de la responsabilidad de éstos para con los representados, creo que la autonomía no ha de convertirse en hegemonía, en poder ilimitado, en irresponsabilidad, en definitiva.

En verdad, es esa confianza, –sin que ésta sea confundida con una suerte de mandato imperativo–, la que legitima la actuación de los representantes porque esa confianza es depositada, a través del voto, en virtud de la tensión

⁴ Sobre este particular, actualmente, entre otros, García Roca, 1999: 57 – 58.

⁵ Sobre el mandato libre en la Constitución francesa de 1791, Duso, 1998: 10. La diatriba mandato libre *versus* mandato imperativo, consúltese en Bobbio, 1988: 12 y ss. Entre nosotros, por todos, Presno Linera, 2000: 65 y ss. Recuérdese que en la vigente Constitución española de 1978, la prohibición de mandato imperativo se encuentra expresamente recogida en el artículo 67.2.

de la que se viene hablando entre el ideal querido por el pueblo y el logro que pueda conseguirse. Y será en esa tarea en la que los representantes hayan de esforzarse, no en el sentido de recibir ningún tipo de instrucción o mandato, sino sometándose a los principios de la representación que, valga la redundancia, representan y, sobre todo, desde la responsabilidad inherente a la representación. Es por ello que no se está entrando en el margen de discrecionalidad para con los actos y la autonomía de las decisiones de los representantes inherente a las decisiones políticas sobre la gestión de los recursos. Lo que se trata de explicar es que este margen de actuación no sujeto a imperativos, no exige a los representantes de la responsabilidad de llegar a los acuerdos o pactos que, al menos, en abstracto, conozcan o tengan en consideración el ideal de lo ya expresado desde la voluntad popular.

Es conocido que el modelo de representación que se perpetuara en la tradición francesa y, en general, europea, reunió, a grosso modo, las siguientes características. En primer lugar, la Asamblea de diputados expresa la voluntad de la nación. En segundo lugar, el diputado representa a la entera nación y no a los electores concretos que lo han elegido. Y, en tercer y último lugar, el diputado goza de independencia frente a los electores representados.

Aquí se pretende entender la representación desde la responsabilidad y no desde la autoridad o autorización para actuar, en términos de Hobbes o Weber. En lo que luego explicó Pitkin como «perspectiva de la autorización», el representante posee una importante hegemonía en su hacer desvinculada de la responsabilidad al ostentar como un derecho, legitimado por el elector, una autoridad que antes no tenía (Pitkin, 1985: 60). De otro modo, la responsabilidad supone una independencia del representante respecto del representado en las acciones y las decisiones adoptadas en el margen de discrecionalidad anejo a su función. Sin embargo, ni discrecionalidad ni mandato representativo significan ausencia de control, que es, precisamente, lo que ofrece la perspectiva de la responsabilidad. La acción del representante es controlable por el representado para, finalmente, valorar si aquél ha tratado de acortar la distancia entre el ideal expresado por el pueblo y el logro conseguido por el representante, en virtud del interés común.

Tras los ideales liberales, Jhon Stuart Mill profundizó sobre la idea de Representación al abordarla bajo la premisa de que la mejor forma de gobierno era el representativo en su reconocida obra de 1861 llamada, precisamente, *Del Gobierno representativo*, basada en los postulados de libertad que enunciara en la anterior *Sobre la libertad*, de 1859. Así, tras desarticular los argumentos pro-gobierno absolutista o despótico, Stuart Mill explicó que:

«(...) el ideal de la mejor forma de gobierno es la que inviste de la soberanía a la masa reunida de la comunidad teniendo cada ciudadano no sólo voz en el ejercicio del poder sino, de tiempo en tiempo, intervención real por el desempeño de alguna función local o general». Así, «(...) es

evidente que el único gobierno que satisface por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el cual tiene participación el pueblo entero. Pero puesto que en toda comunidad que exceda los límites de una pequeña población, nadie puede participar personalmente sino de una porción muy pequeña de los asuntos públicos, el tipo ideal de un gobierno perfecto es el gobierno representativo» (Stuart Mill, 1994: 34 – 35).

En esta línea, en nuestros días, Laporta San Miguel ha señalado que la representación política no es más que un modelo para dar respuesta a una situación en la que «un conjunto de individuos interrelacionados por reglas se encuentran en la tesitura de tener que actuar como conjunto y no en términos de sus individualidades (...) de manera que representan al grupo humano como un conjunto de individuos que han realizado una operación interna de división del trabajo para hacer posible su actuación como grupo». El autor explica cómo Heller estableció, en similares términos a los de Kelsen, que «no es posible que se mantenga en actividad la unidad colectiva de acción sin el obrar de un órgano que cuide de un modo consciente, tanto de determinar los fines como de su realización» (Laporta San Miguel, 1989: 126 – 128).

También, Presno Linera, ha afirmado que «la participación política de los ciudadanos –y, añadido, ciudadanas– directa o a través de representantes es el fundamento de la democracia. En la actualidad, la complejidad de las sociedades ha hecho que sea comúnmente aceptado y aconsejable la participación a través de representantes sin que ello implique una anulación de la voluntad de los destinatarios de las decisiones tomadas por los representantes». El autor puntualiza que «el hecho de que la participación sea directa o a través de representantes sólo implica la forma de organizar el sistema de legitimación democrática lo que hará que la elección de una u otra fórmula se realice precisamente en función del mayor grado de garantía del objetivo del principio democrático» (Presno Linera, 2000: 41).

Sin embargo, puede observarse que en la práctica, dada la incapacidad, en ocasiones, de los representantes de conseguir formar gobiernos, no parece que se comprenda la idea de actuar como conjunto. Es decir, para representar es necesario abandonar la individualidad, –no así la ideología política, claro, en virtud del valor de pluralismo político y de libertad– siendo preciso asumir que, cuando el candidato deviene representante, lo es, junto a otros, formando un conjunto avocado necesariamente al diálogo porque, como tal, tiene que conseguir representar a otro conjunto; esto es, al pueblo soberano, que se presenta como un todo a pesar de haber manifestado su voluntad individual en el ejercicio de su derecho fundamental al sufragio.

Por lo tanto, Stuart Mill apoyó la participación de todos los afectados en la elaboración de la decisión y, en consecuencia, cada uno es consciente de sus propios intereses y el más competente para decidir sobre ellos. Lo importante no es tanto el interés en sí, sino la decisión sobre quién ha de cuidar

tales intereses (Laporta San Miguel, 1989: 121 – 122 y Bobbio, 1988: 3 y ss). Lo significativo es que quien decida a quién va a otorgar el poder de decidir sea el pueblo soberano.

Así, representar implica decidir y decidir implica poder, en este caso, político. De este modo, no será posible referirse a la noción de representación política, en el pensamiento político actual, sin aludir a la idea de poder, de su ejercicio y, también, de su legitimación (Duso, 1998: 18). Pero no puede obviarse que legitimar el poder supone, correlativamente, limitarlo a través de la separación entre el soberano y quien actúa en su nombre mediante el mecanismo de la democracia representativa (Pablo Lucas Murillo de la Cueva, 1997: 138).

Sin embargo, parece que la legitimación como base para dotar al poder de legitimidad para ejercerlo puede estar en quiebra. Creo que el problema está precisamente en esa legitimidad porque ostentar por los representantes el mecanicismo teórico-jurídico y, por lo tanto, legítimo que ofrece la democracia representativa no parece concederles, correlativamente, la legitimidad, de naturaleza política, que necesitan para que aquellos que depositaron la confianza en los representantes, como conjunto, continúen haciéndolo. En este plano, el pueblo observa una transgresión de la decisión que ya tomó en tanto electorado, con la que comunicó a los representantes la necesidad de pacto y de consenso. Si los representantes, lejos de abordar el mensaje y verse como una unidad conjunta de acción, desoyen la decisión mostrada por los ciudadanos y las ciudadanas, existe un vacío o una distancia difícilmente salvable entre la legitimación jurídica y la legitimidad política y, por ende, entre el ideal y el logro, debilitando la democracia –representativa–.

Es en este aspecto desde donde se quiere evidenciar cierta crisis de la representación. Al respecto, se han argüido distintos argumentos, por ejemplo, en relación con la incapacidad del sistema de partidos para hacer frente a esta crisis o sobre la dudosa participación democrática real a partir de los sistemas electorales existentes, en particular, el nuestro, proporcional de listas cerradas y bloqueadas en el caso del Congreso y, en general, se plantea la necesidad de contemplar otros medios que lleven a una regeneración democrática. Sin embargo, el cometido de estas líneas, opta por realizar un recordatorio sobre la base representativa a fin de lanzar algún tipo de llamamiento en aras de la efectividad de la representación a los representantes para que comprendan su función y aborden desde ella las decisiones políticas que consigan reducir la distancia entre el ideal y el logro.

En cualquier caso, según la actual noción de representación política en conexión con el principio de soberanía, es el pueblo, como un todo indivisible, quien elige a sus representantes que son los que legislan y deciden por ellos, en su nombre, habiendo escuchado la decisión sobre quien o quienes han de cuidar de sus intereses. Es por eso que una vez elegidos, esos

representantes no actúan como reflejo único de los intereses de la parte que les eligió, sino en nombre de todos y de todas. Esa es la idea de democracia.

4. A MODO DE REFLEXIÓN: LA DEMOCRACIA: UNA QUIMERA ENTRE EL IDEAL Y EL LOGRO

Históricamente, como es sabido, la democracia representativa se ha defendido contra un sistema considerado más utópico basado en la democracia directa, sólo posible en sociedades de mínima población. Así, la democracia representativa se viene justificando como el sistema más factible para llevar a cabo los intereses del pueblo soberano.

Así, en la configuración actual de la representación política es sabido que ésta, como se ha dicho, legítima al poder. Y, precisamente, sólo desde la representación democrática se hace posible la limitación de ese poder, al existir separación entre el soberano y quien actúa en su nombre, así como la salvaguarda de los derechos fundamentales frente al exceso de poder de los representantes (Lucas Murillo de la Cueva, 1997: 138 – 140). No es así en la democracia de identidad entre gobernantes y gobernados donde no es posible limitar el poder. Por ello, la democracia realizada es la democracia representativa, que, desde esta perspectiva, se entendería, como la verdadera democracia posible, siendo, así, la representación democrática, al imponerse el sufragio universal y la reafirmación de la soberanía popular. En este aspecto, la exigencia de elegir a los representantes constituye la esencia de la representación. Lo democrático es el mecanismo de elección de los representantes y de ahí su importancia.

Bobbio estableció que una democracia es representativa en el sentido de tener un órgano en el que las decisiones colectivas vengan tomadas por el representante, respetando, a través de este representante, los diversos grupos de opinión o de interés que se han formado en la sociedad (Bobbio, 1988: 256). Este respeto que reposa en la voluntad de los representados, expresada mediante el ejercicio del derecho al voto puede verse como una carencia de la representación actual, en tanto los representantes parecen más ocupados y preocupados de defender marcas o distintivos de marcas que de representar al soberano que les eligió, un pueblo formado por hombres y mujeres⁶.

En este plano, es, por supuesto, legítimo, ostentar una ideología y defenderla desde los modos de abordar una decisión que, es, en definitiva, de lo que trata la política. Ahora bien, la ideología individual, traducida en marca

⁶ Cabe señalar que, según expuso Olimpia De Gouges en el artículo tercero de su Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación, *que no es más que la reunión de la Mujer y del Hombre (...)*».

de partido no puede albergar irresponsabilidad como representantes ni la pluralidad representativa, como se advirtiera, ha de significar parcelación de representados. La fragmentación o categorización del Parlamento no tiene que ver con la pluralidad política, sino con la incapacidad para asumir la voz del pueblo que, en uso de los recursos que ofrecen la legitimación democrática a los representantes, exige más democracia, no, en este caso, como medio, sino como premisa y fin. Ello precisa de diálogo, de libertad participativa y de igualdad. Sobre el diálogo, ahora, corresponde a aquellos representantes dotarse de la legitimidad política para responder, como grupo de acción, al cuerpo soberano. Asimismo, la democracia es libertad de participación pero la libertad no puede ir sino de la mano de la igualdad en la representación. Así, pues, la democracia sólo es legítima si, además de lo expresado, la igualdad de las personas y de los grupos en los que se integran y, en particular, la igualdad de mujeres y hombres, se presenta como una premisa jurídico-política derivada de los principios que constituyen un cuerpo político, tal como sucede con el sufragio universal y con la separación de poderes (Saavedra Ruiz (Dir.), 1999: 277).

La soberanía necesariamente incluye el ejercicio del poder por un todo indivisible, que legitima al representante por mandato representativo –no imperativo–, por lo que pretender la categorización o la parcelación parlamentaria, por ideas, por género, por clases o castas, etc., no resulta compatible con la idea de representación ni de soberanía ni, por consiguiente con el ejercicio de la democracia participativa en libertad e igualdad.

A veces, se ha generado la necesidad de acompañar la democracia de calificativos: representativa, participativa, paritaria, libre, igual, plural, ... Pero, ... ¿Es que puede ser democracia de otra forma? Tuve siempre tendencia a pensar que la democracia era todo eso, con lo que no necesitaba calificarse. No concebí una democracia que no fuera paritaria, por ejemplo, o calificar la democracia de «participativa», me parece algo así como poner lazos a los lazos. Otra cosa es que, en la realidad de las cosas, no consigamos ejercer la democracia como es, es decir, que no se consigan articular los medios que cumplan con su propia esencia y se obtenga su erosión más que su eficacia.

La ciudadanía española, pueblo soberano, tuvo la desafortunada oportunidad de asistir a diversas campañas electorales con sus respectivos debates televisivos ante las sucesivas llamadas a las urnas, mientras que nuestra Democracia representativa permanecía a flote sin representantes. Más preocupante aún me pareció que se sometiera al pueblo a nuevos escenarios electorales sin, no ya la garantía, sino siquiera la confianza de que el voto que iba a depositar en las urnas fuese a modificar la falta de voluntad política de abordar el pacto al que los representantes ya fueron invitados a consensuar por el electorado.

Tomando como referencia el actual escenario político, es posible que, como se ha señalado, se haya hecho un uso hegemónico del mandato representativo. La autonomía del representante frente al representado es necesaria para preservar el propio principio representativo tal y como se ha dicho. Ahora bien, si observamos esa confianza como un vehículo para el ejercicio de la responsabilidad de los representantes para con los representados, resulta, cuanto menos cuestionable, que la autonomía sea convertida en poder ilimitado, en arbitrariedad e irresponsabilidad.

No se pretender defender una suerte de precontrato basado en las expectativas generadas por las candidaturas en los programas políticos, sino de asumir una responsabilidad generada en esa confianza por la que el candidato o candidata devienen representantes. Su posterior actuación ha de ser independiente, pues las variables y las decisiones sobre los recursos que se manejan se encuentran en el ámbito del ejercicio de la política y, por lo tanto, como es sabido, en el margen de discrecionalidad que les es propio. Sin embargo, esta autonomía no ha de reflejar un desentendimiento de su responsabilidad para con el pacto de ciudadanía. En este punto, no entiendo pacto como una simple alianza de formaciones en minoría que se centrarían en la mera obtención de una mínima capacidad para la configuración y el ejercicio de un Gobierno. Con el término «pacto» me refiero aquí a un auténtico pacto de ciudadanía en sentido amplio por el que los representantes comprendan el mensaje para el que fueron escogidos y aborden la configuración político-social de un contrato nuevo e incluyente desde el diálogo y la responsabilidad.

Como ya advirtiese Pitkin, el representante debe actuar independientemente, su acción debe implicar discreción y discernimiento y no meras decisiones arbitrarias. Esta perspectiva sustantiva de la representación, sin duda, implica, también, para los representantes, actuar en interés de los representados de una manera sensible ante ellos (Pitkin, 1985: 233).

En este plano, la voluntad popular ha dejado latente tras las elecciones celebradas, la necesidad de una reformulación del Estado, optando por una mayor o mejor democracia representativa participativa paritaria –si es que son necesarios los calificativos– que intente dejar atrás obsoletos modelos de fidelización de la marca de partido y apueste por la elaboración de pactos y de consensos sobre todo aquello que afecte a los derechos e intereses de la ciudadanía. Sin embargo, aún queda por ver la respuesta popular que tendrá lugar como consecuencia de la incapacidad de la clase política actual para cumplir con el ideal presentado en relación a la materialización de pactos. Quizás, ante la irresponsabilidad política de asumir la función de representar, en futuras elecciones, volvamos a asistir a una suerte de repliegue del pueblo, al *status quo* que ofrece la seguridad de las mayorías, aunque ojalá que no... Ojalá los representantes puedan, al menos, intentar el diálogo y los pactos

para construir mejor democracia caminando hacia el logro para lo que necesitan contar con el ideal expresado por el poder soberano.

De hecho, la dimensión de responsabilidad que se trata de vincular a la idea de representación, ya empujada por Manin (1999), presupone que los gobiernos representativos son controlables desde los deseos de los electores manifestados en las elecciones. Sin embargo, el mecanismo de las elecciones como herramienta base de legitimación para dotar al poder de legitimidad para ejercerlo puede ser imperfecto en la mayoría de las Democracias o, de cuando en cuando, mostrarse en quiebra. Puede que el problema esté, precisamente, en esa legitimidad, porque ostentar por los representantes el mecanismo jurídico-constitucional y, por lo tanto, legítimo que ofrece la democracia representativa no parece concederles correlativamente la legitimidad, ésta, de naturaleza política, que necesitan para que aquellos que depositaron la confianza en los representantes como conjunto, continúen haciéndolo. En este plano, el pueblo observa este panorama como una transgresión de la decisión que ya tomó en tanto electorado, con la que comunicó a los representantes la necesidad de pacto y de consenso. Si los representantes, lejos de abordar el mensaje y verse como una unidad conjunta de acción desoyen la decisión mostrada por los ciudadanos y ciudadanas, existe un vacío de democracia, dada la distancia difícilmente salvable entre la legitimación jurídica y la legitimidad política y, por consiguiente, entre el ideal y el logro.

En este plano, creo que la quiebra a la que asistimos se sitúa en los mecanismos que hacen posible la representación y no en sí en el concepto de democracia. La ineficacia de la representación hace que sea preciso plantearse otros modelos de regeneración democrática, modificando estructuras oligárquicas del poder y la hegemonía de partido en la que se mueven los actuales representantes. Lo que está debilitando la democracia es el modo de llevarla a cabo, no su propia esencia. Por ello, si ponerla en práctica fuese efectivo, no necesitaría ir acompañada de los calificativos con los que la construimos y por los que la democracia ya es –representativa, participativa, paritaria, igual, libre–.

Es el pueblo, como un todo indivisible, quien elige a sus representantes que son los que legislan y deciden por ellos, en su nombre, habiendo escuchado la decisión sobre quien o quienes han de cuidar de sus intereses. Desde la perspectiva sustantiva que manejó Pitkin, es conocido que el representante es un legislador electo, no representa a sus votantes ni a sí mismo, sino que ejerce la tarea en aras del interés general, de manera que lo que se le exige es su capacidad para resolver las conflictivas pretensiones de las partes en el común interés del bienestar del todo. (Pitkin, 1985: 233 y ss.). Es por eso que, una vez elegidos, esos representantes no actúan como reflejo único de los

intereses de la parte que les eligió, sino en nombre de todos y de todas, pueblo soberano, en definitiva.

La soberanía y la representación en democracia, ha de ser ejercida por hombres y por mujeres como cuerpo soberano, como parte natural del proceso, como síntoma de la democracia y, al tiempo, como su realización. Los representantes electos han de tratar de recoger el mensaje lanzado por los ciudadanos y ciudadanas, que se manifiestan a través del sufragio para, en este sentido, hacer posible la construcción de un pacto social global que aúne los intereses del pueblo soberano, pues el ejercicio por sí mismo de la representación sin pueblo soberano deja sin contenido la noción de soberanía y es lo que, en definitiva, debilita el propio pacto democrático. El depositario del poder, pueblo soberano, ha de tener la oportunidad de controlar a quien lo ejerce en su nombre.

En sentido contrario, si los y las representantes no consiguen alcanzar la legitimidad política para responder como grupo de acción al cuerpo soberano, es posible que se camine hacia una democracia cada vez más debilitada, que se presenta casi como una quimera, con un pueblo soberano entre ausente y expectante ante la imposibilidad de realizar conexión alguna entre el ideal por él expresado y el logro llevado a cabo por los representantes. Esta conexión entre el ideal y el logro es lo que hace de la democracia representativa una herramienta útil para abordar un pacto constitutivo de una reconstrucción socio-política del Estado.

Así, pues, con estas líneas se ha pretendido invitar a la reflexión sobre la necesidad de dejar de hacer concesiones por el poder político tradicional hacia el pueblo soberano, ignorando su voluntad y obligándole a emitirla de nuevo en unas repetitivas e innecesarias elecciones generales, por la sola razón de que los representantes, supuestos líderes políticos, han sido incapaces de hacer lo único para lo que se les eligió; en esencia, responsabilizarse de su cargo representativo y hacer política.

Por lo tanto, es la capacidad de los hombres y de las mujeres, representantes comprometidos, que comparten el poder político, de generar un nuevo modelo de representación. Es este nuevo paradigma, que apueste por la apertura, la escucha, el diálogo, el consenso, la voluntad de mejorar y la vocación de servicio público, lo que hará posible fortalecer la democracia. El escenario político que vivimos ha perdido de vista el objetivo que soporta lo que nos une y lo que nos diferencia, aquel por el que merece la pena ceder, dialogar y escuchar, un objetivo que hay que alimentar porque puede hacerse tan fuerte como vulnerable, un objetivo en cuya esencia y noción queda implícita la igualdad y la libertad efectiva de los hombres y las mujeres para producir y garantizar los mecanismos para la expresión de la voluntad popular, un objetivo patrimonio de todos y de todas: la Democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto (1988): « Rappresentanza e interessi » en VV.AA. PASQUINO, G., (ed.) *Rappresentanza e democrazia*, Saggi Tascabili Laterza Bari.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst. W. (1985): «democracia e rappresentanza», *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, agosto.
- CARRÉ DE MALBERG, R (1998): *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México.
- VEGA GARCÍA, Pedro (1985): «Significado constitucional de la representación política», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 44, marzo-abril.
- DUSO, Giuseppe (1998): *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milán.
- GARCÍA ROCA, Javier (1999): *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Editorial Aranzadi, Madrid.
- HELLER, Hermann, (1927) *La soberanía*. En Mario de la Cueva, (1965): *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho*, UNAM, México.
- HOBBS, Thomas (1987): *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier (1989), «Sobre la Teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate». En *Doxa*, núm. 6.
- LOCKE, John (1969), *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid.
- LUCAS MURILLO DE LE CUEVA, Pablo (1997), «Los problemas constitucionales de la representación política», *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, núm. 11, abril – junio.
- MACÍAS JARA, María, (2006): «Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana de Olimpia de Gouges y Declaración de Seneca Falls. La voz de las mujeres», en Luis García San Miguel (Ed.), *Filosofía Política. Las grandes obras*, Dykinson, Madrid, pp. 487 – 491.
- (2011): «El principio de presencia equilibrada en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Anuario Facultad de Derecho*, IV. Universidad de Alcalá, pp. 223 – 249.
- MAIZ, Ramón (1991), «Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyès», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 72, Abril – Junio.
- MANIN, Bernard, PREZEWORSKI, Adam y STOKES, Susan (1999), *Democracy, accountability and representation*, Cambriedge University Press, Cambriedge.
- MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2000), «La legitimidad de la democracia paritaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 107, Madrid, pp. 136 – 141.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de (1993): *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya. (Libro II, Cap. II).
- PÉREZ ROYO, Javier (2003): *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid.
- PITKIN, Hanna Fenichel (1985): *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2000), «Los Partidos Políticos en el Sistema Constitucional Español», *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 5, Aranzadi, pp. 65 y ss.

- ROUSSEAU, Jean Jaques, (1990), *Del contrato social*, Alianza Editorial, (7ª reimpresión), Madrid.
- SIEYÈS, Emmanuel J (1988), *¿Qué es el Estado llano?*, Versión castellana de GODOY J. R., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- STUART MILL, John (1994), *Del Gobierno representativo*, Tecnos, 2ª ed., Madrid.
- TURPIN, Dominique (1987), «Représentation et démocratie», *Droits. Revue Française de Théorie juridique*, num. 6, Presses Universitaires de France, Paris.
- VARELA SUANZES, Joaquín (1992): «Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, septiembre-diciembre.

LOS NUEVOS LÍMITES AL DERECHO AL OLVIDO
EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA:
LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN ENTRE LAS LIBERTADES
ECONÓMICAS Y LA PROTECCIÓN
DE DATOS PERSONALES*

*The new limits on the right to be forgotten in the legal system
of the European Union: the difficult conciliation between
economic freedoms and the protection of personal data*

Mónica Martínez López-Sáez
Investigadora predoctoral MECD-FPU
Universitat de València
Monica.Martinez-Lopez@uv.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp139-176](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp139-176)

Recibido: 22.06.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

El presente trabajo aborda los nuevos desarrollos del derecho al olvido digital en el sistema jurídico de la Unión Europea a través de una temática de gran actualidad que, no obstante, ya es clásica: las libertades económicas como límite a derechos

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Martínez López-Sáez, Mónica. 2017. «Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp139-176](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp139-176).

fundamentales, en este caso los reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con el citado derecho al olvido. En efecto, si en el Asunto *Google Spain SL*, el TJUE dio carta de naturaleza al emergente derecho al olvido, estableciendo al tiempo una serie de límites para su ejercicio, la adopción del nuevo Reglamento Europeo General de Protección de Datos y de la Sentencia *Manni* hace necesario actualizar ese listado de límites. Desde esta perspectiva, el Asunto *Manni* constituye el núcleo del ensayo y se enfrenta a la conciliación de dos intereses en conflicto: el ejercicio del derecho al olvido digital y el derecho de información/acceso (a través del principio de publicidad registral, extrapolado del principio de seguridad jurídica) por parte de terceros, para el correcto y armonizado ejercicio de las actividades mercantiles dentro del mercado interior europeo. La solución del TJUE se decanta por lo segundo, haciendo prevalecer el origen económico de la UE y su principal objetivo (el funcionamiento del mercado interior). En todo caso, el Asunto *Manni* presenta una gran relevancia para la dogmática de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJUE bajo el ángulo de la técnica de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad. La autora del trabajo concluye que, si bien el enfoque del TJUE es técnicamente correcto, presenta ciertas debilidades que tendrá que depurar en el futuro, puesto que, entre el Asunto «estrella» *Google Spain SL*, que consagra el derecho emergente al olvido digital y el Asunto «estrella» *Manni*, que establece límites emergentes, surgen muchos matices que habrán de resolverse caso por caso.

Palabras clave

Derecho al olvido; derecho fundamental a la protección de datos; datos de carácter personal; registro de sociedades; principio de publicidad registral; límites a los derechos fundamentales; Asunto *Manni*.

Abstract

This paper focuses on and analyses the new developments of the right to be forgotten within the EU legal system through a classic but topical and timely theme, i.e. classic basic economic freedoms as a limit to fundamental rights. In the present study, these fundamental rights are none other than those recognized in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, in relation to the aforementioned right to be forgotten. If, in the *Google Spain SL* judgment, the CJEU legitimized the emerging right to be forgotten, while establishing a number of limits to its exercise, both the adoption of the new European General Data Protection Regulation and the recent *Manni* judgment require clarification and an updated list of rights and limitations. In this light, the latter has the core of my analysis in this paper, confronting and balancing two competing interests: the exercise of the right to (digital) oblivion and the right to information (via the principle of public access, extrapolated from the legal certainty principle) by third parties, so as to guarantee a correct and harmonized commercial practice within the European internal market. The CJEU seems to opt for the second, making the proper development and functioning of the internal market, origin and one of the main objectives of the EU, prevail. In any case, the *Manni* judgment is also very relevant in discussing fundamental rights theory in the CJEU case-law *vis-à-vis* the

weighing technique and the application of the principle of proportionality. The author of the present paper concludes that, although the CJEU approach is technically correct, it introduces significant weaknesses and raises difficulties that will need to be addressed in the near future. This is especially so when looking at the leading *Google Spain SL* judgment, enshrining a right to be forgotten and now the leading *Manni* judgment, establishing emerging limits, which undoubtedly raises questions and nuances, which will need to be resolved on a case-by-case basis.

Keywords

Right to be forgotten; fundamental right to data protection; personal data; Company registers; public access principle; limits to fundamental rights; *Manni* judgment.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: BREVE REPASO EN CLAVE IUSCIBERNÉTICA DE LAS CUESTIONES EN JUEGO. 2. EL ASUNTO MANNI (C-398/15), STJUE DE 9 DE MARZO DE 2017. 2.1. *Antecedentes de hecho y cuestiones prejudiciales*. 2.2. *Aportaciones interesantes del Abogado General*. 2.3. *Fallo del TJUE*. 3. JUICIO DE VALOR SOBRE EL ASUNTO MANNI Y LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL: ¿AVANCE O RETROCESO? 3.1. *Actualización y delimitación jurídica del derecho al olvido en la Unión Europea vis-à-vis el Asunto Manni*. 3.2. *El derecho al olvido: ¿derecho efectivo o espejismo jurídico?* 3.2.1. El marco jurídico actual del derecho al olvido digital. 3.2.2. Los derechos fundamentales como límites y los límites de los derechos fundamentales. 3.2.3. El principio de proporcionalidad como instrumento de salvaguarda y como principio general de interpretación del derecho al olvido digital. 3.2.4. Los actuales límites del derecho al olvido. 4. REFLEXIONES FINALES Y RETOS PENDIENTES: LA NECESARIA RELATIVIDAD DEL NUEVO LÍMITE GENERAL AL DERECHO AL OLVIDO Y ELEMENTOS CLAVE TODAVÍA NO ABORDADOS.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: BREVE REPASO EN CLAVE IUSCIBERNÉTICA DE LAS CUESTIONES EN JUEGO

La revolución tecnológica y la digitalización han propiciado un aumento inaudito de la cantidad de información personal disponible en la red para múltiples usos; información que cobra un nuevo valor en la economía y sociedad actual, y por ende, presenta nuevos riesgos para los derechos fundamentales. Entre los principales elementos de la era digital se pueden destacar la desaparición de la distancia espacio-temporal en la creación y difusión de contenidos, el desarrollo de los motores de búsqueda y el surgimiento de las

libertades de la información como consecuencia directa de un aumento umbral de la tolerancia pública y del deber de transparencia (y, *mutatis mutandi*, el derecho a la información). De ahí que una de las mayores preocupaciones de esta nueva realidad socio-digital sea la facilidad de obtener datos personales y de relacionarlos. En efecto, la creación y difusión instantánea e universal¹ de la información, y por tanto, como consecuencia natural, la indeleble perennidad de la información publicada y compartida en Internet, facilita su identificación, clasificación y distribución de manera casi irrestricta.

Así, en una era como la actual, en la que la memoria está relegada a un cúmulo sin fin de bancos de datos y a la apertura de múltiples formas y finalidades para su almacenamiento por tiempo indefinido, se asienta la «memoria digital» y se crea la llamada «identidad digital»². En una sociedad y economía como la actual, que aspira a verlo y saberlo todo de manera automática, requiere de una reformulación de los modelos tradicionales y un nuevo marco jurídico-virtual. Como solución al problema de la infinita memoria digital y de la confección de la peligrosa identidad digital, se ha planteado reconocer y regular un «derecho al olvido», como derecho a asegurar que el pasado no se convierta en un presente continuo³, o, en otras palabras, se configura, a grandes rasgos, como un derecho a borrar, ocultar e incluso cancelar aquellos datos personales vinculados a hechos pasados que pueden afectar a la dignidad y el libre desarrollo de la persona.

Este nuevo paradigma obliga a considerar el problema de proteger la dignidad, y aquellos derechos personalísimos vinculados a la misma, de los riesgos potenciales de todo tipo de tratamiento automatizado de datos personales, facilitados por las nuevas tecnologías, bajo un nuevo prisma socio-económico-digital. Todo ello explica los desarrollos, a nivel normativo y jurisprudencial, en el seno de la Unión Europea. La adopción del famoso instrumento jurídico internacional denominado Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, se puede calificar, sin lugar a dudas, como uno de los grandes hitos en el desarrollo de normas sobre la protección de la intimidad y la vida privada ante la innovación

¹ P. Simón Castellano, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012), 38.

² I. Alamillo Domingo, «La identidad digital en la Red», Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. (Eds.) *Derecho y Redes Sociales* (Civitas, Navarra, 2013), 39-46.

³ Como lo ha definido Esther Mitjans (2011) en el *VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido*, disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/relato-internet-tica-neutralidad-olvido-464236990#footnote_14>

tecnológico-digital en el continente europeo⁴ pues sus principios han servido como base para toda la legislación posterior, de la Unión Europea y de los Estados miembros, tanto en materia de protección de datos, como en su vertiente específica plasmada como la garantía del derecho al olvido. Así, aunque no existe una mención explícita a un derecho al olvido digital, dado que este parte del derecho a la protección de datos, cabe apuntar que goza de un reconocimiento y regulación en la Unión Europea. En el derecho originario, esto se refleja, sobre todo, en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante) al incluir una nueva competencia general de la UE para legislar en materia de protección de datos. Asimismo, el catálogo de derechos que constituye la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («CDFUE», en adelante), desde el Tratado de Lisboa un documento jurídicamente vinculante y con el mismo valor que los demás tratados constitutivos, reconoce y garantiza una serie de derechos directamente vinculados al derecho al olvido digital. De este modo, no solo se garantiza el respeto a la vida privada y familiar (artículo 7 CDFUE), indirectamente vinculados a la intimidad y privacidad, sino que también establece un derecho fundamental a la protección de datos (artículo 8 CDFUE).

No obstante, como se puede observar, el derecho al olvido digital no está explícitamente mencionado en ningún instrumento normativo originario en el seno de la Unión Europea, lo cual se puede explicar por su calificación de «nuevo derecho» o «derecho emergente» ante la innovación tecnológica. Además de tener bases jurídicas en el derecho originario o primario, también encontramos normativa, de carácter derivado, que regula el derecho a la protección de datos, y como veremos, de manera directa e indirecta, un derecho al olvido digital. El instrumento jurídico europeo principal⁵ en materia de protección de datos hasta 2016 fue la Directiva 95/46/CE⁶ (Directiva de protección de datos). Esta establecía la necesidad de

⁴ A. Galetta y P. De Hert, «A European perspective on data protection and access rights», C. Norris y X. L'hoiry (Coords.), *Deliverable D5: Exercising democratic rights under surveillance regimes*, 8, disponible en <<http://irissproject.eu/wp-content/uploads/2014/06/European-level-legal-analysis-Final1.pdf>>

⁵ Como instrumento adoptado para regular la armonización de protección de los datos en el ámbito de la libre circulación en el mercado interior, que incluía también la libre circulación de datos. Algunos incluso la han calificado de hito en la historia de la protección de los datos personales en la UE. Vid., por ejemplo, A. Rallo Lombarte, «Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma», *Revista de Derecho Político*, núm. 85 (2012): 17 y ss.

⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:es:HTML>>

dotar a los usuarios de unos derechos y la necesidad de crear unas obligaciones para los responsables del tratamiento de datos, en aras de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas en la Red Internet, todo ello a través de derechos y deberes de rectificación, oposición y supresión del tratamiento de datos en determinadas circunstancias. El recientemente adoptado Reglamento General de Protección de Datos (RGPD, en adelante)⁷ deroga y sustituye la supracitada Directiva⁸, estableciendo un nuevo marco de garantía y tutela del derecho fundamental a la protección de datos⁹, a través de un único conjunto paneuropeo a través de una revisión global del marco jurídico de protección de datos, tanto en el ámbito formal como sustantivo, uniformando nuevos retos y reformando problemas no debidamente regulados con anterioridad¹⁰. Una de las novedades más relevantes del RGPD se encuentra precisamente en la consagración específica y el refuerzo de ciertos derechos, permitiendo un mayor control sobre el uso y la existencia de datos personales, entre los que cabe destacar el «derecho al olvido digital», objeto del presente trabajo. Este derecho a obtener la eliminación o supresión de datos personales se reconoce¹¹ y se regula expresamente en el artículo 17 RGPD que establece la existencia de un derecho y un deber a la supresión de datos personales¹². Todo lo cual

⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>

⁸ En este sentido, cabe recordar que el RGPD tiene la particularidad de que entró en vigor el 24 de mayo de 2016 pero se aplicará directamente en los Estados miembros, a partir del 25 de mayo de 2018.

⁹ J. L. Piñar Mañas, «Introducción hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos», J. L. Piñar Mañas, (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (Reus, Madrid, 2016), 22.

¹⁰ El RGPD supone, por lo tanto, un refuerzo del derecho a la protección de datos como pilar básico de las garantías y libertades en una Europa digitalizada y pretende alcanzar una verdadera armonización, en todo el territorio de la UE, en materia de protección de datos, mediante el uso de una norma única y de aplicación directa en todos los Estados Miembros. Para un análisis exhaustivo, vid. A. Rallo Lombarte, «Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma», *Revista de Derecho Político*, núm. 85 (2012), 16.

¹¹ En este sentido, cabe hacer mención del Considerando 65 del RGPD, así como el Considerando 66 del RGPD, no sólo efectuando una alusión explícita a la finalidad del derecho al olvido digital, sino también bautizándolo con tal nombre. Se puede apreciar el peso e influencia que llegó a tener el caso *Google Spain, SL*, que más adelante analizaremos, para el legislador europeo, pues dedica y titula una disposición al «derecho al olvido» digital.

¹² A grandes rasgos, cuando estos ya no sean necesarios para los fines con los que fueron recogidos o tratados, cuando el interesado retire su consentimiento, cuando el inte-

muestra que el derecho al olvido supone la facultad o el poder de cada individuo de decidir sobre la facilidad o imposibilidad de acceso de sus propios datos de carácter personal, enmarcándose dentro de la dignidad y libertad personal de cada individuo y el respeto a su vida privada e intimidad en el ámbito informático.

El mayor control de los datos personales proporcionado por el derecho al olvido digital, tiene como finalidad, en última instancia, permitir a la persona desarrollarse libremente. Tal y como apunta parte de la doctrina, la construcción de la propia identidad o personalidad debe estar libre de restricciones¹³, garantizando el control de aquellos datos de carácter personal proporcionados de manera directa y consciente, así como aquellas huellas dispersas y proyectadas en el seno de la *World Wide Web*. Así, se concibe el derecho al olvido digital, como nuevo derecho, vinculado al derecho fundamental a la protección de datos y enfrentado con las libertades de información¹⁴.

En efecto, el almacenamiento o registro de informaciones se concibe bajo el paraguas de esta libertad informática, reconocida y desglosada en una serie de derechos y libertades que comportan, entre otras, garantizar a los individuos y colectivos la posibilidad de conocer información almacenada, en ocasiones en registros públicos, necesaria para ejercer sus derechos y libertades fundamentales. Si bien es cierto que existen bancos de datos de naturaleza pública disponibles de manera universal, no podemos negar, sin embargo, que el almacenamiento y acceso a este tipo de datos es imprescindible para una gestión eficaz del apartado jurídico-administrativo en aras de salvaguardar el bien común de la sociedad, garantizando el orden y dando respuesta a las necesidades socio-económicas; en otras palabras, protegiendo el interés público. Un ejemplo claro y controvertido de ello se manifiesta en materia mercantil, uno de los objetos de análisis en este trabajo¹⁵.

resado se oponga al tratamiento y no existan motivos fundados para continuar con dicho tratamiento, cuando los datos hayan sido tratados ilícitamente, cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la UE o nacional y cuando se hayan obtenido mediante una oferta de servicios electrónicos.

¹³ M. Arenas Ramiro, M., «Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo» J. Valero Torrijos, (Coord.), *La Protección de datos personales en Internet ante la innovación tecnológica* (Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 337.

¹⁴ Para un análisis interesante, vid. L. Cotino Hueso, «La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución», L. Cotino Hueso, L. (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2011), 386-401.

¹⁵ Ahora bien, como se verá más adelante, la necesidad de dar publicidad, de ser transparente o de informar a la ciudadanía no supone un olvido de los derechos fundamen-

La complejidad de las relaciones y los cambios e innovaciones en los hábitos comerciales, así como la apertura hacia una globalización multifacética, requiere de bancos de datos y registros que permitan ordenar y documentar las situaciones y relaciones jurídicas entre sujetos de derecho. Por ello, de antaño, en el marco de garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones comerciales, surgen unos principios básicos como el principio de publicidad registral (obligatoria o formal) y el carácter público de los registros mercantiles. El principio de publicidad registral, como su propio nombre indica, proporciona publicidad a determinadas situaciones jurídicas relativas a personas físicas (empresarios) y jurídicas (empresas) con el fin de proteger la seguridad del tráfico jurídico-empresarial, mediante la inscripción de los datos personales relevantes y actos jurídicos realizados por estos con relevancia para terceros. En otras palabras, se reconoce la necesidad jurídica de dar a conocer aquellos actos o hechos relevantes para el tráfico mercantil que puedan tener trascendencia para los intereses de terceros (ya sean acreedores, nuevos empresarios que pretenden entablar relaciones comerciales, la Administración Pública, etc.).

Si bien es cierto que la sociedad actual se sigue rigiendo por estos principios clásicos, debido a la revolución tecnológica y la digitalización, encontrar y compartir esta información, que en muchas ocasiones resultan ser datos de carácter personal, resulta ser más fácil de acceder y compartir manera universal e inmediata. Por ello, hoy en día, se requiere de un marco regulador actualizado que cumpla con un doble objetivo: por un lado, proteger la libertad de empresa y permitir una economía de mercado y, por otro lado, proteger la intimidad personal y familiar de los individuos afectados. Esto, no obstante, resulta difícil teniendo en cuenta el choque frontal entre los principios básicos del derecho mercantil, entre ellos la publicidad registral, y los derechos de las personas a decidir qué información personal pueden quedar al alcance y al uso de terceros, manifestado de manera concreta en el derecho al olvido digital.

Ha sido tesis clásica reiterada la existencia de una «antinomía de principio»¹⁶ entre las libertades tradicionales y los «nuevos» derechos socio-económico-culturales, a los que, me permito añadir, los derechos digitales emergentes. Sin duda, sin llegar al extremo de considerar la incompatibilidad entre derechos fundamentales y otros bienes o intereses jurídicamente protegidos, es evidente que todo reconocimiento y protección de un derecho implica la relativización o limitación de otros, siendo la labor del juez,

tales en conflicto, sino establecer un equilibrio en base a la proporcionalidad mediante la ponderación.

¹⁶ A. E. Pérez Luño, «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978», *Revista de estudios políticos*, núm. 9 (1979), 59.

intérprete y operador jurídico su examen y ponderación. Este hecho se refleja de manera incuestionable con el fenómeno de la digitalización y el peso dominante que ha adquirido la economía, y, por ende, las relaciones comerciales. Es precisamente en materia mercantil que observamos una colisión entre intereses reconocidos y protegidos: el principio de seguridad jurídica (mediante el principio de publicidad registral) y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (mediante su concreción en el derecho al olvido digital).

También es clásica y reiterada la tesis que expone la inexistencia de derechos absolutos, incondicionados o carentes de limitaciones¹⁷. Por ende, el derecho fundamental a la protección de datos, y su concreción en el derecho al olvido digital, no son excepciones a esta regla universal para los sistemas de protección de los derechos fundamentales. La propia normativa europea deja claro que el derecho al olvido digital no es absoluto ni automático, pues existen unas excepciones para su aplicación¹⁸, como veremos más adelante. Por ello, los límites a los derechos fundamentales nacen, precisamente, de su colisión con otros valores, principios, intereses jurídicos igualmente fundamentales¹⁹, poniéndolos en relación con su función social y buscando el equilibrio mediante un juicio de proporcionalidad y razonabilidad, identificando y justificando los intereses en conflicto *case-by-case*.

En este espíritu de análisis e interpretación de la colisión entre derechos e intereses a través de un examen del caso concreto, cabe aludir a una de las grandes aportaciones jurisprudenciales, en el seno de la Unión Europea, relativas al derecho al olvido: el Asunto *Manni*²⁰, que, junto con el famoso Asunto *Google Spain S.L.*, versa de manera cuasi estricta, sobre el derecho al olvido digital, presentando gran interés al delimitar, una vez más, el alcance del mismo.

¹⁷ Ver, en el caso español, por todas, STC 11/1981 de 8 de abril y STC 2/1982 de 29 de enero que ponen de manifiesto esta idea, además de la necesidad de proteger o preservar no sólo derechos constitucionales (tanto los que establece la Constitución de manera expresa, como los que derivan de una manera mediata o indirecta de ella), sino también otros bienes constitucionalmente protegidos (fundamentos jurídicos 5 y 11 respectivamente).

¹⁸ Entre ellas el ejercicio de la libertad de expresión, el cumplimiento de una obligación legal o misión realizada por motivos de interés público o salud pública, con fines de archivo, de investigación científica, histórica, con fines estadísticos, y en caso de ser necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

¹⁹ A. Garriga, *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y la computación ubicua* (Dykinson, Madrid, 2015), 115.

²⁰ Asunto C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni*, STJUE de 9 de marzo de 2017.

2. EL ASUNTO MANNI (C-398/15), STJUE DE 9 DE MARZO DE 2017.

2.1. *Antecedentes de hecho y cuestiones prejudiciales.*

A una empresa italiana, cuyo administrador único era Salvatore Manni, se le adjudicó un contrato para la construcción de un complejo turístico. En el 2007, el Sr. Manni decidió demandar a la Cámara de Comercio de la localidad de Lecce alegando que los inmuebles construidos para dicho complejo por su empresa no se vendían debido a que en el registro de sociedades constaba que había sido administrador único y liquidador de otra empresa declarada en concurso de acreedores en 1992 y cuyos asientos habían sido cancelados en el 2005 en virtud de un procedimiento de liquidación. El Sr. Manni alegaba que los datos de carácter personal que le identificaban o le hacían identificable contenidos en el registro de sociedades, a pesar de solicitar su cancelación, debido a su acceso público e universal, fueron tratados por una empresa especializada en la recogida y el tratamiento de información de mercado y evaluación de riesgos. Argumentando que la falta de actuación, por parte de la Cámara de Comercio de Lecce, en la cancelación de los datos personales que le concernían en dicho registro había vulnerado sus derechos y su reputación, solicitó (1) que se le ordenase a dicho tribunal a cancelar, anonimizar o bloquear los datos que vinculaban su nombre a un concurso de acreedores una década antes, y (2) que se le condenase a indemnizar el perjuicio sufrido por el menoscabo de su reputación, causa de que los inmuebles del complejo turístico construido no se vendieran.

En el 2011 el *Tribunale di Lecce* estimó sus alegaciones, razonando que los asientos que vinculaban el nombre de una persona física a una fase crítica de la vida de la empresa (como es su fase final, reflejada en el concurso de acreedores) no podían permanecer indefinidamente, a no ser que existiera un interés general específico que justificara su conservación y divulgación. Además, debido al hecho que la legislación italiana no preveía un duración máxima de inscripción, el tribunal consideró que, pasado un tiempo adecuado tras la finalización de un concurso de acreedores, se debería proceder a la cancelación de sus asientos registrales, incluidos los nombres de antiguos administradores, concluyendo que el interés público vinculado al registro y publicidad de sociedades se podía satisfacer a través de datos anónimos. Así pues, ordenó a la Cámara de Comercio de Lecce que anonimizar los datos que vinculaban al Sr. Manni con la liquidación de la primera empresa y la condenó a indemnizar el perjuicio sufrido.

Dadas las dudas suscitadas sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal Supremo de Casación italiano, que conoce del recurso interpuesto contra la sentencia de la Cámara de Comercio de Lecce, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- ¿Prevalece y, por consiguiente, se opone el principio de conservación de los datos personales en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente, previsto en [...] Directiva 95/46 [...] al sistema de publicidad que opera el registro de sociedades, [...] Directiva 68/151 [...] en la medida en que exige que cualquier persona, sin límite temporal, pueda conocer los datos de las personas físicas que constan en ese registro?
- ¿Permite [...] Directiva 68/151 [...] como excepción a que los datos publicados en el registro de sociedades tengan vigencia ilimitada y puedan ser consultados por destinatarios indeterminados, tales datos ya no sean «públicos» [...] sólo estén disponibles durante un período limitado o para destinatarios concretos en virtud de una apreciación caso por caso del responsable de esos datos?

Las dudas suscitadas, por lo tanto, eran, esencialmente, de índole interpretativa: cómo interpretar el Derecho de la UE con respecto a la Directiva de protección de los datos (95/46/CE) y la Directiva sobre la publicidad de los actos de las sociedades (68/151/CEE) y su accesibilidad de cara a terceros, y saber si estas se oponían a que cualquiera pudiera acceder, sin límite temporal, a datos de personas físicas que figurasen en un registro de personas jurídicas.

2.2. *Aportaciones interesantes del Abogado General.*

Las conclusiones del Abogado General designado, Yves Bot, presentadas el 8 de septiembre de 2016, resultan de gran interés por dos razones principales. En primer lugar, porque su fundamentación resulta ser la base jurídica del TJUE en tanto en cuanto acoge las conclusiones del Abogado General en su decisión prejudicial (sentencia de 9 de marzo de 2017, que se analizará en el siguiente apartado). En segundo lugar, porque las conclusiones de Yves Bot presentan aspectos interesantes y singulares en su argumentación, como es el caso de los límites de los derechos fundamentales a la luz del artículo 52 CDFUE (que, curiosamente luego no se citan en la sentencia del TJUE), así como la remisión y aclaración del artículo correspondiente que regula el derecho al olvido digital en el recientemente adoptado Reglamento General de Protección de Datos (a pesar de que no es la normativa a tener en cuenta en el caso analizado por no ser la legislación europea vigente en el momento del litigio). Dado que se analizarán con más detenimiento los argumentos que comparten tanto el Abogado General como la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo que al derecho a la protección de datos, el principio de publicidad registral y el derecho al olvido digital concierne, se

procederá a examinar los aspectos originales y divergentes de la fundamentación jurídica de Abogado General Yves Bot.

Tal y como apunta este Abogado General (AG, en adelante), resulta necesario conciliar dos principios significativos: el principio de publicidad de los registros de sociedades, consagrado en la Directiva 68/151, y el principio de conservación de los datos personales por un período no superior al necesario, establecido en la Directiva 68/151 y en la Directiva 95/46. Aquí habría que añadir también cómo ponderar el derecho al olvido digital en tanto en cuanto lo que se examina es la posibilidad o imposibilidad de limitar el principio de publicidad reforzando una anonimización o supresión de ciertos datos y/o un acceso limitado de tiempo y un acceso restringido a determinadas personas, proporcionando un olvido digital parcial y paulatino en el tiempo.

El AG recuerda que es jurisprudencia asentada del TJUE que las disposiciones de la Directiva 95/46, reguladoras del tratamiento de datos personales, deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales protegidos por la CDFUE²¹, en particular, los artículos 7 y 8 dónde se consagra el derecho al respeto a la vida privada y el derecho a la protección de datos de carácter personal²². El AG también recuerda que es igualmente jurisprudencia reiterada del TJUE que el derecho a la protección de datos de carácter personal no es absoluto, sino que debe ser considerado en relación con su función social²³, y que, por lo tanto el artículo 52.1 de la CDFUE²⁴ resulta de necesaria referencia en tanto en cuanto admite que se establezcan limitaciones al ejercicio de los derechos cuando estén establecidas por ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y, siempre que respeten el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan a objetivos de interés general o a la protección de derechos reconocidos por la UE. Este precepto y su relación con el Asunto *Manni* y con el derecho al olvido digital se analizarán con más detenimiento más adelante, no obstante, a modo de adelanto, se puede observar que esta disposición horizontal de la CDFUE en materia de ejercicio de

²¹ Véase por todas, el Asunto *Schrems* (C-362/14, *Schrems y DP Commissioner*, STJUE de 6 de octubre de 2015).

²² Vid apartados 44 y 47 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

²³ Véase por todas, el Asunto *Schecke* (C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR c. Land Hessen y Eifert c. Land Hessen y Bundesamt für Landwirtschaft und Ernährung*, STJUE de 9 de noviembre de 2010).

²⁴ Establece que: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

los derechos fundamentales es una cláusula general de limitación de los derechos reconocidos y consagrados en ella.

A la vista de su referencia a «objetivos de interés general» recogidos por la UE, cabe destacar que el AG desarrolla, de manera exhaustiva y apoyándose en el Asunto *Inspire Art*²⁵, este concepto, argumentando que el objetivo de la Directiva reguladora de la publicidad de los actos de las sociedades prevé la publicidad legal de la información inscrita en el registro de sociedades y tiene la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de las operaciones comerciales, la defensa de la lealtad en las transacciones comerciales constituyen razones imperiosas de interés general²⁶. En este sentido, el AG también recalca la función esencial del registro de sociedades, como instrumento que representa el panorama completo de una sociedad (dibujando un retrato completo y fiel²⁷), accesible a toda persona para conocer y valorar los riesgos antes de involucrarse en una determinada relación comercial, lo que justifica la necesidad de mantener registrados datos personales relativos al registro de una sociedad para así proteger los intereses de terceros.

Otro argumento interesante que lanza, a favor de una limitación al derecho al olvido, favoreciendo el principio de publicidad legal de los registros de sociedades, justificando así la proporcionalidad de dicha limitación, es el famoso argumento de índole económica: la salvaguardia y buen funcionamiento del mercado interior. Así, recuerda que la Directiva 68/151 está, precisamente dirigida a favorecer el mercado interior, y que, en aras de la seguridad jurídica necesaria para los intercambios y del propio desarrollo del mercado interior, los registros de sociedades deben contener una información mínima para garantizarla²⁸. En lo que se refiere a esta cuestión, dos argumentos a favor de la limitación al derecho al olvido especifican lo siguiente: (1) que dejar a la apreciación de los encargados de la llevanza de los registros la determinación del momento temporal en el que la publicidad ilimitada se vuelve limitada y quiénes entran en el selecto grupo de «terceros con interés legítimo» supondría un quebranto de la igualdad de acceso a tales datos entre los operadores económicos en el interior de la Unión Europea²⁹ y (2) que la Directiva 68/151 tiene como finalidad fijar la base mínima de información relativa a las socie-

²⁵ Asunto C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, STJUE de 30 de septiembre de 2003.

²⁶ Vid. apartados 63 y 64 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

²⁷ Vid. apartado 69 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

²⁸ Vid apartados 60 a 61 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016

²⁹ Vid. apartados 92 y 93 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre del 2016.

dades que debe ser objeto de una publicidad obligatoria, pues sería contrario al objetivo de coordinar las legislaciones nacionales y a eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento que resultan de la heterogeneidad de las normativas de los distintos Estados miembros el hecho de permitir a cada uno determinar el tiempo y la existencia o no de un interés legítimo para el acceso a la información que figura en su registros mercantiles³⁰.

Otros motivos que expone el AG a la hora de justificar la proporcionalidad del «perjuicio» o limitación del derecho a la protección de datos concretado en el derecho al olvido digital y que tampoco aparecen en la sentencia del TJUE son la función histórica del registro de sociedades como justificación para la recopilación y conservación de datos nominativos³¹ o el hecho de que la comprobación de un interés legítimo y la fijación de un límite temporal de tiempo para el acceso público a la información registrada supondría una carga administrativa excesiva para los registros de sociedades que comprometería la capacidad de cumplir con sus funciones³².

Por último, cabe aludir al estreno del RGPD en el seno del TJUE, haciendo posible calificar, por tanto, las Conclusiones del Abogado General Yves Bot de hito cuasi jurisprudencial, no sólo por constar como la primera referencia de este instrumento jurídico en la historia del procedimiento prejudicial³³, sino también porque su mención se hace a pesar de no ser directamente aplicable en los Estados miembros hasta el 25 de mayo del 2018. De este modo, establece que el análisis realizado con base a las disposiciones relativas a la Directiva de protección de datos es también compatible con la nueva legislación europea: el artículo 17.3 del RGPD. Este prevé que el derecho de supresión de datos personales, a saber, el archiconocido derecho al olvido digital, no se aplicará cuando el tratamiento sea necesario para cumplir una obligación legal nacional o europea que requiera el tratamiento de datos o para garantizar un interés público o «en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, o con fines de archivo en interés público»³⁴.

³⁰ Vid. apartado 94 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre del 2016.

³¹ Vid. apartados 78 y 79 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre del 2016.

³² Vid. apartado 96 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre del 2016.

³³ No ha habido sentencias del TJUE que hagan mención del RGPD pues no se han generado conflictos a partir de la entrada en vigor del mismo y tras estas conclusiones generales, sólo ha habido dos Abogados Generales que han hecho mención explícita del RGPD en sus conclusiones: vid. Asunto *Puškár* (C-73/16) con la AG Juliane Kokott y el Asunto *Rīgas satiksme* (C-13/16) con el AG Michal Bobek.

³⁴ Vid. apartado 101 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

2.3. Fallo del TJUE.

El TJUE, en su sentencia de 9 de marzo de 2017 tuvo que responder, por lo tanto, si las personas físicas, cuyos datos estuvieran grabados en un registro de sociedades, tenían un derecho al olvido, es decir, un derecho a que los mismos fueran suprimidos o anonimizados, o, al menos, a que se limitara su publicidad, restringiendo la facultad de acceder a los mismos cuando hubiera transcurrido un determinado periodo de tiempo.

El TJUE, en primer lugar, confirma que los datos de carácter personal que figuran en los registros de sociedades no pierden su naturaleza de «dato de carácter personal» por el mero hecho de formar parte del ámbito de una actividad profesional vehiculada a través de una persona jurídica³⁵, confirmando la conclusión del AG Yves Bot de que se tratan de información sobre personas físicas identificadas o identificables y no se la puede privar de dicha calificación por integrarse en el contexto de una actividad económico-profesional³⁶. Además, el TJUE confirma que el registro, conservación y puesta a disposición de datos personales vinculados a sociedades implica un tratamiento de datos personales y que la autoridad encargada del mismo constituye un responsable del tratamiento según lo dispuesto en el Derecho de la UE³⁷, confirmando nuevamente el razonamiento del AG³⁸.

En segundo lugar, el TJUE recuerda la finalidad de las Directivas en cuestión, pues deben garantizar un nivel elevado de protección de derechos fundamentales, en particular el respeto de la vida privada en relación con el tratamiento de datos personales, solicitando, incluso «*su rectificación o incluso oponerse a su tratamiento en determinadas circunstancias*»³⁹ y que cuando de un tratamiento de datos personales llevado a cabo por una autoridad pública se trata, este puede responder a causas legítimas tales como el respeto a una obligación legal o la realización de un interés público, y que así se ha pronunciado el propio TJUE en múltiples ocasiones⁴⁰. Esta cuestión está desarrollada en las conclusiones del AG recordando que una de las normas europeas en cuestión, la Directiva 68/151, exige el registro y la publi-

³⁵ Vid. apartado 34 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

³⁶ Vid. apartado 38 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

³⁷ Vid. apartados 35 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

³⁸ Vid. apartados 39 y 40 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016

³⁹ Vid. apartado 38 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁴⁰ Vid. apartados 41 a 43 de la STJUE de 9 de marzo de 2017: «*la actividad de una autoridad pública consistente en almacenar [...] datos que las empresas han de comunicar en virtud de una obligación legal, en permitir a las personas interesadas consultar dichos datos [...] incluida en el ejercicio de prerrogativas del poder público [...]*».

dad de la información pertinente a sociedades europeas precisamente para proteger los intereses de terceros (sean acreedores, sean terceros interesados en entablar nuevas relaciones jurídicas de índole comercial) y garantizar el buen funcionamiento del mercado a través del acceso a información oficial y fiable. Así, el acceso y control, a través del principio de publicidad registral, de información relativa a personas físicas ligadas de alguna forma a una sociedad es de interés público y se enmarca dentro del ejercicio de prerrogativas del poder público pues forma parte del interés general de proporcionar seguridad jurídica, muy necesaria para las relaciones mercantiles⁴¹.

El TJUE acoge parte de esta tesis señalando que el determinar si existe una obligación y derecho a solicitar la supresión o bloqueo de datos personales contenidos en un registro de sociedades, dependerá de la finalidad de la inscripción⁴². En el caso de la Directiva sobre la publicidad de los actos de las sociedades, el TJUE señala que esta tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y terceros⁴³. De la misma forma, el TJUE hace alusión al hecho de que, a pesar del cese de una actividad mercantil o de la liquidación de una sociedad, pueden subsistir derechos, deberes y relaciones jurídicas vinculadas a la misma, información que puede resultar necesaria a un tercero interesado en entrar en una relación comercial⁴⁴, razón la cual también proporciona el AG⁴⁵. Más adelante, el TJUE analiza la cuestión relativa a los diferentes plazos de prescripción aplicables en los Estados miembros de la UE, concluyendo que resulta imposible fijar un plazo concreto, tras la liquidación de una sociedad, a partir del cual los datos de carácter personal no serían necesarios, y por ende, resultaría inadecuado poder suprimirlos o limitar el acceso a los mismos; es decir un plazo concreto para ejercer el derecho al olvido digital⁴⁶. Así también lo analiza el AG, de su análisis se desprende que la disparidad de plazos y condiciones en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros efectivamente supone, en la práctica, la imposibilidad de que las autoridades encargadas de la llevanza de registros

⁴¹ Vid. apartado 54 a 58 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

⁴² Vid. apartado 48 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁴³ Vid. apartados 49 y 50: «[...] como garantía respecto a terceros, [...] la publicidad debe permitir a los terceros conocer los actos esenciales de la sociedad y ciertas indicaciones relativas a ella, concretamente la identidad de las personas que tienen el poder de obligarla [...] [para] que toda persona deseosa de establecer y mantener relaciones comerciales con sociedades radicadas en otros Estados miembros pueda fácilmente tomar conocimiento de los datos esenciales [...]».

⁴⁴ Vid. apartado 52 y 53 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁴⁵ Vid. apartado 72 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

⁴⁶ Vid. apartados 55 y 56 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

mercantiles o societarios puedan determinar una fecha concreta en la que se agotan o prescriben los intereses de los terceros, excluyendo, por tanto, la posibilidad de acceder a la información de carácter personal de las inscripciones correspondientes. En efecto, como razona, el periodo de conservación de los datos dependerá de los fines para los que fueran recopilados o tratados posteriormente, con lo que la fijación de un plazo dependerá del caso concreto. Tal y como defiende, acoger una solicitud de eliminación de datos personales que figuran en el registro de sociedades podría perjudicar a otras solicitudes de comunicación de información que sigan siendo necesarias para proteger los intereses de terceros⁴⁷.

Además, concluye que no cabe derivar de la Directiva de protección de datos un derecho a obtener la supresión de tales datos, o en otras palabras, un derecho al olvido digital, tras superar el registro de sociedades un examen lógico de proporcionalidad dado que el principio de publicidad registral se aplica sobre un número limitado de datos de carácter personal, a saber aquellos relativos a la identidad y las funciones de aquellos individuos con facultades y poder para vincular a la sociedad respecto de terceros, prevaleciendo, como norma general, la necesidad de proteger a los segundos a fin de garantizar la seguridad jurídica, la lealtad de las transacciones comerciales y, en general, el buen funcionamiento del mercado interior⁴⁸. Así pues, el TJUE comparte la opinión del AG que exponía como primer motivo de su decisión que la exigencia de publicidad de datos eran aquellos relativos a los actos esenciales de la sociedad y ciertas indicaciones relativas a ella, en particular la identidad de las personas con el poder de obligarla, siendo esta información mínima para «*identificar a las personas físicas que se ocultan tras la máscara de la personalidad jurídica de que estén revestidas las sociedades*»⁴⁹.

Del mismo modo, el TJUE apunta que parece lógico que aquellas personas físicas que deciden participar en los intercambios económicos mediante una sociedad estén obligadas a hacer públicos los datos relativos a su identidad y a sus funciones en ella, obligación que ellos mismos aceptan en el momento en que deciden involucrarse en tal actividad⁵⁰. El AG fue un paso más allá, asumiendo que la elección de actuar en la vida económica por medio de una sociedad mercantil entraña una exigencia permanente de transparencia, lo que evidencia que la injerencia en el derecho a la protección de los datos personales que supone figurar en los registros de sociedades no es

⁴⁷ Vid. apartados 80 a 82 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

⁴⁸ Vid. apartados 57 a 60 de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁴⁹ Vid. apartado 71 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

⁵⁰ Vid. apartado 59 in fine de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

más que una molestia consistente en garantizar la publicidad de estos datos de manera ilimitada para salvaguardar un interés preponderante de los terceros en tener acceso a la información en cuestión⁵¹. Asimismo, el TJUE considera que el hecho de que los inmuebles del complejo turístico no se vendan debido a que los potenciales adquirentes de estos inmuebles tienen acceso a los datos del ex-administrador único de una sociedad que entró en concurso de acreedores una década atrás, así recogido en el registro de sociedades, no puede justificar la limitación del acceso de terceros a estos datos⁵².

Por todo ello, el TJUE afirma que, como regla general, prevalecerá la necesidad de proteger los intereses de terceros frente a las sociedades y la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, la lealtad de las transacciones comerciales y el buen funcionamiento del mercado interior⁵³. No obstante, el TJUE acaba su análisis de las cuestiones prejudiciales planteadas el dejando claro que no cabe excluir, de manera rotunda, la posibilidad de que puedan existir razones preponderantes y legítimas en un caso concreto, que justifiquen una excepción a esta regla, permitiendo una restricción de acceso a datos personales, inscritos en un registro mercantil, al expirar un plazo concreto, alegando que no se consideró justificado en este caso concreto, pero podría en otro⁵⁴. Por lo tanto, la sentencia se puede resumir de la siguiente manera: en primer lugar, como regla general, y por razones imperiosas de interés general en el ámbito de los intercambios económicos, no cabe extender el derecho al olvido digital a los datos de carácter personal de las personas físicas inscritas en los registros de personas jurídicas o sociedades, consagrando un nuevo límite al derecho al olvido digital, y, en segundo lugar, que, en situaciones concretas, puede haber razones fundadas para que, excepcionalmente, se pueda ejercitar un derecho al olvido digital, limitando el acceso a datos personales de un registro mercantil tras el paso de un tiempo lo suficientemente largo. El TJUE, estratégicamente, y como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta los sistemas de protección de los derechos fundamentales en el seno de UE, deja la puerta abierta para poder proteger de manera efectiva y en un futuro, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en general, y el derecho al olvido digital, en particular.

⁵¹ Vid. apartado 100 en relación con el apartado 85 de las Conclusiones del Abogado General de 8 de septiembre de 2016.

⁵² Vid. apartado 63 in fine de la STJUE de 9 de marzo de 2017.

⁵³ Nuevamente observamos la clásica justificación de índole económica que se analizará y criticará con más detenimiento en otro apartado del presente trabajo.

⁵⁴ Vid. apartado 60 a 63 de la STJUE: «[...]no constituye una razón de este tipo, habida cuenta, en particular, del interés legítimo de éstos a disponer de esa información.»

3. JUICIO DE VALOR SOBRE EL ASUNTO MANNI Y LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL: ¿AVANCE O RETROCESO?

3.1. *Actualización y delimitación jurídica del derecho al olvido en la Unión Europea vis-à-vis el Asunto Manni*

El Asunto *Manni* se puede calificar de relevante por dos razones principales: en primer lugar, es la segunda sentencia del TJUE, tras el caso *Google Spain S.L.*⁵⁵, que versa sobre el derecho al olvido digital, y, en segundo lugar, porque delimita el alcance del mismo esclareciendo una nueva excepción general a su aplicación o ejercicio. El TJUE, establece, en pocas palabras, que no existe un derecho al olvido digital (suprimir datos de carácter personal tras el paso de un cierto periodo de tiempo) en lo que a registros de sociedades concierne. Es decir, aquellos datos almacenados en registros mercantiles que identifican a las personas físicas vinculadas a personas jurídicas, o que las hacen identificables, no gozarán de la posibilidad de ser suprimidos o anonimizados, después de un plazo determinado.

Por un lado, el TJUE confirma que las labores de transcripción, almacenamiento, conservación de información de carácter personal vinculada a personas jurídicas en el registro, así como su comunicación y acceso a terceros, previa petición, sí que entra dentro del concepto europeo de «tratamiento». Por otro lado, el TJUE confirma que el registro, conservación y puesta a disposición de datos personales vinculados a sociedades implica un tratamiento de datos personales y, que la autoridad encargada del mismo, a saber el Registro Mercantil, constituye un responsable del tratamiento según lo dispuesto en el Derecho de la UE. Esto segundo, no obstante, podría plantear problemas en aquellos ordenamientos jurídicos, en los que el tratamiento de datos referidos a personas jurídicas o a los ficheros limitados a incorporar los datos de las personas físicas que prestan sus servicios en ellas están excluidos del ámbito de aplicación material de la legislación aplicable⁵⁶.

A pesar de confirmar que existen datos de carácter personal, vinculados a la persona, incluidos en este tipo de registros, afirma que, por lo general, no existe un derecho al olvido en el caso concreto de los registros de sociedades para así poder proteger la seguridad jurídica de terceros de buena fe, en particular, y el tráfico mercantil, en general. El TJUE, sin embargo, deja la

⁵⁵ Que reconoció un «derecho al olvido digital» frente a los motores de búsqueda, entendido como un derecho a dificultar la localización de datos personales en Internet, cuando estuvieran disponibles a toda persona que fuera a la fuente original sin intermediación de un motor de búsqueda.

⁵⁶ En el caso de España, por ejemplo, vid. Artículo 2 de la RDLOPD.

puerta abierta a casos excepcionales en los que sí que se pueda alegar la supresión o anonimización (y por ende, dificultad de encontrar) de aquellos datos personales, universalmente accesibles, que se consideran obsoletos debido al paso del tiempo o que, de alguna manera, afectan al libre desarrollo de ciertos derechos fundamentales; lo que ha venido llamando «razones legítimas» por la situación particular del interesado, lo cual justificaría que, de manera excepcional, se limitara el acceso a sus datos personales, inscritos en el registro mercantil, al expirar un plazo suficientemente largo en el que los hechos se convierten en «obsoletos», «irrelevantes» en la actualidad. Es decir, que podrá darse el caso en el que, tras la expiración de un plazo suficientemente largo después de la liquidación de la sociedad por ejemplo, los Estados miembros puedan establecer el acceso restringido de terceros a estos datos personales.

Lo cierto es que esta sentencia, a pesar de ser correcta desde un punto de vista técnico y pudiendo calificar su conclusión de «lógica»⁵⁷, adolece de falta de rigor, entre otras razones, por no abordar los límites de la utilización de los datos que figuran en estos registros, sobre todo, teniendo en cuenta que la información personal, a pesar de figurar en un registro mercantil y ser sucinta, no pierde su calificación de dato de carácter personal, definido en el nuevo RGPD.

Además, observamos en la argumentación del TJUE, aunque más intensa en las Conclusiones del AG⁵⁸, una temática que ya es clásica: los mandatos del tráfico económico y la seguridad jurídica para favorecer las clásicas libertades económicas, como límite a derechos fundamentales; en este caso, los artículos 7 y 8 de la CDFUE, manifestados a través del derecho al olvido digital. Encontramos numerosas ocasiones dónde el TJUE hace mención a la importancia que se le da al «buen funcionamiento del mercado interior», a través de nociones como ‘los intereses de terceros’, ‘la seguridad jurídica’, o ‘la lealtad de las transacciones comerciales’, lo que, en otras ocasiones ha declarado que constituyen «razones imperiosas de interés general»⁵⁹. El pro-

⁵⁷ Tanto la sentencia del Asunto *Google Spain SL* como las resoluciones de la AEPD sobre el derecho al olvido parecen dejar fuera de la supresión de datos personales (o en otras palabras, el derecho al olvido digital) aquellos relativos al ámbito profesional; aunque, a la vez, esto pueda suponer un riesgo para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en algunos casos (razón por la cual es comprensible que el TJUE no haya cerrado la posibilidad de limitar otros derechos e intereses a favor del derecho al olvido digital, y no viceversa).

⁵⁸ Que, adhiriéndose a las Conclusiones del AG Jaaskinen, confirma que «el almacenamiento de datos en el Registro Mercantil en cumplimiento de una obligación legal se lleva a cabo en interés general en aras de la seguridad jurídica» (apartado 58).

⁵⁹ En este sentido vid., por todas, la STJUE de 30 de septiembre de 2003 (Asunto *Inspire Art -C-167/01-*), apartado 132.

pio concepto de ‘interés general’, así como los conceptos de ‘seguridad jurídica’, ‘intereses de terceros’, como cualquier otro concepto jurídico indeterminado, gozan de un carácter indudablemente impreciso y evanescente si se examina en un plano abstracto, pues sólo es viable su concreción en supuestos concretos. Así, por un lado, el juez-intérprete europeo, debería haber asegurado, como parte de su esencia y tarea esencial⁶⁰, mayor claridad, optimización y concreción de lo que supone su calificación y valoración. Por otro lado, cabe poner en duda la concepción sesgada de la economía, y su buen funcionamiento, como prioridad axiomática y justificativa de la devaluación, como regla general, de los derechos fundamentales que se ponen en su paso mediante la remisión a cláusulas tales como el ‘interés general’ o la ‘seguridad jurídica’. Sobre este segundo punto cabe aludir a Ugartemendia Eceizabarrena, en referencia al principio general del Derecho comunitario de la seguridad jurídica, del cual afirma que la consecución del fin primario de la UE es una integración europea, y ello puede conllevar a priorizar dicho fin por encima de valores o derechos fundamentales concretos⁶¹.

La seguridad jurídica, en su concreción, entre otros, mediante el principio de publicidad formal ha supuesto, tradicionalmente una razonable protección y prevalencia sobre otros bienes e intereses jurídicamente protegidos. No obstante, ya se ha dado el caso, en situaciones concretas, donde ha habido un giro interpretativo respecto al principio de publicidad y seguridad jurídica⁶²

⁶⁰ Como apunta L. Jimena Quesada: «Decir el Derecho (Juris-dictio) con prudencia (Juris-prudentia) debería significar, como mínimo, mejorar su tenor literal puesto que si, en puridad, ‘*in claris, interpretatio non fit*’, cuando la interpretación revela necesaria es porque atiende precisamente a esta tarea clarificadora u optimizadora». Vid. L. Jimena Quesada, *Devaluación y Blindaje del Estado social y democrático de derecho* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017), 23.

⁶¹ Vid. J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28 (mayo-agosto 2006), 53.

⁶² En materia de resoluciones judiciales en España, por ejemplo, se llevó a cabo un cambio interpretativo del concepto de interesado, pues en la práctica se entendía en su sentido amplio y conformaba el libre e indiscutido acceso a los textos completos de resoluciones judiciales. Así, se delimitó su concepto y aplicación, exigiendo tanto una justificación de legitimidad para acceder a dichos textos y una obligación de utilizar dicha información, incluida la de carácter personal, para la consecución de propósitos estrictamente judiciales, todo ello en aras de salvaguardar la privacidad y los derechos relativos a la vida privada de aquellas personas que constaban en dichos textos. El propio Tribunal Constitucional español, por ejemplo, a pesar de no seguir esta nueva doctrina jurisprudencial por considerarse sus sentencias «fuentes de carácter público», y por lo tanto publicarse íntegramente, sí que ha contemplado la posibilidad de evitar la inclusión de datos personales que no resulten estrictamente necesarios para formular el razonamiento en el que se fundamenta el veredicto e incluso ha adoptado, en casos excepciones,

relativo a documentos de carácter público, en aras de proteger la intimidad y el honor de las personas. No es de extrañar que el recientemente adoptado RGPD haga alusión a la importancia de llevar a cabo un ejercicio de equilibrio entre el acceso de información pública y la protección de datos de carácter personal⁶³ (aunque también constaba en la Directiva de Protección de Datos del año 96 y no queda mencionada en la STJUE).

Sin embargo, dada la importancia que cobra la economía en la creación, consagración y desarrollo de la UE, así como su destacado papel en los Estados miembros, tampoco es de extrañar que razonamientos de índole económica, inherentemente vinculados a tres de las cuatro libertades fundamentales de la Unión y a la eliminación de barreras que obstaculizan el correcto desarrollo de las actividades entre Estados miembros (*a.k.a.* mercado único interior)⁶⁴ haya significado, en ocasiones, la aceptación de la injerencia de ciertos derechos fundamentales para salvaguardar el buen y correcto funcionamiento del mercado en Europa. Con la regla general impuesta por el TJUE de priorizar el buen funcionamiento del mercado interior a través de la garantía de la publicidad registral de datos personales relevantes sin límite de tiempo ni de acceso, vemos precisamente esa prevalencia por asegurar una mayor armonización e integración económica en el seno de la UE. No obstante todo ello, que los derechos fundamentales puedan ser limitados en con-

medidas encaminadas a la anonimización de determinadas personas o datos de carácter personal en sus resoluciones. Para un análisis exhaustivo de la cuestión, vid. P. Simón Castellano, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012), 63-98.

⁶³ Vid. considerando 154 RGPD: «El presente Reglamento permite que, al aplicarlo, se tenga en cuenta el principio de acceso del público a los documentos oficiales. El acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público. Los datos personales de documentos que se encuentren en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo. Ambos Derechos deben conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento. La referencia a autoridades y organismos públicos debe incluir, en este contexto, a todas las autoridades u otros organismos a los que se aplica el Derecho de los Estados miembros sobre el acceso del público a documentos.»

⁶⁴ Vid. artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE, en adelante) donde se establecen los fines y objetivos de la Unión Europea, entre los que encontramos (1) un espacio de libertad seguridad y justicia sin fronteras interiores (incluidas no solo la libertad de libre circulación de mercancías, capitales, servicios y trabajadores tal como estaba previsto en el Tratado inicial, sino que también se refiere a los individuos (libertad movimiento, circulación de ciudadanos), y (2) un mercado único.

sideración al ‘interés general’ o a la ‘seguridad jurídica’ no puede suponer, en ningún caso, que este interés sea irrefutablemente superior a los derechos fundamentales de las personas, en particular, y a la dignidad humana, en general, por lo cual consideramos acertado el análisis final de la STJUE de 9 de marzo de 2017 cuando asienta la posibilidad de priorizar ciertos derechos, como es el derecho al olvido digital, sobre otros intereses o conceptos jurídicos en casos concretos y, aunque guste menos, excepcionales.

3.2. *El derecho al olvido: ¿derecho efectivo o espejismo jurídico?*

3.2.1. El marco jurídico actual del derecho al olvido digital

Como ya se ha apuntado, el derecho al olvido digital nace, principalmente de la preocupación creciente de la ciudadanía ante la inmensa e incontenible fuerza⁶⁵ de las NTIC, y en concreto, de la digitalización, que han venido convirtiendo las paredes de la intimidad y la vida privada en escaparates dónde todo es universal e indefinidamente accesible. Es precisamente, ante esta nueva realidad de permanencia absoluta de datos potencialmente perjudiciales para la persona que se ha planteado regular el archiconocido derecho al olvido digital, entendiéndolo como un derecho a borrar, ocultar e incluso cancelar los datos personales vinculados a hechos pasados que puedan afectar al libre desarrollo humano: olvido que, por el mero paso del tiempo, no sucede *motu proprio* en la red por la visibilidad que otorga a la información en línea, que perpetúa los hechos pasados de modo generalmente irrestricto. Funciona, por tanto, como un nuevo mecanismo real que garantiza el control de los datos y la información visible en la red. El derecho al olvido digital cobró un inusual protagonismo entre el 2013 y 2014 a partir del famoso Asunto *Google Spain S.L.*, dónde se reconoció, por primera vez⁶⁶, en el seno

⁶⁵ A. Cobacho López y L. Burguera Ameave, «Responsabilidad de los webmasters y derecho al olvido digital», J. Valero Torrijos, *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica* (Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 401.

⁶⁶ En ese momento la Directiva 96/46/EC era la normativa europea en vigor sobre protección de datos, y esta establecía, a lo largo de su articulado, la necesidad de dotar a los usuarios de unos derechos y la necesidad de crear unas obligaciones para los responsables del tratamiento de datos, en aras de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas en la Red Internet, todo ello a través de derechos y deberes de rectificación, oposición y supresión del tratamiento de datos en determinadas circunstancias (vid. por ejemplo, artículos 12(b), 12 (c) y 14(b) de la Directiva, entre otros). Estas disposiciones, junto con el hecho de que la Directiva se redactara con el objetivo principal de proteger los derechos y libertades fundamentales de los individuos, tales como su privacidad e intimidad en lo relativo al tratamiento de sus datos, se deben interpretar más bien

del TJUE⁶⁷. La doctrina que inspira esta decisión supone la consagración definitiva del derecho a ‘ser olvidado’ en el mundo digital, a nivel europeo⁶⁸.

El recientemente adoptado Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) que deroga y sustituye a la Directiva 95/46/CE, que, hasta el 2016, fue el instrumento jurídico europeo principal en materia de protección de datos. Este nuevo marco jurídico⁶⁹ ha comportado una revisión global del sistema europeo de protección de datos, lo que supone, por lo tanto, un refuerzo del derecho a la protección de datos como pilar básico de las garantías y libertades en una Europa más que digitalizada. El RGPD, además, supone un refuerzo específico en la facultad de control del individuo con respecto a sus propios datos personales, lo que se traduce en un elenco actualizado de derechos de los interesados y derechos novedosos como ha sido la consagración normativa del derecho al olvido digital⁷⁰. En efecto, este derecho a obtener la eliminación o supresión de datos personales se reconoce y se regula expresamente en el artículo 17 bajo el título *Derecho de supresión* («el derecho al olvido»). En realidad, el artículo 17 RGPD establece la existencia tanto de un derecho como

como el primer paso y el punto de partida del reconocimiento del que luego sería el derecho al olvido digital.

⁶⁷ Asunto C-131/12, *Google Spain, S.L., c. AEPD y Mario Costeja Gonzalez*, STJUE de 13 de mayo de 2014. Este caso versaba sobre información indexada y almacenada en motores de búsqueda en Internet, el tratamiento y procesamiento de dichos datos y la interpretación de qué se consideraba controlador de datos, así como interpretar los derechos del interesado en relación con los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Directiva 95/46/CE. Según el TJUE, el tratamiento y procesamiento de datos incluye operaciones de descarga, pero también la exploración en Internet de manera automatizada, constante y sistemáticamente en búsqueda de información publicada que supone un motor de búsqueda se considera un controlador de datos de carácter personal, y dada la importancia e influencia de los motores de búsqueda en la actualidad, el interés económico no puede justificar ni prevalecer sobre la injerencia en los derechos fundamentales del interesado (apartado 81). Así pues, se concluyó que el motor de búsqueda debe borrar la información y los vínculos de la lista de resultados en aras a garantizar una protección eficaz del derecho a la vida privada y del derecho a la protección de datos del interesado (apartado 99).

⁶⁸ Se ha reconocido, en el seno de la Unión Europea, el derecho de los ciudadanos a solicitar que cualquier motor de búsqueda elimine la información que ellos consideran que es irrelevante para los demás y que podría perjudicar derechos personalísimos y ligados a la dignidad humana tales como el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen

⁶⁹ Para un análisis más extenso de las implicaciones del cambio, vid. R. Martínez Martínez, «Protección de datos personales y redes sociales un cambio de paradigma», A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez, *Derecho y Redes sociales* (Thompson / Civitas, Madrid, 2010), 83-116.

⁷⁰ M. Álvarez Caro, «El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas», J. Valero Torrijos (Coord.), *La Protección de datos personales en Internet ante la innovación tecnológica* (Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 227-228.

de un deber a la supresión de datos personales⁷¹. Lo que hace este derecho diferente y autónomo a las demás facultades de control del interesado, los conocidos derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), en particular los derechos de cancelación y oposición, es precisamente la obligación jurídica impuesta sobre los responsables del tratamiento de hacer «olvidar» datos de carácter personal adoptando «*teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos*»⁷². Tal y como han apuntado algunos autores, esta obligación fue, precisamente, una de las incorporaciones más controvertidas de la reforma europea sobre protección de datos, pues convertía al responsable del tratamiento también en responsable de la información que publicaran terceros mediante enlaces vinculados a esta⁷³.

Todo lo cual solo demuestra el derecho al olvido no sólo como facultad de decisión y control sobre los propios datos de carácter personal, puesto que su almacenamiento, acceso o difusión excesiva puede menoscabar la vida privada e intimidad de la persona, sino también como elemento insertado dentro de la dignidad y libertad personal de cada individuo.

3.2.2. Los derechos fundamentales como límites y los límites de los derechos fundamentales

El presente apartado obliga una breve y previa aclaración conceptual de la noción de ‘derechos fundamentales’ y de ‘límites’ de los mismos. Inspirándonos en el punto de vista de Cruz Villalón, se puede definir ‘derechos fundamentales’ como «*los derechos subjetivos [...] [consagrados] en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica*»⁷⁴ y, según Aguiar de Luque, se puede precisar que los ‘límites’ de los derechos fundamentales son «*toda*

⁷¹ A grandes rasgos, cuando estos ya no sean necesarios para los fines con los que fueron recogidos o tratados, cuando el interesado retire su consentimiento, cuando el interesado se oponga al tratamiento y no existan motivos fundados para continuar con dicho tratamiento, cuando los datos hayan sido tratados ilícitamente, cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la UE o nacional y cuando se hayan obtenido mediante una oferta de servicios electrónicos.

⁷² Vid. artículo 17.2 RGPD.

⁷³ M. Arenas Ramiro, «Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo», J. Valero Torrijos (Coord.), *La Protección de datos personales en Internet ante la innovación tecnológica* (Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 361.

⁷⁴ P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (1989), 41.

acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los [...] derechos [reconocidos en el texto dogmático en cuestión, ya sea una carta o declaración de derechos]»⁷⁵. Estas dos tesis se pueden extrapolar de los ordenamientos constitucionales internos al supranacional europeo, en tanto en cuanto la CDFUE, aunque condicionada a la aplicación del Derecho de la Unión Europea⁷⁶, es el catálogo de derechos reconocidos en el seno de la UE. Como tal, esta declaración de derechos, este texto dogmático⁷⁷, elemento de innegable naturaleza constitucional⁷⁸, en clave garantista y de recepción formal⁷⁹, consagra un sistema de protección de los derechos inherentes de la persona. Como ya decía Weber, incluso antes de la incorporación de la CDFUE al derecho originario y el otorgamiento de naturaleza jurídicamente vinculante, esta ya llevaba consigo la particularidad de ser «directriz para la política de los derechos fundamentales e indicador de los valores fundamentales comunes y, al mismo tiempo, proporcionar una base normativa fiable y coherente [...] va a adquirir una importante función como documento político-constitucional en el discurso político, y ello no sólo desde la perspectiva de los órganos sino también desde la de los ciudadanos»⁸⁰.

Esto es todavía más cierto, a día de hoy, tras la reforma del Tratado de Lisboa que agregó más contenido ‘constitucional’ al Derecho de la Unión

⁷⁵ L. Aguiar de Luque, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.14 (enero-abril, 1993), 10.

⁷⁶ Vid. artículo 51.1 CDFUE y S. Douglas-Scott, «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon», *Human Rights Law Review*, núm. 11/4 (2011), 652.

⁷⁷ L. Jimena Quesada, «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 40, (2009), 63.

⁷⁸ A modo de aclaración: cuando se alude a elementos «constitucionales» en referencia a la Unión Europea, es evidente que no cabe atribuir la naturaleza de «Estado constitucional» a dicha organización supranacional ni el carácter de «Constitución formal» a su Derecho primario (del que forma parte, por lo demás, la CDFUE), pese a lo cual es común referirse al proceso de *constitucionalización* de Europa o a la idea de Constitución europea material. En este sentido, vid. P. Cruz Villalón, «La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.1 (2002), 10 y A. Bar Cendón, «La Constitución de la Unión Europea: contexto, reforma y virtualidad», *Revista Valencia d'Estudis Autònoms (Ejemplar dedicado a Europa en la encrucijada)*, núm.43-44 (2004), 152, respectivamente.

⁷⁹ Refleja un proceso de recepción universal si observamos de donde proviene su inspiración: declaraciones internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia pretoriana sobre derechos fundamentales elaborada por los Tribunales Europeos, así como tradicionales constitucionales comunes de los Estados miembros.

⁸⁰ A. Weber, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (trad. J. L. Rodríguez Álvarez), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64 (enero-abril 2002), 81.

Europea con las novedades incorporadas en el artículo 6 TUE. La CDFUE ya no consta sólo como mera fuente de referencia, sino como verdadero catálogo de derechos que, recogiendo la esencia del acervo europeo en materia de valores, principio y derechos fundamentales, supone una mayor integración política y, sobre todo, jurídica como fundamento clave para asegurar la legitimidad del Derecho europeo y de la UE en última instancia. Tal y como apuntan muchos autores, desde los inicios del constitucionalismo, los derechos fundamentales han sido, ante todo, un límite al poder⁸¹, exigiéndole al mismo determinadas acciones y omisiones sobre las que se proyectan la salvaguarda de su contenido esencial. En el seno de la UE, la propia CDFUE contiene dos preceptos relevantes con relación a esta cuestión: el artículo 51 y el artículo 52. Según el primer apartado del artículo 51 CDFUE, este instrumento jurídico vinculante tiene dos destinatarios (las instituciones y órganos de la UE, en general, así como los Estado miembros, cuando apliquen el Derecho de la UE), y ambos deberán respetar los derechos, observar los principios y promover su aplicación con arreglo a sus competencias. Según el segundo apartado del artículo 51 CDFUE, esta no genera nuevas competencias para la UE. He aquí la confirmación de los derechos fundamentales como límites: la imposición a la Unión, en el ejercicio de sus competencias de un límite genérico que no podrá sobrepasar, y de la misma limitación, cuando se aplique Derecho europeo, en el caso de los Estados miembros. Cabe recordar que la CDFUE tenía la finalidad principal de reforzar la sumisión de los órganos e instituciones de la UE a los derechos fundamentales reconocidos en ella así establecidos por la jurisprudencia pretoriana del TJUE⁸². Así pues, parafraseando a BIGLINO CAMPOS, el debate doctrinal se centra en el artículo 51.1 CDFUE a la hora de determinar el grado de limitación que la CDFUE puede establecer sobre los Estados y sus propios ordenamientos constitucionales⁸³; difícil de delimitar teniendo en cuenta la

⁸¹ Entre otros, vid. R. De Asís Roig; P. Biglino Campos, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder* (Dykinson, Madrid, 2000), 95 y ss; P. Biglino Campos, «Los derechos fundamentales y competencia de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14 (enero-abril 2003), 53; H. Nogueira Alcalá, «Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales», *Revista Ius et Praxis*, núm. 11/2 (2005), 15-64; M. I. Garrido Gómez, «La relación entre los derechos fundamentales y el poder», *Universitas-Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 10 (julio 2009), 18.

⁸² Vid. 2007/C 303/02 Explicaciones relativas al texto completo de la Carta, 16, disponible en <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=ES)>

⁸³ P. Biglino Campos, «Los derechos fundamentales y competencia de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14/7 (enero-abril

complejidad que supone que la Unión, como ente *sui generis*, esté dotada de una dimensión supranacional e intergubernamental.

Una vez analizados los derechos fundamentales como límites al poder en sentido amplio, cabe analizar los límites a los que enfrentan los derechos fundamentales, pues como es bien sabido, no existen derechos absolutos. El carácter limitado de los derechos es requisito *sine qua non*, necesario para cualquier sistema de protección de los derechos humanos, a la luz de la necesidad de equilibrar los intereses individuales y las exigencias de una vida socio-política en comunidad. Los derechos, no obstante, deben estar sujetos a restricciones razonables, lo que significa que deben estar libres de limitaciones arbitrarias y discrecionales.

Del mismo modo que los principales textos internacionales, regionales y nacionales, contenedores de declaraciones de derechos, tienen cláusulas específicas que los condicionan, la CDFUE también contempla la posibilidad de que los derechos sean susceptibles de alguna que otra limitación. La CDFUE contiene una sección específica en la que establece un sistema complejo de limitaciones formales y sustantivas a los derechos fundamentales reconocidos en la misma. Por todo lo cual es fácil de entender si pensamos en la necesidad de considerar y articular el contenido y alcance de otros derechos⁸⁴. Los límites a los derechos fundamentales nacen, entre otras razones, precisamente por su colisión con otros valores, principios, intereses jurídicos igualmente fundamentales. Por ello se incluyó el artículo 52.1 CDFUE, como cláusula general «lógica» y «horizontal» de limitación⁸⁵. Esta establece que *«cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos*

2003), 53 y 66. Tal y como argumenta Biglino Campos, si tomamos en consideración las explicaciones de la Carta, esta confirma que los Estados miembros está vinculados a los derechos fundamentales, no solo cuando lo apliquen, sino también cuando lo «deroguen» el Derecho de la Unión Europea (es decir, cuando se acojan a una excepción prevista en el mismo para no aplicarlos). Además, Además de contar como límites a los poderes supranacionales o estatales, los derechos fundamentales también influyen en materia competencial, ya que, para su efectiva protección, se debe determinar a qué sujeto estará obligado a llevarlo a cabo. Por ello, el apartado 2 del artículo 51 establece que la protección de los derechos consagrados en la misma no dará lugar a una ampliación de potestades por parte de la UE, lo que se podía ya inferir del principio de atribución de competencias y del principio de subsidiariedad; así, en el ordenamiento jurídico europeo, los derechos fundamentales no constituyen un título atributivo de competencias, impidiendo así toda alteración.

⁸⁴ Es así de obligada referencia citar, por ejemplo, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando establece que el ejercicio de los derechos de cada individuo no tiene otros límites que los que garantizan a los demás. Precepto completo disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf>

⁸⁵ J. Martín y Pérez de Nanclares, «Título II. Libertades», en A. Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo*

por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrá introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»⁸⁶. He aquí los límites y condiciones de la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales: la limitación formal de existir una obligación jurídica positivada y las limitaciones sustantivas de ser proporcionales, necesarias y adecuadas o idóneas para llevar a cabo un objetivo de interés general o proteger los derechos fundamentales de los demás.

3.2.3. El principio de proporcionalidad como instrumento de salvaguarda y como principio general de interpretación del derecho al olvido digital.

Entre los criterios generales de limitación que establece la CDFUE, el principio de proporcionalidad suscita especial interés en el seno de la Unión Europea. El TJUE, en efecto, ha vuelto a confirmar la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos manifestado a través de un poder de control sobre los propios datos de carácter personal. Este poder de control se ha venido llamando derecho al olvido digital, entendiéndolo como un derecho a ocultar, borrar e incluso cancelar, los datos personales vinculados a hechos pasados que puedan afectar al libre desarrollo de ciertos derechos fundamentales. No obstante, cuando el ejercicio de este derecho entra en conflicto con otros derechos fundamentales o principios, bienes o intereses jurídicamente protegidos, este deberá ser susceptible de ponderación junto con los demás intereses enfrentados. El TJUE, en este sentido, también ha dejado claro que toda limitación de un derecho fundamental concreto, en aras de un objetivo de interés general, no puede resultar ni desmesurada so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad⁸⁷. En el ámbito de la protección

por artículo (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 266, disponible en <http://www.fbbva.es/TLFU/dat/05_carta_mangas_titII_libertades_art6-19.pdf>

⁸⁶ Ya apuntaba Weber que la existencia de una distinción entre el ámbito protegido y el ámbito garantizado, por un lado, y a la interpretación de los límites o de los contralímites, por otro, supone dudas jurídicas y que las explicaciones de la CDFUE añaden confusión al indicar «que la noción de «limitaciones» ha de referirse tanto al «sentido» como al «alcance» y al advertir, por otro, que ambos conceptos habrán de determinarse atendiendo no sólo al tenor literal de los preceptos sino también a la jurisprudencia del TJUE y del TEDH». Vid. A. Weber, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (trad. J. L. Rodríguez Álvarez), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64 (enero-abril, 2002), 90.

⁸⁷ No confundir con el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad según en el funcionamiento de la UE. Tal y como expone Galetta: «El principio de subsidiariedad y el

de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad actúa más bien como canon de interpretación y parámetro esencial de ponderación, en clave comparativa, entre los derechos y las limitaciones impuestas a los primeros por ser necesarias para asegurar un interés público. El desarrollo, en la jurisdicción europea, de un principio de proporcionalidad⁸⁸ en sentido estricto, tal y como apunta Galetta, supuso una nueva interpretación, al ponderar intereses públicos y derechos fundamentales individuales, tendente a establecer que ciertas limitaciones a los derechos, y sus consiguientes perjuicios, no eran desproporcionados en tanto en cuanto respondían a consecuencias lógicas de objetivos de interés general de la Unión⁸⁹; entre otras, aquellos relativos a la organización económica y de mercado que sí que gozaba de una calificación de interés general, como ya se ha apuntado, por ejemplo⁹⁰. Es, de hecho, jurisprudencia más que asentada del TJUE que restricciones al ejercicio de derechos fundamentales consagrados, son posibles siempre que respondan a objetivos de interés general perseguidos por la UE y no constituyan «una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos»⁹¹, lo que parece resultar, aunque erróneamente, todavía más ‘justificado’ cuando tratamos de objetivos pertenecientes al ámbito de ‘una organización común de mercado’.

En materia de protección de datos, ya en el Asunto *Digital Rights Ireland Ltd*⁹² el TJUE aludió a un derecho fundamental a la protección de datos y a la

de proporcionalidad están estrechamente relacionados, pero ciertamente no se identifican. Por cuanto aquí resulta relevante, la diferencia sustancial entre los dos principios se encuentra en que si el principio de subsidiariedad sirve de parámetro de referencia para el reparto de competencias entre instituciones y poderes, el de proporcionalidad, por el contrario, sirve para regular la intensidad de las intervenciones respectivas.». Vid. D. U. Galetta, «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre 1998), 79.

⁸⁸ Para un análisis interesante de esta cuestión, vid. R. Alexy, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91 (enero-abril 2011), 12.

⁸⁹ D. U. Galetta, «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre 1998), 94-97.

⁹⁰ Vid. por todas, el Asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, STJUE de 17 de diciembre de 1970, apartados 16 y 25.

⁹¹ Vid. por todas, Asunto C-292/97, *Kjell Karlsson y otros*, STJUE de 13 de abril de 2000, apartado 45.

⁹² Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Seitlinger y otros*, STJUE de 8 de abril de 2014 donde el TJUE introdujo un examen de control estricto, a través de un test de proporcionalidad riguroso de los actos legislativos de la Unión que interfieren ponderadamente con los derechos a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal, concluyendo que la mera obligación de conservación

vida privada⁹³ desarrollando parámetros constitucionales europeos cuando están en juego derechos fundamentales, aplicando un examen de proporcionalidad más estricto⁹⁴, con el fin de proteger, de manera efectiva y real, aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico europeo. El más reciente Asunto *Manni*, la injerencia a la vida privada e intimidad de las personas afectadas no supuso un perjuicio desproporcionado en comparación a garantizar el objetivo general de proteger los intereses de terceros *qua* interés (económico) general, expresa e implícitamente reconocidos en el artículo 3.3 TUE, para el correcto funcionamiento del mercado único interior europeo.

3.2.4. Los actuales límites del derecho al olvido.

Como ha quedado suficientemente justificado, el derecho al olvido digital juega un papel crucial en la sociedad actual⁹⁵, dotando a los individuos de un mecanismo real y efectivo para controlar sus propios datos de carácter personal. Sin embargo, la propia normativa y jurisprudencia europea deja

de datos de carácter personal era, por sí sola, una injerencia tanto al derecho a la vida privada como al derecho a la protección de datos, calificándolas de grandes, graves y generadoras de un sentimiento de que la vida privada es objeto de una vigilancia constante; anulando así la Directiva sobre conservación de datos. El TJUE criticó severamente la Directiva y señaló que abarcaba de manera generalizada a todo (personas, medios de comunicación electrónica y dato), sin que se estableciera ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo a alcanzar. Por ello, debido a las cláusulas generales de la Directiva, la ausencia de límites establecidos sobre el acceso y la utilización de los datos o de criterios objetivos para definir tales límites, así como el periodo de retención largo e indiscriminado impuesto por la normativa europea, el TJUE concluyó que las medidas suponían una injerencia desproporcionada e innecesaria a los derechos fundamentales en juego.

⁹³ Del mismo modo, cabe mencionar el Asunto C-230/14, *Weltimmo s.r.o. c. Nemzeti Adatvédelmi és Információs Biztonság Hatoság*, STJUE 1 de octubre de 2015 y el Asunto C-362/14, *Schrems c. DP Commissioner*, STJUE de 6 de octubre de 2015.

⁹⁴ Fue precisamente en esta sentencia dónde el TJUE estableció el análisis con un doble objetivo: considerar si la medida era apropiada para lograr sus objetivos (*proportionality*) y no iba más allá de lo necesario para alcanzarlos (*necessity*). En este sentido, cabe aludir al documento del Supervisor Europeo de Protección de Datos titulada *Developing a 'toolkit' for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights*, constituyendo el desarrollo inicial de una suerte de lista de verificación o control para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos, sobre todo en lo que atañe a los principios de proporcionalidad y necesidad, disponible en <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-06-16_necessity_paper_for_consultation_en.pdf>

⁹⁵ Según algunos autores, hemos pasado de la Web 3.0, del Internet de las cosas o de las aplicaciones web conectándose unas a otras, y avanzamos hacia una Web 4.0 entendida como un mundo virtual predictivo. Vid. A. Touriño, *El derecho al olvido y a la intimidad en internet* (Los Libros de la Catarata, Madrid, 2014), 19-20.

claro que el derecho al olvido digital no es absoluto ni automático, disponiendo de límites para su ejercicio y aplicación.

El TJUE, ya en la primera sentencia que versaba sobre el derecho al olvido digital, el Asunto *Google Spain SL*, estableció una serie de límites para su ejercicio y aplicación: (1) excepciones previstas por ley y según lo establecido por la entonces vigente Directiva de Protección de Datos, (2) la existencia, por parte del titular, de un interés en la oposición, y un interés legítimo por parte del buscador, equilibrio entre ambos el cual podrá depender de (a) supuestos específicos, (b) de la naturaleza de la información tratada, (c) del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada, (d) del interés del público en disponer de dicha información y (e) del papel que la persona desempeñe en la vida pública⁹⁶.

Ahora, tras la adopción del nuevo RGPD y del reciente Asunto *Manni*, debemos actualizar la lista de los límites al derecho al olvido digital. Conforme al artículo 17.3 RGPD, son límites al ejercicio del derecho al olvido digital, es decir, no se permitirá su aplicación cuando la información que se quiera suprimir sea necesaria: (1) para ejercer la libertad de expresión e información, (2) para el cumplimiento de una obligación legal de almacenar o tratar datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o el Derecho nacional de uno de los Estados miembros, (3) para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable (4) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, (5) para fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, y (6) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

A la luz de las causas legítimas que permitirán el tratamiento de datos de carácter personal y justificará la denegación del derecho al olvido, el RGPD deja claro la necesidad de ponderar los intereses en juego. En el Asunto *Manni*, nos encontramos con que los límites al derecho al olvido digital planteados en este caso concreto son el respeto de una obligación legal y el cumplimiento de una misión realizada en interés público, aunque se puede argumentar, que también se justifica por la finalidad de archivar en aras de un interés público o histórico. Apoyándose en jurisprudencia propia anterior, el TJUE recuerda que una «*autoridad pública consistente en almacenar, en una base de datos, datos que las empresas han de comunicar en virtud de una obligación legal, en permitir a las personas interesadas consultar dichos datos o en facilitarles impresiones de éstos en papel está incluida en el*

⁹⁶ M. T. Heredero Campo, «La evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad», J. P. Aparicio Vaquero y A. Batuecas Caletro (Coords.), *En torno a la privacidad y a la protección de datos en la sociedad de información* (Comares, Granada, 2015), 85-86.

ejercicio de prerrogativas del poder público [...] Por otro lado, esta actividad constituye igualmente una misión de interés público». Además aclara que el objetivo del Derecho europeo consistente en garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre las sociedades y los terceros, dada intensificación del tráfico mercantil entre los Estados miembros como consecuencia de la creación del mercado interior, hace del derecho de información de terceros interesados y del correcto funcionamiento del mercado interior intereses públicos que justifican una limitación del derecho fundamental a la protección de datos bajo la garantía del derecho al olvido digital. Así pues, el TJUE no considera, como regla general, justificada la fijación de un plazo de prescripción en la visibilidad de los datos personales que figuran en un registro de sociedades, y por tanto, añade un nuevo límite que invalida el derecho al olvido en el ámbito del registro mercantil. No obstante, cabe incidir en que, a pesar de esta regla general, el TJUE introduce la posibilidad remota y excepcional de que, por el caso y los hechos concretos, se pueda ejercitar la supresión u ocultación de datos de carácter personal publicados en registros de sociedades.

4. REFLEXIONES FINALES Y RETOS PENDIENTES: LA NECESARIA RELATIVIDAD DEL NUEVO LÍMITE GENERAL AL DERECHO AL OLVIDO Y ELEMENTOS CLAVE TODAVÍA NO ABORDADOS.

La tecnología, y concretamente la informática, han avanzado de manera incomparable e imparable, facilitando el rastreo, almacenamiento, acceso, manipulación, cruce, utilización y difusión de información, incluida aquella relativa a datos de carácter personal. En efecto, la realidad digital actual y los nuevos modelos de negocio no son más que el reflejo de una sociedad impulsada por la ilimitada e infatigablemente cambiante revolución tecnológica⁹⁷ todavía en vía de mayor potencial y perfeccionamiento. Lejos de ser una moda social, la innovación tecnológica y la digitalización se han convertido en una realidad visible en todos los ámbitos de la sociedad actual, incluida la económica y la administrativa. No obstante, la amplia gama de información, a veces anárquica, a veces perfectamente ordenada, en la *World Wide Web* es lo que la hace tan potencialmente perjudicial. La sociedad actual, al igual de ser consciente de las nuevas posibilidades y oportunidades que la innovación tecnológica trae consigo, también lo es al hecho de que la esfera privada, y en ocasiones íntima, del individuo está al alcance de todos. La proliferación de mecanismos digitales de almacenamiento, conservación y acceso de datos

⁹⁷ A. Touriño, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet* (Los Libros de la Catarata, Madrid, 2014), 14.

que han brindado las NTIC ha puesto sobre la mesa la necesidad de controlar y limitar el acceso, registro, conversación y difusión de contenidos, sobre todo los datos de carácter personal, y concretamente aquellos que puedan condicionar negativamente el libre desarrollo de la persona. Las no pocas y comprensibles preocupaciones sobre el impacto de dichos progresos en el aumento de riesgos potenciales para los derechos fundamentales han sido el punto de partida para la discusión y regulación de un derecho al olvido digital.

En efecto, a pesar de las facilidades que la era digital ofrece de cara a la comunicación, globalización y al mejor funcionamiento de la economía, dado que varios elementos esenciales de este nuevo escenario pueden condicionar los derechos más esenciales, un derecho que permita anonimizar, ‘des-indexar’, suprimir o cancelar datos de carácter personal supone una garantía necesaria para garantizar la dignidad y el libre desarrollo de la persona, en general, y su privacidad, en particular. Ya no hablamos de un derecho hipotético: el derecho fundamental a la protección de datos, y su concreción en el derecho al olvido digital, reconocido, por primera vez en el Asunto *Google Spain* y consagrado, recientemente, en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos, a nivel europeo, ha nacido y evolucionado⁹⁸ con el objeto de dar respuesta a la nueva realidad y contrarrestar los riesgos más característicos del almacenamiento y tratamiento de la información personal. Entre ellos, cabe destacar la posibilidad de recuperar, independientemente del transcurso del tiempo o de su relevancia actual, datos de carácter personal.

Pese a ello, como en otras muchas ocasiones, el ejercicio de este derecho puede suponer el menoscabo de otro, y por lo tanto, exige de los operadores jurídicos, y en particular del juez-intérprete, que los regule, analice y pondere debidamente. Todas las sociedades se enfrentan a la tarea de adaptar las convenciones, normas y leyes para aplicar valores y principios atemporales a las nuevas condiciones; función principal del Derecho cuando actualiza la normativa aplicable o regula situaciones emergentes. No obstante, a raíz del examen realizado en el presente trabajo, se confirma el carácter no absoluto, la continua evolución y el choque entre derechos fundamentales, principios e intereses, sean estos clásicos o recientes. Hoy, por hoy, no se puede afirmar

⁹⁸ No obstante, cabe apuntar que, aunque el nombre si lo sea, el concepto del derecho al olvido no es novedoso, pues ideas similares se han aplicado en materia de amnistía o de la cancelación de los antecedentes penales, por ejemplo. Además, aunque su consagración, en el seno de la UE, no se realizó hasta hace relativamente poco, ciertos Estados miembros sí que habían conocido de la noción más cercana al actual derecho al olvido se puede trazar hasta un tribunal de París a finales de los 60, a la Corte Suprema italiana en los años 80 o a la famosa sentencia alemana que estableció el concepto de autodeterminación informativa. Para un análisis sobre el derecho al olvido del pasado judicial, vid. C. de Terwangne, «Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion», *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, núm. 13 (febrero 2012), 111-112.

que el derecho al olvido digital sea un derecho omnicompreensivo que suponga un olvido ciego o un borrado general pues requiere de un forzoso acotamiento⁹⁹. En el caso del derecho al olvido digital, su ejercicio, en tanto en cuanto supresión de información, entra en directa colisión con bienes jurídicos protegidos por las libertades informativas (la libertad de expresión, el derecho a la información, el principio de transparencia, entre otros). Al tener los derechos fundamentales la misma fuerza, no haber una jerarquía entre ellos, y tener el mismo valor los diferentes principios rectores del ordenamiento jurídico en cuestión, cuando entran en conflicto, resulta necesario un ejercicio de equilibrio. Uno de los cánones interpretativos más relevantes, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, en la técnica de ponderación, es el principio de proporcionalidad¹⁰⁰, entendido, en sentido estricto, como el examen, mediante un ejercicio comparativo, de los beneficios que se derivan de la persecución del objetivo y los sacrificios que supone para otros derechos e intereses en juego.

Concretamente en el Asunto *Manni*, la técnica interpretativa y argumentativa de la ponderación, en este caso, se enfrentaba a la reconciliación de dos intereses en conflicto: el ejercicio del derecho al olvido digital (a saber, suprimir o anonimizar ciertos datos de carácter personal de un registro mercantil por un transcurso debido de tiempo y su desconexión con la realidad actual) y el derecho de información/acceso (a través del principio de publicidad registral, extrapolado del principio de seguridad jurídica) por parte de terceros para el correcto y armonizado ejercicio de las actividades mercantiles dentro del mercado interior europeo. No es del todo sorprendente que de la lucha de estos gigantes valores jurídicos ganase el derecho a la información (representado a través del principio de publicidad registral), por parte de terceros, para asegurar la seguridad jurídica en las relaciones mercantiles, sobre todo teniendo en cuenta el origen económico y siendo el mercado interior uno de los principales y actuales objetivos de la Unión. Así, el tráfico económico y la seguridad jurídica de terceros de buena fe (a través del principio de publicidad registral) conforman el coctel perfecto para invocar un objetivo de interés general, siendo este una de las posibilidades previstas en la CDFUE para la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 52.1 CDFUE).

⁹⁹ A. Rallo Lombarte, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Cuadernos y Debates (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014), 23 y 135.

¹⁰⁰ Uno de los principios claves del ordenamiento jurídico europeo, concretamente en el caso que nos concierne, en la aplicación del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales (vid. artículo 52 CDFUE) y del ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos.

Si bien es cierto que el TJUE concluye que, como regla general no existe un derecho al olvido digital en el ámbito de registro de sociedades, añade que, lógicamente, puede excepcionarse esta regla general por razones preponderantes, legítimas y particulares que justifiquen la necesidad ejercitar un derecho a ocultar, anonimizar, suprimir o cancelar ciertos datos personales. El hecho de que el TJUE no cerrara la posibilidad de excluir este nuevo límite al derecho al olvido digital está fundamentado en la protección de la intimidad (como parte de la inviolabilidad de la persona) y sobre todo, del libre desarrollo de la persona, implícitamente reconociendo por tanto, que la publicidad debe estar supeditada al derecho al olvido cuando la información o las situaciones jurídicas divulgadas o hechas accesibles puedan menoscabar la dignidad de la persona. Ello no podía ser de otra manera si pensamos en las consecuencias jurídicas y personales puede suponer el rechazo de un derecho a anonimizar o limitar el acceso a los datos personales del afectado. Al igual, o de manera más exagerada que en el Asunto *Manni*, podrían darse casos en los que la imposibilidad de vender los inmuebles construidos, por falta de confianza (a pesar del tiempo transcurrido y de la dificultad de probar que el ‘fracaso’ de la anterior sociedad dirigida se debía a razones fuera de su control) ya no sólo supondría un menoscabo a la reputación, sino en directa consecuencia, la imposibilidad de mantener a flote una empresa sin ingresos, impidiendo el desarrollo profesional, y, en última instancia, el personal.

En otro orden, uno de los grandes problemas, y subsecuentes retos, del derecho al olvido digital es la libertad de expresión como principal limitación¹⁰¹. El choque entre la libertad de expresión y el derecho a ser olvidado, tradicionalmente ha generado controversia y generará no pocos problemas en la aplicación del RGPD si no se hace un esfuerzo por aclarar el alcance y límites de ambos vis-à-vis el paradigma digital actual. Por lo demás, obviamente seguirán planteándose potenciales problemas en materia de límites al derecho de acceso a la información al tomar en consideración la jurisprudencia del TEDH; en cualquier caso, dicha jurisprudencia del TEDH, así como la todavía controvertida adhesión de la UE al CEDH excede la problemática abordada en la presente contribución.

Repárese también que, en esta sentencia, no se abordan los límites de la utilización, por parte de terceros, de los datos que figuran en estos registros ya que, dependiendo del uso que se haga de los mismos, puede suponer, en la práctica, un menoscabo grave para el libre desarrollo de la persona en cuestión. En este asunto fue, a fin de cuentas, una sociedad especializada (entidad privada) en rating la que accedió, como tercero interesado, al registro societario y publicó la información contenido en el mismo, incluida la personal.

¹⁰¹ No consideramos fortuito que sea el primero de los límites estipulados en el art. 17.3 RGPD

Tradicionalmente los afectados por la hiperaccesibilidad que las NTIC permite de diferentes tipos de información publicada por su consideración de fuentes accesibles al público o de interés público, se han dirigido frente a los motores de búsqueda¹⁰² (también entidades privadas). La doctrina del TJUE ya ha señalado, en numerosas ocasiones, que hay que equilibrar los propósitos que se persiguen con la publicidad de información administrativa y el derecho a la protección de datos en Internet. Si bien es cierto que la información del sector público es más fácil que pierda interés legítimo con el paso del tiempo (pensemos en cualquier tipo de notificación ciudadana), posibilitando su disociación, cosa distinta parece ser la modificación del grado de accesibilidad a la información publicada en registros que gozan de interés público y aseguran el principio de seguridad jurídica en las transacciones comerciales y la información que terceros hagan de ella. En el *Asunto Manni* se concluyó que la información personal almacenada en un registro mercantil no es susceptible de ser «borrada» o «anonimizada», salvo en casos concretos no especificados, y aquí el TJUE no entra a valorar qué consecuencias tiene para terceros que acceden y utilizan dicha información¹⁰³, lo que hubiera sido de ayuda. Entonces ¿en qué medida se puede ejercitar el derecho al olvido frente a la entidad privada que publicó dicha información? Pregunta cuya respuesta también queda en el aire por ahora, aunque a raíz de esta reciente jurisprudencia, no cabe duda de que la materia en cuestión requerirá y conocerá interpretación judicial ulterior.

El desacuerdo sobre el derecho al olvido es más bien «de prescripción que de diagnóstico»¹⁰⁴. Es decir, no cabe duda de que la vida privada e intimidad, y por tanto, los datos de carácter personal, deben ser protegidos, y que la garantía del derecho al olvido digital puede ser necesaria en ciertas ocasiones (pensemos por ejemplo, el caso de la identidad de género, en la que el pasado no puede ser un eterno presente). En efecto, el respeto a la vida privada y a sus valores se encuentra muy arraigado a nuestra tradición jurídica civilista y se muestra inseparable de la propia existencia del individuo y el ejercicio de sus libertades. Europa ha estado siempre en la vanguardia con respecto al respeto de la vida privada y familiar. De hecho, la experiencia histórico-jurídica

¹⁰² P. Simón Castellano, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014* (Bosch, Barcelona, 2015), 309.

¹⁰³ Vid. apartado 31 de la STJUE de 9 de marzo de 2017: «*Con carácter previo, debe señalarse que el asunto controvertido en el litigio principal y las cuestiones prejudiciales remitidas al Tribunal de Justicia no versan sobre el tratamiento posterior de los datos controvertidos en el litigio principal realizado por una sociedad especializada en rating, mencionado en el apartado 25 de la presente sentencia, sino sobre la accesibilidad de terceros a tales datos conservados en el registro de sociedades*».

¹⁰⁴ G. Brock, *The right to be forgotten: Privacy and Media in the Digital Age* (Reuters Institute for the Study of Journalism/Oxford University– I.B. Tauris, Londres, 2016), 82.

en el continente europeo muestra, precisamente, que la privacidad es una parte integral de la dignidad humana y la libertad personal, y que el derecho a controlar los datos personales está íntimamente conectada con ella¹⁰⁵. Las divergencias, por tanto, vienen atribuidas por el modo de regular esta nueva garantía y de equilibrarlo con otros intereses jurídicos.

La famosa STJUE *Google Spain SL* de 2014, junto con el Reglamento Europeo de Protección de Datos y, ahora, la STJUE *Manni*, constituyen incipientes vectores de nuevos desarrollos para los derechos fundamentales en juego, a saber la reputación, el honor, el derecho a la protección de datos, en particular, y la libertad y la dignidad humana, en general. Así pues, el hecho de que exista una protección reforzada para los usuarios a través de un mayor control sobre sus propios datos personales, a través del derecho al olvido digital, supone un paso importante hacia la reafirmación de que la dignidad y libertad personal deben tener garantías específicas a través de una autodeterminación informativa que permita a los usuarios colocarse en igualdad de condiciones para enfrentarse a los daños potenciales que brinda la hipermemoria del mundo virtual y el uso que de sus datos el mercado y la sociedad haga de ellos.

Las NTIC han supuesto numerosas ventajas y beneficios para las empresas, las administraciones y la ciudadanía, en orden a facilitar sus objetivos profesionales, públicos y personales, respectivamente, a través de sistemas y elementos más eficientes. No obstante, no se puede no aludir a que la innovación tecnológica y digital entraña eventuales peligros implícitos y explícitos en su uso¹⁰⁶, deteriorando aquellos derechos personalísimos vinculados y derivados de la dignidad de la persona. El derecho al olvido se enmarca dentro de la dignidad y libertad personal de cada individuo y el respeto a su vida privada, intimidad y honor en el ámbito digital, aunque, a la sazón, se le ha atribuido un nuevo límite a su aplicación. Todo ello sólo demuestra que el derecho al olvido, como categoría autónoma, está todavía en fase embrionaria, y que su desarrollo seguirá siendo polémico y deberá contemplar múltiples matices y situaciones particulares y ser adaptada a los incesantes avances de las NTIC. Pero, en ningún caso, deberán estos retos derivar en la inacción o regulación ineficaz, so riesgo de negar protección de derechos personalísimos y de obstaculizar el progreso socio-económico. Por ello, es todavía necesario profundizar y considerar las posibilidades y el equilibrio de las políticas de la Unión Europea destinadas a garantizar un modelo garantista de privacidad mientras se avanza en las agendas socio-económicas y digitales.

¹⁰⁵ M. Arenas Ramiro, «Hacia un futuro derecho al olvido de ámbito europeo», J. Valero Torrijos, J. (Coord.), *La Protección de datos personales en Internet ante la innovación tecnológica* (Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 333.

¹⁰⁶ A. Pérez Luño, *La tercera generación de Derechos Humanos* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006), 93.

LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA*

Coordination of social security systems in the European Union

Verónica Lidia Martínez Martínez

Abogada

Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social

marb_cap@hotmail.com

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp177-209](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp177-209)

Recibido: 10.02.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

Partiendo de la evolución del sistema de coordinación que impera en la Unión Europea en el ámbito de la seguridad social, en el presente artículo se analizan los principios, la normativa que guían a dicho sistema y la disyuntiva que existe entre los convenios bilaterales y los reglamentos de coordinación, culminando con la referencia a los puntos propuestos por la Comisión Europea para llevar a cabo la revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.

Palabras clave

Seguridad social, principios, coordinación, reglamento, convenio bilateral.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Martínez Martínez, Verónica Lidia. 2017. «La coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión Europea». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp177-209](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp177-209).

Abstract

On the basis of the evolution of the coordination system in the European Union in the field of social security, this article analyzes the principles, the rules that guide the social security system and the dilemma between bilateral agreements and regulations of coordination, culminating in the reference to the points proposed by the European Commission to carry out the revision of Regulations 883/2004 and 987/2009.

Keywords

Social security, principles, coordination, regulation, bilateral agreement.

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA. II. PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. III. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. IV. REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN VS. CONVENIOS BILATERALES. V. PROPUESTA DE REVISIÓN AL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. FUENTES DE INFORMACIÓN.

I. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

El derecho de la Unión Europea no desempeña una labor de unificación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros. Las principales causas de ello se encuentran en que los diversos sistemas nacionales de seguridad social al ser resultado de un proceso histórico en el que confluyen factores políticos, económicos, sociales y culturales han provocado que los Estados de la Unión se reconozcan dentro de su espacio territorial social como soberanos en la aplicación de sus propia normatividad, existiendo por consecuencia gran renitencia en aceptar otras que provengan de terceros países.

Particularmente, la instauración de cualquier tipo de armonización produce una fuerte oposición, no sólo en los países con modelos de Estados de bienestar más generosos, ante la posible amenaza de reducción de los beneficios sociales, sino también en aquellos en los que la cobertura es menor por miedo a perder competitividad debido al incremento de los costes sociales.

Incluso, debe recordarse que en sus inicios la actual Unión Europea carecía de competencia para regular la materia de seguridad social, limitando su esfera de actuación al ámbito económico. Ante la importancia de lo económico, la política social en general y la seguridad social en particular, tienen un papel secundario, y por ello no se consideran como elementos constitutivos y pilares fundamentales del proceso de integración.

Se asumía que era lógico prescindir en la Comunidad Económica Europea (CEE) de competencias en materia social, en la medida en que la mejora de las condiciones de vida y de empleo debían ser el resultado automático del funcionamiento del mercado interior¹.

El Tratado de la CEE realizó –para algunos autores desde la teoría ordoliberal alemana– un reparto competencial que reservó lo social a la esfera

¹ Santiago Muñoz Machado y Rafael de Lorenzo, *Política social de la Unión Europea en materia de minusvalías* (Escuela Libre, Madrid, 1997), 22.

decisional de los Estados miembros. En cambio, lo económico se trasladaba al ámbito supranacional, estableciéndose la libertad de circulación y el derecho de la competencia como los pilares fundamentales del proceso de integración².

Concretamente el artículo 51 del Tratado Constitutivo de la CEE se limitaba a establecer que el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, adoptaría en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permitiera garantizar a los trabajadores migrantes y sus derechohabientes la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales y al cálculo de éstas, además de garantizar el pago de las prestaciones a las personas que residieran en los territorios de los Estados miembros³.

Y a pesar de que de 1974 a 1985, la Comisión Europea empezó a suplir esa laguna competencial con iniciativas legislativas de índole social sobre la base del entonces artículo 100 del Tratado de la CEE⁴, cierto es que la adopción del Acta de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea tampoco dotaron de competencia a la Comunidad en el ámbito social.

Las modificaciones realizadas por el Acta Única Europea en la esfera social son escasas y en temas muy específicos, tales como el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales a nivel europeo⁵, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores⁶, así como el reforzamiento de la cohesión económica y social a través del apoyo financiero comunitario⁷.

Por su parte, la negativa tajante de Reino Unido a cualquier transferencia de competencia social a la Comunidad provocó que las materias sociales quedaran excluidas del Tratado de la Unión Europea (UE) y fueran relegadas

² Adoración Guamán Hernández, *Estado Social y Unión Europea: el conflicto permanente*, [Consulta: 28 de enero de 2017], disponible en <https://www.researchgate.net/profile/Adoracion_Guaman/publication25/9356604_Estado_social_y_Union_Europea_el_conflicto_permanente/links/02e7e52b2af0d8a2e6000000.pdf>

³ Artículo 51 del Tratado de Roma, [Consulta: 28 de enero de 2017], disponible en <<https://www.pnsd.mssi.gov.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i12.pdf>>

⁴ Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa* (Astrea, Buenos Aires, 2014), 218-220.

⁵ Artículo 118 B del Acta Única Europea. [Consulta: 28 de enero de 2017], disponible en <<https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/03/pdfs/A20172-20182.pdf>>

⁶ Idem. Artículo 118A del Acta Única Europea.

⁷ Idem. Artículo 130 A y B del Acta Única Europea.

a un Acuerdo sobre Política Social⁸, situación que constituyó un enorme paso atrás en el camino de la integración comunitaria en el terreno social.

Así las cosas, la entrada en vigor del Tratado de Maastricht supuso una lamentable distorsión, pues auspicia en el ámbito social dos regímenes jurídicos distintos. De un lado, las disposiciones que al conformar el Título VIII, Cap. I del Tratado de la UE resultaban aplicables a todos los Estados miembros⁹. De otro, las disposiciones del Protocolo sobre la política social anexo al Tratado de la UE aplicables a todos los que en aquella época eran miembros¹⁰, a excepción del Reino Unido¹¹.

Este panorama y la ausencia de una verdadera identidad europea que hiciera posible la aplicación de esquemas de solidaridad¹² desembocó en la adopción de un régimen comunitario de coordinación de los disímiles sistemas nacionales de seguridad social organizados y financiados por los Estados, cuyo objetivo principal era remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores¹³.

⁸ El Protocolo 14 sobre Política Social se incorpora como anexo al Tratado de la Unión Europea.

⁹ Con el Tratado de Maastricht nace la Unión Europea y estableció la ciudadanía de la Unión

¹⁰ Los once Estados miembros eran el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República Portuguesa.

¹¹ El 2 de octubre de 1997 cuando se firma el Tratado de Ámsterdam, Reino Unido aceptó el Protocolo sobre Política Social. El Tratado de Ámsterdam integra en el Título XI TCE aquellas disposiciones que conformaban dicho Acuerdo sobre Política Social. En consecuencia, con este Tratado quedan definitivamente aglutinadas bajo un mismo Capítulo todas las disposiciones de Derecho originario en materia de política social. El Tratado de Ámsterdam—que entró en vigor el 1º de mayo de 1999— establece en el artículo 49 la exigencia del respeto de los derechos humanos como condición indispensable para que un Estado europeo pudiera solicitar el ingreso como miembro de la Unión. Este tratado introduce bases habilitantes europeas para la adopción de legislación en diversos ámbitos sociales y se extiende a través del Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.

¹² Justo Corti Varela, «La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión», Ana María Chocrón Giráldez et al., (Coord.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral* (Laborum, Murcia, 2015), 127.

¹³ La libertad de circulación se encuentra reconocido en los Tratados Fundacionales de la Comunidad Europea. Así, tenemos que el principio básico consagrado en el Tratado de Roma es la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de las personas entre los Estados miembros. Disposición relativa a la libre circulación de los trabajadores estaba contemplada en el artículo 39, de acuerdo a la numeración establecida por el Tratado de Maastricht por el que se constituyó la Comunidad Europea

Con los Reglamentos 3 y 4 se inaugura el ejercicio de las competencias normativas de la Comunidad en desarrollo de la materia social¹⁴, como un puente jurídico que va a permitir el paso de un sistema jurídico a otro, de modo que los derechos adquiridos o en vía de adquisición en un Estado pueden invocarse en otro Estado como si se hubieran producido en el primero¹⁵. De esta manera, la coordinación de los sistemas de seguridad social favorece el respeto y exigibilidad de las prestaciones sociales, además de distribuir las cargas entre los distintos regímenes nacionales.

Empero, lo que indudablemente ha marcado las notas y directrices que caracterizan a la coordinación/articulación¹⁶ ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Así, del contenido de las sentencias del Máximo Tribunal de la UE se infiere que la coordinación al no implicar unificación ni armonización de los sistemas de Seguridad Social, no conlleva su la deroga-

(Tratado CE). Antes de esta etapa, es decir, hasta el 30 de noviembre de 1993, dicha disposición figuraba en el art. 48 del Tratado CE. Por su parte, los artículos 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El artículo 45 del TFUE garantiza la libre circulación de los trabajadores, reconocido como La libertad de circulación es también un derecho fundamental consagrado en el artículo 15, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y reconocido en el Reglamento CEE n.º 1612/68 Reglamento (CEE) de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; el Reglamento (CEE) N.º 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad; la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁴ Javier Gárate Castro, *Transformaciones en las normas comunitarias sociales, en Los mercados laborales y las políticas sociales de Europa. XX Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño 28 y 29 de mayo de 2009* (Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2010), 25.

¹⁵ Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas* (Comares, Granada, 1997), 2.

¹⁶ En la doctrina existe un sector que propone abandonar el clásico término de coordinación, y en su lugar proponen utilizar la expresión articulación. Vid. Cfr. José María Miranda Boto, «El Estadio Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria», VV.AA., *El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas* (Laborum, Murcia, 2008), 26-28.

ción, reforma, o modificación, sino que permite su subsistencia con todas sus peculiaridades, al tiempo que tampoco veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la seguridad social¹⁷.

A partir de la regla impuesta en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que dicta que la libertad de movimiento no equivale a un libre acceso a los sistemas de seguridad social de otro Estado miembro; las normas de coordinación al determinar el sistema de seguridad social que opera en situaciones que afecta a más de un Estado miembro, cumplen con la finalidad de brindar certeza y seguridad jurídica ante el ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores, y así evitar la presencia de los conflictos de normas de carácter positivo o negativo. El surgimiento del primer tipo de controversias tiene lugar cuando varias normas nacionales de seguridad social pueden aplicarse a un mismo sujeto. Por el contrario, los conflictos normativos de carácter negativo se presentan cuando ninguna norma nacional resulta competente para regular el supuesto concreto¹⁸.

II. PRINCIPIOS DEL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

Normalmente los reglamentos comunitarios y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, suelen establecer reglas y principios para evitar que los trabajadores estén asegurados en más de un Estado miembro o carezcan de los beneficios de un sistema de seguridad social. Los principios básicos sobre los que descansa el sistema de coordinación de las legislaciones internas son:

a. No discriminación e igualdad de trato. Este principio –que resulta obligatorio para las autoridades públicas y entidades privadas– opera en dos planos, el primero de ellos, derivado del ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores, posibilita a que los operarios sujetos a la legislación del Estado miembro en el que ejercen su actividad laboral tengan los mismos beneficios prestacionales, así como derechos y obligaciones que los nacionales de ese Estado.

¹⁷ Cristina Sánchez-Rodas Navarro, «Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social», Ana María Chocrón Giráldez et al. (Coord.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral* (Laborum, Murcia, 2015), 184.

¹⁸ Rene Bonnet, *Conflicts entre les droits nationaux et les instruments internationaux dans le domaine de la securite sociale* (Techniques, Juris-Classeur, 1993), Fascicule 578, 2.

El artículo 69.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero firmado en París el 18 de abril de 1951¹⁹, así como los artículos 18 (antiguo artículo 12 TCE)²⁰ y 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²¹ (antiguo artículo 39.2 TCE) garantizan la igualdad de trato para todos los trabajadores de la UE dentro de los Estados miembros.

El objetivo perseguido por este conjunto de disposiciones es evitar que los trabajadores migrantes –por el simple hecho de no ostentar la nacionalidad del Estado cuya legislación les resulta aplicable– puedan encontrarse en una situación menos ventajosa que los propios nacionales²².

¹⁹ Artículo 69.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. Los Estados miembros prohibirán toda discriminación en la retribución y en las condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales y trabajadores inmigrados, sin perjuicio de las medidas especiales referentes a los trabajadores fronterizos; en particular, tratarán de buscar entre sí cuantas soluciones sigan siendo necesarias a fin de que las disposiciones relativas a la seguridad social no constituyan un obstáculo para los movimientos de la mano de obra. [Consulta: 20 de enero de 2017], disponible en <[https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Tratados\(0397-0475\).pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Tratados(0397-0475).pdf)>

²⁰ Artículo 18 TFUE. En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. [Consulta: 24 de enero de 2017], disponible en <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>

²¹ Idem. Artículo 45 del TFUE.

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

- a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
- b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
- c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
- d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.

²² Cristina Sánchez-Rodas Navarro, «Análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 32, 2012.

Por su parte, el segundo aspecto de este principio reside en asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad social. De manera general, los principios de igualdad entre hombres y mujeres así como el de no discriminación se encuentran reconocidos en el Derecho originario en los artículos 2 y 3, apartado 3, primer párrafo del Tratado de la Unión Europea²³, en los artículos 8²⁴, 10²⁵, 19²⁶, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁷, cuya aplicación debe darse dentro de los límites que dispone su artículo 51.

²³ Artículos 2 y 3, apartado 3 del Tratado de la Unión Europea ^Artículo 2 La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Artículo 3 (antiguo artículo 2 TUE) La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. [Consulta: 2 de febrero de 2017], disponible en <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>>

²⁴ Artículo 8 TFUE En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. [Consulta: 24 de enero de 2017], disponible en <<https://www.boe.es//doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>

²⁵ Idem. Artículo 10. En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

²⁶ Idem. Artículo 19. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.

²⁷ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se ha incorporado directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6, apartado 1, del TUE le atribuye carácter jurídicamente vinculante, confiriéndole así el mismo valor jurídico que los Tratados. Artículo 21. 1. 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. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio

En el Derecho derivado, la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad social, además de garantizarse por el Reglamento 883/2004,²⁸ se fortalece mediante las siguientes directivas²⁹:

- Directiva 79/7/CEE, del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social [DO L 6 de 10 de enero de 1979].
- 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 [DO L 180 de 15 de julio de 2010]³⁰.
- Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia [DO L 348 de 28 de noviembre de 1992]³¹.
- Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. [DO L 303 de 2 de diciembre de 2000].

de las disposiciones particulares de dichos Tratados. [Consulta: 22 de enero de 2017], disponible en <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>

²⁸ Artículo 4 del Reglamento 883/2004. Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento. Artículo 7 del Reglamento 883/2004 Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora. [Consulta: 27 de enero de 2017], disponible en <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:es:PDF>

²⁹ Víctor Fernando Manrique López, «La normativa comunitaria actualmente vigente en la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1 (enero-junio 2006), 107-108.

³⁰ La Directiva 2010/41/UE deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como la protección de la maternidad (DO L 359 de 19 de diciembre de 1986).

³¹ La directiva 92/85/CEE ha sido por modificada por la Directiva 2007/30/CE, de 28 de junio de 2007 (DO L 165 de 27 de junio de 2007) y la Directiva 2014/27/UE, de 25 de marzo de 2014 (DO L 65 de 5 de marzo de 2014).

- Directiva 2004/113/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes, servicios y suministros³² [DO L 373 de 21 de diciembre de 2004].
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) [DO L 204 de 26 de julio de 2006]³³.
- Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la UEAPME, el CEEP y la CES [DO L 68 de 18 de marzo de 2010]³⁴.
- Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, en la que se establecen objetivos para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad [DO L 180 de 15 de julio de 2010]³⁵.

³² En la sentencia *Test-Achats* de 1 de marzo de 2011 (asunto C-236/09), el Tribunal de la UE declaró inválido el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE por ser contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [Consulta: 21 de enero de 2017], disponible en <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5b4881931b9c049508d97bb2f7bc97c4f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchiLe0?text=&docid=96853&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=654345>>

³³ La Directiva 2006/54/CE derogó la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores y trabajadoras; la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; La Directiva 2002/73/CEE del Parlamento Europeo y Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modificó la Directiva 76/207/CEE; la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 y deroga la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, ampliada al Reino Unido por la Directiva 98/52/CE, de 13 de julio de 1998. Actualmente, el Parlamento trabaja en la revisión de esta Directiva en lo referente a las disposiciones sobre la igualdad de retribución

³⁴ La Directiva 2010/18/UE derogó la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

³⁵ La Directiva 2010/41/UE derogó la Directiva 86/613/CEE del Consejo

Por supuesto que un factor determinante que ha contribuido al fortalecimiento del principio de igualdad en el campo de la seguridad social ha sido la labor desplegada por las instituciones de la UE, particularmente la actividad jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo³⁶ y el trabajo emprendido por el Parlamento Europeo y el Consejo con acciones tales como el Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019, cuyo uno de sus pilares fundamentales es combatir la desigualdad que impera en las pensiones entre hombres y mujeres.

b. Unicidad. Conforme a este principio cada beneficiario está cubierto por la legislación de un solo Estado miembro, lo que a su vez implica que sólo un Estado miembro tiene la competencia para deducir las cotizaciones sociales.

La finalidad de este postulado –reconocido en el artículo 11, apartado 1 del Reglamento 883/2004–³⁷ es evitar que alguien pueda obtener ventajas indebidas por ejercer el derecho a la libre circulación, debido a que el hecho de cotizar a los sistemas de seguridad social obligatorios en dos o más Estados miembros durante el mismo período de seguro, no genera el derecho a percibir varias prestaciones de la misma naturaleza³⁸.

³⁶ Sentencia Bilka de 13 de mayo de 1986 (asunto C-170/84, [Consulta: 2 de enero de 2017], Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0128>. Sentencia Barber de 17 de mayo de 1990 (asunto C-262/88), [Consulta: 2 de enero de 2017], Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61993CJ0057&from=ES>. Sentencia Test-Achats de 1 de marzo de 2011 (asunto C-236/09); a STJUE de 3 de septiembre de 2014, asunto C-318/13, considera contrario a la Directiva 79/7/CEE el uso de un factor de cálculo de una indemnización a tanto alzado, basado en la esperanza de vida media en función del sexo, al no estar expresamente exceptuada esa prestación del ámbito de la Directiva, jurisprudencia recogida en la STJUE de 1 de marzo de 2011 (asunto C-236/09) en la que se rechazó la posibilidad de establecer diferencias en función del sexo en las primas y prestaciones de seguros, por ser contraria, en este caso, a la Directiva 2004/113/CE. [Consulta: 21 de enero de 2017], Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=9ea7d0f130d5b4881931b9c049508d97bb2f7bc97c4f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchiLe0?text=&docid=96853&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=654345>

³⁷ Reglamento (CE) n.º 883/2004 estipula en su artículo 11, apartado 1. 1. Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente título. [Consulta: 3 de febrero de 2017], disponible en <eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:es:PDF>

³⁸ El principio de unicidad o exclusividad no es absoluto. En numerosos casos, las personas que reciben una pensión deben pagar cotizaciones del seguro de enfermedad en otro Estado miembro distinto del Estado de residencia. Respecto de este último punto tienen aplicabilidad los artículos 23 y 30 del Reglamento 883/2004 así como el artículo 30 del Reglamento (CE) n.º 987/2009

c. Territorialidad en la determinación de la ley aplicable. Conforme al principio *lex loci labori* –plasmado en el artículo 11, apartado 3, letra a) del Reglamento 883/2004–, normalmente los trabajadores están sujetos a la legislación del Estado miembro en el que prestan sus servicios laborales.

Este postulado puede admitir algunas excepciones y matizaciones como a continuación se advierte en los casos siguientes:

Tipo de actividad	Estado competente
Trabajador fronterizo que ejerce actividad por cuenta ajena o por cuenta propia.	Estado miembro donde se ejerce la actividad profesional [artículo 11(3) a del Reglamento 883/2004]
Trabajador en la administración pública.	Estado miembro de la administración que le ocupa [artículo 11(3) b del Reglamento 883/2004]
Persona que trabaja a bordo de un buque.	Estado miembro del pabellón que enarbole el buque o Estado del empleador, si la persona reside en dicho Estado [artículo 11(4) del Reglamento 883/2004]
Persona desplazada.	Estado miembro donde se origina el desplazamiento, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea sustituida por otra [artículo 12 del Reglamento 883/2004]
<p>Persona que ejerce una actividad por cuenta ajena en dos Estados miembros o más, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> – dos actividades o más a tiempo parcial; – personal itinerante o navegante del transporte internacional; – teletrabajo en alternancia. 	<p>Estado miembro de residencia, si dicha persona ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho artículo Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros [artículo 13(1) del Reglamento 883/2004]</p> <p>Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia.</p> <p>El hecho de alcanzar un porcentaje inferior al 25 % en lo que concierne al tiempo de trabajo y/o la remuneración será un indicador de que una parte sustancial de las actividades no se ejerce en el Estado miembro de que se trate. [art. 14(8) del Reglamento 987/2009]</p>

.../...

.../...

Tipo de actividad	Estado competente
Persona que ejerce una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros	Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en él, o el Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades [artículo 13(2) del Reglamento 883/2004].
Persona que ejerce actividad por cuenta ajena y actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros.	Estado miembro en el que ejerce una actividad por cuenta ajena [artículo 13(3) Reglamento 883/2004]
Persona que ejerce una actividad por cuenta propia en dos o más Estados miembros.	Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en él, o el Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades [artículo 13(2) del Reglamento 883/2004]
Jubilados	Están sometidos, en principio, a la seguridad social del país de residencia [artículo 11(3) del Reglamento 883/2004]

Cuadro 1. Tomado de Distler Katrin y Essers, Ger, Guía del trabajador móvil europeo. Bélgica, Confederación Europea de Sindicatos, 2011, pp. 18-19

d. Subsidiariedad de la intervención normativa comunitaria. Por disposición de este principio, recogido en el artículo 151 del TFUE, los Estados miembros –sobre la base de respetar el Derecho Comunitario y las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de trabajadores³⁹– conservar la facultad reconocida de definir las directrices fundamentales de su sistema de seguridad social.

³⁹ Sentencia 18 de abril de 2002. Asunto C-290/00. Johann Franz Duchon vs. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, [Consulta: 31 de enero de 2017], disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0290&from=ES>>. Sentencia 13 de junio de 1996. Asunto C-170/95. Office National de l'emploi vs. Calogero Spataro, [Consulta: 31 de enero de 2017], disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0170&from=EN>>. Sentencia 8 de marzo de 2001. Asunto C-215/99. Friedrich Jauch vs. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter [Consulta: 31 de enero de 2017], disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0215&from=ES>>. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Asunto C-43/99, Ghislain Leclere & Alina Deaconescu vs. Caisse nationale des prestations familiales. [Consulta: 31

Por su parte, en estricto apego y respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, la Comunidad debe complementar la acción de los Estados miembros en materia de seguridad social y protección social de los trabajadores.

e. Colaboración administrativa. Este postulado que adquiere relevancia con la introducción del principio de buena administración por parte del Reglamento 883/2004 se erige como un pilar fundamental para lograr la eficacia de las normas comunitarias en materia de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, debido a que no sólo implica la ayuda y la cooperación en materia financiera y técnica, sino involucra el intercambio de información entre las autoridades e instituciones y las personas.

Hasta antes del 1º de mayo de 2010 los instrumentos que servían para el intercambio de información entre los disímiles sistemas de seguridad social nacionales eran los denominados formularios europeos, debido a que en ellos se plasmaba toda la información necesaria para determinar y justificar el derecho a las prestaciones de seguridad social.

A partir del Reglamento 883/2004 opera la Red de Intercambio Electrónico de Información en materia de seguridad social (EESSI) que aunada a los formularios electrónicos estructurados, llamados SED (Structured Electronic Document)⁴⁰ y a los documentos portátiles (Portable Document)⁴¹ son las herramientas que facilitan el cumplimiento del principio de colaboración.

de enero de 2017], disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0043&from=EN>>.

⁴⁰ Los documentos electrónicos estructurados están concebidos para facilitar la comunicación de datos entre instituciones y hacerla más eficaz

⁴¹ Los documentos portátiles sustituyen a los antiguos formularios de la serie E. Los expiden los organismos competentes de seguridad social del país donde usted esté asegurado. Los documentos portátiles son el formulario A1 (antiguos formularios E101 y E103) se utiliza para certificar la legislación aplicable y sirve para acreditar el pago de cotizaciones en otro país miembro de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza. El formulario S1 –que sustituyó a los formularios E106, E109, E120 y E121– se emplea para puede darse de alta para recibir asistencia sanitaria si vive en un país miembro de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza, pero está asegurado en otro de esos países. El formulario S2 –que sustituyó al formulario E112– se emplea para acreditar el derecho a recibir tratamiento médico planificado en otro país miembro de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza. En el caso del trabajador transfronterizo, el formulario S3 le permite recibir tratamiento médico en su antiguo país de trabajo. El formulario DA1 –que corresponde al formulario E123– ampara el derecho a cobertura sanitaria conforme al seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El formulario U1 (antiguo formulario E301) certifica los periodos cotizados en otro país miembro de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza que se tendrán en cuenta para el cálculo de las prestaciones por desempleo. El formulario U2 (antiguo formulario E303) es la autorización que permite exportar

Y es que gracias al intercambio informático se agiliza la toma de decisiones en lo referente a la cuantificación y pago de las prestaciones de seguridad social; además de hacer más eficaz tanto la comprobación como la recopilación de datos.

Por supuesto que un factor importante en el cumplimiento de este principio será el papel que desempeñen las instituciones. Específicamente la Comisión Administrativa —cuya composición y funcionamiento se establecen en los artículos 71 y 72 del Reglamento 883/2004— está facultada para resolver cuestiones administrativas, pronunciarse sobre la interpretación de la normativa en materia de coordinación de la seguridad social⁴² y propiciar la colaboración entre los países miembros de la UE⁴³.

las prestaciones por desempleo. El formulario U3 es una notificación enviada por el organismo del país en el que está buscando trabajo. Con ella le comunica que ha informado al organismo del país que paga sus prestaciones por desempleo de los cambios en su situación que pueden justificar una reducción o interrupción de las mismas. El formulario P1 (antiguos formularios E205, E207 y E211) recoge información relativa a las decisiones tomadas por cada país en materia de pensiones. La tarjeta sanitaria europea que permite acceder a la atención sanitaria pública —necesaria por motivos médicos— durante una estancia temporal en cualquiera de los Estados miembros de la UE, además de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

⁴² Constituyen ejemplos de la facultad de interpretación de la normativa en materia de coordinación de la seguridad social con la que cuenta la Comisión Administrativa, los siguientes instrumentos: Decisión n.º A1, de 12 de junio de 2009, relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento 883/2004; la Decisión número E1, de 12 de junio de 2009, relativas a las disposiciones prácticas en relación con el período transitorio para el intercambio electrónico de datos contemplado en el artículo 4 del Reglamento 987/2009; Decisión número F1, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 68 del Reglamento 883/2004, sobre las normas de prioridad en caso de acumulación de prestaciones familiares; Decisión número H1, de 12 de junio de 2009, relativa al marco para la transición de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 a los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y a la aplicación de las Decisiones y Recomendaciones de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social; Decisión número P1, de 12 de junio de 2009, relativo a la interpretación del artículo 50, apartado 4, el artículo 58 y el artículo 87, apartado 5, del Reglamento 883/2004, por lo que se refiere a la concesión de prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia; Decisión número S1, de 12 de junio de 2009, relativa a la tarjeta sanitaria; Decisión número S2, de 12 de junio de 2009, relativa a las características técnicas de la tarjeta sanitaria; Decisión número S3, de 12 de junio de 2009, por la que se definen las prestaciones contempladas en el artículo 19, apartado 1, y en el artículo 27, apartado 1, del Reglamento 883/2004, así como el artículo 25, sección A, apartado 3 del Reglamento 987/2009.

⁴³ La Comisión Administrativa cuenta con el apoyo de los siguientes órganos: Comisión Técnica y Comisión de Cuentas. El primer órgano se ocupa del tratamiento de datos con fines de intercambio de información. Por su parte, la Comisión de Cuentas tiene a su

Por su parte, de conformidad con el artículo 153.2 del TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo tendrán a su cargo la adopción de medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

En tanto que la Comisión Europea tiene el deber de examinar la legislación y vigilar la aplicación y coordinación de los sistemas de seguridad social para salvaguardar los derechos a prestaciones de los trabajadores migrantes de la UE⁴⁴.

e. Totalización. Por disposición de este principio, en aras de facilitar la libre circulación de los trabajadores, al evaluar la cobertura del período de cotización para acceder a las prestaciones de carácter contributivo y no contributivo previstas en los reglamentos comunitarios, así como para el cálculo de éstas, se deben contabilizar todos los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, en aquellos Estados Parte del Espacio Económico Europeo o en Suiza⁴⁵.

Actualmente con arreglo al procedimiento legislativo ordinario instituido por el Tratado de Lisboa; el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán en materia de seguridad social las medidas necesarias, para que de ejercerse el derecho fundamental de libre circulación de los trabajadores, con base en el principio de totalización se tomen en consideración todos los períodos reconocidos por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales⁴⁶.

Con excepción de las prestaciones de prejubilación, cabe mencionar que por disposición del Reglamento 883/2004 se establece la obligación de totalizar los períodos de seguro en los diferentes Estados miembros en lo que concierne a las prestaciones de invalidez, vejez, enfermedad, defunción y las

cargo la comprobación del método de determinación y de cálculo de los costes medios anuales presentados por los Estados miembros; la reunión de los datos pertinentes y proceder a los cálculos necesarios para determinar el estado anual de los créditos correspondientes a cada Estado miembro; así como la realización de todos los trabajos, estudios o misiones sobre los asuntos que le remita la Comisión Administrativa.

⁴⁴ Resolución de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos

⁴⁵ En los artículos 69.4 del Tratado del Carbón y el Acero, el artículo 51 del Tratado de Maastricht y el artículo 42 del Tratado de Ámsterdam se encuentra plasmado el principio de totalización.

⁴⁶ Artículo 48 del TFUE [Consulta: 24 de enero de 2017], disponible en <<https://www.boe.es//doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>

familiares. Las reglas de la totalización se encuentran consignadas en el artículo 6 del Reglamento 883/2004, en los términos siguientes:

Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine:

- la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones,
- la admisión a una legislación, o
- el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado,

al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica.

f. Exportabilidad. Este principio se traduce en la prohibición de reducción, suspensión, modificación, supresión o confiscación de una prestación económica de seguridad social por el mero hecho de que la persona beneficiaria haya fijado su residencia en un Estado miembro distinto del que radica la institución deudora⁴⁷.

Y es que, si bien por disposición del artículo 7 del Reglamento 883/2004⁴⁸ se suprime la regla desterritorializadora –conforme a la cual se prohíbe que los Estados miembros reserven el pago de prestaciones a las personas que residan en ellos–, el principio de exportabilidad no aplica a todas las prestaciones sociales.

El Reglamento 883/2004 contiene disposiciones que establecen que las prestaciones de vejez, enfermedad, invalidez, defunción y las familiares deben seguir siendo abonadas a sus perceptores residentes en otro Estado miembro o a los que regresen a su país de origen.

Empero, en ningún caso son exportables las prestaciones no contributivas en metálico que contengan elementos tanto de asistencia social como de

⁴⁷ Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Sinopsis del Reglamento*, op. cit., nota 17, p. 185.

⁴⁸ Artículo 7 del Reglamento (CE) n.º 883/2004: Supresión de las cláusulas de residencia: Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora. [Consulta: 3 de febrero de 2017], disponible en <eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:es:PDF>

prestaciones de seguridad social, así como tampoco está previsto indexar las prestaciones por hijos a cargo, y por tanto, el país en el que trabajan los padres permanece como responsable del pago de dichas prestaciones, y su importe no se puede ajustar al país de residencia del menor⁴⁹.

En el caso del subsidio por desempleo sólo puede exportarse durante un máximo de tres meses, pero existe la posibilidad de extender este período hasta un máximo de seis meses⁵⁰. Asimismo, se garantiza el derecho de los inmigrantes a percibir las prestaciones de prejubilación en las mismas condiciones que los nacionales y a que éstas puedan exportarse si se trasladan al extranjero después de jubilarse.

g. Conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición.

En virtud de este principio, el trabajador desplazado a otros Estados miembros debe conservar los derechos que hubiese consolidado en uno de los Estados miembro. Estos derechos en ningún caso deben verse mermados como consecuencia de la libre circulación de trabajador.

h. De asimilación. Recogido en el Considerando 10 y en el artículo 5 del Reglamento 883/2004, este principio consiste en tratar determinados hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en el territorio del Estado miembro cuya legislación sea aplicable.

III. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

La adopción de las decisiones y normatividad en el ámbito de la seguridad social ha estado sujeta a diversos procedimientos entre los que destacan la codecisión introducida en el Tratado de Maastricht⁵¹, pasando en los Tratados de Ámsterdam⁵² y Niza⁵³ por la decisión del Consejo por

⁴⁹ En la Unión, menos del 1% de las prestaciones por hijos a cargo se exportan de un Estado miembro a otro.

⁵⁰ Artículo 64.3 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 [Consulta: 3 de febrero de 2017], disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:es:PDF>>

⁵¹ Artículo 51 del Tratado de Maastricht [Consulta: 13 de enero de 2017], disponible en <<http://www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i77.pdf>>

⁵² Artículo 118 del Tratado de Ámsterdam [Consulta: 26 de enero de 2017], disponible en <https://europa.eu/european-union/sites/europaen/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_es.pdf>

⁵³ Artículo 137 del Tratado de Niza [Consulta: 13 de enero de 2017], disponible en <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/es_nice.pdf>

unanimidad, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social así como al Comité de las Regiones.

Será con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁵⁴ que se instaura el procedimiento legislativo ordinario⁵⁵ y los procedimientos especiales⁵⁶ como medios para la producción de las normas de la UE en el ámbito de la seguridad social.

El artículo 153 del TFUE (antiguo artículo 137 del TCE)⁵⁷ introduce una cláusula pasarela para la aplicación del procedimiento legislativo ordinario en lo referente a la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del mismo numeral; además de las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad⁵⁸. Empero al ámbito de la seguridad social no resulta aplicable la referida pasarela.

Un aspecto ha destacar con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa es la introducción de las denominadas cláusulas de freno. La aplicación de este tipo de cláusulas posibilitan la suspensión del procedimiento legislativo ordinario en caso de que un país considere que los principios fundamentales, coste o estructura financiera de su sistema de seguridad social se encuentran amenazados por la legislación en proceso de adopción.

En tales circunstancias, el procedimiento se suspende y se reenvía el proyecto al Consejo Europeo.. Previa deliberación y en un plazo de cuatro

⁵⁴ Después de ser ratificado por los 27 Estados miembros de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa entró en vigor el 1º de diciembre de 2009

⁵⁵ Las modalidades del procedimiento legislativo ordinario –detalladas en el artículo 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea– son idénticas a las del antiguo procedimiento de codecisión.. En el procedimiento ordinario el Consejo y el Parlamento adoptan los actos legislativos en primera lectura o en segunda lectura. Si al finalizar la segunda lectura, las dos instituciones aún no han llegado a un acuerdo, se convoca un Comité de Conciliación

⁵⁶ Los procedimientos legislativos especiales sustituyen a los antiguos procedimientos de consulta, de cooperación y de dictamen conforme.

⁵⁷ En el artículo 137 del Tratado de Niza introducía una cláusula pasarela para la aplicación del procedimiento de codecisión en lo referente a la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del mismo numeral; además de las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad

⁵⁸ La activación de las cláusulas pasarelas generales debe ser autorizada por una decisión del Consejo Europeo por unanimidad

meses a partir de la suspensión, el Consejo Europeo podrá devolver el proyecto al Consejo de la UE, quien continuará con el procedimiento legislativo teniendo en cuenta las observaciones formuladas. Aunque también el Consejo Europeo puede poner fin al procedimiento legislativo y solicitar, si procede, una nueva iniciativa de ley por parte de la Comisión Europea⁵⁹.

Ahora bien como indica su denominación, los procedimientos especiales son derogatorios al procedimiento legislativo ordinario y, por tanto, constituyen excepciones. Su objetivo es simplificar el proceso de toma de decisiones de la UE, debido a que Consejo es el único legislador, quedando el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social así como el Comité de las Regiones asociados al procedimiento para la consulta o la aprobación dependiendo de la naturaleza de los casos.

Es así que de cualesquiera procedimientos de legislación comunitaria emana el Derecho de la UE. Dentro del sistema de la Unión Europea, los tratados fundacionales, modificativos, de adhesión y los complementarios al conformar el Derecho primario constituyen las reglas fundamentales de toda la actuación de la UE.

Por su parte, el Derecho derivado comprende los actos unilaterales y los actos convencionales. El primer tipo de actos distingue entre las disposiciones que figuran en el artículo 288 del TFUE y aquellas que no se encuentran previstos en este numeral. A diferencia de las comunicaciones, las recomendaciones, los libros blancos y verdes que se constituyen como actos atípicos; el reglamento, la directiva, la decisión, el dictamen y la recomendación forman parte de la primera categoría de actos unilaterales

En cuanto a los actos convencionales tenemos que éstos no derivan de un procedimiento legislativo. Se trata de acuerdos concertados entre los Estados miembros, acuerdos internacionales firmados entre la UE, por una parte, y un tercer país u organización por otra, además de los acuerdos interinstitucionales, es decir, aquellos celebrados entre las instituciones de la UE.

Finalmente, como fuentes subsidiarias de la UE se encuentran la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho internacional y los principios generales del Derecho.

Normalmente los reglamentos emanados de las instituciones de la UE –pero fortalecidos con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo– constituyen, por su naturaleza vinculante y eficacia (alcance general, obligatoriedad en todos sus elementos y aplicación directa en cada uno de los Estados miembros), el típico instrumento de unificación normativa o, lo

⁵⁹ Artículo 48 del TFUE [Consulta: 24 de enero de 2017], disponible en <<https://www.boe.es//doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>

que es igual, de imposición a los Estados de un derecho único⁶⁰. Además de que al prevalecer el reglamento sobre los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro⁶¹, (primacía normativa) su acatamiento es inmediato por todas las autoridades nacionales, sin que sea necesaria su incorporación previa a los sistemas jurídicos nacionales.

El objetivo de los reglamentos, como instrumentos de coordinación, no sólo es evitar que los trabajadores migrantes pierdan sus derechos de seguridad social al ejercitar la libertad fundamental a la libre circulación, sino también evadir una doble cobertura en situaciones transfronterizas.

Bajo esta luz, el primer instrumento en materia de coordinación de la seguridad social en Europa fue el Reglamento número 3, de 25 de septiembre de 1958, relativo a la seguridad social de migrantes; cuyo instrumento de aplicación era el Reglamento número 4, de 3 de diciembre de 1959. Ambos reglamentos correspondientes a la Comunidad Europea del Acero y el Carbón (CECA)–vigentes a partir del 1º de enero de 1959– tenían como objetivo garantizar la protección social de los trabajadores del carbón y del acero que se desplazaban a otros países.

A este tipo de disposiciones siguieron los Reglamentos de Coordinación números 474/72 y 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, de cuyas modalidades de aplicación se ocuparía el Reglamento número 574/72, de 21 de marzo de 1972⁶².

La creciente complejidad de los reglamentos 1408/71 y 574/72 derivada de las múltiples modificaciones realizadas a ambas disposiciones⁶³ impulsa-

⁶⁰ Javier Gárate Castro, *op. cit.*, nota 14, p. 25.

⁶¹ El Tribunal de Justicia de la CE en su sentencia del Asunto C-118/00, *Larsy* determinó que si las normas procesales nacionales se oponían a la protección efectiva de los derechos que se derivaban del efecto directo del Derecho comunitario, la administración nacional debería haber excluido su aplicación. [Consulta: 2 de febrero de 2017], disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46474&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=571430>>

⁶² Los Reglamentos 1408/71 y 574/72 entraron en vigor el 1 de octubre de 1972, sustituyendo a los Reglamentos 3 y 4.

⁶³ El Reglamento 3795/81 ha extendido a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias el Reglamento 1408/71. Modificaciones realizadas al Reglamento 1408/71: Reglamento 1390/81, del Consejo, de 12 de mayo de 1981; Reglamento 2793/81, de 17 de septiembre 1981; Reglamento 2001/83, del Consejo, de 2 de junio de 1983; Reglamento 1247/92, Consejo de 30 de abril de 1992; Reglamento 3095/95, del Consejo, de 22 de diciembre de 1995; Reglamento 1290/97, del Consejo, de 27 de junio de 1997; Reglamento 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre 1996; Reglamento 1223/98, del Consejo, de 4 de junio de 1998; Reglamento 1606/98, del Consejo, de 29 de junio de 1998; Reglamento 307/1999, del Consejo, de 8 de fe-

das en su mayoría por la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la adhesión de nuevos Estados al sistema de coordinación, la evolución de las legislaciones nacionales de seguridad social aunadas a la necesidad de reforzar la cooperación administrativa entre los Estados con la finalidad de hacer posible y efectiva la libertad de circulación en la UE, fueron los motores que impulsaron la revisión, simplificación y modernización

brero de 1999; Reglamento 1399/1999 del Consejo, de 29 de abril de 2009; Reglamento 1386/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001; Reglamento 859/03, del Consejo, de 14 de mayo 2003; el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión; Reglamento 631/2004, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de marzo de 2004; Reglamento 647/2005, del Parlamento y del Consejo, de 13 de abril de 2005; Reglamento 629/2006, del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2006; Reglamento 1791/2006, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006; Reglamento 1992/2006 del Parlamento y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 y Reglamento 592/2008, del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008. Modificaciones realizadas al Reglamento 574/72: Reglamento 2864/72, del Consejo, de 19 de diciembre de 1972; Reglamento 1392/74, del Consejo, de 4 de junio de 1974; Reglamento 1209/76, del Consejo, de 30 de abril de 1976; Reglamento 2595/77, de 21 de noviembre de 1977; Reglamento 1390/81, del Consejo, de 12 de mayo de 1981; Reglamento 2793/81; Reglamento 2474(82, de 1º de septiembre de 1982; Reglamento 799/83; Reglamento 2001/83, del Consejo, de 2 de junio de 1983; Reglamento 1660/85, del Consejo, de 13 de junio de 1985; Reglamento 1305/89, del Consejo, 11 de mayo de 1989; Reglamento 2332/89, del Consejo, de 18 de julio de 1989; Reglamento 3427/89, del Consejo, de 30 de octubre de 1989; Reglamento 2195/91, del Consejo, de 25 de junio de 1991; Reglamento 1247/92, del Consejo, de 30 de abril de 1992; Reglamento 1945/93, del Consejo, de 30 de junio de 1993; Reglamento 3095/95, del Consejo, de 22 de diciembre de 1995; Reglamento 1290/97, del Consejo, de 27 de junio de 1997; Reglamento 1223/98, del Consejo, de 4 de junio de 1998 y Reglamento 1606/98, del Consejo, de 29 de junio de 1998; Reglamento 307/1999, del Consejo de 8 de febrero de 1999; Reglamento 1399/1999, del Consejo, de 29 de abril de 1999; Reglamento 89/2001, de la Comisión, de 17 de enero de 2001; Reglamento 1386/2001, del Parlamento Europeo y Consejo, de 5 de mayo de 2001; Reglamento 410/2002, de la Comisión, de 27 de febrero de 2002; Reglamento 859/2003, del Consejo, de 14 de mayo de 2003; Reglamento 1851/2003, de la Comisión, de 17 de octubre de 2003; Reglamento 631/2004, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de marzo de 2004; Reglamento 77/2005, de la Comisión, de 13 de enero de 2005; Reglamento 647/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005; Reglamento 207/2006, de la Comisión, de 7 de febrero de 2006; Reglamento 629/2006, del Parlamento Europeo y Consejo, de 5 de abril de 2006; Reglamento 1791/2006, del Consejo, de 20 de noviembre de 2016; Reglamento 311/2006, de la Comisión, de 19 de marzo de 2007; Reglamento 101/2008, de la Comisión, de 4 de febrero de 2008 y Reglamento 120/2009, de la Comisión, de 9 de febrero de 2009.

de las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros⁶⁴.

Por consiguiente, a partir del 1º de mayo de 2010 opera la sustitución de los Reglamentos 1408/71 y 574/72⁶⁵ por el Reglamento de base número 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 200, 7.6.2004) y por el correspondiente Reglamento n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 284 de 30.10.2009).

Al igual que las anteriores disposiciones, los Reglamentos (CE) n.º 883/2004 y n.º 987/2009 no reemplazan la legislación nacional, sino que se ocupan de coordinar los diferentes sistemas nacionales de seguridad social a fin de que cualquier persona que desee ejercer su derecho a la libre circulación y su derecho de residencia no sea discriminada con respecto a las personas que hayan estado residenciadas y hayan trabajado siempre en el mismo país.

Conforme al artículo 2 del Reglamento 883/2004, el ámbito de aplicación personal se circunscribe a los nacionales de un Estado miembro de la Unión

⁶⁴ La necesidad de una revisión general al Reglamento 1408/71 se reconoció en el Consejo de Edimburgo de 1992, en el que se preconizó una simplificación de las normas. Además, la Comisión confirmó la importancia de modernizar las normas de coordinación en la Comunicación de 1997 intitulada Plan de acción para la libre circulación de los trabajadores.

⁶⁵ Por disposición del artículo 90 del Reglamento n.º 883/2004 y el artículo 96 del Reglamento n.º 987/2009, se determinó que los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 y n.º 574/72 seguirán en vigor y se mantendrán sus efectos jurídicos en lo relativo a los siguientes efectos:

a. El Reglamento (CE) 859/2003, del Consejo, de 14 de mayo de 2003, destinado a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por estas disposiciones

b. El Reglamento (CEE) 1661/85, de 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia.

c. El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por un lado, y la Confederación Suiza por otro, sobre la libre circulación de personas; y otros acuerdos que hacen referencia al Reglamento (CEE) 1408/71. Reglamento 883/2004 [Consulta: 13 de enero de 2017], disponible en <eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:es:PDF>. *Reglamento 987/2009*, [Consulta: 11 de enero de 2017], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:284:0001:0042:es:PDF>

2. La Directiva 98/49/CE, del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.

Europea⁶⁶, de Islandia, Noruega, Liechtenstein, Suiza⁶⁷, de un Estado parte del Espacio Económico Europeo⁶⁸, a los apátridas o refugiados residentes en uno de los Estados miembros de la Unión Europea, en un Estado parte del Espacio Económico Europeo o Suiza, así como a los miembros de sus familias y los supérstites.

Igualmente, el Reglamento 883/2004 resulta aplicable a los supérstites de personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de éstas, si dichos supervivientes son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado Parte del Espacio Económico Europeo, de Suiza, así como a los refugiados o apátridas residentes en el territorio de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, o de Suiza.

Es necesario mencionar que en virtud del Reglamento (CE) número 1231/2010⁶⁹, a los nacionales de terceros países y a sus familiares, también les resultan aplicables los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, pero deberán acreditar la legalidad de la residencia en un Estado miembro de la Unión.

Por su parte, el campo de aplicación material del Reglamento 883/2004 se amplía a la protección de las siguientes contingencias⁷⁰:

- Prestaciones de enfermedad (asistencia sanitaria e incapacidad temporal)
- Prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas
- Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales
- Prestaciones de invalidez
- Pensiones de vejez (jubilación)
- Prestaciones de supervivencia
- Subsidios de defunción

⁶⁶ La Unión Europea nace en el Tratado de Maastricht y se integra por Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia. Desde 1º de mayo de 2010 el Reglamento 883/2004 resulta aplicable a los trabajadores nacionales de la Unión Europea que se desplacen a los países de la Unión Europea. El Reglamento 883/2004 es aplicable a partir del 1º de julio de 2013 a los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad, que se desplacen a Croacia.

⁶⁷ Desde 1º de abril de 2012 Reglamento 883/2004 resulta aplicable a los trabajadores de la Unión Europea y suizos que se desplacen a Suiza.

⁶⁸ Son países pertenecientes al Espacio Económico Europeo: Islandia, Liechtenstein y Noruega. A partir del 1 de junio de 2012 el Reglamento 883/2004 es aplicable a los trabajadores nacionales la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

⁶⁹ En Dinamarca los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social no son aplicables a los nacionales de terceros países.

⁷⁰ Artículo 3 del Reglamento 883/2004 [Consulta: 3 de febrero de 2017], disponible en <eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:es:PDF>

- Prestaciones de desempleo
- Prestaciones familiares⁷¹
- Prestaciones de prejubilación
- Prestaciones especiales en metálico no contributivas
- Regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador.

Como consecuencia de lo anterior, tenemos que el Reglamento 883/2004 se decanta por el mantenimiento del sistema de lista cerrada de prestaciones contributivas como no contributivas de seguridad social, y a pesar de que amplia su campo de aplicación material en favor de los derechohabientes al extender su cobertura a los regímenes legales de prejubilación, no cubre la asistencia social⁷² y médica, ni tampoco los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias.

Y es que ante la inexistencia de una legislación única en materia de seguridad social que sea aplicable a todos los ciudadanos de los diversos Estados miembros, los reglamentos 883/2004 y 987/2009 –cada vez con mayor dificultad– al coordinar la aplicación de las diversas normativas de seguridad social de los respectivos Estados no sólo prescriben la aplicabilidad del sistema de seguridad social en los casos de desplazamiento en la UE, sino también decretan la procedencia, determinación y cálculo de las prestaciones, así como los requisitos para acceder a las mismas y demás particularidades del régimen de seguridad social establecidas por cada Estado miembro a través de su legislación.

Así, resulta claro que dentro de la UE, impera la disparidad y tipología de las prestaciones que integran las ramas del sistema de seguridad social existentes en las legislaciones nacionales coordinadas por los aludidos reglamentos.

IV. REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN VS. CONVENIOS BILATERALES.

El artículo 6 del Reglamento 1408/71 establecía la sustitución de todos los convenios de seguridad social que vincularan a dos o más Estados miembros. Este precepto fue reproducido literalmente en la sentencia pronunciada el 7 de

⁷¹ El Reglamento 1408/71 distinguía entre prestaciones familiares y subsidios familiares. el Reglamento 883/2004 suprime tal dualidad optando por el término prestaciones familiares

⁷² Las prestaciones de asistencia social están destinadas a combatir la pobreza y se conceden normalmente sobre la base de una evaluación individual de las necesidades y circunstancias de la persona que las solicita.

junio de 1973 por el antiguo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con motivo del caso Walder⁷³.

Es así que la tesis de la derogación de los Convenios bilaterales sustentada en la imperatividad absoluta del Reglamento 1408/71 fue la que prevaleció hasta que el 7 de febrero de 1991 con motivo del asunto Rönfeldt, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó la no sustitución de los Convenios Bilaterales precedentes a la integración, cuando éstos son más favorables para los trabajadores que la normativa comunitaria⁷⁴.

De igual forma, las sentencias dictadas en los asuntos Thelen⁷⁵, Naranjo,⁷⁶ Arjona⁷⁷, Thévenon⁷⁸ y Grajera⁷⁹ reiteran la aplicación más favorable de las

⁷³ En la sentencia de 7 de junio de 1973, Walder (82/72, Rec. p. 599), apartados 6 y 7, relativa a la interpretación de los artículos 5 y 6 del Reglamento n.º 3, antes citado, y 6 y 7 del Reglamento n.º 1408/71, el Tribunal de Justicia subrayó que dichas disposiciones ponen claramente de manifiesto que la sustitución de las disposiciones de los Convenios de Seguridad Social celebrados entre Estados miembros por los Reglamentos comunitarios tiene carácter imperativo y no admite excepciones fuera de los casos expresamente mencionados en los Reglamentos, ni siquiera en el supuesto de que dichos Convenios de Seguridad Social impliquen, para las personas a las que se aplican, prestaciones superiores a las que resultan de dichos Reglamentos.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 7 de febrero de 1991. Asunto C-227/89, Ludwig Rönfeldt y Bundesversicherungsanstalt Für Angestellte [Consulta: 1 de febrero de 2017], disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5b4881931b9c049508d97bb2f7bc97c4f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchiLe0?text=&docid=96853&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=455045>>

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 9 de noviembre de 2000. Asunto C-75/99. Edmund Thelen y Bundesanstalt für Arbeit, [Consulta 1 de febrero de 2017], disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2c30d645ebe21c5c7748828d43a9f83da66018.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOa310?docid=43786&pageIndex=0&doclang=ES&mode=&dir=&occ=first&part=1&cid=192799>>

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Asunto C154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco SAU [Consulta: 1 de febrero de 2017], disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=186483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=509967>>

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 17 de diciembre de 2015, Asunto C407/14. María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S.A. [Consulta 28 de enero de 2017], disponible <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d63ac7860af8664c8da5bbb57621b5cb19e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaN8Qe0?text=&docid=43415&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=491415>>

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 9 de noviembre de 1995. Asunto C-475/93. Jean-Louis Thévenon y Stadt Speyer-Sozialamt contra Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz. [Consulta 28 de enero de 2017], disponible <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5a8d1d47a983c46aab48b88adbb a8820c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pa3uNe0?text=&docid=99385&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1336562>>

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 17 de diciembre de 1998. Asunto C-153/97 Aristóteles Grajera Rodríguez e Instituto Nacional de la Seguridad Social

disposiciones de un Convenio Bilateral. Siguiendo esta última línea de interpretación del Tribunal de Luxemburgo, el artículo 8 del Reglamento 883/2004 determina la aplicabilidad de los convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado, quedando la aplicabilidad de los convenios supeditada a su inclusión en el Anexo II del Reglamento 883/2004 modificado por el Reglamento 988/2009.

Generalmente los órganos jurisdiccionales, para resolver los conflictos normativos sobre la base de la aplicación del principio de la norma más favorable, han recurrido a los métodos básicos de acumulación o espiguelo, inescindibilidad o conglobamiento y inescindibilidad de los institutos o conglobamiento por instituciones.

Mientras la técnica de conglobamiento o globalización implica la aplicación de la norma que en su totalidad resulte más favorable al trabajador; por el contrario el criterio de acumulación o espiguelo implica la aplicación de una nueva norma que deriva de haber extraído de las normas concurrentes aquello que resulte más favorable al trabajador (una especie de Frankenstein⁸⁰ o híbrido normativo). El Tribunal de la UE se ha decantado por este segundo método⁸¹.

Tratándose del método de la inescindibilidad de los institutos o conglobamiento de las instituciones toma como unidad de comparación el conjunto de normas relacionadas con cada una de las instituciones del derecho laboral, aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas⁸². Este método intermedio, a pesar de que permite el

(INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), [Consulta 26 de enero de 2017], disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessi>

[?nid=9ea7d0f130d63ac7860af8664c8da5bbb57621b5cb19.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaN8Qe0?text=&docid=43415&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&cc=first&part=1&cid=192799](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessi)>

⁸⁰ Claudio Palavecino Cáceres, *Los principios del derecho del trabajo*, [Consulta: 2 de febrero de 2017], disponible en <https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D128A0523/2/material_docente/bajar?>

⁸¹ Del contexto de la sentencia Rönfeldt se infiere, además, que la comparación que procede efectuar entre el Reglamento y el convenio bilateral no es sólo en su conjunto, sino que se refiere a todas y cada una de las reglas de coordinación contenidas en el Reglamento y en el convenio, con el fin de aplicar la que figure en éste cuando resultase más favorable para el trabajador. Emilio González-Sancho López, «Relaciones entre Legislación Comunitaria y Convenios Bilaterales en Materia de Seguridad Social de Migrantes: de la Sentencia Rönfeldt al caso Peschiutta», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 5 (1992), 81-94.

⁸² Christian Courtis, *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos* (Fontamara México, 2009), 91.

análisis de una institución completa, se limita a contenidos concretos de la norma y no a su totalidad, circunscribiendo su declaración a los aspectos particularmente impugnados, lo que provoca que se mantenga incólume la validez del resto de la norma⁸³.

Es así que la aplicación del principio de la norma más favorable resulta compleja ante su indeterminación y la disimilitud de criterios aplicables por los órganos jurisdiccionales para determinar aquello que resulte más favorable al operario.

V. PROPUESTA DE REVISIÓN AL SISTEMA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.

Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 han sido modificados por las siguientes disposiciones: Reglamento (CE) n.º 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009; el Reglamento (CE) n.º 1231/2010⁸⁴, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010 que extiende las disposiciones del Reglamento 883/2004 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos; el Reglamento (UE) n.º 1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010; el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012; el Reglamento (UE) n.º 1224/2012 de la Comisión, de 18 de febrero de 2012; el Reglamento (UE) 1372/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2013, y el Reglamento (UE) 1368/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2014.

Teniendo en consideración las diversas modificaciones que han sufrido los Reglamentos 883/2004 y 987(2009), así como debido a los resultados obtenidos, por un lado, en la consulta específica sobre la coordinación de las prestaciones de asistencia de larga duración y las prestaciones de desempleo llevada a cabo en 2013, y por otro lado, de la consulta general sobre la coordinación de la seguridad social en la UE efectuada en 2015, la Comisión Europea –como parte de un paquete de movilidad laboral– presentó el 13 de diciembre de 2016 una propuesta para la revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, cuyos temas modulares son:

⁸³ Víctor Abramovich y Christian Courtis, «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», Miguel Carbonell et al (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), 208.

⁸⁴ El Reglamento (CE) n.º 1231/2010 entró en vigor a partir de enero de 2011. Con la entrada en vigor del Reglamento 1231/2010 se ha suprimido el Reglamento 859/2003.

- La exportación de las prestaciones de desempleo durante un período mínimo de seis meses, en lugar de los tres meses actuales. Sin embargo, los Estados miembros podrán exigir que los trabajadores hayan laborado durante al menos tres meses en su territorio para poder solicitar las prestaciones por desempleo en ese país. Ante el incumplimiento de este requisito los operarios deberán acogerse a la seguridad social de su Estado de origen
- En el caso de los trabajadores transfronterizos, que viven en un país, pero trabajan en otro y regresan a casa como mínimo una vez a la semana, se propone que el Estado miembro en el que hayan trabajado en los últimos doce meses sea responsable del pago de las prestaciones de desempleo.
- Definir a las prestaciones asistenciales de duración indeterminada y los supuestos para su procedencia tratándose de los ciudadanos desplazados.
- Con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE⁸⁵ y en aras de evitar prácticas desleales, la propuesta de la Comisión deja claro que los Estados miembros podrán decidir no conceder prestaciones sociales⁸⁶ a los ciudadanos desplazados económicamente inactivos.

⁸⁵ Sentencia de 15 de septiembre de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Nazifa, Sonita, Valentina y Valentino Alimanovic vs Jobcenter Berlin Neukölln Asunto C- 67/14 se determina que un Estado miembro puede excluir de determinadas prestaciones sociales de carácter no contributivo a los ciudadanos de la UE que se desplazan a dicho Estado en busca de trabajo; [Consulta: 26 de enero de 2017], disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddbdf571a919b64e08a0a0b473a805d030.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPbN10?doclang=ES&ext=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=163254&occ=first&dir=&cid=41645>. Sentencia de 11 de noviembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Elisabeta Dano y Florin Dano vs. Jobcenter Leipzig. Asunto C-333/13 se determina que los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos que se desplacen a otro Estado miembro con el único fin de beneficiarse de ayudas sociales podrán ser excluidos de determinadas prestaciones sociales; Sentencia de 25 de febrero de 2016. [Consulta: 26 de enero de 2017], disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=159442&doclang=ES>>. Sentencia de 25 de febrero de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Caso Jovanna García-Nieto vs Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen. Asunto C-299/14, se confirma que pueden denegarse a los nacionales de otros Estados miembros determinadas prestaciones sociales durante los tres primeros meses de su estancia. [Consulta: 26 de enero de 2017], disponible en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174589&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=574127>>

⁸⁶ La legislación comunitaria ha dispuesto que las prestaciones sociales son beneficios proporcionados de acuerdo con la legislación de seguridad social de los Estados miembros en las ramas de enfermedad, maternidad y de paternidad asimiladas; pensiones de vejez, prestaciones de jubilación anticipada y la invalidez; prestaciones de superviven-

- La armonización de las normas jurídicas en materia de seguridad social con la sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las que en su mayoría, en su calidad de fuentes subsidiarias del Derecho de Unión se han encargado de subsanar las lagunas de los Derechos primario y secundario.
- El reforzamiento de las disposiciones administrativas sobre coordinación de la seguridad social en el caso de los trabajadores desplazados. La modificación propuesta por la Comisión Europea intenta garantizar que las autoridades nacionales dispongan de los instrumentos adecuados para comprobar el estatuto de los trabajadores desplazados en materia de seguridad social y establece procedimientos más claros para la cooperación entre los Estados miembros a la hora de tratar los posibles casos de prácticas desleales y abusos.

Evidentemente la propuesta descrita muestra la necesidad de materializar la simplificación de la normativa que debiera imperar en el ámbito de la coordinación de los sistemas de seguridad social. Lamentablemente en contravención a la naturaleza y principios del derecho social, del cual forma parte el derecho de la seguridad social, la naturaleza extraordinariamente técnica y complicada del marco legislativo existente aunada a las múltiples modificaciones y la vasta jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo han dificultado la determinación, interpretación y aplicación de las normas en materia de seguridad social ante el ejercicio del derecho a la libre circulación.

Resulta necesaria la simplificación de la normativa que integra el sistema de coordinación en materia de seguridad social y la clarificación de situaciones, posiciones, definiciones y ámbitos de su aplicabilidad, acompañada de una mayor información sobre los derechos que confiere la legislación comunitaria, pues de esta forma se facilitará su ejercicio y se incrementarán las oportunidades para lograr la movilidad efectiva y la estabilidad económica sin detrimento de los derechos sociales de los grupos vulnerables destinatarios del régimen de seguridad social que resulte aplicable.

FUENTES DE INFORMACIÓN

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, en CARBONELL, Miguel et al (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

cia y de defunción; beneficios de desempleo; prestaciones familiares; prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

- Acta Única Europea. [Consulta: 28 de enero de 2017], Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/03/pdfs/A20172-20182.pdf>
- BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Argentina, Astrea, 2014.
- BONNET, RENE, *Conflits entre les droits nationaux et les instruments internationaux dans le domaine de la securite sociale, Techniques, Juris-Classeur*,. Droit international. 1993 . Fascicule 578.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [Consulta: 22 de enero de 2017], Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- CORTI VARELA, Justo, La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión, en CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María et al., (coord.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral*, España, Laborum, 2015.
- COURTIS, Christian, *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.
- GÁRATE CASTRO, Javier, *Transformaciones en las normas comunitarias sociales, en Los mercados laborales y las políticas sociales de Europa. XX Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño 28 y 29 de mayo de 2009*, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, Estado Social y Unión Europea: el conflicto permanente, [Consulta: 28 de enero de 2017], Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Adoracion_Guaman/publication/259356604_Estado_social_y_Union_Europea_el_conflicto_permanente/links/02e7e52b2af0d8a2e6000000.pdf
- MANRIQUE LÓPEZ, Víctor Fernando, «La normativa comunitaria actualmente vigente en la Unión Europea», *Revista de la Universidad de Deusto*, segunda época, fascículo 116, volumen 54/1, enero-junio 2006, Bilbao.
- MIRANDA BOTO, José María, «El Estado Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria» en: VV.AA.; *El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas*. Laborum. Murcia. 2008.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago y LORENZO, Rafael de, *Política social de la Unión Europea en materia de minusvalías*, Madrid, Escuela Libre, 1997.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio, Los principios del derecho del trabajo, [Consulta: 2 de febrero de 2017], Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D128A0523/2/material_docente/bajar?
- Reglamento 883/2004 [Consulta: 27 de enero de 2017], Disponible en: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:es:PDF
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997.
- Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María et al., (coord.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral*, España, Laborum, 2015.
- Análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, número 32, [Consulta: 26 de enero de 2017], Disponible en: <http://www.iustel.com>

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. [Consulta: 20 de enero de 2017], Disponible en: [https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Tratados\(0397-0475\).pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Tratados(0397-0475).pdf)
- Tratado de Roma, [Consulta: 28 de enero de 2017], Disponible en: <https://www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i12.pdf>
- Tratado de Maastricht [Consulta: 13 de enero de 2017], Disponible en: <http://www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i77.pdf>
- Tratado de Ámsterdam [Consulta: 26 de enero de 2017], Disponible en: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_es.pdf
- Tratado de Niza [Consulta: 13 de enero de 2017], Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/es_nice.pdf
- Tratado de la Unión Europea, [Consulta: 2 de febrero de 2017], Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [Consulta: 24 de enero de 2017], Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LA DOCTRINA DEL TJUE*

The equality before the law in the doctrine of the CJEU

José Manuel Martínez Sierra

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

Jean Monnet ad personam Chair in EU Law and Government

Harvard University

jose_martinez@harvard.edu

Covadonga Ferrer Martín de Vidales

Profesora de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

cferrerm@ucm.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp211-245](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp211-245)

Recibido: 10.02.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

El principio de igualdad ante la ley es un principio general del Derecho de la Unión Europea que, como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido, se encuentra consagrado en todas las constituciones europeas. Constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión y se encuentra asimismo

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Martínez Sierra, José Manuel, y Covadonga Ferrer Martín de Vidales. 2017. «La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp211-245](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp211-245).

incorporado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El presente trabajo examina la evolución del reconocimiento del citado principio en la jurisprudencia del Tribunal. Además, analiza si la mencionada aprobación ha supuesto un cambio significativo en la predicha jurisprudencia. De ahí concluimos que la Carta de Derechos Fundamentales no ha mejorado el reconocimiento del Principio de Igualdad en el Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave

Igualdad ante la ley, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract

Equality before the law is a general principle of European Union Law which, as the Court of Justice of the European Union has recognized, is enshrined in all Member States constitutions. It constitutes a European Union Law fundamental principle and it is also incorporated in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. This paper examines the equality principle evolution in the European Court case-law. Furthermore, it analyzes if the mentioned approval has implied a significant improvement in the mentioned jurisprudence. From there we conclude that the Charter of Fundamental Rights has not improved the Equality Principle recognition in the European Union Law.

Keywords

Equality before the law, Charter of Fundamental Rights of the European Union, case-law of the Court of Justice of the European Union.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARTÍCULO 20 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN CONTEXTO. 3. LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. 3.1 *La jurisprudencia del TJUE anterior a la CDF*. 3.2 *La jurisprudencia posterior a la aprobación de la CDF*. 4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La igualdad ante la ley es un derecho reconocido en la mayoría de las Constituciones contemporáneas¹ y textos internacionales de protección de los Derechos fundamentales². Su reconocimiento genérico supone el reconocimiento del derecho a la igualdad en la ley, a la igualdad en la aplicación de la ley, implicando la prohibición a toda discriminación³. Ahora bien, por otro lado, debe también recordarse que no cualquier trato desigual es discriminatorio, sino sólo el que no está basado en causas objetivas y razonables, es decir, el que es arbitrario⁴. La igualdad, por tanto, en ocasiones puede requerir que se traten de manera diferente ciertas situaciones, especialmente cuando los sujetos no se encuentran en situaciones comparables⁵.

En el ámbito comunitario, los Tratados fundacionales no contenían ninguna mención general a la protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas. Dicha mención no se encuentra hasta el Preámbulo del Acta Única Europea⁶, no siendo hasta el *Tratado de la Unión*

¹ Por ejemplo, el art. 14 de la Constitución Española, que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohíbe toda clase de discriminación por razones o condiciones personales o sociales. Constitución Española, BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

² Como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que proclama en su art. 7 la igualdad de todos ante la ley y el derecho a una igual protección de la misma.

³ Vid. A. E. Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad* (Dykinson, Madrid, 2007), 19.

⁴ Vid. M. A. Aparicio Pérez, *Manual de Derecho Constitucional* (Atelier, Barcelona, 2009), 663-664.

⁵ Vid. S. Enchelmaier, «Equality rights, market economy, free competition and rights of equality», C. Ruiz de Miguel (coord.), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Universidad de Santiago de Compostela, 2004), 56.

⁶ Preámbulo AUE: «Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades públicas y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la **igualdad** y la justicia social [...]». AUE, DO L 169, de 29 de junio de 1987.

Europa, firmado en Maastricht en 1992, cuando se incorpora en el texto del Tratado algunas del compromiso de la Unión con el respecto a los derechos fundamentales⁷. Tratado, no obstante, que no venía sino a recoger la protección dada por el TJUE por vía pretoriana. Ámsterdam y Niza confirmaron ese régimen de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, proceso que culmina con la última reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, reconociendo actualmente el art. 2 del TUE que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, **igualdad**, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías», incluyéndose por primera vez una mención expresa al principio de igualdad⁸.

Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales⁹ (en adelante, CDF), que como recoge el art. 6.1 del TUE tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, recoge la igualdad ante la ley en su artículo 20, respecto del cual las Explicaciones a la Carta señalan que «corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho Comunitario»¹⁰; explicaciones en las que se citan tres sentencias del TJUE

⁷ Así, en el artículo F apartado 2 de dicho Tratado, se establecía que «*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario*». TUE 1992, DO C 191, de 29 de julio de 1992.

⁸ Se modifica ligeramente la anterior redacción del art. 6.1 TUE: «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.». Vid. Versión consolidada del TUE de 2006, DO C 321E, de 29 de diciembre de 2006. Para una visión de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, vid. J. M. Beneyto Pérez, (Dir.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos fundamentales* (Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor), 2009.

⁹ Sobre la CDF, pueden consultarse los siguientes comentarios: S. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Hart Publishing, Oxford, 2014); A. Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008).

¹⁰ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, Diario Oficial de la Unión Europea C 303, de 14 de diciembre de 2007. Para una visión crítica de las Explicaciones a la Carta, vid. J. M. Martínez Sierra, «La Carta de los Derechos Fundamentales: dos pasos atrás y uno al lado», AA.VV.; *La Constitución Destituyente de Europa. Razones para otro debate constitucional* (Ed. Catarata, Madrid, 2005), 85-118.

como referencia de la doctrina sentada por el Tribunal con respecto al señalado principio.

Junto a dicha ausencia, el establecimiento de las cuatro libertades básicas –libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales–, y el *spill over* que las mismas provocaron –mercado común, mercado único, etc.– introdujeron la igualdad en el derecho comunitario de una forma heterodoxa desde la perspectiva constitucional. Allí, el papel del Tribunal de Luxemburgo fue crucial para elevar el reconocimiento de lo que podíamos llamar la «igualdad para el mercado» a partir de reconocimientos específicos en los tratados fundacionales: los actuales artículos 119 y 120 del TFUE (antiguos artículos 4 y 98 TCE), que prevén que los Estados miembros y la Unión Europea actuarán, en el ámbito de la política económica y monetaria, respetando el principio de una economía abierta y de libre competencia; el artículo 26.2 (artículo 14.2 TCE), que dispone que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada; los artículos 101 a 106 TFUE (artículos 81 a 86 TCE), que recogen las normas aplicables a la competencia, y 107 a 109 TFUE (artículos 87 a 89 TCE), en materia de ayudas de estados, esenciales para el buen funcionamiento del mercado interior y la realización del mencionado principio. El mercado interior garantiza que todas las transacciones se realicen de forma libre en todos los Estados miembros, prohibiéndose todo tipo de discriminación, como demuestra la jurisprudencia del TJUE¹¹.

El presente estudio tiene por objeto examinar la evolución que el reconocimiento del principio de igualdad ha sufrido en la jurisprudencia del TJUE y, en concreto, si la aprobación de la CDF ha supuesto un cambio en la citada jurisprudencia, aumentando la garantía del principio de igualdad, o si por el contrario se mantienen las líneas principales ya apuntadas por el TJUE con anterioridad a su aprobación.

Para conseguir dicho fin, examinaremos, en primer lugar, el contenido del citado artículo 20, su contexto interpretativo y las explicaciones de la CDF. En un segundo momento pasaremos a realizar un análisis cronológico de la jurisprudencia del TJUE: de un lado, abordando la jurisprudencia anterior a la aprobación de la CDF –y prestando parada obligada en las sentencias que las Explicaciones de la Carta toman como referencia de la doctrina del Tribunal en relación con el principio examinado–; de otro, la jurisprudencia posterior adoptada tras la aprobación de la Carta. Todo ello con el objeto de comprobar si, como se ha señalado, se mantienen las líneas apuntadas en la jurisprudencia previa.

¹¹ Para más información, vid. S. Enchelmaier, *op. cit.*, 76 y ss.

2. EL ARTÍCULO 20 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN CONTEXTO

El Título III de la CDF contiene, bajo el genérico título de igualdad, dos tipos de preceptos. De un lado, conformado el núcleo duro del título, las cláusulas horizontales que conforman las garantías genéricas de la igualdad, tanto en su dimensión positiva como negativa, respectivamente: Artículo 20: igualdad ante la ley; y Artículo 21: No discriminación; Artículo 23: Igualdad entre hombres y mujeres. Por otro lado, encontramos una serie de preceptos verticales, centrados en formas específicas de discriminación y desigualdad, de diversa índole: hombre, mujer, menores, personas mayores, discapacitados. Entre estos segundos podemos encuadrar, aunque adelantando su idiosincrásica naturaleza jurídica, el compromiso de la Unión con el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

Esta diversidad y su peculiar estructuración en el Título responde a la preocupación de los redactores de la CDF por ser originales, y a la necesidad de abordar el ámbito recogiendo la peculiaridad del acervo comunitario. Independientemente de las causas de tal variedad, la misma, hace necesario una reflexión previa de tipo metodológico sobre las dimensiones que la igualdad tiene en el contexto europeo.

La opción más sencilla a la hora de configurar el contorno del principio de igualdad, desde el punto de vista de la técnica legal, es hacerlo en dialéctica con la otra cara de la moneda, el principio de no discriminación. Hacerlo delimitando las fronteras de la discriminación entre sujetos definimos en negativo el contenido diáfano de la igualdad en sentido estricto. Cuando el constituyente impide que el poder constituido utilice en el proceso legislativo elementos objeto de introducir disparidad de trato –como la raza, el sexo o la edad–, el legislador se ve abocado a legislar en abstracto, haciendo sujeto pasivo de la norma a la persona sin adjetivación.

Pero, como es sabido, el derecho, afortunadamente, no es un compartimiento estanco. A parte de estar dotado de los requisitos de legitimidad y legalidad requeridos, es útil a la sociedad a la que sirve. La adaptación del principio de igualdad le demanda huir de la rigidez del paradigma teórico expuesto e introducirse en sendas de flexibilidad. Sin duda, la parte crucial de la relación dialéctica igualdad-discriminación, depende de las justificaciones de discriminación permitidas en el ordenamiento. No hay, como puede deducirse de la interrelación derecho-constitución-sociedad, un elenco cerrado continente de las justificaciones de discriminación en el ordenamiento europeo. De ahí que, en esta exégesis, sea conveniente atenerse a los antecedentes jurisprudenciales.

Siguiendo con la contextualización del precepto, a parte de la opción derivada de la dialéctica con el principio de no discriminación, se puede

incorporar la interpretación sistemática del principio. Se puede por ejemplo buscar referencias cruzadas con la multiplicidad de preceptos que, frente a la histórica especificidad sectorial del Derecho Originario, ofrecen hoy, al menos en principio, un contraste hermenéutico amplio del predicho cariz. De un lado, con los surgidos del giro constitucional del mismo, vuelco que pretende huir del iusinternacionalismo para dirigirse con menos ambages hacia el constitucionalismo y el Estado de derecho. En este punto encontramos, en el Preámbulo del TUE, la clásica mención a «los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho»; y posteriormente, en el Artículo 2: Valores de la Unión, el refrendo al preludio: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías».

Por otra parte, encontramos la formulación, reformulación o reproducción del acervo clásico, aquel que está conectado a las libertades básicas, heredero de la persona reducida a su condición de trabajador y que se intenta unir al novedoso en términos histórico-comunitarios, vinculado al ciudadano de la Unión. Asimismo, incluiríamos aquí el segundo párrafo de la clásica dimensión negativa del principio estudiado en el Artículo 3.3: Objetivos de la Unión, «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño». Incluso el artículo 2: Valores de la Unión, *in fine*, señala que «Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

La relación entre ambos grupos de preceptos, difícilmente puede plantearse en términos de jerarquía ortodoxa desde la perspectiva constitucional. Básicamente porque la vis atractiva de los primeros está cortocircuitada por las cláusulas horizontales y por la propia naturaleza jurídica y configuración de las libertades básicas del mercado común. Libertades que, no podemos olvidarlo, han sido encumbradas por la jurisprudencia del TJUE por encima de los Derechos fundamentales clásicos. Por ello, sin entrar en la visión global de la Carta y del modelo –que corresponde al estudio del Título VII de la Carta–, no puede dejar de señalarse que el derecho comunitario es, desde su génesis, gregario del mercado común y no del Estado Social. Por eso, aquello que nos preocupa en estas líneas, la ubicación de los derechos fundamentales –en concreto el referido a la igualdad– en la Carta, presume que difícilmente pueda ser el de las constituciones continentales hijas del Estado Social, pues el núcleo duro del mercado único es forzosamente el primer y principal parámetro de aplicabilidad y justiciabilidad.

Según esta lógica, el TJUE vendría impelido a continuar con su doctrina tradicional, de acuerdo con la cual, los estándares de protección más elevados no son necesariamente los reconocidos ni en los Estados miembros ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), lo son en la medida que permitan mantener el acervo comunitario, que se blinda respecto de interpretaciones extensivas de la CDF con su ubicación fuera y frente a los límites de la misma. Lo que se pretende es buscar parámetros de referencia del precepto estudiado, esto es, estar a la doctrina del TJUE. Tendremos que atender al refrendo de esta tesis en las conclusiones.

Por último, la contextualización adecuada del precepto, requiere atender a la concepción del mismo en el momento de redacción de la Carta, es decir, requiere ser estudiado desde la presunción *iuris tamtum*, que no *iure et de iure*, de que los redactores posicionaron el precepto en la media de contenido y alcance de su momento histórico. En el momento histórico de redacción del precepto estudiado, el de la mayoría social y académica, frente al de la mayoría existente en la redacción de las principales constituciones de los Estados miembros, entendía ya que la igualdad no es solamente un camino inoculado en la norma suprema, la igualdad es un fin, es decir, el horizonte del legislador que nunca estará lo suficientemente presente. No se trata únicamente de garantizar la igualdad de partida entre los sujetos pasivos de la norma, se trata de que la aplicación del principio culmine en igualdad real, en tiempo real, que no en futuro. Este argumento parte de la base de que, hombres y mujeres, discapacitados y plenamente capaces, etc., no son iguales. Por ello, en las sociedades modernas se considera que, en ocasiones, no basta con diseñar un esquema normativo que garantice la igualdad, sino que sea necesario introducir ajustes *de iure* que posibiliten la igualdad *de facto*. Paradigmático ejemplo de la insuficiencia de la igualdad abstracta, dentro y fuera de la Unión, es el acceso de la mujer al trabajo y el desarrollo de la carrera profesional. Sus condicionantes –maternidad, responsabilidades familiares no compartidas, entre otras– demandan más que la igualdad formal.

Las limitaciones del modelo basado en la no discriminación, han excitado la denominada igualdad sustantiva, que se caracteriza por abandonar la neutralidad aséptica a la que puede llegar aquel modelo. Como ha destacado autorizada doctrina, la igualdad sustantiva encierra una pluralidad de acepciones¹². Ciertamente, la que busca la igualdad de trato *ab initio*, dejando a los sujetos la consecución de la igualdad real. Se trata aquí de identificar los obstáculos con los que cuentan determinados grupos sociales para articular mecanismos que los eliminen o, subsidiariamente, con carácter temporal o estructural –dependiendo de las previsiones de corrección–, establecer

¹² Seguimos aquí a S. Fredman, *Discrimination Law* (Clarendon Press, Oxford, 2001), 14 y ss.

mecanismos compensatorios. Junto con la igualdad de trato *ab inito*, nos encontraríamos con una corrección más intensa, la dirigida a conseguir la igualdad de resultados. Conocido mecanismo sería la utilización de la cuota para forzar la presencia de un sector marginado de un ámbito concreto: social, étnico, etc.

En tercer lugar, podemos hablar, tanto dentro como fuera de la Unión, de la igualdad como diversidad. Desde 1999 y debido a la penúltima reforma del Derecho originario europeo, la agenda de la igualdad en la UE se amplió considerablemente debido a la inclusión de la base jurídica que hacía competente a la UE para combatir la discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, orientación sexual, religión, etc. Esta circunstancia incrementó en la UE un problema ya común en los ordenamientos más desarrollados y progresistas: la necesidad de articular el respeto a la diversidad. Si reconocemos la posibilidad de enseñanza privada de una determinada confesión y el principio de igualdad a la función docente sin discriminación por razón de la orientación sexual: ¿puede un colegio católico negarse a contratar a un profesor homosexual? Como se ha señalado,¹³ acomodar igualdad y diversidad, demanda la inoculación del principio de igualdad en todos los ámbitos competenciales. Dicha realidad tiende a un proceso ostensiblemente más flexible que el desarrollado al amparo de la igualdad sustantiva, pues demanda un objetivo común de igualdad para toda forma de discriminación.

De lo deducido sobre esta última contextualización, tendremos que corroborar o no la presunción *iuris tantum*, sobre si el precepto se posicionó en la media de contenido y alcance del momento histórico en el que fue redactado e introducido en el derecho de la UE. En caso de que el contenido haya alcanzado ese claro avance, la Carta habrá incrementado el reconocimiento disfrutado por los ciudadanos de muchos Estados miembros –dado que la inmensa mayoría de ellos no había realizado reforma constitucional avanzada– y, a la sazón, habrá dado al TJUE una palanca de avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales en toda la Unión. En caso de no ser así, nuestras conclusiones dependerán exclusivamente de la actitud que haya tomado el TJUE.

3. LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Como se ha adelantado en la introducción de este estudio, las explicaciones a la CDF certificaron la consolidada existencia del reconocimiento del

¹³ M. Bell, «The right to equality and Non-discrimination», T. Hervey; J. Kenner (Ed.), *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights* (Hart Publishing, Oxford, 2003), 96-97.

principio genérico de igualdad en la doctrina del TJUE, tanto en la forma –parafraseando la formulación del TJUE– como en el fondo –no incluyendo ningún elemento añadido a esa formulación–. Sirva esto como primer indicio de que la CDF se daba por satisfecha con el contenido y la garantía formulada en la doctrina del tribunal de Luxemburgo anterior a la propia Carta. Y sirva como indicio del proceso inverso el hecho de que el propio TJUE citó la «nueva» recepción de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión en la CDF en sus sentencias con carácter previo incluso a que esta entrara en vigor, dando así a entender que la Carta recogía lo que ya recogía su doctrina, sin indicar la futurible entrada en vigor fuera a provocar cambio alguno en su doctrina, o lo que es lo mismo, que nada iba a cambiar significativamente en este ámbito concreto en el derecho europeo con la entrada en vigor de la CDF.

En el ámbito que nos ocupa, como en tantas ocasiones, la fundamentalidad de los derechos y principios del derecho europeo, son inferidos con desigual robustez. No podemos entrar aquí en la dialéctica TJUE-tribunales constitucionales de los Estados miembros, que en buena medida desencadenó la necesidad y la celeridad de explicitar la fundamentalidad de ciertos principios y derechos en el ordenamiento comunitario y que hemos estudiado profusamente¹⁴. Dicha realidad no solamente implicó que la incorporación se hiciera por la vía de los principios generales del derecho –a lo que coadyuvaban otros factores como la imposibilidad, por ausencia de voluntad política, de reformar el derecho originario–, sino también y más trascendientemente, para lo que aquí nos mueve, que se hiciera desde supuestos de hecho sumidos en la casuística sectorial que no hacían natural el desarrollo de principios generales del ordenamiento, provocándose una desconexión y ausencia de formulación global.

Dicha realidad, mostrada de forma inmediata, determina la aplicación de un método basado en el estudio consecutivo de los distintos asuntos en los que el principio se reflejó. Realizada la batida, atendiendo a los distintos supuestos de hecho, se procedería a extraer –o bien constatar la imposibilidad de hacerlo– las enseñanzas interpretativas. Comencemos.

Según las explicaciones de la CDF, su artículo 20 corresponde a un Principio General de Derecho europeo que figura en todas las constituciones europeas. El Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta esta realidad, y en el marco de una tensión creciente sobre la afectación generada por la UE en el marco de derechos de los ciudadanos de la UE¹⁵, pasó a considerarlo un principio fundamental del Derecho comunitario (sentencia de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/83, Rec. 1984, p. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, C

¹⁴ Sobre esta construcción in extenso, J. M. Martínez Sierra, *La recepción constitucional del derecho comunitario* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2007).

¹⁵ *Ibidem*.

15/95, EARL, Rec. 1997, p. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, C 292/97, Karlsson, Rec. 2737). Se hace pues obligado, estar a estas sentencias, aunque, debido precisamente a su ausencia de riqueza hermenéutica, no serán las únicas analizadas. De hecho, prestaremos especial atención a aquellas que han sido dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la CDF.

La formulación del principio de igualdad en el Derecho europeo, tal y como ha sido formulado y sostenido en la doctrina del TJUE sería la siguiente: «el principio general de igualdad, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado»¹⁶. Principio que el TJUE ha confirmado que se encuentra consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta¹⁷.

Una mera lectura de la explicitación del principio permite afirmar, sin necesidad de realizar un mayor despliegue teórico sobre los cánones hermenéuticos ortodoxos, que la interpretación literal de la formulación del principio por parte del TJUE deja dos cuestiones completamente abiertas. Por un lado, la referida a la determinación de lo que constituye una situación comparable, lo cual depende en gran medida de los hechos de cada caso y de una valoración subjetiva por parte del juzgador¹⁸. Por otro, la relacionada con la delimitación del concepto de «trato desigual objetivamente justificado». Dicha realidad, como señala Bell, es consecuencia del énfasis de la jurisprudencia del TJUE en un concepto de igualdad formal y similitud en el trato¹⁹. Y es lo que ha determinado, en parte, como señala O'Conneide, el desarrollo de la igualdad desde su dimensión negativa, es decir, del principio de no discriminación²⁰.

¹⁶ SSTJUE de 21 de julio de 2011, Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal, C-21/10, Rec. 2011 p. I-6769, ap. 47; de 12 de mayo de 2011, Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento y Consejo, C-176/09, Rec. 2011 p. I-3727, ap. 31; de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión, C-550/07 P, Rec. 2010 p. I-08301, ap. 55; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros, C-127/07, Rec. p. I-9895, ap. 23; de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, Rec. 2007 p. I-03633, ap. 56; y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, ap. 95.

¹⁷ SSTJUE de 22 de mayo de 2014, Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern, C-356/12, Rec. Jurisprudencia electrónica, ap. 43; de 21 de julio de 2011, Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal, C-21/10, Rec. 2011 p. I-06769, ap. 47; de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión, C-550/07 P, Rec. 2010 p. I-08301, ap. 54.

¹⁸ Vid. M. Bell, «Article 20», S. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward, (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Hart Publishing, Oxford, 2014), 571.

¹⁹ *Ibid.* p. 571.

²⁰ Vid. C. O'Conneide, «The principle of equality and non-discrimination within the framework of the EU Charter of Fundamental Rights and its potential application to social

Examinaremos a continuación la jurisprudencia del TJUE anterior y posterior a la aprobación de la Carta, con el objeto de comprobar si la misma ha implicado un salto cualitativo en el reconocimiento de la igualdad ante la ley y mejora la garantía de la misma, o si por el contrario se mantiene una interpretación limitativa del mismo.

3.1. *La jurisprudencia del TJUE anterior a la CDF.*

Desde su jurisprudencia más temprana, el TJUE ha destacado que el principio de igualdad es un principio que forma parte de los principios fundamentales del ordenamiento europeo y que en virtud del mismo las situaciones comparables no deben recibir un trato diferente, a menos que éste esté objetivamente justificado²¹. Una primera cuestión, por tanto, es determinar si dos situaciones pueden considerarse como comparables para, si es así, pasar en segundo término a examinar si la diferencia de trato está objetivamente justificada. A este respecto, el TJUE señala que han de tenerse en cuenta el conjunto de elementos que caracterizan dichas situaciones comparables, elementos que deben apreciarse a la luz del objeto y la finalidad del acto europeo que establece la distinción de que se trata, así como de los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión²². Remite de esta manera el tribunal al análisis del acto europeo y del ámbito al que pertenece, lo que demanda el examen de los supuestos de hecho concretos de cada caso.

Ahora bien, en el presente apartado centraremos nuestro análisis en las tres sentencias que las Explicaciones a la Carta citan como sentencias de referencia en relación al mencionado principio, ya que las mismas recogen la doctrina sentada por el TJUE con respecto al mismo.

El primero de los tres casos que se citan en las citadas Explicaciones es el asunto *Racke*²³; asunto que, como el resto de la doctrina del TJUE en este ámbito, no deja de ser una resolución del caso concreto que recoge el principio sin afrontar de una manera general su contenido y aplicación en el ámbito Europeo, ni con referencia a la normativa internacional ni a Constituciones europeas. El asunto traía causa de una cuestión prejudicial del Finanzgericht

and solidarity rights», G. Palmisano (ed.), *Making the Charter of Fundamental Rights a living instrument* (Brill Nijhof, Leiden/Boston, 2015), 203.

²¹ Vid, por ejemplo. SSTJUE de 25 de noviembre de 1986, Klensch y otros, asuntos acumulados 201/85 y 202/85, Rec. 1986 p. 3477, ap. 9; de 5 de octubre de 1994, Alemania c. Consejo, C-280/93, Rec. 1994 p. I-04973, ap. 64.

²² SSTJUE de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. 1994 p. I-4973, ap. 74; de 10 de marzo de 1998, T. Port, C-364/95 y C-365/95, Rec. 1998 p. I-1023, ap. 83. Como se examinará en el siguiente apartado, esta jurisprudencia se mantiene tras la CDF.

²³ STJUE de 13 de noviembre de 1984, Racke, 283/83, Rec. 1984, p. 3791.

Rheinland-Pfalz, que instó al TJUE a pronunciarse sobre la compatibilidad del Reglamento número 1167/76 de 17 de mayo de 1976, con el apartado tercero del artículo 40 TCEE, pues excluía los vinos de Tokay –en el contexto de las comisiones de cambio– de un régimen específico de la Tarifa Aduanera Común y le mantenía en el régimen general frente a lo estipulado para productos similares.

El TJUE encaró la resolución del caso en dos fases. En primer lugar definiendo el principio general de igualdad en su dimensión negativa: «la discriminación no solamente puede consistir en la aplicación de reglas diferentes a situaciones comparables o bien en que se apliquen reglas idénticas a situaciones diferentes»²⁴. En segundo lugar, aplicando ese principio general al supuesto de hecho, afirmó que se trataba de ver si la aplicación de un régimen de tarifas diferentes estaba justificado por situaciones distintas. Finalmente, el TJUE concluyó que el régimen de tarifas diferentes estaba justificado por quedar los productos objetos del asunto (vinos de Tokay) sometidos a un régimen distinto al de los vinos utilizados por los demandantes como referencia en el estudio de la discriminación²⁵.

Ocho años después del fallo estudiado, en un supuesto de hecho similar –relativo a la imposición una tasa adicional sobre la leche, el asunto *Wuidart*²⁶–, el TJUE mantuvo el test y la solución dada en el asunto *Racke*. En concreto, consideró que la distinta naturaleza en lo relativo a la denominación de origen y otros aspectos colaterales, justificaban el dispar tratamiento que le había dispensado el legislador.

El segundo asunto reconocido como cardinal en relación con el principio tratado por la Convención redactora de la Carta, es el asunto *EARL* de

²⁴ «[...] il y a lieu de vérifier si la situation du vin de tokay est comparable a celle des vins pour lesquels les droits de douane fixes en écus ont été convertis en monnaie nationale au taux représentatif, e étant donné qu'une discrimination ne peut consister, d'après la jurisprudence constante de la cour, que dans l'application de règles différentes a des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle a des situations différentes. En l'espèce, il s'agit d'établir si l'application d'un taux différent de conversion des droits de douane est justifiée par la diversité des situations», *Ibid.*, ap. 79.

²⁵ «10 Aucun problème de ce genre ne se posait par contre pour les vins exclus de l'application de la taxe compensatoire, de sorte qu'aucune comparaison entre les deux situations n'apparaît justifiée. [...] Il ressort des considérations qui précèdent que l'application de règles différentes aux deux situations susindiquées n'entraîne pas de violation du principe de non-discrimination. [...] Par conséquent, il convient de répondre au premier volet de la question en ce sens que l'examen du dossier ne fait apparaître aucun élément permettant d'affirmer que le règlement n° 1167/76 est contraire à l'article 40, paragraphe 3, alinéa 2, du traité», *Ibid.*, app. 10, 11, 12.

²⁶ SSTJUE du 21 février 1990, *Gustave Wuidart e.a. c. Laiterie coopérative eupenoise société coopérative, e.a.*, Affaires jointes C-267/88 à C-285/88, Rec. 1990 page I-435.

Kerlast, conocido en la jerga comunitaria como *EARL*²⁷. El asunto tiene su génesis en una petición de decisión prejudicial del *Tribunal de grande instance de Morlaix*. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional predicho pidió fundamentalmente que se dilucidara por parte del TJUE si el principio de igualdad contenido en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 40 del Tratado se oponía a que un Estado miembro autorizase, para ejercer una actividad lechera, la utilización de determinadas formas societarias previstas por el Derecho nacional, como el «groupement agricole d'exploitation en commun», mientras que prohibía el uso de otras formas societarias como la «société en participation»; entendiéndose que por la similitud de la naturaleza jurídica de las sociedades cabía la duda sobre la vulneración del principio de igualdad en su dimensión negativa. El TJUE, siguiendo la línea general definida, denegó la existencia de discriminación de nuevo entendiéndose que no se trataba de situaciones comparables.

Entrando en la *rationale* de la sentencia, el TJUE cita *ab initio* la formulación clásica del principio con cita expresa del asunto *España c. Consejo*: «la prohibición de discriminación, no es sino la expresión específica del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario y que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado»²⁸. En segundo lugar, reconoce que la legislación nacional «reservan un trato diferente a los productores agrupados en una «société en participation» y a los agrupados en un «groupement agricole d'exploitation en commun» parcial lechero, en la medida en que sólo se prohíbe a los primeros el ejercicio de una actividad lechera»²⁹. En tercer lugar, explicita la razón de ser por la cual este trato disímil no vulnera el principio general. En este caso, resulta ser la distinta naturaleza jurídica de las sociedades implicadas en el recurso del que traía causa la cuestión prejudicial: «Esta diferencia de trato no puede constituir una violación del principio de no discriminación. En efecto, las situaciones a las que hacen referencia estas dos formas societarias no son comparables, [...] en el «groupement agricole d'exploitation en commun» parcial lechero, los asociados participan personal y efectivamente en el trabajo de producción lechera, mientras que, en la «société en participation», el trabajo de producción puede encomendarse a un solo asociado. En consecuencia, esta última figura societaria puede favorecer formas de producción que no se ajustan al Reglamento comunitario de que se trata».³⁰

²⁷ STJUE de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative du Trieux*, C-15/95, Rec. 1997, p. I-01961.

²⁸ *Ibid.*, ap. 25.

²⁹ *Ibid.*, ap. 37.

³⁰ STJUE C-15/95, ap. 38.

Por último, el tercero de los asuntos citados en las Explicaciones a la Carta, como piedra angular de la configuración del principio de igualdad ante la ley como un principio fundamental del Derecho de la Unión por el TJUE, es el asunto *Karlsson*³¹. Si de muestra vale un botón, sirva como ejemplo del papel medular del asunto en la configuración del principio de igualdad ante la ley como un principio fundamental del Derecho comunitario el hecho de que, no habiéndose llegado a publicar la sentencia cuando se redactaron las explicaciones de la Carta de Niza, se incluyó con la acotación que reflejaba tal hecho³². Una vez publicada, en las explicaciones vigentes, se ha eliminado tal acotación.

El asunto *Karlsson* trajo causa de una cuestión prejudicial promovida por el Regeringsrätten sueco, destinada a obtener, en los procedimientos promovidos ante dicho órgano jurisdiccional por Kjell Karlsson y otros, una decisión prejudicial sobre la interpretación del Reglamento (CEE) n. 3950/92 del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, por el que se establece una tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos, de los artículos 5 del Tratado CE (artículo 10 CE) y 40, apartado 3, del Tratado CE (artículo 34 CE, apartado 2, tras su modificación), y del principio de igualdad de trato.

Resumiendo el conflicto *a quo*, se trataba de dilucidar si el Reglamento n. 3950/92, el artículo 5 del Tratado y el principio de igualdad de trato —establecido en el artículo 40, apartado 3, del Tratado— se oponían a una normativa sobre asignación inicial de cuotas lecheras, aprobada por un Estado miembro que se adhirió a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1995. La misma determinaba las cuotas lecheras de los productores regulares sobre la base de las cantidades medias entregadas durante los años 1991 a 1993; aplicaba, para el cálculo de las cuotas asignadas a los nuevos productores y a los productores en crecimiento, a diferencia de los productores regulares y de los productores ecológicos, coeficientes de reducción que además eran diferentes; y únicamente concedía una cuota lechera a los productores que justificasen una producción ininterrumpida entre el 1 de marzo de 1994 y el 1 de enero de 1995.

Se estaba pues, ante un posible trato desigual que, aparte de lo siempre céntrico en la materia estudiada, su naturaleza, encontraba un matiz diferenciador, el de estar modulada por las modificaciones introducidas en el derecho derivado europeo, por una modificación del derecho originario. Así, el Reglamento CEE n° 3950/92 del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, por el que se establecía una tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos,

³¹ STJUE de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, C-292/97, Rec. 2000, p. 2737.

³² Ver la explicación al art. II-20 en las explicaciones la Carta de Niza, *Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50*, Bruselas, 11 de octubre de 2000, CHARTE 4473/00, CONVENT49.

fue modificado por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia, adaptando igualmente los Tratados en los que se basa la Unión Europea.

La discriminación alegada respondía a una doble naturaleza. La primera radicaba en la dispar elaboración del producto o el momento en el que iniciaron la producción por los distintos productores implicados (productores ecológicos, nuevos productores, productores en crecimiento y productores regulares). La segunda, en la eventual discriminación de los productores suecos respecto del resto de productores comunitarios por la normativa sueca: los demandantes en los procedimientos principales sostuvieron que las exigencias sobre protección medioambiental que todo productor sueco debía cumplir en virtud del artículo 5 del Reglamento sueco n. 1714 constituían una discriminación de estos productores respecto de los productores de los demás Estados miembros, por suponer una carga mayor que la establecida para sus competidores.

El TJUE, introduciéndose en la cuestión relativa a las fuentes del derecho para determinar la normativa aplicable, basa su sentencia en el inalterado principio de igualdad de trato, tal y como fue establecido específicamente, en el artículo 40, apartado 3, párrafo segundo, del Tratado CE (artículo 34 CE, apartado 2, párrafo segundo, tras su modificación).

La primera de las discriminaciones potenciales, la establecida entre los distintos productores de Suecia, fue igualmente rechazada por el TJCE pese a constatarse –en concreto en el trato dispensado a los nuevos productores y a los productores en crecimiento respecto de los productores regulares– que «El Gobierno sueco no ignora que los nuevos productores y los productores en crecimiento se ven desfavorecidos en relación con los productores regulares»³³ y que igualmente «El Gobierno sueco también es consciente de que el otro método de cálculo propuesto [...] tampoco puede paliar este trato desigual»³⁴.

La fundamentación del rechazo a las demandas de la parte actora se basó en que las discriminaciones factuales, que no legales, respondían al **interés general perseguido por la Unión**: «según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos»³⁵. Conviene aquí recordar que entre la doctrina consolidada

³³ STJUE C-292/97, ap. 42.

³⁴ *Ibid.*, ap. 43.

³⁵ *Ibid.*, ap. 45.

está el asunto *Wachauf*³⁶, donde el TJUE situó los objetivos del interés general, en relación con el principio de igualdad, como paradigma del carácter no absoluto de los derechos fundamentales en el Derecho europeo.

Estamos aquí ante una puerta abierta a la discrecionalidad y consecuentemente ante otro embate al principio de seguridad jurídica, el cual, como sabemos, también está consagrado en la Carta y, con unas potencialidades mayores que el de igualdad, por no estar sujeto como el aquí estudiado a un amplio desarrollo jurisprudencial. Los objetivos de interés general son un pozo sin fondo: pueden extraerse de los Tratados como normas inspiradoras del sistema; de las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo, que tiene como carga general definir dichos objetivos en el marco de su competencia de dar los impulsos generales a la Unión; ciertamente del diseño legislativo de la Comisión que sigue manteniendo el monopolio de la iniciativa legislativa; eventualmente podrían encontrarse en el Consejo de Asuntos Generales ahora que con el Tratado de Lisboa recobra importancia; también en el Parlamento, bien en sus resoluciones bien en su poder de excitación a la iniciativa legislativa de la Comisión.

Dentro de los objetivos de interés general, podemos encontrarnos también soluciones *ad hoc*, o bien su concreción en un ámbito específico. Ejemplo de este segundo sería el objetivo de la integración de mercados, que se ha postulado como justificador del trato diferenciado ante situaciones parejas en los asuntos *Alemania c. Consejo*³⁷ o *Port*³⁸.

³⁶ «Die vom Gerichtshof anerkannten Grundrechte können jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern sind im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen. Daher kann die Ausübung dieser Rechte, insbesondere im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation, Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismässigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der diese Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet». STUE de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88, Rec. p. 2609, ap. 18.

³⁷ «No obstante, este trato diferenciado parece inherente al objetivo de una integración de mercados hasta entonces fragmentados, habida cuenta de la situación distinta en la que se hallaban las diferentes categorías de operadores económicos antes del establecimiento de la organización común de mercados. En efecto, el Reglamento tiene por objeto garantizar la salida al mercado de la producción comunitaria y de la producción tradicional ACP, lo que implica el establecimiento de un determinado equilibrio entre ambas categorías de operadores económicos afectados; En consecuencia, la imputación basada en la violación del principio de no discriminación debe desestimarse por infundada». STJUE de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo*, C-280/93, Rec. 1994, p. I-4973, app., 74 y 74.

³⁸ «A este respecto, procede subrayar que, en la sentencia *Alemania c. Consejo* [...] El Tribunal de Justicia consideró que dicho trato diferenciado no es contrario al principio general de no discriminación, en la medida en que es inherente al objetivo de una integración de mercados hasta entonces fragmentados [...]», STJUE de 10 de marzo de 1998, T.

Con relación a la segunda de las discriminaciones entiende el TJUE que: «una posible desigualdad de trato entre los productores de un Estado miembro y los de otros Estados miembros que, como en el presente caso, es mera consecuencia de las diferencias que existen entre las legislaciones de estos Estados miembros, no constituye una discriminación prohibida por el artículo 40, apartado 3, del Tratado, ya que la legislación nacional controvertida afecta a todos los productores interesados con arreglo a criterios objetivos»³⁹.

En este segundo plano, que como queda constancia en la sentencia está consolidado en la doctrina del TJUE —en relación incluso con otros preceptos conectado con el principio de igualdad como el art. 7 del TCEE—⁴⁰, nos encontramos también ante una horquilla de posibilidades bastante amplia. La misma nos remite a un problema jurídico complejo, que resulta tan apasionante en lo intelectual como negativo en el plano de la seguridad jurídica: los límites entre la constitucionalidad y la legalidad en el acervo de la Unión. Decir, como dice el TJUE, que no hay discriminación *de iure* cuando el trato desacorde responda a diversidad de normativas nacionales «es mera consecuencia de las diferencias que existen entre las legislaciones de estos Estados miembros», puede ser el final de los problemas planteados en relación al ámbito que aquí nos ocupa, pero también el comienzo de nuevos y espinosos.

Cuando la normativa nacional concurre, en el contexto estudiado, con el ámbito comunitario no es de extrañar que nos encontremos ante una normativa que directa o indirectamente traiga causa o guarde relación con una base jurídica habilitante del Derecho originario europeo. Así, el juego del Derecho de fuentes europeo demanda saber cuál es la dimensión constitucional de la normativa nacional y si estamos ante un problema de validez o de estricta aplicabilidad. Si estamos ante un problema de validez, se trata de ver

Port GmbH & Co. c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, as. ac. C-364/95 y C-365/95, Rec. 1998, p. I-1023, app. 82 y 83.

³⁹ STJUE C-292/97, ap. 53.

⁴⁰ «Las cuestiones tercera y cuarta del órgano jurisdiccional nacional pretenden saber si una normativa como la debatida contiene una discriminación incompatible con el artículo 7 del Tratado; El órgano jurisdiccional nacional planteó estas cuestiones por considerar que dicha normativa podría perjudicar a los exportadores sometidos a la misma en relación con los exportadores establecidos en otros Estados miembros y sujetos a un régimen diferente; Basta observar que una posible desigualdad de trato entre los exportadores establecidos en la UEBL [Unión Económica Belgo-Luxemburguesa] y sus competidores establecidos en otros Estados miembros es mera consecuencia de las diferencias que existen entre las legislaciones de los Estados miembros; según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, dicha diferencia de trato no constituye una discriminación prohibida por el artículo 7 del Tratado, ya que la legislación controvertida afecta a todas las personas interesadas, con arreglo a criterios objetivos y sin relación con la nacionalidad», STJUE de 14 de julio de 1988, Lambert, 308/86, Rec. p. 4369, app. 19, 21 y 22.

si una normativa nacional que impida un trato desigual contrario a los artículos 20 y 21 de la Carta puede ampararse en el hecho de que sea desarrollo de un ámbito competencia ajeno a la UE. Dicha lógica es la avalada por esta doctrina del TJUE y por el apartado segundo del artículo 51 de la Carta: «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados». Efectivamente, todo indica que se limita toda posibilidad de desarrollo de los artículos 20 y 21, e igualmente de la discriminación indirecta.

Hemos visto pues, como las sentencias citadas como paradigma de la recepción pretoriana del principio de igualdad en los altares de los principios fundamentales del Derecho europeo, distan de ser un reconocimiento ortodoxo en pureza constitucional. Las sentencias estudiadas al hilo de las tres sustantivas, lejos de mejorar el panorama introducen una pluralidad de excepciones que amenazan con hacer de la excepción la pauta. Sin perjuicio de que el desarrollo realizado ya posibilidad una conclusión, debemos referirnos a otro de los aspectos más característicos de la delimitación de trato dispar, a saber, el relacionado con el principio de solidaridad.

La sentencia de referencia en esta última parte de la exégesis, que no la única, es el asunto *España c. Consejo*, fallado en septiembre de 1988.⁴¹ En él se traen a colación parámetros delimitadores del margen gozado por el legislador comunitario para dispensar un trato similar a situaciones disímiles, o lo que es igual: se delimita el concepto de «trato desigual objetivamente justificado».

En el presente caso, el Reino de España sostenía que la norma derivada contestada violaban el principio de no discriminación puesto que los mismos criterios se aplican indistintamente a todos los productores de leche de la Comunidad, cuando la situación particular del sector lácteo español exigía un trato diferenciado. A este respecto, el Reino de España destaca, en primer lugar que España es un país deficitario en productos lácteos; que no había participado en la producción de los excedentes comunitarios; que no se ha beneficiado de los mecanismos de sostenimiento de precios creados por la organización común de mercado de que se trataba en el caso y que, por otra parte, las estructuras productivas del sector lácteo español presentan un grado de eficiencia muy inferior al promedio comunitario.

El TJCE, pese a reconocer un grado destacable de veracidad en la disimilitud del supuesto de hecho expuesto, no consideró vulnerado el principio de no discriminación del artículo. Ello, como apuntó en su fundamento inicial

⁴¹ STJUE de 20 de septiembre de 1988, *España c. Consejo*, C-203/86, Rec. 1988, p. 04563.

—que a continuación reproducimos— por la existencia de justificaciones objetivas: «Procede recordar ante todo que, según jurisprudencia constante de este Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad consagrado en el párrafo 2 del apartado 3 del artículo 40, exige que no se trate de manera diferente situaciones comparables y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado»⁴².

Del principio general, sin sucesión de continuidad se deduce, « Por consiguiente, las medidas que conlleva la organización común de los mercados [...] no pueden ser diferenciadas, según las regiones y otras condiciones de producción o de consumo, más que en función de *criterios objetivos* que garanticen un reparto proporcional de las ventajas o desventajas entre los interesados, sin distinguir entre los territorios de los Estados miembros.»⁴³ Es decir, lo objetivamente justificado se debe encontrar a través de la elaboración de un elenco de criterios, pero ¿cuáles son?. Ni en esta sentencia ni en otras encontraremos criterios generales que nos guíen. De hecho, la delimitación negativa que se aporta —que no puede depender de una distinción por razón del territorio de producción—, no es sino la natural aplicación del principio específico de no discriminación intracomunitaria. Tampoco, como pasamos a ver, se extraen dichos criterios del desarrollo de la desestimación.

Una parte del rechazo se fundamenta en el hecho de que la situación se encontraba cubierta por el Acta de adhesión: «el carácter diferente de este sector ha sido reconocido en el Acta de adhesión y que a dicho efecto se han previsto una serie de mecanismos de transición»⁴⁴ —en lo relativo a las estructuras de producción en el sector lácteo español—; o «que España aceptó, sin perjuicio de las disposiciones transitorias establecidas en el Acta de adhesión, la aplicación del acervo comunitario»⁴⁵ —en cuanto al hecho de que los agricultores españoles no se hayan beneficiado de los mecanismos de sostenimiento de precios—. Dicha lógica no parece responder a criterio objetivo alguno, en todo caso, respondería a la estricta aplicación de las fuentes del derecho. El Acta de Adhesión de un Estado en la UE, con independencia de ser un instrumento jurídico que nace de una relación bilateral, frente a la multilateral del las CIG, es parte conformadora del Derecho originario; de ahí que el legislador, de respetar los parámetros de aquél, mal puede violentar el principio. De hacerlo, nos encontraríamos ante una colisión entre la literalidad del Tratado y un principio surgido por la vía pretoriana. En conclusión, no había margen para el juego del criterio objetivo.

⁴² *Ibid.*, ap. 25.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, ap. 27.

⁴⁵ *Ibid.*, ap. 28.

Por ello, podría deducirse que el rechazo al último argumento se basaría, de forma nítida, en un criterio objetivo. Si recordamos, según el recurrente, el principio de no discriminación exige que no se aplique la reducción de la producción láctea a España debido a que este Estado era deficitario –hecho diferencial– en productos lácteos y a que no contribuyó a los excedentes comunitarios. El TJCE justificó dicha realidad con la necesidad de hacer un «esfuerzo de solidaridad» entre los Estados, por mor a alcanzar el objetivo comunitario, en este caso: la reducción de las cantidades globales garantizadas. Así, con independencia de que en este aspecto concreto hubiese antecedentes claros,⁴⁶ ni en aquellos ni en esta sentencia, se encuentra un criterio extrapolable. Sobre la objetividad del mismo tampoco podemos ser generosos sobre todo por la parquedad de la fundamentación del TJCE que, en cualquier caso, no fundamenta por qué el «esfuerzo de solidaridad» no se distribuye, con el mecanismo más equitativo, entre todos los Estados, sobre todo entre los excedentarios.

Consecuentemente, bien puede afirmarse que el «esfuerzo de solidaridad» puede utilizarse como un cajón de sastre que retraiga el ámbito del principio de igualdad al antojo del legislador comunitario. Si hacemos un pequeño repaso a la doctrina, vemos que esta formulación no es un caso aislado. De hecho, la *rationale* de la sentencia recién estudiada se reproduciría en el asunto SITPA⁴⁷. Igualmente, dicha formulación se ha mantenido con posterioridad al caso estudiado o, con cita literal al asunto previo, en el caso *Crispoltoni*: «[...] este Tribunal de Justicia ya ha declarado que el principio de no discriminación no se opone a una normativa comunitaria que haya establecido un sistema de umbrales de garantía para la totalidad del mercado comunitario que implique la reducción de la ayuda a la producción de los agentes económicos interesados de todos los Estados miembros, aunque la superación de dichos umbrales no sea consecuencia de un aumento de la producción en todos esos Estados. [...] todos los productores comunitarios, sea cual fuere el Estado miembro en que estén establecidos, deben asumir de

⁴⁶ STJUE de 9 de julio de 1985, Bozzetti, 179/84, Rec. 1985, p. 2301.

⁴⁷ «Dans la mesure où ce grief doit également être compris comme reprochant au Conseil et à la Commission d' avoir pénalisé les transformateurs français, alors que le dépassement de la production n' était pas dû à une augmentation de la production en France, il convient de souligner que, dans le cadre d' une organisation commune des marchés, ne connaissant pas un système de quotas nationaux, tous les producteurs communautaires doivent, quel que soit l' État membre dans lequel ils sont établis, assumer, de façon solidaire et égalitaire, les conséquences des décisions que les institutions communautaires sont appelées à prendre, dans le cadre de leurs compétences, pour réagir au risque d' un déséquilibre qui peut apparaître sur le marché entre la production et les possibilités d' écoulement», STJUE du 24 janvier 1991, Société industrielle de transformation de produits agricoles (SITPA), C-27/90, Rec. 1991, p. I-133.

forma solidaria y por igual las consecuencias de las decisiones que tienen que tomar las Instituciones comunitarias, dentro del ámbito de sus competencias, a fin de reaccionar frente al riesgo de un desequilibrio que puede surgir en el mercado entre la producción y las posibilidades de venta [...]»⁴⁸.

Es decir, en el caso *Crispoltoni*, nos encontramos ante una medida que hace tabla rasa frente a todos los productores con independencia de que solamente parte de ellos sean culpables –por la generación de excedente– de la medida a tomar. Se trata de un caso acentuado de situación de hecho diferenciada, ya que, no solamente presenciemos una situación objetiva es distinta, sino que la propia medida del legislador, que repercute negativamente en todos los sujetos pasivos potenciales de la norma, ha sido excitada por la actitud negligente de parte de ellos. La justificación del trato diferente, como no podía ampararse en el test del principio de igualdad –que demanda un trato diferente al sujeto pasivo disímil– se ampara en el principio de solidaridad. El mismo, como se observa, se sitúa en las antípodas de la objetividad de los parámetros que el principio de igualdad demanda para limitar el desapego del principio.

Por lo tanto, como puede observarse, de la jurisprudencia del TJUE no pueden extraerse un elenco de criterios que nos permitan determinar ni, por un lado, el test de comparación ni, por otro, el test de justificación objetiva. Por el contrario, se demuestra la facilidad de establecer excepciones a la aplicación del principio, permitiendo entender que las diferencias de trato están objetivamente justificadas, como la consecución del interés general perseguido por la Unión o la necesidad de la solidaridad entre Estados miembros.

3.2. *La jurisprudencia posterior a la aprobación de la CDF.*

Hasta el momento, hemos tenido ocasión de constatar el papel medular del TJUE en la génesis del principio objeto de estudio. También, en el apartado inmediatamente anterior, hemos definido el alcance de la doctrina del tribunal europeo en la materia y, a la sazón, hemos certificado que la CDF consolida la existencia del reconocimiento del principio genérico de igualdad en la doctrina del TJUE, atendiendo a la literalidad del precepto y de las explicaciones, tanto en la forma como en el fondo. Se trata ahora de ver si, tras la aprobación de la CDF, la jurisprudencia del TJUE sigue manteniendo su doctrina histórica sobre el principio general de igualdad o, si por el contrario, aprovecha la fortaleza de la «constitucionalización» del principio como una palanca para ampliar el alcance del mismo.

⁴⁸ STJUE de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni*, as. ac. C-133/93, C-300/93 y C-362/93, Rec. 1994, p. I-4863, ap. 52.

En el presente apartado se trata pues de verificar si la la CDF ha supuesto algún cambio en la jurisprudencia del TJUE, es decir, si ha permitido mejorar la garantía del principio analizado, o si por el contrario, no ha aportado un cambio significativo con respecto a la interpretación del principio llevada a cabo por el Tribunal. A este respecto, centraremos nuestro análisis en las cuestiones más problemáticas que ya se han adelantado en el apartado anterior: por un lado, el test de comparación que aplica el TJUE a la hora de abordar si las situaciones pueden entenderse comparables a efectos de determinar la vulneración o no del principio de igualdad; por otro, la delimitación de los criterios que acreditan que una diferencia de trato está objetivamente justificada. Examen que se realizará a partir de la jurisprudencia del TJUE adoptada a raíz de la aprobación de la Carta.

Como ya se ha reiterado, el principio de igualdad de trato requiere que situaciones comparables no sean objeto de un trato diferente, o que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que la diferencia de trato esté objetivamente justificada. A efectos de determinar, por tanto, si dos situaciones pueden considerarse como comparables para, de ser así, pasar a verificar si la diferencia de trato se encuentra objetivamente justificada, el TJUE ha señalado que han de tenerse en cuenta el conjunto de elementos que caracterizan las situaciones comparables, elementos que deben apreciarse a la luz del objeto y la finalidad del acto europeo que establece la distinción de que se trata, así como de los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión. Por lo tanto, como ya hemos adelantado en el apartado anterior, el TJUE remite de esta manera al análisis del acto europeo y del ámbito al que pertenece, lo que demanda llevar a cabo un examen de los supuestos de hecho concretos de cada caso concreto. Análisis que implica, en último término, una gran dificultad para extraer unas pautas generales sobre la obtención de parámetros generales objetivos delimitadores del principio.

Como se examinará a continuación, la jurisprudencia del TJUE sigue siendo muy casuística, lo cual plantea además, como señala Bell, la problemática de que en última instancia se termina realizando siempre una valoración subjetiva por parte del juzgador, lo que puede llegar a terminar por perpetuar ciertas desigualdades⁴⁹. Y, por lo que respecta a la delimitación

⁴⁹ Así, el mencionado autor, para justificar dicha tesis, cita como ejemplo el asunto *Österreichischer*, asunto que trae causa de un litigio entre el Österreichischer Gewerkschaftsbund (sindicato de empleados del sector privado austriaco) y la Wirtschaftskammer Österreich (Cámara de Comercio de Austria), relativo a una reivindicación de igualdad de trato entre trabajadores de distinto genero respecto a la indemnización por despido. De acuerdo con la normativa austriaca, los períodos de prestación del servicio militar y del servicio civil sustitutorio se computaban como parte del período de empleo a efectos del cálculo de la cuantía de indemnización por despido, no incluyéndose como

de lo que constituye una diferencia de trato objetivamente justificada, como ya se ha podido observar del análisis de la jurisprudencia anterior a la CDF, a la hora de procesar esta carga de objetivación (como es ortodoxo en la lógica de funcionamiento de los altos tribunales continentales) el tribunal europeo ha construido un test de justificación objetiva para examinar qué diferencias de trato son aceptables y cuáles no. Ahora bien, como ha apuntado la Abogada General Sharpston en el asunto *Bartsch* los criterios sobre qué similitudes y diferencias son pertinentes para la igualdad de trato varían según el punto de vista moral fundamental de una persona o de una sociedad

parte del mismo los períodos de excedencia voluntaria por cuidado de hijos. Al objeto de analizar si la diferencia de trato a la que da lugar la normativa nacional respeta el principio de igualdad (en este caso de retribución) examina si las mujeres y los hombres trabajadores se encuentran en una situación comparable. El resultado del examen lleva al tribunal a una conclusión negativa por los siguientes motivos. Por un lado, destaca el TJUE la diferencia entre el carácter voluntario y el carácter obligatorio de los distintos supuestos, señalando que mientras que la excedencia por cuidado de hijos es una excedencia a la que el trabajador se acoge de forma voluntaria, la prestación de un servicio nacional responde a una obligación cívica prevista por la ley y por motivos de interés público, no del propio trabajador. Por otro lado, añade que aunque el servicio nacional puede prolongarse voluntariamente, la misma no altera su naturaleza ya que sigue siendo satisfacer imperativamente una necesidad pública. Entiende, por tanto, que en cada caso el contrato se suspende por un motivo distinto (el interés del trabajador en el caso de la excedencia por cuidado de hijos y el interés nacional en el caso del servicio militar), por lo que los trabajadores afectados no se encuentran en una situación comparable. Concluyendo que de esta manera el art. 141 CE y la Directiva 75/117 no se oponen a que en el cálculo de la indemnización por despido sólo se computen los períodos de prestación del servicio militar o del servicio civil sustitutorio y no los de excedencia por cuidado de hijos. STJUE de 8 de junio de 2004, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten c. Wirtschaftskammer Österreich*, C-220/02, Rec. 2004 p. I-05907, app. 60-65. Así, el TJUE basa su conclusión exclusivamente en el análisis de la normativa nacional y en la aparente neutralidad de la misma, pues se excluyen los períodos de excedencia solicitados tanto por hombres como por mujeres. Sin embargo, no tiene en cuenta adecuadamente el hecho de que son mayoritariamente (por no decir unánimemente) las mujeres quienes solicitan las mismas; también sorprende que el tribunal considere indiscutido que la elección sea totalmente voluntaria, amparándose en la literalidad de la normativa reguladora e ignorando que de facto esa opción no es factible para la mujer en muchos casos. Vid. BELL, M., «Article 20», *op. cit.*, p. 571. Como señala la Comisión, traer aspectos formales puede alejar la resolución de la justicia material. Así nos parece verlo cuando el ejecutivo comunitario señala que no es necesario comparar los dos regímenes de indemnización por despido involucrados en el asunto, pues ello no añade nada a la constatación de que la regulación restrictiva establecida por la normativa austriaca ya constituye por sí sola una discriminación y, además, no permite deducir ningún factor objetivo que pueda justificar dicha diferencia de trato de las mujeres. *Österreichischer*, app. 54-57.

en concreto⁵⁰, y las respuestas a quién está amparado por el principio de igualdad de trato y qué aspectos de la vida económica, social, política, civil y personal abarca el mismo no son inmutables sino que evolucionan con la sociedad⁵¹. Así, una diferencia entre un trato diferenciado aceptable y una discriminación inaceptable «no reside en si se trata a las personas de una manera diferencia, sino en si la sociedad acepta como *justificables* los criterios cuya aplicación resulta en un trato diferente o si, por el contrario, se consideran arbitrarios»⁵².

Así, un primer asunto en el que puede observarse cómo el TJUE mantiene la misma línea jurisprudencial examinada en el apartado anterior, previa a la CDF, es el asunto *Arcelor Atlantique et Lorraine y otros*, en el que se planteaba si la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecía un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, podía ser contraria al principio de igualdad ya que incluía en su ámbito de aplicación al sector siderúrgico, pero no al sector de los químicos y metales no féreos, al que pertenecen los sectores del plástico y el aluminio. El TJUE, a la hora de analizar si los citados sectores podía considerarse que se encontraban en una situación comparable, analiza el objeto de la Directiva (establecer un régimen comunitario para el comercio de derechos de emisión) y su finalidad (contribuir al cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud del Protocolo de Kioto), así como los principios y objetivos de la política de medio ambiente, ámbito al que pertenece la directiva en cuestión⁵³. Análisis del que el Tribunal extrae la conclusión de que los sec-

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Sharpston presentadas el 22 de mayo de 2008, Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, C-427/06, Rec. 2008 p. I-07245, ap. 44.

⁵¹ *Ibid.* ap. 46.

⁵² *Ibid.* ap. 56. Aunque referido a la igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos, un asunto que ilustra la diferente percepción que una sociedad puede tener respecto a una problemática y cómo puede cambiar a lo largo del tiempo, es el asunto *P contra S y Cornwall County Council*. En sus conclusiones, el Abogado General ilustra claramente cómo la cuestión de la transexualidad no era contemplada por la Directiva, pues era una realidad que en aquél momento sólo comenzaba a vislumbrarse (ap. 23), pero cómo en la actualidad debe darse una interpretación de la directiva en un sentido más amplio de manera que incluya todas las situaciones en las que el sexo sea un factor de discriminación, por lo que pedía al TJUE una decisión valiente ya que estaba en juego un principio fundamental universal como es el de la igualdad de trato con irrelevancia del sexo de la persona. Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesaurò, presentadas el 14 de diciembre de 1995, en el asunto P contra S y Cornwall County Council, C-13/94, Rec. 1996 I-02143.

⁵³ Los mismos elementos son analizados en el asunto *Sky Italia*, en el que la posible diferencia de trato vulneradora del principio de igualdad que se planteaba era el establecimiento de límites horarios al tiempo de emisión de publicidad televisiva para los organismos

tores mencionados se encuentran en una situación comparable en relación con el principio de igualdad de trato⁵⁴, ya que toda emisión de gases de efecto invernadero puede contribuir a la producción de interferencias peligrosas en el sistema climático y cualquier sector de la economía que emita tales gases puede contribuir al funcionamiento del régimen de comercio de derechos de emisión⁵⁵, si bien están recibiendo al tiempo un trato diferente. Trato diferente que, finalmente, concluye el tribunal que está objetivamente justificado.

A efectos de llegar a dicha conclusión, el TJUE vuelve a recordar que una diferencia de trato está justificada «cuando se basa en un criterio objetivo y razonable, es decir, cuando está en relación con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato»⁵⁶. De esta forma, tras examinar la justificación y datos aportados por el legislador europeo para acreditar la existencia de criterios objetivos para la diferencia de trato, señala que si bien ha reconocido al mismo, en el ejercicio de las competencias que se le confieren, una amplia facultad de apreciación cuando su acción implica tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y cuando debe realizar apreciaciones y evaluaciones complejas⁵⁷, dicha facultad no obsta para que esté obligado a basar su elección en criterios objetivos y apropiados en relación con la finalidad perseguida por la legislación en cuestión, teniendo en cuenta todos los elementos de hecho, así como los datos técnicos y científicos disponibles en el momento de adoptar el acto de que se trate⁵⁸. Así, teniendo en cuenta los datos aportados y la diferencia sustancial entre los niveles de emisiones directas de los distintos sectores, el TJUE señala que el trato diferente estaba justificado; añadiendo asimismo que el enfoque progresivo en que se

de radiodifusión televisiva de pago inferiores a los establecidos para los organismos de radiodifusión televisiva en abierto. El TJUE, analizando el objetivo de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (que por lo que respecta al tiempo de emisión de publicidad trata de lograr una protección equilibrada de los intereses económicos de los organismos de radiodifusión televisiva y de los anunciantes, por una parte, y de los intereses de los titulares de los derechos, a saber, los autores y los creadores, y de los consumidores que son los telespectadores, por otra parte), concluye que ambos operadores no se encuentran en una situación comparable, pues sus intereses económicos son diferentes, por lo que el TJUE entiende que no se había producido una vulneración del principio de igualdad por el establecimiento de dichos distintos límites. STJUE de 18 de junio de 2013, *Sky Italia Srl. contra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, C-234/12, Rec. Electrónica, app. 15-23.

⁵⁴ STJUE de 16 de diciembre de 2008 *Arcerlor Atlantique et Lorraine y otros*, C-127/07, Rec. p. I-9895, ap. 38.

⁵⁵ *Ibid.* ap. 34.

⁵⁶ *Ibid.* ap. 47.

⁵⁷ *Ibid.* ap. 57.

⁵⁸ *Ibid.* ap. 58.

basaba la normativa europea justificaba dicha diferencia⁵⁹. Argumentos, todos estos, por los que concluía que no se había vulnerado el principio de igualdad de trato⁶⁰.

Como puede observarse, el TJUE concede un amplio margen a la **facultad de apreciación del legislador**, limitándose a verificar si ha actuado basándose en criterios objetivos y no de forma arbitraria⁶¹. Aplica así un amplio margen para la justificación objetiva de la diferencia de trato.

Otro asunto en el que vuelve a observarse cómo se mantiene la jurisprudencia previa a la Carta, es el asunto *Azienda Agricola Disarò Antonio y otros*, en el que TJUE vuelve a recordar la necesidad del «**esfuerzo de solidaridad**» cuando se trata de alcanzar el objetivo de hacer frente al desequilibrio entre la oferta y la demanda de productos lácteos, en el cual deben participar por igual todos los productores de la Comunidad, y que el carácter deficitario de un Estado miembro carece de pertinencia a la hora de determinar la cantidad de referencia nacional, tal y como ya había señalado en el asunto España contra Consejo ya citado⁶². Por ello, señala el TJUE que las demandantes en el litigio principal no podían alegar que por el carácter defi-

⁵⁹ *Ibid.* app. 59-72

⁶⁰ *Ibid.* ap. 73. Idéntica conclusión a la que llega en el asunto *Schaible*, en la que el TJUE vuelve a recordar que una diferencia de trato está justificada cuando se basa en un criterio objetivo y razonable (ap. 77) y que corresponde al legislador de la Unión acreditar la existencia de criterios objetivos que justifiquen la diferencia de trato y aportar el Tribunal los datos necesarios para que pueda verificar la existencia de dichos criterios. Volviendo a hacer referencia a que en supuestos como el examinado, en que el legislador de la Unión ha de reestructurar o crear un sistema complejo, puede recurrir a un enfoque por etapas, siempre que el mismo se base en criterios objetivos y apropiados en relación con la finalidad perseguida por la legislación (ap. 91) Por ello concluye, que a la luz de las alegaciones expuestas por el legislador europeo, existían diferencias entre los distintos tipos de mamíferos (por una parte, el ganado ovino y caprino y, por otra, el ganado bovino y porcino) que justificaban un marco normativo propio para cada especie animal, estando justificada objetivamente la diferencia de trato y no produciéndose una vulneración del principio de igualdad de trato (app. 92-96). STJUE de 17 de octubre de 2013, Herbert Schaible contra Land Baden-Württemberg, C-101/12, Rec. Electrónica.

⁶¹ Amplio margen de apreciación del legislador que se reconoce también en el asunto *Agrargenossenschaft*, en el que el TJUE señala que el control del juez debe limitarse a comprobar si la medida controvertida no adolece de error manifiesto o de desviación de poder, o si la autoridad de que se trate no ha sobrepasado claramente los límites de su facultad de apreciación. Vid. STJUE de 14 de marzo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzeulle eG contra Landrat des Landkreises Oder-Spree, C-545/11, Rec. Electrónica, ap. 43. Vid, asimismo, STJUE de 30 de junio de 2016, Lidl GmbH & Co. KG c. Freistaat Sachsen, C-134/15, ap. 47.

⁶² STJUE de 14 de mayo de 2009, Azienda Agricola Disarò Antonio y otros c. Cooperativa Milka 2000 Soc. coop. arl., C-34/08, Rec. 2009 I-04023, app. 30-34.

citario de la producción lechera italiana se encontraban en una situación diferente de la de los productores de leche en otros Estados miembros⁶³. Destacando el tribunal que el hecho de que una medida adoptada en el marco de una organización común de mercados pueda tener repercusiones diferentes para determinados productores, en función de la naturaleza particular de su producción, no constituye una discriminación, ya que la medida se basa en criterios objetivos, adaptados a las necesidades del funcionamiento global de la organización común de mercado⁶⁴. Se basa, por tanto, la justificación objetiva en las necesidades de funcionamiento de la organización común de mercado, pero no se especifica nada más. Es decir, sigue sin poder encontrarse en la sentencia un elenco de criterios que permitan abordar de forma más transparente el test de la justificación objetiva.

También sigue recordando el TJUE su jurisprudencia reiterada en la que enfatiza que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a **objetivos de interés general** perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte al contenido esencial de los derechos así garantizados⁶⁵. Señala el Abogado general Jääskinen, que el Tribunal busca así lograr un equilibrio entre los diferentes derechos e intereses, por un lado, y los derechos fundamentales y libertades económicas, por otro⁶⁶. Vemos, por tanto, como la consecución de los objetivos de interés general perseguidos por la Unión y la protección de las libertades económicas, siguen jugando como elementos que pueden determinar el establecimiento de limitaciones a los derechos recogidos en la CDF, incluido entre ellos el de igualdad⁶⁷.

Y, asimismo, sigue manteniendo el Tribunal que las **diferencias entre legislaciones nacionales** no vulneran el principio de igualdad. Ello puede observarse en el asunto *Schaible*⁶⁸, en el que el TJUE vuelve a recordar que la prohibición de discriminación no comprende las eventuales disparidades de trato que puedan derivarse, entre los Estados miembros, de las divergencias existentes entre las legislaciones de dichos Estados, siempre que tales

⁶³ *Ibid.* ap. 68.

⁶⁴ *Ibid.* ap. 69.

⁶⁵ STJUE de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros, C-317/08 a C-320/08, Rec. p. I-2213, ap. 63.

⁶⁶ Opinión del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, presentada el 2 de mayo de 2014, en el asunto C-129/14 PPU, Zoran Spasic [petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Nürnberg (Alemania)], ap. 83.

⁶⁷ SSTJUE de 15 de junio de 2006 Dokter y otros, C-28/05, ap. 75; de 2 de abril de 2009, Gambazzi, C-394/07, Rec. P. I-2563, ap. 29; y de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros, C-317/08 a C-320/08, Rec. p. I-2213, ap. 63

⁶⁸ STJUE C-101/12, *op. cit.*

legislaciones se apliquen a todas las personas sometidas a ellas⁶⁹. A lo que, añade, debe tenerse en cuenta que la disparidad de estas legislaciones nacionales es compatible con el Derecho Europeo cuando éste otorga un cierto margen de apreciación a los Estados miembros⁷⁰.

De esta forma, el TJUE concluía que la excepción prevista en el Reglamento 21/2004, por la que se autorizaba a los Estados miembros con una cabaña reducida de ovino o de caprino a decidir que el sistema de identificación electrónica fuese facultativo, no implicaba una discriminación entre los ganaderos de los Estados miembros en los que no se hubiese establecido dicho sistema y los demás ganaderos establecidos en la Unión, entendiendo que la citada excepción era de carácter objetivo y razonable⁷¹. Además, entendía el TJUE que dado que la excepción controvertida sólo autorizaba a los Estados miembros a decidir que la identificación electrónica individual fuese facultativa respecto de los animales que no fuesen objeto de intercambios intracomunitarios, un ganadero establecido en un Estado miembro en el que dicha identificación fuese obligatoria no sufría ninguna desventaja económica como consecuencia de los efectos comunes de la citada obligación y de la excepción controvertida⁷².

Por lo tanto, como puede observarse, la jurisprudencia del TJUE sigue siendo muy casuística, como ya se ha destacado en los asuntos examinados en el apartado anterior y que se citan en las explicaciones anejas a la CDF, en las aclaraciones de la Carta, como plasmación de la doctrina del Tribunal de Justicia, que lo considera un principio fundamental del Derecho de la Unión como se ha señalado. Hecho que, como ya se ha adelantado, dificulta extraer unas pautas generales sobre la obtención de parámetros generales objetivos delimitadores del principio. Y seguimos encontrando en la jurisprudencia del TJUE numerosos supuestos en los que la excepción al principio de igualdad se convierte en la regla: la consecución de los objetivos de interés general de la Unión, la facultad de apreciación de la que goza el legislador europeo, la solidaridad entre Estados miembros o la disparidad de legislaciones nacionales son elementos destacados de forma constante en la jurisprudencia del TJUE como criterios que justifican de forma objetiva la diferencia de trato. Ámbitos, todos ellos, en los que el TJUE aplica un amplio margen para la justificación de la diferencia de trato. Por tanto, la línea argumental principal de las sentencias citadas en las Explicaciones a la Carta se mantiene en la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la misma.

⁶⁹ *Ibid.*, ap. 87.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, app. 80-85.

⁷² *Ibid.*, ap. 86.

Por el contrario, si pueden encontrarse unos criterios más detallados en la jurisprudencia del TJUE relativa al principio de igualdad de trato y no discriminación entre trabajadores⁷³. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que se trata de un ámbito en el que la Unión Europea cuenta con una abundante normativa⁷⁴, así como que el hecho de que el énfasis en el concepto de igualdad formal empleado por la jurisprudencia del TJUE haya determinado que se haya desarrollado más la igualdad desde su dimensión negativa, es decir, desde el principio de no discriminación, como señala O'Conneide⁷⁵.

Así, por lo que respecta al test de comparación, para apreciar si dos tipos de trabajadores se encuentran en una situación comparable el TJUE ha señalado que pueden tenerse en cuenta un conjunto de factores como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales. Estos pueden observarse, por ejemplo, en el asunto *De Diego Porras*, en el que se planteaba si era contraria al principio de discriminación una normativa que no reconoce derecho de indemnización a los trabajadores interinos pero si a los trabajadores con contrato de duración determinada. El TJUE señalaba que ambos tipos de trabajadores se encontraban en una situación comparable, al observar que la recurrente cumplía no solo los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo, sino que también efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que había reemplazado⁷⁶. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, como se ha señalado, en este ámbito la Unión cuenta con una amplia normativa cuyo objetivo es eliminar las desigualdades de trato entre trabajadores, de la que el TJUE extrae los criterios que pueden aplicarse a efectos de realizar el test de comparación; y que, por otra parte, sigue tratándose de una jurisprudencia casuística en la que en todo caso el tribunal debe examinar los hechos del caso concreto.

Y, por lo que respecta al test de justificación objetiva, el TJUE utiliza también un rasero sensiblemente distinto al que se ha examinado en las sentencias anteriores, determinando de forma más precisa los criterios que pueden tomarse en cuenta para analizar si la diferencia de trato está objetivamente justificada. Así, el TJUE ha señalado que el concepto de «razones objetivas» requiere que la desigualdad de trato esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios

⁷³ Un análisis de jurisprudencia reciente en relación a la Directiva de igualdad en materia de empleo puede consultarse en S. Peers, «The EU Charter of rights and the right to equality», *ERA Forum* 02/2011, Vol. 11/4.

⁷⁴ Vid. M. Bell, «Article 20», *op. cit.*, 575.

⁷⁵ Vid. C. O'Conneide, *op. cit.*

⁷⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa, C-596/14, app. 40-44.

objetivos y transparentes. Todo ello, con el objeto de verificar si la desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. En esta lógica el tribunal considera que dichos elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas, o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro⁷⁷, añadiendo que el hecho de que una norma nacional general y abstracta, como una ley o convenio colectivo, prevea la diferencia de trato no permite justificar de forma objetiva la misma⁷⁸.

En coherencia interpretativa con lo dicho, el TJUE ha extendido el principio de igualdad de trato a los trabajadores a tiempo parcial o con contrato de duración determinada. En *Del Cerro Alonso*, el TJUE señala que la normativa europea se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinado y trabajadores fijos por lo que se refiere al complemento económico por antigüedad, justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de

⁷⁷ Vid. SSTJUE de 13 de septiembre de 2007, Yolanda Del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, C-307/05, Rec. 2007 I-07109, app. 53 y 58; de 22 de diciembre de 2010, Rosa María Gavieiro Gavieiro (C-444/09) y Ana María Iglesias Torres (C-456/09) contra Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, C-444/09 y C-456/09, Rec. 2010 I-14031, ap. 55; de 8 de septiembre de 2011, Francisco Javier Rosado Santana contra Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, C-177/10, Rec. 2011 I-07907, ap. 73; de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa, C-596/14, ap. 45; y de 21 de septiembre de 2016, Carlos Álvarez Santirso contra Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias, C-631/15, ap. 51. Ha de destacarse como, a nivel interno, los jueces y tribunales nacionales reciben esta jurisprudencia del TJUE. En el caso de España, no obstante, como señala Miryam Rodríguez, el Tribunal Constitucional mantiene una «doble visión de la relación con el derecho de la UE en materia de derechos fundamentales, una para él y otra para la jurisdicción ordinaria», doble visión, señala, que implica que se produzca una bifurcación por lo que respecta a la jurisprudencia de referencia sobre la dimensión sustantiva de ciertos derechos. Así, cita como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/15, en la que pese a admitir el Alto Tribunal el recurso de amparo ya que le podría permitir valorar si mantener o matizar su doctrina con respecto a la proyección del derecho a la igualdad entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, finalmente no llevó a cabo tal valoración por cuestiones derivadas de la lógica hermenéutica propia de su función y mantuvo la jurisprudencia establecida desde la sentencia 7/1984. Vid. M. Rodríguez-Izquierdo Serrano, «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*, 107 (mayo-agosto 2016), 137.

⁷⁸ Vid. *Del Cerro Alonso*, ap. 57; *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, ap. 54; *Rosado Santana*, ap. 72; *De Diego Porras*, ap. 46; y *Álvarez Santirso*, app. 48 y 56.

un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador, ya que una disposición nacional que se limita a autorizar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada de un modo general y abstracto a través de las citadas normas no constituye una razón objetiva que justifique la diferencia de trato⁷⁹.

No se hace referencia en el citado asunto al art. 20 de la Carta, tampoco al principio de igualdad (se hace referencia al principio de no discriminación, utilizando la misma definición adoptada para el principio de igualdad)⁸⁰, pero ha de tenerse en cuenta que el TJUE ha reconocido que la prohibición de discriminación es una expresión específica del principio general de igualdad⁸¹, y que también ha señalado que el principio de igualdad actualmente se encuentra consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta. Es claro, que en el asunto se plantea un problema de igualdad de trato entre distintas clases de trabajadores, por lo que quizás habría sido conveniente que el TJUE hiciese referencia al artículo 20 de la Carta. Se observa, por tanto, como en los ámbitos en los que la UE cuenta con normativa detallada el TJUE aborda la delimitación de la justificación de las diferencias de trato desde la aplicación de dicha normativa, sin hacer mención a la Carta. Cuando, en otros supuestos, ha demostrado que no habría ningún inconveniente para ello, como en el asunto *Zoi Chatzi*⁸².

Luego, siguen manteniéndose numerosas excepciones al principio de igualdad (la consecución de los objetivos de interés general de la Unión, la facultad de apreciación de la que goza el legislador europeo, la consecución

⁷⁹ *Del Cerro Alonso, op. cit.*, app. 49-59. Otro asunto contemporáneo a destacar en este contexto sería el asunto *De Diego Porras*. En este caso, la normativa española denegaba cualquier indemnización por finalización de contrato a los trabajadores al servicio de la Administración Pública con contrato de interinidad, mientras, a la sazón, sí reconocía tal indemnización a los trabajadores con contrato de duración determinada comparables. El TJUE señala que el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación no es conforme a los requisitos señalados y no puede constituir una razón objetiva para la diferencia de trato, como tampoco el hecho de que la normativa nacional no prevea la concesión de indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad. Añadiendo que admitir que la mera naturaleza temporal de la relación basta para justificar la diferencia de trato privaría de contenido a la normativa europea y perpetuaría el mantenimiento de una situación desfavorable para estos trabajadores. *De Diego Porras, op. cit.*, app. 47 y 50.

⁸⁰ *Ibid.* ap. 35.

⁸¹ STJUE de 12 de octubre de 2004, *Nicole Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG*, C-131/02, Rec. 2004 I-09483, ap. 56. Vid. Bell, *op. cit.*, p. 575.

⁸² Asunto relativo a la concesión del permiso parental por el nacimiento de gemelos y la interpretación del Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995 que figura en el anexo de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996. STJUE de 16 de septiembre de 2010, *Zoi Chatzi contra Ypourgos Oikonomikon*, C-149/10, Rec. 2010 I-08489, ap. 63.

del mercado interior, la solidaridad entre Estados miembros, la disparidad de legislaciones nacionales), mediante los cuales el TJUE justifica de forma objetiva la diferencia de trato.

La CDF es un punto de llegada no un punto de partida, es la consolidación de lo que el TJUE entiende no solamente como una recepción adecuada de su doctrina sino, una constatación de que para el tribunal el principio ya había alcanzado su techo en el Derecho Comunitario sin necesidad de la CDF.

Donde si puede observarse que el TJUE realiza un control más riguroso del test de justificación, es allí donde ha de aplicarse la normativa en materia de igualdad de trato y no discriminación entre trabajadores, donde pueden encontrarse criterios más rigurosos sobre cómo realizar el test de comparación así como para la determinación de la justificación objetiva de las diferencias de trato⁸³. Sin embargo, dicho desarrollo se mantiene en un plano formal y no tiene ningún efecto reseñable en alterar el núcleo y alcance del principio.

Por lo tanto, el estudio cronológico de la jurisprudencia del TJUE tras la aprobación de la CDF, constata que el TJUE sigue manteniendo que el principio general de igualdad es un principio general del Derecho de la Unión y que requiere, por un lado, que no se traten de manera diferente situaciones comparables y, por otro, que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que dicho trato diferente esté justificado objetivamente, enfatizándose que el principio examinado se encuentra consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta⁸⁴, pero manteniéndose las principales excepciones al principio ya apuntadas por la jurisprudencia previa a la Carta.

4. CONCLUSIÓN.

El reconocimiento del principio de igualdad ante la ley en el derecho comunitario fue creado en su esencia por el TJUE: basándose esencialmente en los reconocimientos sectoriales del Derecho Originario y en los reconocimientos establecidos en los ordenamientos de los EEMM, estos últimos en dialéctica con sus tribunales constitucionales⁸⁵. La CDF cristalizó esa creación en el fondo –recogiendo su esencia– y en la forma –explicitando en el

⁸³ A este respecto, vid. M. Bell, «Article 20», *op. cit.*, 571 y ss.

⁸⁴ Vid., por ejemplo, SSTJUE de 22 de mayo de 2014, Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern, C-356/12, Rec. Jurisprudencia electrónica, ap. 43; de 21 de julio de 2011, Károly Nagy contra Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal, C-21/10, Rec. 2011 p. I-06769, ap. 47; y de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd v. Comisión, C-550/07 P, Rec. 2010 p. I-08301, ap. 54.

⁸⁵ Al respecto, vid. J. M. Martínez Sierra, «La Recepción del Derecho Comunitario...», *op. cit.*

Título VII de la carta los límites que el TJUE venía aplicando al principio de igualdad—, consagrado lo que podríamos denominar una «igualdad para un mercado».

Como hemos demostrado con la comparación de la jurisprudencia del TJUE, la aprobación de la CDF no produce ningún salto cualitativo en el reconocimiento de la igualdad ante la Ley en el Derecho Comunitario. Si de muestra vale un botón, conviene recordar que el propio TJUE ya mencionó la CDF antes de su entrada en vigor. Así, las enseñanzas que extraemos de la doctrina estudiada —y que se mantiene en muchas otras⁸⁶— son claras, la configuración del principio permite potencialmente confundir la excepción con el principio: desde el interés general, a la búsqueda de la superación del fraccionamiento del mercado, pasando por la solidaridad entre los EEMM y la disparidad de legislaciones nacionales, el legislador europeo encuentra un amplísimo margen para sortear el principio de igualdad. Dichas palabras se han venido refrendando en la práctica jurisprudencial comunitaria. De todos los asuntos históricos estudiados, solamente el asunto Port terminó con un reconocimiento explícito de la vulneración del principio estudiado, pese a que en la inmensa mayoría el TJUE reconoció la existencia de un trato desigual de hecho.

En relación con el párrafo anterior y dimensionando esa conclusión, hemos de recordar que las sentencias citadas por la Convención como paradigma de la recepción pretoriana del principio de igualdad en los altares de los principios fundamentales del Derecho europeo, distan de ser un reconocimiento ortodoxo en puridad constitucional. Las sentencias estudiadas al hilo de las tres sustantivas, lejos de mejorar el panorama introducen una pluralidad de excepciones que amenazan con hacer de la excepción la regla. Sin prejuicio del desarrollo posterior en estas conclusiones, podemos ya concluir que cualquier estudio omnicompreensivo de la cuestión debe referirse a otro de los aspectos más característicos de la delimitación de trato dispar, a saber, el relacionado con el principio de solidaridad.

Los mayores impactos encontrados en la doctrina del TJUE tras la entrada en vigor de la CDF es la reciente jurisprudencia sobre igualdad de trato cuando aborda asuntos en materia de protección de los trabajadores, específicamente en sentencias sobre los trabajadores a tiempo parcial o con

⁸⁶ Véanse por ejemplo las SSTJCE de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y Ströh, as. ac. 117/76 y 16/77, Rec. p. 1753, ap. 7; Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson y Providence agricole de la Champagne, as. ac. 124/76 y 20/77, Rec. p. 1795, ap. 16; de 25 de octubre de 1978, Koninklijke Scholten-Honig y De Bijenkorf, 125/77, Rec. p. 1991, ap. 26, y Royal Scholten-Honig y Tunnel Refineries, as. ac. 103/77 y 145/77, Rec. p. 2037, ap. 26; de 10 de enero de 1992, Kühn, C-177/90, Rec. 1992, p. I-64, ap. 18; de 27 de enero de 1994, Herbrink, C-98/91, Rec. 1994, p. I-257, ap. 27.

contrato de duración determinada. Dicha doctrina, no altera la conclusión anterior –la CDF no produce ningún salto cualitativo en el reconocimiento de la igualdad ante la Ley en el Derecho Comunitario–, pues lejos de enmarcarse en una doctrina vanguardista novedosa que se apoya en el contenido de la CDF, se trata de un reconocimiento que encaja perfectamente en la «igualdad para un mercado» dado que dichas discriminaciones, de permitirse –en unos EEMM o sectores económicos frente a otros– distorsionarían el funcionamiento efectivo de las libertades básicas.

En la conclusión anterior se encuentra implícita la siguiente, a saber: el «constituyente» de la carta no se empapó del momento histórico ni de las vanguardias en el ámbito de la igualdad, ello lo indica tanto la literalidad del precepto como la doctrina del TJUE estudiada. No encontramos indicios suficientes para sentenciar la superación de la simple igualdad de trato *ab inito*, ni en relación con la persecución de la igualdad de resultados ni en la concepción de la igualdad como diversidad. Aún así la variedad de las justificaciones desplegadas en la CDF permite afirmar que el constituyente faculta al legislador para utilizar los tres tipos de política legislativa estudiados en la introducción o una combinación de ellos: a través del principio de no discriminación, buscando la igualdad sustantiva y/o buscando la armonía entre igualdad y diversidad. Así lo dicho sobre la doctrina del TJUE debe de entenderse como un suelo de reconocimiento constitucional

La regulación de la Carta dentro del Derecho Originario, particularmente debido a las limitaciones del Título VII de la misma, imposibilitarán el desarrollo pleno del principio de igualdad a manos del TJUE. Por ello, en ningún caso alcanzará la centralidad y alcance que ocupa en la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros. Por ello, promete seguir sin grandes cambios la configuración que del mismo ha realizado desde siempre el TJUE por la vía pretoriana. Esta configuración convierte la doctrina del TJUE en esencial de cara al futuro y garantiza que el único salto cualitativo vendrá de la mano del desarrollo que del principio estudiado pudiera realizar la «Ley comunitaria».

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN ESTADOS UNIDOS: LECCIONES DE UN DEBATE INACABADO*

*The constitutionalization of a balanced budget rule
in the United States: lessons from an unfinished debate*

Gabriel Moreno González
Investigador Derecho Constitucional
Universitat de València
Gabriel.Moreno-Gonzalez@uv.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp247-288](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp247-288)

Recibido: 28.08.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el estudio de la problemática jurídica que ha suscitado a lo largo de la reciente historia de los Estados Unidos la posible constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, analizando las repercusiones de ésta a través de las experiencias estatales y del complejo marco institucional de la democracia norteamericana a nivel federal. Con ello, se perfilarán las cuestiones que más dudas suscitan en torno a la *balanced budget* desde el prisma constitucional y que pueden repetirse en cualquier proceso de similares características.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Moreno González, Gabriel. 2017. «La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en Estados Unidos: Lecciones de un debate inacabado». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp247-288](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp247-288).

Palabras clave

Economía constitucional; estabilidad presupuestaria; control jurisdiccional de constitucionalidad.

Abstract

This article aims to research on the legal matters that the possible constitutionalization of the balanced budget in the United States has raised in recent times, analyzing its impact from the perspective of the experience in some states and taking into account the great complexity that the institutional frame of the American democracy has at the federal level. By doing so, the main questions revolving around this issue from the constitutional point of view will be properly outlined, as these doubts may be repeated in similar processes.

Keywords

Constitutional economics; Balanced budget; Constitutional Review.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL TABLERO LIBERAL DE PODERES. II. LA BBR EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA CONSTITUCIONAL. III. LA REVOLT TAX: ¿HACIA UNA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL?. IV. LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. 1. *La definición y el método contable.* 2. *Flexibilidad y transitoriedad.* 3. *Contenidos accesorios... ¿necesarios?.* 4. *La evasión (¿legal?) de la estabilidad presupuestaria.* V. EL PROBLEMA DE LA EJECUTORIEDAD: ¿JUECES HACIENDO CUENTAS?. VI. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL TABLERO LIBERAL DE PODERES

Si hay algo que caracterizó (y caracteriza) al liberalismo como movimiento político eso es, sin duda, la defensa de la limitación del poder del Estado en el marco de protección de los derechos individuales¹. La preocupación liberal más auténtica se vio desde sus inicios canalizada en la Constitución en tanto mejor y más firme baluarte frente al temor a un retorno del ideario absolutista o de una expansión, sin límites, del nuevo Estado impersonal. Con la caída del Antiguo Régimen las cadenas que otrora restringían el ámbito de actuación del Monarca, ya fuera la religión, la tradición o los poderes intermedios, quedaron también completamente quebradas, mostrando con ello a los primeros liberales un campo baldío en el que tenían, a veces no sin dificultades, que reconstruir los límites al nuevo poder político que estaba naciendo².

La experiencia estadounidense constituye, en este sentido, un caso paradigmático. Sin las ligaduras de la clase aristocrática y de la Monarquía que aún pervivirían durante décadas en la vieja Europa, los norteamericanos tuvieron que afrontar desde el inicio el reto de la construcción de una nueva República prácticamente *ex nihilo*. Y lo harían, tras su triunfo, a través de la articulación jurídica de los poderes políticos en la Constitución federal, la más antigua de las modernas que hoy persiste, mediante una hasta entonces

¹ Cfr. Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 2000).

² El vizconde de Tocqueville describiría el temor del primer liberalismo ante la nueva forma del Estado impersonal, libre de toda cadena heredada, con su magistral concisión: «Todos los poderes parecen acudir por sí solos hacia el centro, se acumulan en él con una rapidez sorprendente, y el Estado alcanza de golpe los límites extremos de su fuerza mientras que los particulares se dejan caer en un instante hasta el último grado de debilidad». Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (Madrid: Editorial Aguilar, 1989), vol. II, 349.

novedosa ingeniería constitucional³. La limitación del poder a través de su separación, tanto horizontal (dos cámaras en el Congreso, mínimos poderes para el Presidente...), como vertical (federalismo), así como la restricción del margen de acción del mismo a través del reconocimiento y garantía de una serie de derechos fundamentales (*Bill of Rights*), vinieron acompañados de una preocupación constante en los jóvenes Estados Unidos por una posible extensión del Estado federal mediante el ejercicio, incontrolado, de sus facultades impositivas. La vinculación entre los deseos de limitar la discrecionalidad fiscal y el surgimiento mismo del moderno *rule of law*, presente en casi todos los procesos liberales, se predica especialmente de la Revolución norteamericana (*No Tax Without Representation*) y de la consiguiente defensa a ultranza de la propiedad privada como mejor cristalización de la esfera de libertad individual⁴. Las restricciones que se desplegaron frente a las posibles prácticas redistributivas de un poder político-fiscal fuerte, como el principio de generalidad tributaria, no fueron sin embargo tan contundentes como las que se dieron en el ámbito político; quizá debido en parte a la funcionalidad de éstas para con las primeras. La propia división del poder servía, en definitiva, para evitar la entonces tan temida «tiranía de las mayorías»⁵ también en el aspecto tributario.

Sin embargo, los recelos que el poder federal despertaba en el seno de los «republicanos», agrupados en torno a figuras tan prominentes como Jefferson y Madison, partidarios de mayor autonomía para los Estados, se vieron reflejados en los primeros años de la República americana en el ámbito fiscal⁶. Continuas tensiones alrededor de tal materia cruzaron este periodo, desde el rechazo a los planes de Hamilton de crear una deuda nacional, a la posibilidad misma de que la Federación aumentara sus competencias a través de una renovada capacidad fiscal. De ahí que los ojos de algunos republicanos viraran nuevamente hacia la Constitución, a la que consideraban en

³ Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 1998), 98 y ss.

⁴ Algunos historiadores consideran, creemos que con cierta exageración, que una de las principales causas de las revoluciones inglesa, americana y francesa fue el alto nivel de deuda que mantenían sus Estados. Cfr.: Brinton Crane, *The Anatomy of Revolution* (Nueva York: Vintage Books, 1965), 28-39. Una visión sobre la revolución que sigue estando en vigor por su lucidez, y que destaca el papel de las instituciones anteriores a la Independencia que tenían las colonias y el rol que jugó el elemento fiscal, puede verse en Hannah Arendt, *Sobre la Revolución* (Madrid: Alianza Editorial, 2013). La importancia de la propiedad privada y sus categorías responde a lo que Fioravanti ha denominado como «modelo historicista», incrustado en el mundo anglosajón del primer liberalismo. Mauricio Fioravanti, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 31-35.

⁵ El famoso n° 10 de *El Federalista*, escrito por Madison, es relevante al respecto.

⁶ Cfr.: Joseph Ellis, *Founding Brothers* (Nueva York: Vintage Books, 2000), 48-81.

ocasiones demasiado federalista, para frenar tales tentaciones. Jefferson, el principal autor de la Declaración de Independencia, escribiría: «Desearía si fuera posible obtener una enmienda concreta para nuestra Constitución. Estaría dispuesto a depender de eso solo para la reducción de la administración de nuestro gobierno; quiero decir, un artículo adicional que regulara el poder de endeudamiento del Gobierno Federal»⁷.

Fíjese el énfasis que dedica a la propuesta el mayor temeroso de entre los «Padres fundadores» del poder federal y del tamaño del Estado: «estaría dispuesto a depender de eso solo», de una enmienda constitucional que regulara, limitándolo, el endeudamiento de las instituciones de Washington. Aunque el mismo Jefferson no cumpliría con el ejemplo al comprar Luisiana mediante la emisión de deuda y su propia proposición nunca se materializaría en algo concreto, el miedo de sus «republicanos» a que los «federalistas» de Hamilton y Adams utilizaran mayores recursos económicos para ampliar los poderes centrales, fue evidente a lo largo de las primeras administraciones federales⁸.

En el seno de los Estados que formaban parte de la Unión el debate en torno a la necesidad de limitar la capacidad fiscal de sus respectivos Gobiernos sí pasó de las palabras a los hechos, hasta el punto de que hoy en día la práctica totalidad de los Estados tienen algún tipo de previsión constitucional sobre la estabilidad presupuestaria. Muchas de tales previsiones proceden, además, del contexto que proporcionó la primera crisis económica de entidad del nuevo país americano, que azotó las finanzas de medio mundo solo unos años después de la muerte del propio Jefferson. La crisis vino auspiciada por el espectacular crecimiento económico que las tres primeras décadas del siglo XIX dieron a los Estados Unidos, un país de dimensiones continentales que por entonces tenía una ilimitada capacidad de extensión territorial y de acumulación de riquezas. El aumento demográfico, gracias en buena medida a la llegada de inmigrantes, y las necesidades del comercio, provocaron una carestía de infraestructuras y medios de transporte que pronto la burguesía mercantil y financiera de la costa noreste supo demandar eficazmente. Los

⁷ «I wish it were possible to obtain a single amendment to our Constitution. I would be willing to depend on that alone for the reduction of the administration of our government; I mean an additional article taking from the Federal Government the power of borrowing.» Thomas Jefferson, «Letter to John Taylor of Caroline», November 26, 1798, en *The Writings of Thomas Jefferson* (Washington DC: Memorial Edition), vol. 10. Traducción propia.

⁸ Jeffrey Needelman, «Deconstructing the Balanced Budget Amendment: Fiscal Folly, Monetary Madness», *UCLA Law Review*, n° 44 (1997): 1289 y ss. El autor recuerda la relevancia que tuvo el marco jurídico en la configuración de la estabilidad financiera y monetaria en el pensamiento de Hamilton, de ahí que sea el «Padre Fundador» más recordado por James Buchanan y la escuela de la Economía constitucional.

Estados y las incipientes administraciones locales se embarcaron entonces en un sinnúmero de proyectos para crear tales infraestructuras, cuya financiación se logró gracias a la emisión de títulos de deuda valorados en millones de dólares⁹. El boom de títulos, vendidos por todo el mundo en el contexto de una incipiente globalización sin restricciones jurídicas, creó las condiciones propicias para que los movimientos especulativos se centraran en EEUU, y para que en 1837, bajo la presidencia del polémico Andrew Jackson, estallara una de las grandes crisis financieras de su historia¹⁰. Muchas de las administraciones, tanto estatales como municipales, tuvieron que declararse en bancarota y reconocieron no poder afrontar sus altos niveles de deuda, en medio de la desconfianza de los inversores, la huida de capitales y el empeoramiento general de la economía norteamericana. Los sistemas fiscales de entonces, además, no estaban lo suficientemente perfeccionados como para ser máquinas efectivas de recaudación, y los proyectos que se financiaron con deuda habían sido planeados para costearse con los beneficios ulteriores de su propio uso.

La desconfianza de los inversores hacia el nuevo país fue tal durante los siguientes años que los Estados, en un intento por recuperar su simpatía, y recordando las palabras de Jefferson, impulsaron la constitucionalización de límites al endeudamiento y de previsiones específicas tendentes a hacer los pagos de las deudas contraídas jurídicamente vinculantes (*full faith and credit*). La estabilidad presupuestaria se fue así convirtiendo en el siglo XIX en una constante en las Constituciones estatales norteamericanas, y aunque fuera desplegada con grandes diferencias entre los diferentes Estados, todas abordaron alguna de las siguientes previsiones: la estabilidad presupuestaria o garantía de déficit cero; el requerimiento de que la emisión de nuevos bonos sea aprobada por referéndum; que éstos sean aprobados por mayorías cualificadas (generalmente 3/5); o limitaciones sobre deuda garantizada¹¹.

⁹ Sobre este contexto, y sobre la importancia que como referente tuvo además el éxito de la construcción del Canal del Eire en Nueva York, puede verse Lance Davis y Robert Cull, «International Capital Movements and American Economic Growth 1820-1914», en Stanley Engerman y Robert Gallman., eds., *The Cambridge Economic History of the United States* (Nueva York: Cambridge University Press, 1993).

¹⁰ Roderick Kiewiet y Kristin Szakaly, «Constitutional Limitations on Borrowing: An Analysis of State Bonded Indebtedness», *California Institute of Technology* (1996): 65. Como indican los autores, los títulos se vendieron sobre todo a inversores holandeses y británicos.

¹¹ La deuda garantizada es aquella que se emite con el compromiso por parte del Estado de adscribir a su pago determinados impuestos, y en caso de que éstos sean insuficientes, tener que crear nuevos a tal fin. En general, sobre este proceso, puede verse nuevamente Kiewiet y Szakaly, *ibid.*: 65 y ss. Un análisis de estas disposiciones estatales, en

Sin embargo, este proceso de constitucionalización de la estabilidad presupuestaria no se intentó en el ámbito federal, precisamente aquel que depositaba los temores originarios de los «republicanos». La explicación es más simple de lo que cabría esperar: el limitado tamaño de la administración federal y sus reducidas funciones, en un siglo XIX donde imperaba el Estado mínimo y apenas existían prestaciones positivas por parte de éste, hacían del superávit o, cuanto menos, de los presupuestos equilibrados, algo tan normal que hoy nos extrañaríamos en grado sumo¹². Solo durante las guerras el déficit se desbocaba y la deuda subía, pero en seguida la recuperación de la coyuntura permitía financiar los compromisos adquiridos gracias al crecimiento, prácticamente continuo, de una economía estadounidense que a principios del siglo XX ya se homologaba, en ciertos aspectos, a las grandes potencias europeas¹³. Como reconoce Buchanan: «el primer siglo y medio de nuestra historia política nacional encarnó la norma de la estabilidad presupuestaria (*balanced budget*). Esta regla no estaba escrita en el texto constitucional como tal, pero era parte de un aceptado consenso de actitudes acerca de cómo el gobierno debería y debe afrontar sus asuntos fiscales»¹⁴.

Por el contrario, el *New Deal* acabaría con esta tendencia, y mediante una intervención activa del Estado en la economía y el establecimiento de los primeros pilares del sui generis Estado Social norteamericano, la deuda

Yilin Hou y Daniel Smith, «Framework for Understanding State Balanced Budget Requirement Systems: Reexamining Distinctive Features and an Operational Definition», *Public Budgeting and Finance Review*, 26, n° 3, (2006): 32-43.

¹² Curiosamente, como indica Seto, la mayor parte de los ingresos federales provenían de los aranceles que protegían el mercado interno y los intereses de la burguesía y los pequeños comerciantes, por lo que la opinión de la mayoría de la sociedad sobre los presupuestos federales solía ser positiva y permitía una mejor recepción de los intentos, no en balde, de muchos presidentes por aumentar la presencia de Washington en el país. Theodore Seto, «Drafting a Federal Balanced Budget Amendment That Does What It Is Supposed To Do (And No more)», *The Yale Law Journal*, 106, n° 5, (1997): 1467.

¹³ Anita Krishnakumar, «In defense of the debt limit statute», *Harvard Journal on Legislation*, 42, n° 71 (2005): 140-145. Las guerras que provocaron ciertas subidas en el nivel de deuda federal fueron, por este orden, la Anglo-Estadounidense de 1812, la invasión de México en 1847, la Guerra de Secesión en los 60 (donde por primera vez se emitieron bonos de guerra), y ya en el siglo XX, la Primera Guerra Mundial a partir de la entrada del país norteamericano en el tablero europeo (1917).

¹⁴ «The first century and one-half of our national political history did, indeed, embody a norm of Budget balance. This rule was not written into the constitutional document, as such, but rather it was a part of an accepted set of attitudes about how government should, and must, carry on its fiscal affairs». James Buchanan, «Clarifying confusion about the Balanced Budget Amendment», *National Tax Journal*, XLVIII, n° 3 (1995): 347. Traducción propia.

empezaría a naturalizarse como un instrumento más del Gobierno Federal¹⁵. El ideario keynesiano, asentado tras la Segunda Guerra Mundial y con cierta hegemonía entre la élite dirigente y académica occidental, consolidaría la tendencia al endeudamiento masivo y a presentar, desde entonces, déficit desequilibrados¹⁶. Siguiendo a Saturno y Lynch: «esta idea fue básica en la premisa de que los gobiernos debían equilibrar la economía, no simplemente el presupuesto»¹⁷. De ahí que el fantasma de Jefferson apareciera y su proposición, entonces olvidada, se recuperara para intentar llevarse, directamente, a la Constitución Federal. Aunque los primeros intentos al respecto fueron, en verdad, excesivamente tímidos.

Así, en 1935, durante la presidencia de Roosevelt, el senador Millard Tydings propuso un límite a la capacidad de endeudamiento del Estado, pero sin referirse explícitamente a una reforma constitucional; y al año siguiente, ahora sí, el representante de Minnesota Harold Knutson planteó por primera vez una enmienda a la Constitución de los Estados Unidos para juridificar la *balanced budget* indexando los presupuestos a la evolución del PIB per cápita. Dos años después, a pesar del rechazo de ambas iniciativas, la *American Taxpayers Association* presentó un proyecto de enmienda similar al de Knutson, que aunque provocó cierto debate (a pesar de que seguía siendo bastante débil), volvió a ser rechazada por no contar siquiera con los apoyos suficientes como para poder ser tramitada¹⁸. Sin embargo, la asociación no se dio por vencida y miró, por primera vez, al olvidado mecanismo que el artículo V de la Constitución, sobre la reforma de la misma, recoge: la posibilidad de convocar una Convención Constitucional cuando así lo requieran 2/3 de los Estados federados. Los intentos de que éstos enviaran requerimientos

¹⁵ En verdad, como indica de nuevo Krishnakumar, hubo una cierta tendencia desde la I Guerra Mundial, con la aprobación de las *Liberty Bonds Acts*, a ceder cada vez más poder presupuestario al Gobierno Federal desde el Congreso. Éste, desde 1917, dejó de ser el único protagonista en la emisión de deuda pública. Anita Krishnakumar, «In defense of the debt limit statute», 145-160.

¹⁶ Una crítica desde la Economía constitucional a Keynes y el impacto de sus políticas, según los autores, en el sistema político, puede verse en James Buchanan y Richard Wagner, *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, (New York: Academic Press, 1977).

¹⁷ «This idea was based on the premise that governments should balance the economy, not simply de budget», citado en James Saturno y Megane Lynch, «A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options», *Congressional Research Service*, nº 20 (2011): p. 2 y ss. Traducción propia.

¹⁸ Sobre la historia de las enmiendas constitucionales en EEUU, es imprescindible la obra de Richard Berstein y Jerome Agel, *Amending America*, (Kansas: University Press of Kansas, 1995). Sobre estas propuestas en particular, con un sucinto análisis de las que posteriormente se presentarían hasta los 80, puede verse James Savage, *Balanced Budgets and American Politics*, (New York: Cornell University Press, 1988).

en tal sentido fueron, de nuevo, infructuosos¹⁹, al igual que los posteriores que se presentarían²⁰. Estados Unidos pudo entrar así en lo que se conocería como la *Golden Age* del capitalismo, sin restricciones constitucionales sobre sus presupuestos y con un crecimiento económico que parecía imparable y frenaba todo intento de limitación constitucional de la expansión fiscal. Hasta la década de los 70.

A pesar de estos intentos fracasados, y de la constitucionalización exitosa anterior en los Estados de la estabilidad presupuestaria, ello no ha de llevarnos a pensar que ésta era interpretada en los términos y categorías actuales. Hasta mediados de los 70, la *balanced budget* se medía en Estados Unidos bajo criterios más políticos que económicos, en la creencia de que una regla de equilibrio presupuestario a nivel federal constreñiría la posible expansión, no deseada por sus impulsores, de la administración central. Era siempre el mismo tablero en que se movían los «republicanos» y los «federalistas», el de la articulación liberal de los frenos y contrapesos, de la división y limitación efectiva del poder político. No abogaban por la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria porque creyeran que ésta garantizara mejor el orden de mercado ni, por supuesto, aplicaban las modernas teorías del Leviatán administrativo asociado a la crítica al Estado Social. Aunque tales concepciones no tardarían de aparecer en un marco de renovado interés constitucional por la *Balanced Budget Rule* (BBR, en adelante).

II. LA BBR EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA CONSTITUCIONAL

Como decimos, no será hasta la segunda mitad de los años 70 cuando el debate en torno a la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria a nivel federal se revitalice y lo haga, además, bajo fundamentos teóricos diferentes. En efecto, y aunque ya se pueden ver algunas trazas importantes de su teoría en la escuela ordoliberal alemana, la «Economía constitucional» (EC, en adelante) elaborará durante esa década un sólido cuerpo doctrinal que defenderá, explícitamente y con argumentos de economía política, la necesidad de que las Constituciones incorporen férreas restricciones al margen de acción fiscal de los Estados. James M. Buchanan será, en este sentido, la figura más

¹⁹ David Kyvig, «Refining or Resisting Modern Government? The Balanced Budget Amendment to the U. S. Constitution», *Akron Law Review*, 28, n° 2, (1995): 103.

²⁰ Desde el intento de la Asociación, numerosas medidas de este tipo se presentaron por parte de Representantes o Senadores a lo largo de las tres décadas siguientes, pero ninguna tuvo la oportunidad, siquiera, de ser tramitada.

importante de la nueva escuela (también llamada de Virginia), y sus aportes, los más relevantes a la misma²¹.

Si bien la traslación del análisis económico al jurídico no es propia únicamente de la Economía constitucional buchanaiana (Posner, Becker... incluso Milton Friedman), será ésta la que juegue a nivel teórico un papel preponderante en cuanto a la constitucionalización de la BBR en Estados Unidos; algo que hará desde el edificio de sus postulados, enraizados en una concepción filosófica subyacente de, en ocasiones, compleja elaboración. A fuerza de síntesis, éstos descansarían en una defensa radical del individualismo metodológico que les llevará a defender, a su vez, la unanimidad como parámetro óptimo en la toma de decisiones democrática. Bajo este patrón, la posibilidad de veto de un solo individuo asegura que las propiedades e intereses de éste, en sentido genérico, queden siempre salvaguardadas frente a la «tiranía de las mayorías» de las que nos hablaba Madison²². La unanimidad, sin embargo, conlleva unos costos considerables en el marco de las democracias constitucionales contemporáneas, por lo que Buchanan permite que tal exigencia se rebaje dependiendo de la importancia de las normas afectadas. Al considerar las fiscales como potencialmente peligrosas por cuanto pueden subvertir el statu quo a través de lo que Buchanan denomina directamente como técnicas de «rapiña», y que no son más que los mecanismos redistributivos, la Economía constitucional las sitúa en el centro de sus análisis y preocupaciones. Si la unanimidad no puede alcanzarse, o de hacerlo es con un coste político intolerable (retrasos prolongados en la decisión, v.g.), lo óptimo será siempre lo que más se acerque a ese parámetro. Cuanto mayor sea el número de individuos que se necesitan para tomar una decisión, más protegida estará la propiedad y la libertad frente a los deseos siempre cambiantes de las mayorías. La temida redistribución, contraria a la libertad individual en la medida en que conlleva para un grupo determinado la sustracción de recursos que, según Buchanan, justamente le pertenecen, puede alejarse a través del establecimiento de la necesidad de mayorías cualificadas, lo más cercanas posibles

²¹ No en vano, Buchanan recibiría el Premio Nobel de Economía en 1986. En general, para un análisis de la Economía constitucional, Cfr.: Pedro Puy Fraga, *Economía política del Estado constitucional: fundamentos de la Economía constitucional*, (Barcelona: Cedecs Editorial, 1996).

²² Para comprender la concepción holística del autor es esencial James Buchanan, *Los límites de la libertad: entre la anarquía y el Leviatán*, (Buenos Aires: Katz Editores, 2009). Buchanan escribió esta obra en 1975 en el contexto de la discusión abierta por la publicación, unos años antes, de la Teoría de la Justicia de Rawls y la revitalización que entonces se vivió de los paradigmas contractualistas. Cfr. Fernando Vallespin, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, (Madrid: Alianza Editorial, 1985).

a la unanimidad, para la toma de decisiones en materia fiscal. Y el instrumento más adecuado para recoger tales previsiones, por su propia naturaleza indisponible para las mayorías ordinarias (contramayoritaria) y su fuerza suprallegal, es la Constitución y la virtualidad jurídica subsiguiente que desprende²³. Además, la Norma Fundamental es para Buchanan el paradigma del precompromiso (en el sentido de Elster)²⁴, en tanto constituye la traslación más exacta del pacto *societatis* en el que, unánimemente, la sociedad se ha otorgado a sí misma las reglas de convivencia. En esa unanimidad, dice Buchanan, también entran los privilegiados económicamente, que han tenido que transigir con algunas demandas de las mayorías sociales para poder consolidar el nuevo statu quo. El velo de la ignorancia rawlsiano, a su vez, da cobertura a los débiles mecanismos redistributivos que puedan haberse cedido en el momento constituyente y cuya importancia nunca se niega desde la EC. Ahora bien, dichos mecanismos redistributivos han de estar sujetos en todo momento a la Constitución como dique jurídico frente a los deseos de las mayorías si se quiere mantener el pacto fundante de la unanimidad y la inclusión subsiguiente en él de las clases privilegiadas. De ahí que desde tal precompromiso se proyecten, dice Buchanan, una serie de instrumentos jurídicos tendentes a frenar la posible expansión del Estado y su intervención en la economía, que siempre tienden a ir destinados a garantizar mayores cotas de redistribución para las mayorías a costa de la libertad y la propiedad individuales de las minorías (privilegiadas)²⁵. Los frenos jurídico-constitucionales a tal expansión se yerguen en la Economía constitucional, por tanto, como los mejores baluartes en defensa del individuo y su propiedad (en sentido smithiano). La posibilidad de que el Estado se extralimite e intente subvertir redistributivamente el statu quo tiene, además, un actor clave: la Administración pública.

La Economía constitucional no estaba sola en los años 70 en el análisis economicista y desde la economía política de la importancia de la

²³ Pedro Puy Fraga, *Economía política del Estado constitucional: fundamentos de la Economía constitucional*, 218-267.

²⁴ John Elster, *Ulises y las sirenas: estudios sobre la racionalidad e irracionalidad*, (Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2002).

²⁵ La concepción del individuo como un agente racional, calculador y maximizador permanente de sus perspectivas de ganancias (*homo economicus*), puede encontrarse más extensamente en James Buchanan y Gordon Tullock, *El cálculo del consenso*, (Madrid: Editorial Aranzadi, 2015). Ésta es, además, una de las obras más famosas y populares de la Economía constitucional, donde se intenta argumentar la necesidad de la unanimidad en la toma de decisiones o, cuanto menos, de las situaciones más cercanas a la unanimidad. El consenso se predica, en este sentido, del momento constituyente en el que se fundamenta la Constitución.

Administración pública. Durante toda la década se publicaron constantemente estudios sobre la naturaleza de la misma y en la incidencia de su despliegue en los factores económicos. Buchanan proyectará, en este sentido, el conjunto de los planteamientos de su escuela en la Administración, la cual revestirá siempre, según él, una tendencia inmanente a la expansión. Como quiera que está compuesta por individuos, y que los individuos en la EC son siempre *homo economicus* que buscan el mayor beneficio posible en todas sus acciones, tales gestores públicos tenderán permanentemente a aumentar su prestigio y capacidad de influencia a través de la ampliación de las funciones y competencias administrativas. Si a ello le sumamos que éstas son el vehículo concreto de las aspiraciones redistributivas de las mayorías (mediante prestaciones sociales, vg.), la defensa del statu quo desde el texto constitucional ha de tener como objetivo prioritario la limitación de la capacidad expansiva de la Administración, el verdadero brazo ejecutor del Estado. Y ello, se dice desde la EC, puede conseguirse a través de la constitucionalización misma de las políticas fiscales que permitiría la proyección, desde la unanimidad fundante del pacto, de los límites y restricciones más adecuados a tal fin. Atar desde la Constitución al Leviatán que siempre amaga con levantarse para proteger el valor de la libertad individual. Y los mecanismos jurídicos más adecuados para ello los encontrarán en la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria y financiera, en la incorporación de una BBR a la Constitución y en la exigencia desde la misma de que se necesiten mayorías cualificadas (las más cercanas a la unanimidad) para poder incrementar los impuestos y evitar, con ello, la tan temida extralimitación estatal-administrativa²⁶.

Esta concepción renovada del planteamiento liberal en torno a la estabilidad presupuestaria será la que se mezcle en los años 70 con las connotaciones más clásicas (antifederalistas) de la misma, que como hemos visto ya tenían un recorrido importante en la historia de los Estados Unidos, para impulsar así los primeros intentos con serias posibilidades de éxito de llevar la BBR a la Constitución Federal. El matiz contramayoritario que incorpora este giro conceptual podrá, a fortiori, comprobarse continuamente en el nuevo tablero que se despliega.

III. LA *REVOLT TAX*: ¿HACIA UNA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL?

La desafección política de mediados de los 70 era palpable en los Estados Unidos. El desastre de la Guerra de Vietnam había creado un fuerte rechazo

²⁶ James Buchanan y Geoffrey Brennan, *El poder fiscal: fundamentos analíticos de una constitución fiscal*, (Madrid: Unión Editorial, 1987).

en amplios sectores de la sociedad hacia la clase política, y la Crisis del Petróleo vino a frenar el crecimiento económico continuo, estanflación mediante, que se había experimentado desde la Segunda Guerra Mundial. Escándalos como el del Watergate y la consiguiente dimisión del Presidente, no ayudaron precisamente a atenuar este recelo hacia las instituciones de Washington, que tuvieron, además, que incrementar la presión impositiva y aumentar los niveles de deuda para hacer frente a las consecuencias de la crisis²⁷. La cosmovisión keynesiana se puso en entredicho desde la Academia, los *think tanks*²⁸ y la propia clase política²⁹.

En este contexto es en el que se encuadra la llamada *Revolt Tax*, o «revuelta del contribuyente»³⁰, donde el ideario de la Economía constitucional pareció tomar forma y aterrizar en la arena política. Uno de los principales escenarios de tal «revuelta» fue California, donde en 1978 se llegaría a aprobar la denominada «Proposición 13», algo que entusiasmaría sobremedida a Buchanan y a los miembros de la EC³¹. En ese año, el cuerpo electoral del Estado aprobó mediante referéndum la limitación constitucional de subidas de impuestos, que a partir de entonces no podrían sobrepasar un tanto por ciento del valor del hecho imponible, incorporando además en la norma constitucional la necesidad de que fueran mayorías cualificadas las que aprobaran cualquier modificación impositiva³². Para Buchanan, que apoyó activamente la Proposición, ésta venía a constituir una victoria sobre las

²⁷ Un resumen de todas estas circunstancias, y del aumento en los niveles de deuda, puede verse en Iwan Morgan, «Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced Budget Amendment. Constitutional Convention in the 1970s», *Journal of American Studies*, Cambridge University Press, nº 32, (1988): 422 y ss.

²⁸ El abandono del fordismo y las transformaciones en el corazón del Estado Social vinieron acompañadas de la eclosión de nuevas teorías explicativas de la realidad de la mano de pensadores y economistas como Hayek (Premio Nobel en 1976), Milton Friedman (Premio Nobel en 1976), o el mismo Buchanan (Premio Nobel en 1986).

²⁹ El senador de Maryland James Clark, uno de los grandes impulsores de la BBR en la Constitución durante los 70, decía: «Las universidades que han enseñado las teorías de Lord Keynes y los políticos que las han distorsionado para sus propias necesidades, son los arquitectos de nuestro presente dilema y deben cargar con la responsabilidad». Citado en Iwan Morgan, *ibid.*: 423. Traducción propia.

³⁰ Sobre la «revolt tax» y sus antecedentes, anclados en el clima de desconfianza hacia las instituciones de Washington que fue impulsado, entre otros factores, por el desastre de Vietnam, puede verse el completo estudio de Robert Kuttner, *Revolt of the Haves: Tax Rebellions and Hard Times*, (Nueva York: Simon and Schster, 1980).

³¹ James Buchanan y Geoffrey Brennan, *El poder fiscal: fundamentos analíticos de una constitución fiscal*, 51 y ss.

³² Sobre la revuelta en el contexto californiano, vide Bruce Cain y Roger Noll, «Institutional causes of California's Budget Problem», *Stanford Institute for Economic Policy Research*, nº 10, (2010).

posibilidades posteriores de «rapia» redistributiva por las cambiantes mayorías sociales³³.

El éxito de la Proposición en California, el Estado más rico de cuantos integran la Unión, constituyó un punto de inflexión en el movimiento que había comenzado unos años antes, en 1975³⁴. El objetivo: constitucionalizar la estabilidad presupuestaria a nivel federal a través de la convocatoria de una convención constitucional. Rescatar así el intento de la *American Taxpayers Assocation* durante el *New Deal*, pero esta vez haciéndolo desde una estrategia integral y en medio de un contexto económico y político propicio al mismo. En efecto, el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos establece dos medios para reformar su propio texto: o a través de la aprobación de una enmienda por 2/3 de cada cámara del Congreso (la de Representantes y el Senado), o mediante el requerimiento de convocatoria de convención constitucional por 2/3 de los Estados (34); siendo en ambos casos la posterior ratificación de 3/4 de estos últimos. Hasta ese momento, y hasta ahora, todas las enmiendas de la vetusta Constitución federal (27) han seguido el primer procedimiento, es decir, han sido aprobadas por ambas cámaras sin necesidad de convocar una asamblea constitucional, que no ha vuelto a repetirse desde la Convención originaria³⁵. Ello es debido, en gran medida, a la dificultad de que tal cantidad de Estados, con intereses tan divergentes entre sí, cuando no directamente opuestos, converjan en la defensa de una determinada modificación³⁶, aparte de la complejidad misma que reviste el procedimiento y la incertidumbre que, como veremos, arroja.

A pesar de estos inconvenientes, el movimiento nacido en torno a la necesidad de llevar la estabilidad presupuestaria a nivel federal se centró, como decíamos, en la activación, sin precedentes, de este mecanismo. Al nutrirse especialmente de los recelos anti-establishment y anti-federales que estaban en la base de la *Revolt Tax* y del clima de desafección de la época, no era posible a corto plazo que se alcanzase una mayoría suficiente en las dos cámaras de Washington para aprobar una enmienda constitucional, y más con la llegada al poder de Jimmy Carter (1977-1981). Los Estados ofrecían, pues, la

³³ James Buchanan, *Los límites de la libertad: entre la Anarquía y el Leviatán*, 134 y ss.

³⁴ Sobre la influencia de la Proposición 13 de California, Arthur O'Sullivan, Terri Sexton y Steven Sheffrin, «Proposition 13: Unintended Effects and Feasible Reforms», *National Tax Journal*, nº 55, (1999).

³⁵ Y aun habría que analizar ésta, ya que como tal se convocó para reformar los artículos de la Confederación, no para aprobar ex nihilo una Constitución Federal.

³⁶ Las diferencias entre la región de Nueva Inglaterra y el Medio Oeste, entre el nordeste y el sur, o entre California y Ohio, por ejemplo, no sólo se limitan a preferencias políticas, sino a diferentes intereses socioeconómicos en muchos casos altamente acusados.

única posibilidad³⁷, pudiéndose aprovechar además los propios recelos que desde éstos se mantenían frente los poderes centrales. Así, la *National Taxpayers Union* (NTU, en adelante), fundada en 1969 pero poco conocida hasta entonces, fue impulsada por los partidarios de la estabilidad presupuestaria, especialmente a partir de 1975, y desde ella se impulsó y articuló la campaña para recabar los 34 requerimientos necesarios en aras de convocar la primera convención constitucional de la historia norteamericana³⁸.

Frente al «establishment despilfarrador», la NTU, junto a políticos de ambos partidos, aunque con una predominancia clara de republicanos³⁹, consiguió que en muy poco tiempo los Estados comenzaran a emitir los requerimientos necesarios para activar el artículo V. Las primeras asambleas legislativas en hacerlo fueron las de Maryland y Mississippi en el mismo año de 1975, y en los siguientes años, ya bajo la presidencia de Carter, el número no cesó de incrementar a pesar de la, en ocasiones, falta de transparencia de los procesos estatales, algunos de los cuales ni siquiera mantuvieron *hearings* para estudiar la oportunidad o no del requerimiento⁴⁰. Sin embargo, en cuanto el número de éstos fue acercándose al exigido, 34, tanto el propio Gobierno de Carter como el establishment de ambos partidos comenzaron una dura contra-campaña, lanzando otro movimiento, *Citizens for the Constitution*⁴¹ y presentando los puntos débiles de los partidarios de la NTU. No

³⁷ Aunque el senador Birch Bayh intentó en un inicio que el Congreso tramitara, al menos, una proposición de enmienda constitucional, pronto se dieron cuenta de lo infructuosas que serían todas las acciones en ese sentido.

³⁸ La dirección de la NTU estaba integrada por algunos miembros que incluso mostraban influencias libertarias y anarcocapitalistas. David Kyvig, «Refining or Resisting Modern Government? The Balanced Budget Amendment to the US Constitution», *Akron Law Review*, nº 28, (1995): 104. Sobre el movimiento y sus iniciativas, *vide*. Russel Caplan, *Constitutional Brinkmanship: Amending the Constitution by National Convention*, (New York: Oxford University Press, 1998): 78 y ss.; e Iwan Morgan, «Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced Budget Amendment. Constitutional Convention in the 1970s», 424.

³⁹ Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991): 86-112. El conocido autor calificaría a este movimiento como conservador y propio de la «nueva derecha» norteamericana.

⁴⁰ Iwan Morgan, *ibid.*: 427. Figura clave de este éxito del movimiento de la NTU fue el famoso gobernador demócrata de California, Jerry Brown, que aunque en un inicio era reacio a la BBR, no tardó en aprovechar el éxito de la Proposición 13 en su propio Estado para sumarse a la campaña a nivel nacional, con un lenguaje anti-establishment que, a pesar de ser parecido al de los republicanos, hacía más hincapié en elementos de justicia social.

⁴¹ Liderada por Thomas P. O'Neill, vicegovernador de Massachusetts, y miembro destacado de una de las grandes sagas políticas estadounidenses, hijo del entonces *Speaker* de la Cámara de Representantes, «Tip» O'Neill. Iwan Morgan, *ibid.*: 439. Otras

obstante, en vez de centrarse en los argumentos económicos que podrían desprenderse para rechazar la constitucionalización de una BBR a nivel federal, lo hicieron sobre argumentos eminentemente jurídicos y en el temor a que se abriera, por primera vez desde Filadelfia, la primera convención constitucional. El propio nombre del contra-movimiento lo refleja: de un debate económico se pasó a uno político y jurídico en defensa de la Constitución y sus valores. Y es que los temores estaban, en gran medida, justificados. Las dudas que se comenzaron a plantear, y que aún hoy no se han resuelto, sobre el alcance, los límites e incluso los procedimientos de una convención constitucional, creaban un mar de incertidumbre que ni los más doctos juristas norteamericanos sabían (ni saben) despejar⁴².

La parquedad del artículo V y sus previsiones, la falta de precedentes y la naturaleza política misma de una convención constitucional, también preocupaba a sus propios impulsores. Según el movimiento de la NTU, la futura convención que se convocase en cuanto se consiguiera el número de requerimientos necesario, estaría limitada única y exclusivamente a la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria. Pero... ¿podrían limitarse jurídicamente, a priori, las decisiones de una convención constitucional depositaria de la soberanía nacional? Y es más, ¿podría ello hacerse a pesar del silencio que en este sentido desprendía el propio artículo V? Algunos constitucionalistas respondieron (y siguen respondiendo hoy) negativamente, al sostener que la activación del poder constituyente conlleva siempre, por su propia naturaleza, la ausencia de restricciones jurídicas, que no pueden en ningún caso coartar o limitar la verdadera traslación de la voluntad soberana del pueblo estadounidense⁴³. Pero incluso si se admitiera la tesis de la NTU de una convención constitucional limitada previamente... ¿qué o quién establecería el límite y su alcance? Los requerimientos que se enviaron

organizaciones de similar naturaleza fueron «The Committee to Preserve the Constitution» o «People for the Constitution», cuyos nombres son también significativos de la naturaleza del debate que se mantuvo.

⁴² La Casa Blanca solicitó un informe al destacado constitucionalista Laurence Tribe sobre el particular, informe que recalcó la incertidumbre jurídica que presidiría una futura convención constitucional. David Kyvig, «Refining or Resisting Modern Government? The Balanced Budget Amendment to the US Constitution», 109.

⁴³ Sobre el aparente «vacío constitucional» del escueto artículo V de la Constitución de los Estados Unidos, en este contexto, puede verse Laurence Tribe, «Issues Raised by Requesting Congress to Call a Constitutional Convention to Propose a Balanced Budget Amendment», *Pacific Law Journal*, 10, (1979), y Walter Dellinger, «The Recurring Question of the 'Limited' Constitutional Convention», *Yale Law Journal*, 88, n° 8, (1979). En general, sobre las posibilidades que brinda el art. V, sus limitaciones y alcance, Cfr.: Michael Stokes Paulsen, «A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-seventh Amendment», *Yale Law Journal*, 103, n° 8, (1993).

al Congreso para convocarla eran, de hecho, bastante diferentes entre sí, y su falta de similitud impediría, en consecuencia, cualquier limitación taxativa⁴⁴.

La caja de Pandora de la Constitución, un documento que había demostrado su solidez y estabilidad a lo largo de doscientos años, podía abrirse y cambiar radicalmente el sistema político norteamericano por primera vez desde el nacimiento de la República. Desde la oposición a la convención y a la BBR éste constituyó, de hecho, el principal argumento que se blandió para frenar la inminente activación del poder constituyente. Los temores que ello despertara, junto a amenazas veladas de recortes presupuestarios en las transferencias federales a los Estados como consecuencia de la entrada en vigor de la BBR, así como las luchas intestinas en el interior de ambos partidos, hicieron que finalmente la iniciativa fracasara y que el número de requerimientos estatales fuera siempre insuficiente⁴⁵.

Este fracaso, sin embargo, no frenó el empeño de los partidarios de la BBR, que con la llegada a la Presidencia de Ronald Reagan (1981-1989), vieron incrementadas sus esperanzas. Durante su mandato el equilibrio presupuestario se volvió un tema recurrente, pero los excesivos gastos militares en el contexto de la Guerra Fría y los recortes impositivos sobre las grandes fortunas, provocaron los efectos contrarios y permitieron que el déficit y la deuda pública se desbocaran. Esta contradicción, entre lo que Reagan defendía en público y su ideología, y la realidad fiscal de su mandato, hizo que de nuevo el movimiento cobrara relativa fuerza. Pero en este caso la respuesta de parte del establishment fue diferente: en vez de alertar sobre la posibilidad de una convención constitucional, directamente intentaron alejarla anticipándose y modificando desde el Congreso la Constitución para incorporar la BBR⁴⁶. Así, un ala del Partido Republicano, liderada por el senador Hatch, propuso en 1981 una enmienda constitucional donde además de incorporar la estabilidad presupuestaria se establecía la necesidad de que cualquier incremento fiscal en el nivel federal fuera aprobado por mayorías cualificadas (de nuevo, Buchanan resuena aquí). La proposición, conocida entonces como

⁴⁴ El caso *Coleman v. Miller* ya había establecido en 1939, aunque con matices, que la interpretación de los requerimientos estatales era una cuestión política de la que la Corte Suprema se evadía. *Vid.* David Kyvig, *ibid.*: 109.

⁴⁵ Iwan Morgan, «Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced Budget Amendment. Constitutional Convention in the 1970s», 439-442.

⁴⁶ Algo parecido se intentó, aunque esta vez con éxito, a principios del siglo XX. Ante la posibilidad, aunque remota, de la convocatoria de una convención constitucional por ir reuniendo rápidamente el número de requerimientos necesarios, el Congreso se adelantó a lo que querían los convocantes, la elección directa de los Senadores, enmendando él mismo la Constitución en 1912 (Enmienda XVII). Este paralelismo lo traza también James Bowen, «Enforcing the Balanced Budget Rule», *Seton Hall Constitution*, n° 4, (1993): 569.

«enmienda consenso», fue debatida a lo largo de la presidencia de Reagan, el cual mostró incluso sus simpatías por la misma⁴⁷, y llegó a ser aprobada por una holgada mayoría en el trámite del Senado, pero la fuerte hegemonía demócrata en la Cámara de Representantes la acabó descartando finalmente. A ello se sumó la aprobación en 1985 de la ley conocida como *Gramm-Rudman-Hollings Act*, cuyo objeto era combatir en sede legal el déficit público a largo plazo, y que terminó de atenuar a los partidarios más fervientes de la constitucionalización⁴⁸.

Aunque los intentos de enmienda constitucional se sucedieron en los años posteriores, no sería hasta 1995, durante la presidencia de Bill Clinton, cuando de nuevo la posibilidad de constitucionalizar la estabilidad presupuestaria tuvo cierta posibilidad de éxito. El avance republicano en las elecciones legislativas y el programa que a ellas llevaron, donde figuraba en un lugar preeminente la BBR, permitieron que un nuevo proyecto de enmienda constitucional se presentara y debatiera⁴⁹. De este modo, la Cámara de Representantes llegó a aprobarlo, pero esta vez fue el Senado en el que, en uno de los célebres ejemplos que nos permiten los *checks and balances* norteamericanos, frenó la proposición; aunque, eso sí, por muy poco margen. Finalmente, la enmienda de 1995 se intentaría aprobar dos años después, con un texto muy similar, pero nuevamente sería aplacada en el Senado⁵⁰. La última vez en que tal pretensión llegó al Congreso con posibilidades de éxito fue en noviembre de 2011, pero la Cámara de Representantes fue la que de nuevo frenó la constitucionalización. Desde entonces, no han dejado de proponerse enmiendas que siguen el patrón de la de 1995, la última de ellas, de hecho, en mayo de 2016⁵¹, pero todas sin éxito alguno.

Sin embargo, aunque desde finales de los 70 con el clima de la *Revolt Tax* no se volvió a impulsar un movimiento destacado como el de entonces por la convocatoria de una convención constitucional, la posibilidad de ésta sigue estando abierta, pues aunque parezca sorprendente, los requerimientos estatales que en su día se elevaron ante el Congreso siguen vigentes. Solo una

⁴⁷ David Kyvig, «Refining or Resisting Modern Government? The Balanced Budget Amendment to the U. S. Constitution»: 112-113, sobre la relación de Reagan con la BBR y la historia de la «enmienda consenso».

⁴⁸ James Poterba, «Do Budget Rules work?», *National Bureau of Economic Research*, working paper 5550, (1996): 15-25.

⁴⁹ David Kyvig, *ibid.*: 121. El programa republicano se llamó «Contract with America».

⁵⁰ Algunos abogaban aquí, no obstante, por excluir a la Seguridad Social del cálculo presupuestario para que no se viera nunca afectada por posibles recortes. El Senador Harry Reid fue el que lideró esta propuesta, que en cierta manera debilitaba la BBR.

⁵¹ Puede consultarse en <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-joint-resolution/93/text> (Consultado el 3 de diciembre de 2016).

decisión *ex profeso* de la asamblea legislativa estatal puede revocarlos, y entre los que así se descartaron y los que posteriormente se elevaron individualmente, a día de hoy sigue habiendo 28 Estados con solicitudes presentadas para la convocatoria de una convención. El mínimo, 34, no está tan alejado, como tampoco lo está la posibilidad misma de que se dé finalmente en los próximos años si el contexto político así lo facilita⁵².

Y en este debate que parece interminable, de entre todas las enmiendas que se han presentado, la de 1995 ha sido sin duda la más completa y la que más comentarios ha recibido, hasta el punto de haberse convertido en un referente en la materia⁵³. De acuerdo con la línea trazada por la «enmienda de consenso» de Hatch, además de la exigencia de un equilibrio presupuestario se establecían mayorías cualificadas en ambas cámaras para la modificación de las bases impositivas y para la autorización de emisión de deuda pública al gobierno federal, blindando así con mayor contundencia el margen de actuación en materia fiscal. Al ser, como decimos, uno de los proyectos más analizados y el que ha sido tomado como parámetro en las enmiendas subsiguientes, lo tomaremos también nosotros como referencia conforme

⁵² Toda la información puede encontrarse en la página web del movimiento pro-enmienda actual <http://bba4usa.org/> (Consultado el 18 de noviembre de 2016). Incluso, ante el vacío jurídico en que caería una posible convención constituyente, el movimiento pro-convención ha elaborado un borrador de normas que regularían la misma, y que puede consultarse aquí: http://www.conventionofstates.com/proposed_rules (Consultado el 21 de noviembre de 2016).

⁵³ Texto completo de la enmienda BBR de 1995: SECTION 1. Total outlays for any fiscal year shall not exceed total receipts for that fiscal year, unless three-fifths of the whole number of each House of Congress shall provide by law for a specific excess of outlays over receipts by a roll-call vote. SECTION 2. The limit on the debt of the United States held by the public shall not be increased, unless three-fifths of the whole number of each House shall provide by law for such an increase by rollcall vote. SECTION 3. Prior to each fiscal year, the President shall transmit to the Congress a proposed budget for the United States Government for that fiscal year, in which total outlays do not exceed total receipts. SECTION 4. No bill to increase revenue shall become law unless approved by a majority of the whole number of each House by a roll-call vote. SECTION 5. The Congress may waive the provisions of this article for any fiscal year in which a declaration of war is in effect. The provisions of this article may be waived for any fiscal year in which the United States is engaged in military conflict which causes an imminent and serious military threat to national security and is so declared by a joint resolution, adopted by a majority of the whole number of each House, which becomes law. SECTION 6. The Congress shall enforce and implement this article by appropriate legislation, which may rely on estimates of outlays and receipts. SECTION 7. Total receipts shall include all receipts of the United States Government except those derived from borrowing. Total outlays shall include all outlays of the United States Government except for those for repayment of debt principal. SECTION 8. This article shall take effect beginning with fiscal year 2002, or with the second fiscal year beginning after ratification, whichever is later.»

vayamos desplegando, a continuación, los problemas que presenta la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, al calor, claro está, del debate norteamericano.

IV. LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Tanto el borrador de 1995 y el debate que lo rodeó como las experiencias estatales que ya se habían proyectado a lo largo del siglo XIX en torno a la BBR⁵⁴, arriba vistas, nos ofrecen un marco único del que poder extraer un análisis de los principales inconvenientes que presenta la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria.

La combinación de disciplinas que se da en cualquier estudio sobre la materia, desde el Derecho constitucional a la Economía o la teoría de la Hacienda Pública, no ha coadyuvado precisamente a que el debate sobre el particular pueda centrarse desde categorías jurídicas, y más cuando la mayor parte del mismo siempre gira en torno a la conveniencia económica, o no, de la estabilidad presupuestaria⁵⁵. Los constitucionalistas no suelen, además, abordar cuestiones que rocen la economía, y los economistas, por su parte, desconocen en gran medida el contexto jurídico-constitucional en el que las categorías económicas se desenvuelven, creando ello un vacío de análisis integrales sobre la cuestión^{56 57}.

A pesar de estas dificultades, pueden esbozarse cinco puntos clave sobre los que versa la mayor parte de la problemática técnico-constitucional, y que ya han sido abordados predominantemente por la academia estadounidense de acuerdo con los intentos de enmienda (o convención) arriba indicados.

⁵⁴ Un intento completo de sacar conclusiones desde las experiencias estatales, puede verse en la obra del seguidor de la *public choice* y de la Economía constitucional, James Poterba. Cfr.: «Balanced Budget Rules and Fiscal Policy: Evidence From the States», *National Tax Journal*, 48, (1995) y la citada «Do Budget Rules Work?»: 23-26. El autor se muestra siempre partidario de la eficacia de las restricciones institucionales sobre los niveles de déficit y deuda pública.

⁵⁵ Para un análisis desde la ciencia política de la conveniencia de la BBR, puede verse William Keech, «A Theoretical Analysis of the Case for a Balanced Budget Amendment», *Policy Sciences*, 18, n° 2, (1985).

⁵⁶ Theodore Seto, «Drafting a Federal Balanced Budget Amendment That Does What It Is Supposed To Do (And No more)»: 1453.

⁵⁷ Tamim Bayoumi y Barry Eichengreen, «Restraining Yourself: The Implications of Fiscal Rules for Economic Stabilization», *Staff Papers*, International Monetary Fund, 42, n° 1, (1995). Aquí se hace un análisis de la eficacia que tienen las BBR, incluso, en las políticas anti-cíclicas.

1. La definición y el método contable

De un primer acercamiento a la BBR parece desprenderse una aparente sencillez en la pretensión: evitar que se gaste más de lo que se ingresa en un periodo terminado, requiriendo un equilibrio en las proyecciones de ambas fuentes que suele estar sujeto a una relación numérica o porcentual. Sin embargo, a medida que vamos desentrañando cada concepto y previsión, la tarea se complica y comienza a desplegar un sinfín de dificultades⁵⁸.

El primero de ellos, el más evidente, es la determinación de las cuantías que están en juego. Los métodos de contar y computar los ingresos y los gastos de un Estado no son uniformes, y en ocasiones ni siquiera vienen establecidos o indicados en la propia previsión constitucional de la BBR, como ocurría, de hecho, en el proyecto de enmienda de 1995. Las consecuencias de elegir uno u otro son, además, esenciales para la efectividad misma de la estabilidad presupuestaria. Principalmente existen dos grandes métodos de cálculo: el de contabilidad de caja o efectivo (*cash*) y el de contabilidad de devengo o acumulación (*accrual*)⁵⁹. La diferencia entre ambos estriba en la consideración del concreto periodo temporal en que se producen y por ende, se imputan, los gastos o los ingresos. En el método de caja éstos se producen cuando el dinero es gastado o recibido de manera efectiva. El balance se realiza atendiendo a las cantidades que en cada momento salen o entran en la contabilidad, sin contar las obligaciones futuras contraídas. Es, pues, el método más sencillo y popular, generalmente empleado en pequeños negocios. Por su parte, el método de devengo presenta una mayor complejidad pero tiende a reflejar mejor el estado contable de un balance. Los ingresos o gastos se computan desde el momento en el que, como el propio nombre del método indica, se devengan, es decir, cuando las obligaciones comienzan a desplegar efectos aunque no se haya aún recibido o gastado el dinero. Por ejemplo, un fabricante de coches computará como ingresos los coches vendidos, aunque no se hayan realizado todavía las entregas, y como gastos, los pedidos de materiales que sin haberse entregados aún, ya han sido solicitados. Frente al método de caja o *cash*, el de devengo proporciona una visión más exacta y más a largo plazo del balance y de las consiguientes necesidades presupuestarias, de ahí que sea el preferido por las grandes compañías o el sector financiero.

⁵⁸ Raymond Saulnier, «Do We Need a Balanced-Budget Amendment to the Constitution?», *Presidential Studies Quarterly*, 18, n° 1, (1988): 159. El autor resume muy sucintamente en este breve texto el conjunto de dificultades con el que nos encontraremos en las páginas siguientes.

⁵⁹ James Bowen, «Enforcing the Balanced Budget Rule», 581-584. Aquí analiza los métodos seguidos por el Gobierno Federal y su preferencia por el sistema de caja o *cash*.

El proyecto de enmienda de 1995 establecía, en este sentido, que «los desembolsos de cada año fiscal no excederán el total de los ingresos a menos que 4/5 del total de miembros de cada Cámara del Congreso permita por ley un exceso específico»⁶⁰. ¿Qué sistema, por tanto, se había elegido? A pesar de ser tan trascendental la cuestión para la virtualidad de una BBR constitucional, la enmienda, simplemente, la deja abierta⁶¹. De seguir el de caja, el Congreso podría comprometerse, por ejemplo, con gastos gigantescos para los años siguientes sin que éstos se computaran en la BBR, quedando así fuera de la restricción constitucional hasta que fueran efectivamente desembolsados. Como dice Seto, «quizá la más flagrante inexactitud de las obligaciones impagadas del método de caja es... ignorarlas»⁶².

En tanto el sistema de caja no refleja el estado de las cuentas a largo plazo, al centrarse únicamente en lo pagado y recibido en un periodo concreto, pueden producirse serias disfuncionalidades a la hora de planificar los presupuestos⁶³; disfuncionalidades que podrían ser enmendadas en un sistema de devengo que recogiera todas las obligaciones contraídas y fuera capaz, además, de desplegarlas con exactitud en los distintos periodos presupuestarios. Un sistema de caja, además, también desvirtuaría los superávits acumulados en años precedentes, al no saberlos computar eficazmente, como de hecho, ya ha ocurrido en la aplicación de algunas BBR estatales.

El paradigma de los problemas interpretativos que pueden concurrir en la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria se dio, en efecto, en el Estado de Idaho con la construcción de una cárcel en un condado. Éste había ido acumulando ingresos tributarios durante sucesivos periodos fiscales para

⁶⁰ «Outlays for any fiscal year shall not exceed total receipts unless three-fifths of the whole number of each House of Congress shall provide by law for a specific excess of outlays over vote». Traducción propia.

⁶¹ Theodore Seto, *ibid.*: 1482 y ss. El autor es partidario, inequívocamente, de un método de devengo.

⁶² «Perhaps the most flagrant inaccuracy of the cash method unpaid obligations is... it ignores them», *ibid.*: 1483. Traducción propia.

⁶³ Pongamos un ejemplo. Para financiar un proyecto, al Gobierno o al Congreso se le presentan dos posibles soluciones: financiarlo entero ese año con un coste de 10 millones de dólares, que garantizarían la vigencia del proyecto durante 10 años, o financiarlo con 2 millones de dólares que garantizarían la viabilidad del proyecto para ese mismo año. Como el sistema de caja no recoge el largo plazo, sino que se centra únicamente en lo pagado y en lo recibido en un periodo concreto (en un año fiscal, en este caso), el legislador o el gobernante tendería a elegir la última opción (2 millones de dólares año), por suponer menor aumento del déficit/gasto en su año fiscal, a pesar de que a largo plazo la primera opción sería mucho más económica (1 millón de dólares año). Un método de devengo, por el contrario, sería capaz de imputar correctamente la cantidad devengada a largo plazo y repartirla por el periodo subsiguiente en el que el programa se va a aplicar, sin necesidad de imputar los 10 millones de dólares al primer año.

la construcción de la misma, y cuando comprobó que ya eran suficientes, aprobó una partida presupuestaria para comenzar el proyecto. Para sorpresa de las autoridades del condado, la partida fue demandada ante la Corte Suprema del Estado por vulnerar la BBR que figura en su Constitución, por cuanto del análisis mediante contabilidad de caja del periodo presupuestario en el que la partida debía aplicarse, resultaba que ésta desequilibraba el balance al ser superiores los gastos que los ingresos (de ese periodo). Sin necesidad de financiarse mediante deuda y sin incurrir en déficit, el condado era demandado por incumplir la estabilidad presupuestaria. Utilizando una contabilidad de devengo no se suscitaba siquiera ninguna posibilidad argumental, por cuanto los superávits acumulados podrían computarse en los años siguientes como ingresos, como así hizo finalmente la Corte, ampliando interpretativamente el concepto de *revenues* (ingresos) que figuraba en la Constitución estatal y permitiendo una mejor planificación a largo plazo de la capacidad presupuestaria sin contravenir la BBR constitucional⁶⁴.

La concreción del método específico de contabilidad, como vemos, es esencial en cualquier aplicación de la estabilidad presupuestaria y en la realización misma de su virtualidad jurídica. Sin embargo, si se eligiera el método de devengo, sin duda el más completo y eficaz, se haría necesario la supervisión de las cantidades devengadas y su reparto temporal a lo largo de los subsiguientes periodos fiscales, y ahí reside, de nuevo, otro problema. ¿Quién lo haría? Si fuera el Congreso, o incluso el Presidente, éstos serían jueces y partes, al ser ellos mismos los emisores principales de los presupuestos, pudiendo quedar desvirtuada jurídicamente la fuerza vinculante suprallegal de la previsión constitucional. De ahí que haya autores que aboguen por la creación de agencias independientes para la determinación de los devengos, aunque éstas puedan presentar una problemática mayor aún, dada su falta de legitimidad democrática en la toma de decisiones sobre un campo de política económica tan relevante⁶⁵.

⁶⁴ El caso es relatado en Donald Tobin, «The Balanced Budget Amendment: Will Judges Become Accountants?», *Journal of Law and Policy*, nº 12, (1996): 157 y 158. La misma situación puede darse en cuanto a los gastos. La práctica común en Estados Unidos de crear *trust funds* o fondos fiduciarios públicos, que sirven para acumular durante el crecimiento económico cantidades de dinero que son desembolsadas en situaciones de crisis en beneficio de los fiduciarios (fondos de desempleo, vg), podría aumentar considerablemente la disparidad de un presupuesto para un periodo concreto si se siguiera el método de caja. Aquí, algunas decisiones en las Cortes estatales han sido más restrictivas, como en *Bonemo v. State of North Carolina*, donde la Corte de Apelaciones del Estado entendió que los gastos (*expenditure*) han de computarse conforme se desembolsan, siguiendo el sistema de *cash*, a pesar de sus inconvenientes.

⁶⁵ Theodore Seto, *ibid.*: 1493. El presupuesto del gobierno federal en 2015 fue, por ejemplo, de 1.010.000.000 millones de dólares.

2. Flexibilidad y transitoriedad

La posibilidad de que la economía misma del país se desestabilice como consecuencia de una repentina entrada en vigor de la BBR también ha de contemplarse en cualquier previsión constitucional. Exigir que en el año en el que se aprueba la enmienda constitucional, por ejemplo, se cumpla ya con los rigores del equilibrio presupuestario sin atender a la diversidad de situaciones que pueden heredarse de los años anteriores, podría agravar aún más una recesión económica o, directamente, provocarla. Siendo consciente de ello, la enmienda de 1995 contemplaba una *vacatio legis* hasta 2002, tiempo suficiente, se estimó, para que pudiera alcanzarse sin perentoriedades el equilibrio presupuestario y que éste se mantuviera, en adelante, estable⁶⁶. Sin embargo, la necesidad de establecer periodos de transitoriedad no se predicaría solamente de la entrada en vigor del texto, sino también de las posibles suspensiones ulteriores de sus previsiones (guerras, por ejemplo), algo que no hacía el texto del 95.

Como decimos, también se ha de prever situaciones en las que la regla de gasto se suspenda para permitir desembolsos extraordinarios ante la urgencia, y la propia extraordinariedad, de la coyuntura. Conflictos bélicos o graves recesiones económicas podrían remover las exigencias de la BBR y permitir así específicas medidas anticíclicas de estímulo o gastos urgentes en materia militar⁶⁷. De nuevo, no obstante, el problema aparece en la determinación de quién ha de ser el que considere que las circunstancias habilitantes se cumplen, y más habida cuenta del alto número de conflictos militares y crisis económicas que han atravesado, con distinta intensidad, la historia reciente de los Estados Unidos. En el caso de las guerras, por ejemplo, la extrema indefinición de su propia naturaleza jurídica en las relaciones internacionales actuales podría dar pie a interpretaciones excesivamente flexibles de la previsión constitucional y, finalmente, a la anulación de su propia virtualidad.

Otra cuestión que se abre, quizá de naturaleza más técnica pero no por ello menos importante, viene dada por las propias características del ajuste temporal de la estabilidad presupuestaria. Ésta no se aplica sobre situaciones pasadas, sino futuras, y sobre la base de previsiones de gasto e ingresos que pueden variar en grado sumo dada su flexibilidad⁶⁸. Cambios repentinos en el ciclo económico, o en la a veces impredecible inflación, pueden modificar

⁶⁶ Sección 8 del borrador: «This article shall take effect beginning with fiscal year 2002, or with the second fiscal year beginning after ratification, whichever is later».

⁶⁷ Desde una perspectiva economicista y liberal sobre las consecuencias de una BBR sobre las políticas anti-cíclicas puede verse, Paolo Manasse, «Deficit Limits, Budgets Rules and Fiscal Policy», *IMF Working Paper*, (2005).

⁶⁸ James Bowen, *ibid.*: 854-856.

sustancialmente los ingresos (o los gastos) de un gobierno dentro de un mismo periodo fiscal, y convertir las predicciones anteriores en, cuanto menos, inexactas⁶⁹.

3. *Contenidos accesorios... ¿necesarios?*

La segunda sección del borrador de enmienda de 1995 incorporaba la siguiente restricción: «El límite sobre la deuda de los Estados Unidos en poder del público no se incrementará a menos que 3/5 del número total de miembros de cada Cámara establezca por ley tal incremento por votación nominal»⁷⁰. Es decir, se establece una limitación a la emisión de deuda que solo puede ser levantada mediante una mayoría cualificada. ¿Constituye ello, sin embargo, parte de la estabilidad presupuestaria? *Stricto sensu* no, por cuanto la consecución de un déficit cero puede perfectamente darse al mismo tiempo que se mantienen niveles de deuda pública, la cual sirve, precisamente, para financiar dicho déficit. No obstante, en tanto la estabilidad presupuestaria intenta desplegar sus efectos de cara al futuro, se ha venido admitiendo que en paralelo se establezcan límites a los niveles de deuda, generalmente indexados al PBI, para evitar que el equilibrio presupuestario decaiga por excesivas obligaciones financieras que tarde o temprano tendrán que repercutir en los déficits sucesivos. De hecho, la introducción de esta perspectiva a largo plazo, conocida como «Sostenibilidad financiera», se ha incardinado tanto en el concepto de estabilidad presupuestaria que ambos tienden a confundirse, incluso en el seno de la doctrina⁷¹.

Cuestión distinta es la tendencia a aprovechar la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria para incorporar, al mismo tiempo, reglas accesorias que restrinjan el margen de maniobra tributario del Estado. Para equilibrar el presupuesto no tiene por qué acudirse siempre a los recortes en el gasto, pues los incrementos fiscales pueden ayudar a la balanza. Empero, como vimos en páginas precedentes, uno de los postulados de la Economía constitucional era el blindaje de los impuestos mediante mayorías cualificadas para evitar así

⁶⁹ Theodore Seto, *ibid.*: 1506. El autor propone, nuevamente, una agencia independiente para que se encargue de hacer tales previsiones.

⁷⁰ «The limit on debt of Unites States held by the public shall not be increased, unless three-fifths of the whole number of each House shall provide by law for such increase by rollcall vote». Traducción propia.

⁷¹ En general, en el mundo anglosajón la distinción sigue manteniéndose en el ámbito académico, pero en Europa se ha desfigurado por completo a través de la reciente constitucionalización de los mecanismos de gobernanza económica desde el proceso de integración. Curiosamente, aunque la reforma constitucional en España incorpora ambas dimensiones en el mismo precepto renovado, el artículo 135, la Ley Orgánica de desarrollo (de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) mantiene la diferencia.

subidas en los tan temidos por ellos mecanismos de redistribución. En este sentido, la enmienda de 1995 reflejaba, conscientemente o no, tal postulado al exigir un 60% de apoyo en las dos cámaras del Congreso para elevar los impuestos federales. Ello conllevaría, en el marco del complejo sistema institucional y de partidos norteamericanos, una petrificación del statu quo fiscal y un aumento considerable de la dificultad, ya existente, de llevar a cabo efectivas medidas redistributivas, pues a este límite de ingresos hemos de sumar el techo «por arriba» de la deuda pública y la exigencia, envolvente, de la estabilidad presupuestaria⁷². Como se indica por parte de la doctrina, esta previsión de mayorías cualificadas para elevar los impuestos federales no es connatural a la estabilidad presupuestaria, y ni siquiera tiene por qué aunar el mismo consenso que ésta última, a pesar de que en el proyecto de 1995, y en los sucesivos, fuera siempre aneja⁷³.

Siguiendo esa estela de la Economía constitucional en cuanto a mayores restricciones constitucionales del poder tributario del Estado, algunos autores como Kiewiet y Szakaly, defienden también la conveniencia de constitucionalizar la necesidad de referéndums a nivel nacional para elevar los límites de deuda, en la creencia de que los mecanismos de democracia semi-directa sirven mejor para frenar las tendencias expansionistas, inmanentes, del Estado y su Administración⁷⁴.

⁷² Harvard Law Association, «The Balanced Budget Amendment: An Inquiry into Appropriateness», *Harvard Law Review*, 96, nº 7, (1983): 1606 y ss.

⁷³ Theodore Seto, *ibid.*: 1475 y 1476. Buchanan, por su parte, abstrayéndose de la realidad político-institucional de los Estados Unidos, defiende tal previsión como una medida que no desvirtúa la capacidad tributaria de la Federación al considerarla meramente procedimental, y no substancial. James Buchanan, «Clarifying Confusion About the Balanced Budget Amendment», *National Tax Journal*, 48, nº 3, (1995): 350. Dice: «The essential distinction that must be made is that between a rule that acts on the *procedures* through which participants are allowed to reach and to carry out decisions and a rule that acts directly on the *outcomes* that any such decisions might describe. A simple example: a rule that all motor vehicles must drive on the right side of two-way roads in the USA is *procedural* [...] In the context of democratic politics, most of the rules that we normally classify to be constitutional are procedural» (La distinción esencial que debe ser hecha es entre una regla que actúa sobre los procedimientos a través de la cual se permite a los participantes alcanzar y llevar a cabo decisiones, y una regla que actúa directamente sobre los objetivos que tales decisiones podrían describir. Un ejemplo simple: una regla que establezca que todos los vehículos a motor deben conducir por la derecha en la carretera de dos vías en Estados Unidos es procedimental [...]). En el contexto de las políticas democráticas, la mayoría de las reglas que nosotros normalmente clasificamos como constitucionales son procedimentales). Traducción propia.

⁷⁴ Roderick Kiewiet y Kristin Szakaly, «Constitutional Limitations on Borrowing: an Analysis of State Bonded Indebtedness», *The Journal of Law, Economics and Organization*, 12, nº 1, (1996): 93. Según ellos, además, los mecanismos de democracia semidirec-

4. La evasión (¿legal?) de la estabilidad presupuestaria

Como hemos visto, el objetivo principal de elevar a rango constitucional la BBR es dotar a ésta de una fuerza vinculante supralegal, por encima de las propias instituciones que protagonizan el proceso presupuestario y de, incluso, las mayorías sociales cambiantes que se alternan en los poderes constituidos. La preocupación de que por parte de éstos la regla no se cumpla a través de instrumentos de evasión, más o menos sofisticados, ha de ser, por ende, esencial en la garantía misma de la estabilidad presupuestaria⁷⁵. Y de nuevo, el marco de los Estados federados en el que ésta ya ha sido constitucionalizada mayoritariamente nos proporciona un excelente campo de estudio y análisis⁷⁶.

Special funds y building authorities

Los fondos especiales son instrumentos jurídicos muy populares en los Estados norteamericanos para la financiación de proyectos concretos, generalmente obras e infraestructuras de gran envergadura, para los cuales las cantidades de tales fondos están estrictamente reservadas. Generalmente, éstos suelen estar financiados por la emisión de deuda propia, la participación en ellos del sector privado o la adscripción de los ingresos de determinados

ta que existen a nivel estatal han servido mejor para conseguir estables equilibrios presupuestarios que la introducción de mayorías cualificadas. Sobre la defensa de tales mecanismos, aunque traslada al sui generis sistema democrático suizo, Cfr.: Lars Feld y Gerhard Kirchgässner, «On the Effectiveness of Debt Brakes: The Swis Experience», *Center for Research in Economics, Management and the Arts*, Working Paper, nº 21, (2006): 3 y 4. Defienden esta medida en su trabajo porque, de sus análisis sobre los datos comparativos desde la década de los 60 hasta principios de los 90, se desprende según ellos que los Estados que tienen constitucionalizada la necesidad de referéndum para elevar los niveles de deuda, emiten menos y tienen sus cuentas, por ende, más «saneadas». Critican, al mismo tiempo, la ineficiencia del requerimiento a tal fin de mayorías cualificadas en los parlamentos. Lee Moak, *Municipal Bonds: Planning, Sale, And Administration*, (Chicago: Municipal Finance Officers Association, 1982): 114. Según el autor, «la historia de la deuda pública en los Estados Unidos a todos los niveles tiende a mostrar que el electorado es financieramente más conservador que sus representantes en el gobierno» (The history of public debt in the United States at all levels tends to show that the electorate is financially more conservative than are its representatives in government). Traducción propia.

⁷⁵ No obstante, algunos sostienen que lo verdaderamente determinante en cuanto al cumplimiento de la estabilidad presupuestaria no es el marco de restricciones que se proyecte desde la Constitución, sino la cultura política y el sistema de partidos del país en cuestión. Vid. Aaron Wildavsky, «A Cultural Theory of Expenditure Growth and (Un)balanced Budgets», *Journal of Public Economics*, 28, nº 3 (1985): 349-357.

⁷⁶ Anita Krishnakumar, «In defense of the debt limit statute», 175-180.

impuestos estatales para su cometido. A pesar de ello, es una práctica continuada en los Estados la exclusión de tales cantidades del cómputo general presupuestario, quedando por tanto también fuera de las restricciones de la BBR⁷⁷. Su utilización masiva, incluso para afrontar gastos corrientes, puede suponer una evasión inconstitucional de la estabilidad presupuestaria.

Asimismo, y muy conectadas a los *special funds* por la similitud de su funcionamiento y naturaleza, nos encontramos las hoy famosas *building authorities*, creadas a principios del siglo XX por los Estados para financiar grandes infraestructuras⁷⁸, y que, dotadas de autonomía financiera, son nutridas sin embargo, y casi en su totalidad, por deuda pública respaldada por los Estados. A diferencia de las *operating authorities*, que se autofinancian una vez que la infraestructura ha sido construida a través de la explotación comercial y privada de su uso, las *building* apenas dejan margen de acción para los inversores privados, que sólo pueden obtener beneficios mediante el reintegro de los intereses de la deuda comprada a tales instituciones⁷⁹.

Junto con los *special funds*, estas instituciones suelen ser los instrumentos más utilizados para la evasión de las BBR estatales. Y es que, a pesar de que la deuda emitida está respaldada por los presupuestos estatales, ésta no suele computar en los mismos y es administrada en ocasiones, además, bajo condiciones de opacidad escudadas en la autonomía de tales organismos *ad hoc*⁸⁰.

Deuda a muy corto plazo

Tal y como hemos explicado, la BBR se aplica sobre periodos concretos de tiempo, generalmente sobre los años fiscales, por lo que se posibilita que

⁷⁷ Werner Heun, «Balanced Budget Requirements and Debt: Brakes feasibility and Enforcement», *German Economic Review*, 15, n° 1, (2014): 105.

⁷⁸ Sobre la creación de *authorities* por parte de los Estados para que administren fondos especiales no sujetos a las limitaciones de deuda de las BBR estatales, Beberly Bunch, «The Effect of Constitutional Debt Limits on State Governments' Use of Public Authorities», *Public Choice*, 68, n° 1/3, (1991): 57-69. El autor hace un análisis de los datos que proporcionan diversas fuentes para concluir que, conforme son más estrictas las restricciones constitucionales de BBR tanto sobre la deuda como sobre el déficit, los Estados crean más medios alternativos, como estas *authorities*, para evadirlas. Al respecto, el estudio de Morris, aunque escrito a finales de los 50, no ha perdido vigencia, y sigue constituyendo una fuente importante a la hora de analizar el fenómeno y sus orígenes, vide. Robert Morris, «Evading Debt Limitations with Public Building Authorities: The Costly Subversion of State Constitutions», *The Yale Law Journal*, 68, n° 2, (1958). Las *authorities* pueden también recibir otros nombres, como *boards*, *commissions*, *agencies*...

⁷⁹ La primera *authority* destacada fue la *The Port of New York Authority*, creada en 1921. Para un análisis de las mismas, Robert Morris, *ibid.*: 235-236, y 250 y ss.

⁸⁰ Roderick Kiewiet y Kristin Szakaly, «Constitutional Limitations on Borrowing: an Analysis of State Bonded Indebtedness», 69-71.

los Gobiernos jueguen con los plazos para emitir deuda dentro de ese periodo que, venciendo antes de que finalice el mismo, no repercuta en momentos posteriores. Esta operación, denominada como *Short-Term Borrowing*, ha sido muy utilizada sobre todo en aquellos Estados donde la regla de estabilidad presupuestaria se aplica más restrictivamente. En Nueva York ha llegado a ventilarse judicialmente en los casos *Wein v. State I y II*, donde la Corte de Apelaciones del Estado no consideró inconstitucionales tales operaciones siempre y cuando las predicciones de gastos e ingresos en las que se encuadraban no fueran negligentes o «excesivamente» optimistas, por cuanto ello podría provocar el aplazamiento de la deuda a corto plazo y su «estiramiento» a años sucesivos, incumpliendo así, pues, la BBR constitucionalizada⁸¹.

De este modo, existen multitud de instrumentos que pueden ser utilizados por los poderes constituidos para evadir el mandato que les impone el poder constituyente, o el poder de reforma constitucional, y saltarse la regla de la estabilidad presupuestaria a través de artefactos de, en ocasiones, compleja articulación jurídica. Existen, por supuesto, más cauces y lagunas jurídicas que pueden ser utilizados a tal fin, pero aquí hemos analizado sucintamente los más populares y los que más impacto tienen a la hora de analizar la efectividad de una BBR⁸².

V. EL PROBLEMA DE LA EJECUTORIEDAD: ¿JUECES HACIENDO CUENTAS?

Las causas de llevar a la Constitución la estabilidad presupuestaria no sólo se proyectan ante el temor de su incumplimiento mediante instrumentos de evasión, sino también sobre el contenido mismo de la ejecutoriedad judicial y de la pervivencia, en última instancia, de su naturaleza vinculante. Ríos de tinta se han vertido sobre la posibilidad de que los tribunales de justicia intervengan en la potestad presupuestaria en caso de que se incumpla una BBR constitucional, pues en buena medida la eficacia jurídica de ésta depende de ello. De ahí que, dada la relevancia de la cuestión que se abre en

⁸¹ Donald Tobin, «The Balanced Budget Amendment: Will Judges Become Accountants?», 160.

⁸² Los *lease agreement*, por ejemplo, constituyen otro instrumento *off-budget* de evasión cuya constitucionalidad ha llegado también a las Cortes estatales. Muy resumidamente, consisten en la celebración de contratos entre los poderes públicos y terceros para que éstos financien un proyecto a cambio de una renta periódica, con opción final de compra o aprovechamiento comercial del resultado del proyecto. En casos como *Dieck. V. Unified School District of Antigo*, que fue ventilado por la Corte Suprema de Wisconsin, se ha establecido que dichos acuerdos, a pesar de constituir compromisos financieros, no vulneran la *balanced budget* por existir cláusulas de terminación que garantizan cierta discrecionalidad en el cumplimiento a los Estados o autoridades públicas.

torno a la ejecutoriedad, la analicemos aparte para garantizar de este modo una mayor dedicación a su particular problemática.

El precompromiso elsteriano del que nos hablaba Buchanan sólo puede ser garantizado si la estabilidad presupuestaria se juridifica en un ámbito indisponible para quienes tienen la posibilidad de incumplirla. Las cuerdas que atan al Ulises ante las sirenas, para ser eficaces, deben ser lo suficientemente férreas como para que el propio encadenado no pueda desatarse. La ineficacia, en este sentido vinculante, de las disposiciones meramente legislativas⁸³ explica así la necesidad, por parte de sus defensores, de constitucionalizar la BBR⁸⁴. Para ser jurídicamente vinculante se precisa un control judicial ulterior que haga verdaderamente efectiva su fuerza constitucional aun por encima de la voluntad de los poderes constituidos, pues ésa es, precisamente, la función de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, la dificultad de dicha tarea y las inquietudes políticas que despierta complican la extensión de dicha jurisdicción a la estabilidad presupuestaria y sus reglas. Y, de nuevo, el proyecto de enmienda de 1995 y las experiencias estatales en la materia nos proporcionan el marco idóneo para el estudio de tal problemática⁸⁵.

⁸³ Como recordábamos con anterioridad, en 1985 se aprobaría la famosa *Gramm-Rudman-Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act*, con una posterior adenda en 1987, la *Reaffirmation Act*, para intentar combatir el déficit público a largo plazo. La ley alargaba la perspectiva de los presupuestos, permitía establecer objetivos de déficit, interesaba al Presidente enviar al Congreso presupuestos equilibrados...etc. Para un análisis de la norma puede verse Yilin Hou y Daniel Smith, «Framework for Understanding State Balanced Budget Requirement Systems: Reexamining Distinctive Features and an Operational Definition», *Public Budgeting and Finance*, 26, nº 3, (2006): 43; y Sung Hanm, Mark Kamlet, David Moewry y Tsai Tsu Su, «The influence of the Gramm-Rudman-Hollings Act on Federal Budgetary», *Journal of Policy Analysis and Management*, 11, nº 2, (1992). Estos últimos autores defienden la misma como instrumento efectivo para frenar la tendencia a la expansión fiscal de la Federación.

⁸⁴ En este sentido, Thomas Schelling, siguiendo a la *public choice* de Buchanan, realiza una metáfora similar sobre la constitucionalización de la BBR, pero llamando al precompromiso *self-command*. Thomas Schelling, *Choice and consequence*, (Cambridge: Harvard University, 1984). El propio Elster comentaría esta aportación en John Elster, «Review of Schelling: Choice and Consequence», *Journal of Economic Behavior*, nº 6, (1985). Buchanan y Wagner, siguiendo la estela de la metáfora elsteriana, llegan a hacer la analogía con los borrachos que restringen a sí mismos su voluntad. James Buchanan y Richard Wagner, *Democracy in Deficit*, (New York: Academic Press, 1977): 159.

⁸⁵ Theodore Seto, «Drafting a Federal Balanced Budget Amendment That Does What It Is Supposed To Do (And No more)», 1471. Aquí indica que en 1982, un informe de la Oficina Presupuestaria del Congreso había concluido que en casi todos los Estados las previsiones constitucionales de BBR no habían evitado el aumento de deuda pública durante los 20 años precedentes. Como diría la propia Corte Suprema del Estado de Wisconsin: «The history of the Wisconsin constitutional provision concerning municipal debt

Tal y como ya hemos explicado, para equilibrar un presupuesto se pueden seguir dos caminos: o aumentar los ingresos o recortar el gasto público. Si, mediando una BBR constitucional ya en vigor, el Congreso no aprueba un presupuesto equilibrado donde los gastos no superen a los ingresos... ¿puede la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su función de control jurisdiccional de constitucionalidad, hacer cumplir la BBR siguiendo tales caminos?

Los detractores de que la justicia constitucional pueda intervenir directamente en los presupuestos del Estado arguyen que ello la adentraría en el campo de la discrecionalidad política, alejándola de la neutralidad ínsita a su naturaleza, y obligándola a tomar decisiones sobre materias que, a priori, desconoce. En efecto, no es extraño entre la doctrina norteamericana denunciar la falta de habilidades en materia económica de los jueces, lo que parecería ser un inconveniente grave para remediar el incumplimiento de una BBR⁸⁶. Sin embargo, otros autores como Bowen destacan que la Corte Suprema ya realiza juicios en materia económica (caso de grandes rescates financieros o leyes anti-trust), y que la vaguedad de los conceptos indeterminados que rodean a la estabilidad presupuestaria no es menor que los que rodean a derechos fundamentales tan abiertos a interpretación como la libertad de expresión⁸⁷.

No obstante, aun admitiendo que la ausencia de conocimientos en técnica económica no sea un obstáculo para proyectar la función jurisdiccional sobre la BBR, quedaría por despejar la primera y más acuciante cuestión, la de la discrecionalidad de naturaleza política que tendrían que revestir las decisiones de la Corte Suprema. En caso de intervenir en los presupuestos para introducir recortes que los equilibre... ¿dónde se aplicarían? ¿En gasto en defensa o en sanidad? Cualquier decisión comportaría, necesariamente, una toma de posición política que puede reflejar, a su vez, distintas concepciones ideológicas, con el daño que ello conllevaría para el Estado de Derecho y la división de poderes. Y es aquí, en el esquema clásico de tripartición y en el célebre sistema de *checks and balances* norteamericano, donde autores como

manifests both and abhorrence for public debt and a willingness to increase the debt limit, particularly for school purposes». Cit. en Donald Tobin, «The Balanced Budget Amendment: Will Judges Become Accountants?». 155. Sobre las experiencias estatales en general, Kenneth Kirkland, «Creative accounting and short-term debt: State responses to the deficit threat», *National Tax Journal*, 36., nº 3, (1983); o Daniel Suits y Ronald Fisher, «A Balanced Budget Constitutional Amendment: Economic Complexities and Uncertainties», *National Tax Journal*, 38, nº 4, (1985).

⁸⁶ Theodore Seto, *ibid.*: 1514 y Werner Heun, *ibid.*: 110 y 111.

⁸⁷ James Bowen, «Enforcing the Balanced Budget Rule», *Seton Hall Constitution*, 590-593 y 607. Él mismo reconoce después, sin embargo, que desde el prisma de la teoría política y democrática es difícil defender la posibilidad de que la Corte Suprema intervenga directamente en la reelaboración de unos presupuestos.

Grothwait destacan los peligros que la ejecutoriedad judicial de la BBR podría conllevar, llegando directamente a afirmar que «la dificultad central de un mandato para remediar violaciones a la enmienda es su incompatibilidad con la separación de poderes»⁸⁸. Hamilton, en el número 78 de *El Federalista*, alertaba en este sentido sobre posibles extralimitaciones del poder judicial, que no ha de tener influencia «ni sobre la espada ni sobre la bolsa; ni sobre la fuerza o la riqueza de la sociedad, no pudiendo tomar ninguna resolución activa sobre las mismas.»⁸⁹.

Las decisiones sobre la «bolsa», sobre la política económica, tributaria y presupuestaria, han de tomarse por cuerpos legitimados políticamente y respaldados por las mayorías cambiantes, no por órganos cuya naturaleza misma es contramayoritaria y jurídica, y cuya defensa de la legalidad ha de sustanciarse procedimentalmente para evitar la arbitrariedad y garantizar su neutralidad. Si la Corte Suprema tuviera que conocer de las medidas concretas que se necesitarían llevar a cabo para equilibrar un presupuesto, se vería en la diatriba de decidir sobre la localización de sus variables, de los ingresos y los gastos, entrando así en el campo mismo de la administración de los fondos públicos y en la gestión que de ellos hacen las instituciones federales⁹⁰.

Ahora bien, abstrayéndonos de tales inconvenientes, que se predicen esencialmente de la teoría democrática y política, y admitiendo que la Corte Suprema pudiera aplicar decisiones directas en materia presupuestaria para hacer efectiva la BBR, la cuestión jurídico-técnica no deja de ser, cuanto menos, problemática.

La Corte Suprema ha tenido la posibilidad de perfilar la doctrina de la «cuestión política» en casos como *Baker v. Car* (1962) o *United States v. Muñoz-Flores* (1990), donde intentó definir lo que era materia susceptible de

⁸⁸ «The central difficulty with and injunction to remedy Amendment violations is incompatibility with the separation of power». Gay Crosthwait, «Article III: Problems in enforcing the Balanced Budget Amendment», *Columbia Law Review*, nº 83, (1983): 11. Traducción propia.

⁸⁹ «Has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever». Traducción propia.

⁹⁰ Bowen es de la doctrina minoritaria que apoya la posibilidad de que la Corte apruebe remedios directos contra presupuestos inconstitucionales. Así lo argumenta en James Bowen, «Enforcing the Balanced Budget Rule», 611-618. Aparte, y como indica Crosthwait, pervivirían una serie de inconvenientes técnicos cuya solución no está clara. ¿Quiénes serían los sujetos pasivos de las demandas judiciales? ¿Quiénes tendrían que personarse en el proceso? ¿Solo los representantes que hayan votado a favor del presupuesto supuestamente inconstitucional, o todos? Gay Crosthwait, *ibid.*: 8. El autor apunta a que durante más de cuarenta años, la opinión autorizada del que fuera *Chief Justice* de la Corte, Hughes, se decantaba por que los jueces no tuvieran capacidad de decisión alguna sobre materias de naturaleza económica.

ser judicializada y lo que, en virtud de su naturaleza meramente política, no podría ser analizado bajo el prisma jurisdiccional. ¿Podría ser, pues, aplicable esta doctrina a la estabilidad presupuestaria constitucionalizada? La respuesta no es sencilla, ya que la utilización de tal doctrina ha sido bastante discrecional en la jurisprudencia de la Corte y no son raras las ocasiones en que aquélla no se ha aplicado en materia económica, como en *Bowsher v. Synarm*, donde directamente se enjuiciaron cuestiones de relevancia presupuestaria⁹¹. Por ello, parte de la academia sostiene que la compleja y a veces resbaladiza elaboración jurisprudencial de la «cuestión política» no constituiría freno alguno para conocer de la BBR⁹².

En el caso de los Estados, existen decisiones en ambas direcciones por parte de sus respectivos tribunales, aunque la mayoría suele concordar en la inconveniencia de la intromisión judicial. Así, en *Bishop v. Governor*, la Corte Suprema de Maryland rechazó una demanda interpuesta contra el Gobernador del Estado con base en su supuesta negligencia a la hora de realizar la estimación de ingresos, lo que podría provocar el incumplimiento subsiguiente de la BBR de la Constitución estatal⁹³. En *Board of Education of the Township of Fairfield v. Jean*, donde se demandaba la anulación de recortes presupuestarios, la Corte Suprema del Estado llegó a afirmar que constituye «un raro caso el que el poder judicial tenga algún rol constitucional en la realización de las partidas presupuestarias»⁹⁴.

Pero no todos los tribunales estatales han sido de ese parecer. Durante el debate de la enmienda de 1995 se blandieron, principalmente, dos sentencias que daban cobertura a la posibilidad de control jurisdiccional de la BBR al haber amparado decisiones directas en materia presupuestaria: *Missouri v. Jenkins* y *Flast v. Cohen*⁹⁵. En el primer caso, la Corte Suprema de Kansas ordenó, sin intermediación, un incremento de los impuestos estatales para financiar las políticas educativas de no segregación; y en el segundo, la propia Corte Suprema a nivel federal admitió a trámite una demanda de inconstitucionalidad de varios contribuyentes sobre determinados gastos presupuestarios, permitiendo que aquéllos se personaran ante el alto tribunal

⁹¹ Donald Tobin, «The Balanced Budget Amendment: Will Judges Become Accountants?», 191.

⁹² Neil Kinkopf, «The Balanced Budget Amendment: A Threat to the Constitutional Order», *Georgia State University Publications*, 11, nº 1, (2011): 6 y 7.

⁹³ Werner Heun, «Balanced Budget Requirements and Debt: Brakes feasibility and Enforcement», *German Economic Review*, p. 111.

⁹⁴ «It is a rare case-and the present case is most certainly not one of them-in which the judiciary has any proper constitutional role in making budget allocations.» Donald Tobin, *ibid.*: 171 Traducción propia.

⁹⁵ Sentencias criticada en Neil Kinkopf, *ibid.*: 9.

siempre y cuando mediara un vínculo entre su estatus como contribuyentes y la legislación recurrida (*standing*)⁹⁶.

Estos dos precedentes son los que, en buena medida, fueron blandidos por los detractores del control jurisdiccional en el debate de 1995, frente a la posibilidad abierta de que la Corte Suprema tuviera la última palabra en materia presupuestaria bajo el amparo de la BBR⁹⁷. Ante tal incertidumbre, ante la posibilidad de que el *balance of power* estadounidense se decantara por la Corte Suprema, decían, y que un renovado activismo judicial tuviera en sus manos la política presupuestaria⁹⁸, varios senadores intentaron introducir una proposición específica en el borrador de 1995 que prohibiera, taxativamente, la intromisión del alto tribunal. La proposición, planteada finalmente por el senador Danforth, establecía: «El poder de cualquier Corte de decidir conforme a cualquier caso o controversia que se plantee al amparo de este artículo no se extenderá a ordenar ningún remedio, a no ser que un juicio declarativo o tales remedios sean específicamente autorizados en la legislación que desarrolle esta sección»⁹⁹.

Es decir, se anulaba la facultad de la Corte de actuar directamente sobre los presupuestos (incrementando impuestos, recortando gastos, o ambas medidas a la vez), pero se permitía en última instancia que se emitieran juicios declarativos. La distinción es relevante, por cuanto éstos, aunque no tengan una incidencia directa en los presupuestos, sirven para interpretar y aclarar la disposición constitucional en todas sus proyecciones. Mediante ellos, por ejemplo, la Corte podría declarar que determinados instrumentos de evasión de la BBR creados por el Congreso, como los que hemos ya analizado más arriba, son inconstitucionales y prohibir, por ende, su práctica. Asimismo, siguiendo la práctica estatal, la Corte mantendría la facultad de interpretar, extensiva o restrictivamente, los conceptos clave de la estabilidad presupuestaria constitucionalizada, pudiendo con ello disponer de un amplio margen de acción dado lo indeterminado de tales categorías (recordemos, por ejemplo, la polémica en torno a los superávits acumulados y el concepto de *revenues*). La Proposición Danforth, por tanto, intentaba calmar a los más

⁹⁶ Donald Tobin, *ibid.*: 185 y 186.

⁹⁷ También es relevante al efecto el alcance de la jurisprudencia establecida en *Asarco v. Kadish*, donde se permite que las Cortes estatales conozcan de la constitucionalidad (respecto de la Constitución federal) de las leyes federales que se aplican en sus Estados, aun cuando la propia Corte Suprema no pueda hacerlo. Donald Tobin, *ibid.*: 187.

⁹⁸ Sobre el activismo judicial en Estados Unidos, es famosa ya la obra de Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces*, (Madrid: Tecnos, 2010).

⁹⁹ «The power of any court to order relief pursuant to any case or controversy arising under this article shall not extend to ordering any remedies other than a declaratory judgment or such remedies as are specifically authorized in implementing legislation pursuant to this section.»

reacios a que el Poder Judicial pudiera ejecutar forzosamente el mandato constitucional, al tiempo que permitía cierto ámbito de disponibilidad por parte de la Corte para que la enmienda no se quedara, simplemente, en papel mojado. La Proposición, sin embargo, fue finalmente retirada por la confusión que añadía a la enmienda, y aunque se intentaron aprobar otras en ese sentido, como la presentada por el senador Johnston¹⁰⁰, la enmienda, antes de ser rechazada en su totalidad, no llegó a incorporar ninguna previsión específica para frenar la posible involucración judicial.

Así pues, parece que el Congreso no quería zanjar la cuestión en sede constitucional para trasladar el debate de la ejecutabilidad a la legislación de desarrollo, a pesar de que ésta, caso de darse, se aprobaría en un contexto de indefinición absoluta del papel de la Corte Suprema en su propia interpretación, por lo que podría volver a presentar la misma ineficacia jurídica que la propia disposición constitucional que le otorga la cobertura¹⁰¹.

Sea como fuere, si la enmienda hubiera entrado en vigor sin tales previsiones y la cuestión se hubiera mantenida abierta, aun sin legislación de desarrollo, lo más seguro es que tarde o temprano la Corte Suprema habría tenido que intervenir para clarificar interpretativamente los conceptos esenciales de la BBR¹⁰². De hecho, el propio control jurisdiccional de constitucionalidad en Estados Unidos descansa en el cierre jurisprudencial de una cuestión que, premeditadamente o no, los Padres Fundadores dejaron abierta en el texto constitucional (*Marbury v. Madison*)¹⁰³.

Cuestión distinta, sin embargo, es la de la ejecutabilidad del núcleo de la BBR a través de la intervención directa en la política presupuestaria, pues todas las dudas de naturaleza técnica, política o teórica, se cernían de inmediato sobre tal posibilidad, y con un problema añadido pocas veces analizado: la posibilidad misma de que los destinatarios de las órdenes judiciales en materia presupuestaria no las cumplan o utilicen subterfugios para tal fin. Una orden de la Corte Suprema al Congreso para que enmiende sus propios presupuestos por considerarlos inconstitucionales puede presentar innumerables problemas en su cumplimiento y ejecución, desde los plazos para hacerlo a la renuencia misma de los representantes. La pérdida

¹⁰⁰ Creemos, además, que era aún más confuso: «No court shall have the power to order relief pursuant to any case or controversy arising under this article, except as may be specifically authorized in implementing legislation pursuant to this section.»

¹⁰¹ Donald Tobin, *ibid.*: 184.

¹⁰² Para una opinión contraria a esta suposición, puede verse David Lubecky, «The proposed Federal Budget Amendment: The Lesson From State Experience», *University of Cincinnati Law Review*, nº 55, (1986).

¹⁰³ Gabriel Moreno González, «El control jurisdiccional de constitucionalidad: la experiencia estadounidense como paradigma del activismo judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nº 29, (2011).

de legitimidad de la Corte ante mandatos tan difíciles de cumplir si no media voluntad explícita, junto al daño producido a la Constitución como norma suprema y jurídicamente vinculante, son variables que han de tomarse en cuenta en cualquier valoración sobre el particular¹⁰⁴. Siguiendo a Crosthwait, «frente a la repetida y flagrante desobediencia de sus órdenes por parte de las ramas electas, la Corte Suprema perdería la inefable legitimidad y respeto sobre los que su efectividad en el esquema constitucional de gobierno depende»¹⁰⁵.

El éxito de la Constitución de los Estados Unidos, la federal más antigua en vigor, descansa en la neutralidad de los mecanismos de toma de decisión que establece en un contexto donde ningún objetivo sustancial concreto es constitucionalizado. Como compromiso entre diferentes intereses e idearios que fue, la Constitución no bendice ninguna meta específica con el poder jurídico de su virtualidad suprallegal, limitándose a permitir cualquiera dentro del respeto a los derechos fundamentales por ella consagrados y del marco procedimental constituido¹⁰⁶.

Como recuerda Kinkopf, «los Fundadores entendieron perfectamente que los intentos de definir y resolver disputas en la Constitución misma, harían de ésta un conjunto de «inútiles pergaminos» que no podrían ser ejecutados»¹⁰⁷. Y ello ha de ser proyectado, especialmente, sobre el papel de la Corte Suprema y del Poder Judicial en la medida en que encarnan *per se* la neutralidad que se

¹⁰⁴ Neil Kinkopf, *ibid.*: 12: «Some have suggested that even if the amendment failed to eliminate the deficit, it would nonetheless have the salutary effect of creating pressure to reduce the deficit. While this might be true, the effect would come at considerable cost. Even supposing that the amendment brought about a reduction in the size of the deficit, the remaining excess of expenditures over receipts would constitute a continuing multi-billion-dollar violation of the Constitution, every day that the budget is not in balance. For how long would we as a people continue to make difficult decisions to comply with the First amendment or with the Due Process or Takings Clauses of the Fifth Amendment if we had routinely failed, for lack of an enforcement mechanism, to come within billions of dollars of complying with the most recent amendment to our Constitution?»

¹⁰⁵ Gay Crosthwait, *ibid.*: 12. : «Faced with repeated and flagrant disobedience of its orders by the elected branches, the Supreme Court would lose the ineffable legitimacy and respect upon which its effectiveness in the constitutional scheme of government depends.» Traducción propia.

¹⁰⁶ En este sentido, la única enmienda que incorporó al texto constitucional un objetivo concreto y sustancial ha sido también la única en ser derogada. Nos referimos a la Enmienda XVIII (1920) que estableció la conocida como «ley seca», que sería derogada por la Enmienda XXI (1933).

¹⁰⁷ «The Framers understood fully well that attempts to define and resolve disputes in the Constitution itself would render the Constitution a charter of useless «parchment barriers» that could not be enforced.» Neil Kinkopf, *ibid.*: 3. Traducción propia.

pretende, y más en una cuestión tan compleja, abierta y dada a la discrecionalidad como la que constituye la estabilidad presupuestaria elevada a los altares de la Constitución.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Desde finales de 2011, y al calor de la crisis financiera que vienen arrasando los Estados europeos, la Unión ha ido reformando y consolidando su peculiar constitución económica en la Eurozona con el objetivo, explícito, de someterla a la estabilidad presupuestaria. A partir de 2013, como corolario, entró en vigor el Tratado intergubernamental de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, que se erige en el cénit del nuevo entramado normativo e institucional del control presupuestario en Europa. Entre otras previsiones, el Tratado establece la obligatoriedad, por parte de los Estados firmantes, de incorporar en el seno de sus constituciones o normas de equivalente valor, las reglas de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera bajo determinados parámetros macroeconómicos. España, antes de verse impelida por la vinculatoriedad del Tratado, llevó a cabo la controvertida reforma constitucional del artículo 135 que¹⁰⁸, anticipándose a aquél, consagró ambos principios y enlazó su concreción al andamiaje de la Unión Europea y sus Tratados¹⁰⁹.

La *balanced budget rule* ha aterrizado con fuerza, de este modo, en el viejo continente y en sus sistemas constitucionales, ya sea por vía de la asunción de reformas en sus normas constitucionales o de la proyección directa sobre éstas de los nuevos mecanismos europeos de gobernanza económica¹¹⁰. Sin embargo, el corto recorrido temporal no ha permitido el desarrollo pleno de los nuevos límites jurídicos del marco presupuestario, lo que no obsta a que la problemática inherente a ellos subyazca y pueda aparecer en toda su virtualidad al cabo de unos años. Si el debate en torno a la efectividad y el alcance jurídicos de la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria está lejos de cerrarse en Estados Unidos, donde la experiencia al respecto es centenaria, no lo será menos en el siempre complejo y tenso contexto europeo.

¹⁰⁸ María Josefa Ridaura, «La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, (2012).

¹⁰⁹ Cfr. El análisis temprano de Antonio Embid Irujo, *La constitucionalización de la crisis económica*, (Madrid: Iustel, 2012).

¹¹⁰ Gabriel Moreno González, «El marco teórico-constitucional de los nuevos mecanismos de gobernanza económica», en Joaquín Martín Cubas (Ed.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017): 375-389.

Tanto desde los puntos de vista político-institucional como político-económico, la juridificación de la estabilidad presupuestaria implica consecuencias claras y directas para el núcleo mismo de la democracia constitucional. Como hemos visto, el principio y su consolidación jurídica pueden encuadrarse en el tablero liberal de poderes y su limitación, al ser en este contexto una restricción normativa al margen de discrecionalidad política de los gobernantes. La tensión entre republicanos y federalistas con la que comenzaron los primeros años de andadura de los Estados Unidos, se ha transmutado hoy en una renovada dicotomía entre los que defienden la potenciación del elemento democrático frente al constitucional, y los que, por el contrario, erigen este último en el más firme baluarte contra los pretendidos excesos del poder. El nuevo liberalismo, iniciado con el parteaguas ordoliberal en el renovado interés por la configuración apriorística del Estado, se ha centrado, a través del programa de la Economía constitucional de James Buchanan, en la erección de férreas cadenas jurídicas frente a la posibilidad democrática de determinadas políticas económicas, y lo ha hecho tomando por referente a la Constitución o a normas indisponibles para las mayorías ordinarias.

La irrupción en los 70 de lo que entonces eran los inicios de la hoy hegemónica visión neoliberal, permitió que los impulsos a favor de la restricción de la esfera de lo político mediante la petrificación de lo jurídico recobraran vigor. Los intentos por llevar a la Constitución federal de EEUU la estabilidad presupuestaria se sucedieron, pero la compleja maraña de la división de poderes y de la *sui generis* correlación de fuerzas norteamericana, siempre lo impidieron. No obstante, tanto las experiencias estatales al respecto, que hunden sus raíces en la primera mitad del siglo XX, como las fallidas proposiciones a nivel federal y sus correlativos debates, nos brindan un escenario único en el que poder analizar ya, desde la distancia, las dificultades ínsitas en el desarrollo e implementación de un principio tan abstracto e indeterminado como polémico.

La definición misma del alcance de la estabilidad presupuestaria y su imbricación con la sostenibilidad financiera; la necesidad de articular mecanismos que flexibilicen su aplicación en determinadas situaciones; la compatibilidad entre la regla misma y los contenidos accesorios que quieran acompañarla; las posibilidades de evasión que permite su inconcreción o, por último, y quizá lo más relevante, la problemática que suscita su ejecutoriedad judicial...son las cuestiones más latentes que habrán de resolverse en la práctica conforme el nuevo marco se vaya perfeccionando (si es que logra hacerlo). Y ello si se consigue, previamente, dotar de un soporte normativo adecuado y legítimo, y de una fundamentación democrática suficiente, a un principio que está llamado a integrarse en ámbitos indisponibles alejados del cambiante vaivén de las mayorías que se alternan en el poder político. La excesiva juridificación de éste como corolario de la petrificación de determinados intereses ideológico-normativos,

se convertirá, si es que no lo ha hecho ya, en una constante interpelación al Derecho constitucional y sus categorías más esenciales para las que los juristas debemos, previamente, armarnos con el conocimiento de las experiencias comparadas. El largo recorrido teórico, normativo y práctico de la estabilidad presupuestaria en Estados Unidos, tanto a escala estatal como federal, nos lo puede proporcionar, aunque las soluciones últimas a los problemas democráticos de fondo en la Unión Europea deberán partir de la exégesis de nuestras posibilidades, pretensiones y esperanzas¹¹¹.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991): pp. 86-112.
- ARENDT, H. *Sobre la Revolución* (Madrid: Alianza Editorial, 2013).
- BERSTEIN, R. y AGEL, J. *Amending America*, (Kansas: University Press of Kansas, 1995).
- BAYOUMI, T. y EICHENGREEN, B. «Restraining Yourself: The Implications of Fiscal Rules for Economic Stabilization», *Staff Papers*, International Monetary Fund, 42, nº 1, (1995).
- BLANCO VALDÉS, R. *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 1998), pp. 98 y ss.
- BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- BOWEN, J. «Enforcing the Balanced Budget Rule», *Seton Hall Constitution*, nº 4, (1993): pp. 569 y ss.
- BRINTON CRANE, *The Anatomy of Revolution* (Nueva York: Vintage Books, 1965).
- BUCHANAN, J. *Los límites de la libertad: entre la anarquía y el Leviatán*, (Buenos Aires: Katz Editores, 2009).
- BUCHANAN, J. «Clarifying confusion about the Balanced Budget Amendment», *National Tax Journal*, XLVIII, nº 3 (1995): pp. 347 y ss.
- BUCHANAN, J. y WAGNER, R. *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, (New York: Academic Press, 1977).
- BUCHANAN, J. y BRENNAN, G. *El poder fiscal: fundamentos analíticos de una constitución fiscal*, (Madrid: Unión Editorial, 1987).
- BUCHANAN, J. «Clarifying Confusion About the Balanced Budget Amendment», *National Tax Journal*, 48, nº 3, (1995): pp. 350 y ss.
- BUNCH, B. «The Effect of Constitutional Debt Limits on State Governments' Use of Public Authorities», *Public Choice*, 68, nº 1/3, (1991): pp. 57-69.
- CAIN, B. y NOLL, R. «Institutional causes of California's Budget Problem», *Stanford Institute for Economic Policy Research*, nº 10, (2010).

¹¹¹ Al respecto, y con carácter valorativo, hago mía la tesis del último y brillante libro del profesor Juan Luis Requejo Pagés, *El sueño constitucional*, (Oviedo: KRK Ediciones, 2016).

- CAPLAN, R. *Constitutional Brinkmanship: Amending the Constitution by National Convention*, (New York: Oxford University Press, 1998): pp. 78 y ss.
- CROSTHWAIT, G. «Article III: Problems in enforcing the Balanced Budget Amendment», *Columbia Law Review*, nº 83, (1983): pp. 11 y ss.
- DAVIS, L. y CULL, R. «International Capital Movements and American Economic Growth 1820-1914», en Stanley Engerman y Robert Gallman., eds., *The Cambridge Economic History of the United States* (Nueva York: Cambridge University Press, 1993).
- DELLINGER, W. «The Recurring Question of the 'Limited' Constitutional Convention», *Yale Law Journal*, 88, nº 8, (1979).
- DE TOCQUEVILLE, A. *La democracia en América* (Madrid: Editorial Aguilar, 1989).
- Fioravanti, M. *Los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003).
- ELLIS, J. *Founding Brothers* (Nueva York: Vintage Books, 2000).
- ELSTER, J. *Ulises y las sirenas: estudios sobre la racionalidad e irracionalidad*, (Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2002).
- EMBID IRUJO, A. *La constitucionalización de la crisis económica*, (Madrid: Iustel, 2012).
- FELD, L. y KIRCHGÄSSNER, G. «On the Effectiveness of Debt Brakes: The Swiss Experience», *Center for Research in Economics, Management and the Arts*, Working Paper, nº 21, (2006): pp. 3 y ss.
- JEFFERSON, T. «Letter to John Taylor of Caroline», November 26, 1798, en *The Writings of Thomas Jefferson* (Washington DC: Memorial Edition), vol. 10.
- HEUN, W. «Balanced Budget Requirements and Debt: Brakes feasibility and Enforcement», *German Economic Review*, 15, nº 1, (2014): pp. 105 y ss.
- HOU, Y. y SMITH, D. «Framework for Understanding State Balanced Budget Requirement Systems: Reexamining Distintive Features and an Operational Definition», *Public Budgeting and Finance Review*, 26, nº 3, (2006): pp. 32-43.
- KEECH, W. «A Theoretical Analysis of the Case for a Balanced Budget Amendment», *Policy Sciences*, 18, nº 2, (1985).
- KIEWIET, R. y SZAKALY, K. «Constitutional Limitations on Borrowing: An Analysis if State Bonded Indebtedness», *California Institute of Technology* (1996): pp. 65 y ss.
- KINKOPF, N. «The Balanced Budget Amendment: A Threat to the Constitutional Order», *Georgia State University Publications*, 11, nº 1, (2011): pp. 6 y ss.
- KIRKLAND, K. «Creative accounting and short-term debt: State responses to the deficit threat», *National Tax Journal*, 36., nº 3, (1983).
- KRISHNAKUMAR, A. «In defense of the debt limit statute», *Harvard Journal on Legislation*, 42, nº 71 (2005): pp. 140-145.
- KYVIG, D. «Refining or Resisting Modern Government? The Balanced Budget Amendment to the U. S. Constitution», *Akron Law Review*, 28, nº 2, (1995): pp. 103 y ss.
- KUTTNER, R. *Revolt of the Haves: Tax Rebellions and Hard Times*, (Nueva York: Simon and Schster, 1980).
- LAMBERT, E. *El gobierno de los jueces*, (Madrid: Tecnos, 2010).
- LUBECKY, D. «The proposed Federal Budget Amendment: The Lesson From State Experience», *University of Cincinnati Law Review*, nº 55, (1986).

- MANASSE, P. «Deficit Limits, Budgets Rules and Fiscal Policy», *IMF Working Paper*, (2005).
- MORENO GONZÁLEZ, G. «El marco teórico-constitucional de los nuevos mecanismos de gobernanza económica», en Joaquín Martín Cubas (Ed.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017): pp. 375-389.
- MORENO GONZÁLEZ, G. «El control jurisdiccional de constitucionalidad: la experiencia estadounidense como paradigma del activismo judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nº 29, (2011).
- MORGAN, I. «Unconventional Politics: The Campaign for a Balanced Budget Amendment. Constitutional Convention in the 1970s», *Journal of American Studies*, Cambridge University Press, nº 32, (1988): pp. 422 y ss.
- MORRIS, R. «Evading Debt Limitations with Public Building Authorities: The Costly Subversion of State Constitutions», *The Yale Law Journal*, 68, nº 2, (1958).
- NEEDELMAN, J. «Deconstructing the Balanced Budget Amendment: Fiscal Folly, Monetary Madness», *UCLA Law Review*, nº 44 (1997): 1289 y ss.
- O'SULLIVAN, A., SEXTON, T. y SHEFFRIN, S. «Proposition 13: Unintended Effects and Feasible Reforms», *National Tax Journal*, nº 55, (1999).
- POTERBA, J. «Do Budget Rules work?», *National Bureau of Economic Research*, working paper 5550, (1996): pp. 15-25.
- POTERBA, J. «Balanced Budget Rules and Fiscal Policy: Evidence From the States», *National Tax Journal*, 48, (1995).
- PUY FRAGA, P. *Economía política del Estado constitucional: fundamentos de la Economía constitucional*, (Barcelona: Cedecs Editorial, 1996).
- REQUEJO PAGÉS, J.L. *El sueño constitucional*, (Oviedo: KRK Ediciones, 2016).
- SATURNO, J. y LYNCH, M. «A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options», *Congressional Research Service*, nº 20 (2011): p. 2 y ss.
- SAVAGE, J. *Balanced Budgets and American Politics*, (New York: Cornell University Press, 1988).
- SETO, T. «Drafting a Federal Balanced Budget Amendment That Does What It Is Supposed To Do (And No more)», *The Yale Law Journal*, 106, nº 5, (1997): pp. 1467 y ss.
- STOKES PAULSEN, M. «A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-seventh Amendment», *Yale Law Journal*, 103, nº 8, (1993).
- REQUEJO PAGÉS, J.L. *El sueño constitucional*, (Oviedo: KRK Ediciones, 2016).
- RIDAURA, M^a J. «La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, (2012).
- STOKES PAULSEN, M. «A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-seventh Amendment», *Yale Law Journal*, 103, nº 8, (1993).
- SUITS, D. y FISHER, R. «A Balanced Budget Constitutional Amendment: Economic Complexities and Uncertainties», *National Tax Journal*, 38, nº 4, (1985).
- SUNG HANM, Mark, KAMLET, David Moewry y TSAI TSU Su, «The influence of the Gramm-Rudman-Hollings Act on Federal Budgetary», *Journal of Policy Analysis and Management*, 11, nº 2, (1992).

- TRIBE, L. «Issues Raised by Requesting Congress to Call a Constitutional Convention to Propose a Balanced Budget Amendment», *Pacific Law Journal*, 10, (1979).
- VALLESPÍN, F. *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, (Madrid: Alianza Editorial, 1985).
- WILDAVSKY, A. «A Cultural Theory of Expenditure Growth and (Un)balanced Budgets», *Journal of Public Economics*, 28, nº 3 (1985): pp. 349-357.

RECIENTES ORIENTACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Recent trends in Inter-American court of humans rights decisions

Nicolás Pérez Sola

Catedrático acreditado de Derecho Constitucional

Universidad de Jaén

nperez@ujaen.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp289-320](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp289-320)

Recibido: 26.07.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

La construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presenta interesantes pronunciamientos sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el uso y disfrute de la tierra con la que mantienen vínculos inmateriales. También revisten enorme interés los pronunciamientos de la Corte sobre las obligaciones de los Estados en materia de desplazados internos. Finalmente, se analizan las Opiniones Consultivas de la Corte que han permitido concretar la responsabilidad en la que pueden incurrir los Estados, en caso de no garantizar los derechos humanos a los migrantes, bien por no haber previsto instrumentos eficaces para su garantía o bien por no haber investigado y sancionado las violaciones que de éstos se hayan producido. La investigación de los desaparecidos constituye una obligación de

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Pérez Sola, Nicolás. 2017. «Recientes orientaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp289-320](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp289-320).

los Estados que deben participar activamente en el esclarecimiento de los hechos y la averiguación de la verdad.

Palabras clave

Derechos Humanos, corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas, Desplazados, Migrantes, el Derecho a conocer la Verdad.

Abstract

Inter-American Court of Human Rights has rendered interesting pronouncements on rights of indigenous peoples relating the use and enjoyment of land with which they maintain immaterial ties. The Court's pronouncements on internally displaced persons' state obligations is also of great interest. Finally, we analyze the Advisory Opinions of the Court that have allowed to make States liable whenever they will fail to guarantee the human rights of migrants, either when they do not provide effective means to protect them or when they do not prosecute or sanction violations committed. The inquiry into disappeared constitutes an obligation of States that must actively participate in fact finding and the pursuit for truth.

Keywords

Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Rights of Indigenous Peoples, Displaced Persons, Migrants, Right to know.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PUEBLOS INDÍGENAS. 3. DESPLAZADOS. 4. MIGRANTES. 5. EL DERECHO A CONOCER LA VERDAD.

1. INTRODUCCIÓN.

En el afán de edificar una teoría común de los derechos humanos¹ se ha construido un diálogo de tribunales que, no sólo lo es entre los sistemas regionales de protección de derechos sino entre éstos y los tribunales internos de los Estados parte que los han suscrito. Entre las razones para la interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos aparece, sin duda, la de «su aceptación más generalizada y menos cuestionada» entre los Estado Parte en los sistemas regionales de protección de derechos², dado el valor de los derechos humanos en el ámbito del desarrollo de la personalidad de todos los seres humanos³.

Sin ánimo de llevar a cabo una comparación entre ambos sistemas regionales de protección de derechos si puede ser interesante constatar un ámbito de derechos no divergente, pero si con características propias en el sistema interamericano, no siempre con claro referente en el ámbito del sistema de protección del Consejo de Europa⁴. En todo caso cabe destacar la progresiva y constante influencia del derecho internacional en las Constituciones Iberoamericanas, frente a una época anterior en la que los tratados internacionales en materia de derechos humanos habían gozado de una consideración secundaria, hasta el actual «reconocimiento de su nivel jerárquico superior a las normas internas⁵. Es por ello objeto de este presente estudio algunas de

¹ J. García Roca, H. Nogueira Alcalá, R. Bustos Gisbert, «La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo», *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012), 65.

² A. Sáiz Arnáiz (Dir.), J. Solanes Mullor, J. E. Roa Roa (Coord.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Tirant lo Blanch/Corte Interamericana de Derechos/Universitat Pompeu Fabra, Valencia, 2017).

³ «El lenguaje de los derechos refleja la cultura ilustrada de la razón, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad», J. García Roca, E. Carmona Cuenca (Eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (Instituto de Derecho parlamentario Thomson Reuters Aranzadi, 2017), 73.

⁴ F. Salvioli, «Convergencias y divergencias de las jurisdicciones contenciosas en los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos», F. SALVIOLI, C. ZANGHI, *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana* (Sapienza Università di Roma, CEDri, Instituto de Derechos Humanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

⁵ H. Fix-Zamudio, «La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos», A.

las más recientes aportaciones de la Corte Interamericana sobre derechos humanos⁶. La lectura de la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana nos permite conocer las nuevas orientaciones de la Corte que, si bien, en algunas materias ya había comenzado años atrás, va confirmando y profundizando en la clarificación del alcance de la protección de los derechos, los titulares de los mismos y las responsabilidades en las que pueden incurrir los Estados en caso de no asumir la protección de aquéllos.

En este contexto, algunos aspectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana despiertan evidente interés por las características que presenta la protección de los derechos de personas vulnerables como los indígenas o los desplazados, pero también los migrantes y, sin duda, constituye un aspecto enormemente relevante la jurisprudencia de la Corte sobre los desaparecidos y el derecho a conocer la verdad. Son sin duda otras dimensiones de la protección de derechos humanos que nos permitirá aproximarnos a estos nuevos desarrollos desde una perspectiva cultural y jurídica diferente⁷, pero en un ámbito de comunicación constante entre ambos sistemas de protección.

2. PUEBLOS INDÍGENAS.

La construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) sobre los pueblos indígenas abarca un amplio marco en el que destacan varios ámbitos por sus consecuencias jurídicas. Así junto al reconocimiento de la personalidad jurídica de aquéllos, se ha proclamado de modo indubitado su derecho a la vida, a la integridad personal así como su titularidad de derechos instrumentales como a la tutela judicial efectiva y las garantías judiciales incluso el derecho a usar de los recursos naturales dentro de las tierras que tradicionalmente han poseído.

Un breve recorrido por los recientes pronunciamientos de la Corte nos permitirá conocer los principales desarrollos de la misma sobre los pueblos indígenas, así como las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos de aquéllos sin discriminación, la obligación de adecuar el

Sáiz Arnáiz, E. Ferrer Mac-Gregor (Cords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América latina y Europa* (Porrúa, UNAM, México, 2012), 192.

⁶ F. González Morales, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Tirant lo Blanch, Valencia 2013).

⁷ Se trata de «algunos de los desafíos que enfrenta la protección multinivel en América Latina los cuales, por variados motivos políticos, económicos y sociales, no revisten mayor importancia en otros contextos -como el europeo». R. Ureña, «¿Protección Multinivel de los Derechos Humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos», G. R. Bandeira Galindo, R. Ureña, A. Torres Pérez, *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013), 17.

ordenamiento interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) en el modo que permita el ejercicio efectivo de los derechos por las comunidades indígenas, así como las medidas de protección que se deben acordar respecto de las personas más vulnerables de estos colectivos, los niños y los ancianos.

El punto de partida lo constituye sin duda el artículo 1.1 de la Convención lo que supone para los Estados la obligación de garantizar de forma efectiva los derechos de las comunidades indígenas en condiciones de igualdad, por lo que aquéllos tendrán que atender a las «características propias que diferencia a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad»⁸, a la hora de interpretar y aplicar su ordenamiento interno. No se podrá otorgar una protección efectiva sin considerar las condiciones económicas, sociales, su derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres propias de dichas comunidades. Sin duda es el derecho consuetudinario un elemento esencial en la forma de vida de estos pueblos por lo que los Estados deben atender a dichos usos y costumbres en la interpretación que realicen de los derechos contenidos en la Convención cuando afecten a aquéllos.

Es por esta razón que la identidad cultural constituye un elemento principal en el reconocimiento a las comunidades indígenas de un estatuto jurídico en el que la naturaleza colectiva debe ser respetada y en la que destaca, entre otras notas, la «vinculación estrecha» que «guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprenda de ellos»⁹.

Un primer elemento de análisis lo constituye la concepción de la familia y la regulación de ésta en el contexto de los pueblos indígenas y la incidencia en los mismos de las normas propias del ordenamiento jurídico estatal relativo al derecho de familia. Para la Corte, desde su primer pronunciamiento en esta materia se ha de atender a la diversidad cultural, ya que es evidente que determinados pueblos indígenas ni se rigen por el ordenamiento jurídico estatal en materia de familia y sucesiones ni por tanto se debe atender a dicho ordenamiento para resolver conflictos que se pudieran producir en relación con la propiedad, sucesión, indemnizaciones o restituciones en favor de la comunidad indígena. La Corte se ha manifestado en favor de un entendimiento conforme a la Convención de la estructura social de estas poblaciones atendiendo pues a las peculiaridades de este pueblo en lo relativo a su derecho de familia¹⁰.

⁸ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de julio de 2005.

⁹ Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.

¹⁰ Caso Aloeboetoe y Otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

Constituye un hito en esta jurisprudencia la resolución de litigios relativos a la propiedad de la tierra en el caso de territorios ancestrales de las comunidades indígenas en los que se sustancia un conflicto vinculado con la propiedad de la tierra. Pues bien, a partir de una interpretación evolutiva de la protección otorgada por la Convención a la propiedad a tenor del artículo 21 de la misma¹¹, la Corte ha llevado a cabo una interpretación no restrictiva de la proclamación de derechos que en aquella se encuentran, como recoge en su artículo 29.b¹². En concreto se trata de dilucidar la posible titularidad comunal de la propiedad de los pueblos indígenas. A tal efecto la Corte hace hincapié en que «la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, y su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras»¹³.

Para la determinación de los daños también es imprescindible atender a los perjuicios inmateriales de la población indígena. Así tras la producción de una masacre se determina la existencia de perjuicios comunitarios o colectivos y no exclusivamente individuales¹⁴.

Por tanto la concepción de la familia en los pueblos indígenas en todo lo que les puede afectar debe fundamentarse según la Corte en esa «estrecha relación» que los indígenas mantienen con los territorios ancestrales y a partir de este hecho ser reconocida dicha vinculación y comprendida como «la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica»¹⁵.

Es por esta concepción familiar que el reconocimiento de la personalidad jurídica choca a veces con la falta de registro e identificación de los miembros pertenecientes a las comunidades indígenas. En este sentido, junto a la personalidad individual de los integrantes de la comunidad la Corte ha incidido en el hecho de que la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva del pueblo «lo convierte en inelégible conforme al derecho interno

¹¹ «toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes».

¹² «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;»

¹³ Caso de la Comunidad (Mayagna Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

¹⁴ Caso Masacre Plan Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 2004.

¹⁵ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005.

para recibir el título comunal de sus tierras como comunidad tribal y a tener acceso igualitario a la protección judicial de sus derechos de propiedad»¹⁶.

En una relación directa con la personalidad jurídica se encuentra el acceso efectivo a la justicia que ha sistematizado la Corte a efectos pedagógicos al señalar que los estándares de protección de derechos han de ser interpretados y aplicados para garantizar su efectividad en los pueblos indígenas teniendo en cuenta no solo el reconocimiento de la personalidad jurídica tanto colectiva como individual, como queda ya comentado, sino con el otorgamiento de capacidad legal que en términos de legitimación les posibilite por sí o por representante, de conformidad con su derecho consuetudinario, interponer acciones en los procedimientos administrativos como en los procesos ante los órganos jurisdiccionales. En resumen, que el acceso a la justicia se realice por los miembros de los pueblos indígenas sin discriminación y de conformidad con su identidad cultural y atendiendo a su posible situación de vulnerabilidad¹⁷.

En cuanto a la reivindicación de la propiedad de la tierra en numerosas ocasiones se ha suscitado el alcance del derecho a la propiedad de la misma por las comunidades indígenas frente a la ocupación o usurpación de aquélla por terceros. Las circunstancias que concurren en estos conflictos tienen como punto de partida la ausencia de estatuto jurídico de las comunidades indígenas en los Estados y por tanto la imposibilidad de recibir títulos de propiedad de las tierras comunales en nombre de la comunidad, pese a que en numerosas ocasiones desde éstas se hubiesen solicitado con fundamento en su presencia en las tierras desde una época muy anterior. Pues bien, la Corte se ha pronunciado en el sentido de considerar que desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe garantizar «el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural, y asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio».

Por tanto, la Corte en una interpretación evolutiva del derecho a la propiedad recogido en el artículo 21 de la Convención considera que la aplicación efectiva de este derecho implica no desconocer en el ámbito regional la existencia de otras concepciones del derecho al uso y goce de los bienes atendiendo a criterios culturales, usos y costumbres así como creencias de las distintas comunidades.

¹⁶ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

¹⁷ Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

Es decir, que las diferentes concepciones del derecho de propiedad no comparten el entendimiento clásico de este derecho, pero no por ello no han de ser objeto de idéntica protección por el citado precepto de la Convención, por el hecho de no centrarse en la titularidad de la persona sino grupal de la comunidad. Frente a estas realidades un entendimiento unívoco del ejercicio de este derecho «significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas»¹⁸.

Además, el entendimiento de la propiedad como uso y disfrute de los terrenos ancestrales ha de ser observado desde la perspectiva de la «conexión intrínseca» de los pueblos indígenas con el territorio, de tal modo que la concepción de la propiedad debe incluir la acepción material, como garantía de su supervivencia física, pero también su acepción cultural, esto es «como desarrollo y continuidad de su cosmovisión», de tal modo que el derecho a la propiedad reconocido por el artículo 21 de la Convención incorpora la obligación de los Estados de «garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados»¹⁹. En ningún caso ha considerado la Corte que una legislación relativa a los pueblos indígenas pueda consistir en una consideración discriminatoria respecto de la población restante del país, antes al contrario, con fundamento en el derecho internacional la Corte apela al «trato desigual a personas en condiciones desiguales al objeto de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres»²⁰.

Ahora bien, el conjunto de las obligaciones derivadas de aquél precepto para los Estados no se satisfará plenamente en tanto en cuanto no se haya producido la delimitación, demarcación y titulación de las tierras de las comunidades indígenas, único modo de garantizar el principio de seguridad jurídica sobre la titularidad de aquéllas²¹. En caso contrario constituirá una violación «al uso y goce de los bienes de los miembros de dichas comunidades».

Pero para un efectivo sistema de ejercicio del derecho sobre la tierra es preciso con carácter previo que por parte de los Estados se adopten «procedimientos adecuados» en su ordenamiento interno, para «procesar las reivindicaciones de sus tierras, derivado de la obligación general de garantía que establecen los artículos 1 y 2 de la Convención. Los recursos ofrecidos por el

¹⁸ Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

¹⁹ Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emerá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

²⁰ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

²¹ Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

Estado deben suponer una posibilidad real para que las comunidades indígenas y tribales puedan defender sus derechos y puedan ejercer el control efectivo de su territorio, sin ninguna interferencia externa». En este sentido y partiendo de la situación de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar los pueblos indígenas, el Estado tiene la obligación de posibilitar el acceso a la justicia, así como garantizar que se podrá «lograr la ejecución de las decisiones adoptadas». Por ello y pese a que el territorio sea titulado, será preciso incluso que por el Estado se lleve a cabo el «saneado» de la misma, si estuviese en posesión de terceros. Para la Corte constituye una obligación de oficio del Estado «el deber de sanear»²². En el caso de que se haya producido involuntariamente la pérdida de las tierras tradicionales por los pueblos indígenas, y éstas hubieren sido transferidas a terceros adquirentes de buena fe, la Corte reconoce «el derecho a solicitar la reivindicación o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad»²³.

La garantía de la propiedad reviste pues cierta complejidad ya que en múltiples ocasiones la reivindicación de la propiedad por la comunidad indígena y la existencia de propiedad privada particular sobre el mismo territorio deben ser resueltos, por lo que la Corte entiende que lejos de anticipar una solución con carácter general, lo que procede es en cada caso la valoración de la situación de conformidad con los criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y «el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada por un lado, o el derecho de las tierras tradicionales, por el otro». En el caso de que atendiendo a razones objetivas, concretas y justificadas no se pueda acordar la devolución del territorio tradicional a las comunidades indígenas corresponderá al Estado llevar a cabo el ofrecimiento de «tierras alternativas de igual o mayor extensión y calidad, el pago de una justa indemnización o ambos y de manera consensuada con los pueblos interesados»²⁴.

Ahora bien, para la resolución de los conflictos que se puedan presentar para la recuperación de tierras por los pueblos indígenas la Corte ha fijado una serie de criterios a seguir. En primer lugar, a la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras se le confiere efectos equivalentes al título de pleno dominio que reconocen los ordenamientos jurídicos internos. Por tanto la posesión tradicional de esos territorios posibilita la exigencia por los

²² Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

²³ Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

²⁴ Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

indígenas del reconocimiento legal de la propiedad de los mismos y la correspondiente inscripción registral. En segundo lugar, corresponde al Estado llevar a cabo la delimitación, demarcación y el otorgamiento del título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas. Por último, en el caso de pérdida de la posesión de las tierras por causa ajena a la voluntad de las comunidades indígenas, conservarán el derecho de propiedad sobre ellas salvo adquisición de aquéllas por terceros de buena fe, si bien podrán reivindicarlas o interesar la obtención de otras tierras «de igual extensión y calidad»²⁵.

En todo caso, la recuperación de las tierras tradicionales ha sido objeto también de estudio por la Corte, que ha establecido «que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales, por lo que mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación de dichas tierras permanecerá vigente. Si esta relación hubiera dejado de existir, también se extinguiría ese derecho». Si bien, para poder constatar la pervivencia de este vínculo entre la población indígena y sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que no cabe un entendimiento único de esta conexión y por tanto habrá que atender a las características propias de cada pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, así como que esta relación sea efectiva, señalándose como manifestación de ella «el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura», sin que por causas ajenas a su voluntad se vean impedidos de llevar a cabo tales actividades que acreditan «la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales»²⁶.

Otro aspecto sobre el que ha tenido ocasión la Corte de pronunciarse es respecto del alcance del artículo 21 de la Convención en su aplicación a los pueblos indígenas en orden al alcance del derecho a la propiedad tanto del suelo como del subsuelo, a efectos de la garantía de sus territorios ancestrales. En este sentido se ha dirimido si el uso y goce debiera limitarse a la superficie y recursos naturales del territorio, en la medida en que se garantiza su existencia y supervivencia en las formas tradicionales de vida de éstos, o si debe alcanzar también al subsuelo y los recursos que se encuentran bajo dicha superficie. En suma, se está abordando la cuestión de los límites en el alcance de la propiedad respecto de la exploración y explotación de los

²⁵ Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

²⁶ Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

recursos naturales superficiales (agua, madera) y los que se encuentran en el interior de la tierra (mineros). En respuesta a esta cuestión la Corte ha señalado la necesidad de proteger las tierras y los recursos de los que se han valido tradicionalmente para «prevenir su extinción como pueblo» y garantizar «que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y su identidad cultural».

Ahora bien, la Corte no sustenta una interpretación absoluta del artículo 21 de la Convención de forma tal que «no permite una interpretación así de restrictiva», sino que este derecho está sujeto a ciertos límites y por tanto, procederá la realización de exploración y explotación de proyectos con un condicionado que se resume en la participación de la población indígena en los proyectos, la participación en los beneficios que se deriven de dichos proyectos y el no otorgamiento de concesión alguna sin el previo estudio de impacto social y ambiental²⁷. A la hora de llevar a cabo los referidos estudios de impacto ambiental se debe atender a las tradiciones de los pueblos indígenas y corresponderá a los Estados verificar que en la realización de aquéllos «coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena»²⁸. Es en este sentido que se ha afirmado que constituye una obligación «convencional», pero también un principio de derecho internacional, que los Estados cuenten con «mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el proceso de consulta en estos casos, sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley»²⁹, en todo lo que les pueda afectar en sus derechos y especialmente a la propiedad comunal de conformidad con sus valores culturales, costumbres y forma de organización propia. En caso contrario se puede derivar responsabilidad internacional del Estado.

Respecto de las características que ha de reunir la participación de las comunidades indígenas en aquellos proyectos que les puedan afectar la Corte se ha manifestado en un doble sentido. Desde el punto de vista cronológico, se apuesta por una intervención y participación desde la fase inicial de elaboración o planificación de los proyectos que les afecten, al objeto de que puedan opinar e «influir» en la posterior toma de decisiones. En cuanto a la finalidad de estos procesos de diálogo y consulta, la Corte ha señalado que se deben llevar a cabo con carácter previo, de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo, de forma «adecuada, accesible e informada»³⁰.

²⁷ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

²⁸ Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

²⁹ Caso Comunidad Garífuna de Punta de Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

³⁰ Caso Comunidad Garífuna de Punta de Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

No desconoce, por otro lado la Corte, que los pueblos indígenas «pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medio ambiente»³¹.

Con alcance diferente la Corte se ha hecho eco de la titularidad de derechos políticos por parte de los integrantes de las comunidades indígenas, sin que las exigencias de la normativa electoral concreta pueda excluir del ejercicio de tal derecho en su esfera activa para presentarse como candidato a quienes no estén encuadrados en partido político, coaliciones u otras candidaturas colectivas fruto de agrupación de votantes, sin perjuicio de la vulneración del derecho a la participación en condiciones igualdad en las elecciones³².

Con carácter general conviene recordar que el art. 1.1 de la Convención Americana proscribe la discriminación, tanto con carácter general, como respecto a determinadas consideraciones o características de la persona como la etnia³³. Es por ello que los Estados tienen una obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación de tal modo que deberán otorgar una protección efectiva atendiendo a las características, peculiaridades, derecho consuetudinario o especial vulnerabilidad de los miembros de las comunidades indígenas, debiendo abstenerse de cualquier acción que de modo directo o indirecto pueda crear situaciones de discriminación³⁴.

Finalmente presenta interés el alcance de las resoluciones de la Corte relativas a la reparación a las poblaciones indígenas de los perjuicios a ellas causados y violaciones de sus derechos. Así entre las medidas de satisfacción y garantía de no repetición se encuentra el respeto a los restos mortales, el entierro de los mismos según las costumbres de la comunidad así como la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los culpables. Además, el Estado condenado por la Corte deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad de conformidad con las costumbres y el idioma de la comunidad indígena, y cuando fuere preciso, diseñar e implementar un programa para la recuperación de la memoria colectiva y el mantenimiento de la cultura³⁵. A tal efecto incluso se podrá constituir un Fondo ante la desposesión del territorio y los daños causados al mismo para llevar a cabo el desarrollo de proyectos

³¹ Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

³² Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

³³ Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

³⁴ Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

³⁵ Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

cuyo objetivo sea el incremento de la productividad agrícola, la mejora de las infraestructuras de la Comunidad a tenor de sus necesidades, la restauración de zonas desforestadas y cualquier otro objetivo que repercuta en beneficio de la Comunidad³⁶.

Al objeto de asegurar el derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales de las poblaciones indígenas se preverá en la sentencia la devolución de las mismas y su uso efectivo si este fuese posible, incluso acudiendo a la vía de expropiación y procediendo, en su caso, al saneamiento que, como ya se indicó, corresponderá al Estado ejercerlo de oficio y con extrema diligencia. Cuando no sea posible la restitución la Corte puede imponer al Estado la obligación de llevar a cabo el ofrecimiento de tierras dentro del territorio tradicional de sus ancestros de modo consensuado con los miembros de la Comunidad³⁷. De forma complementaria se puede acordar en la sentencia llevar a cabo la modificación de la legislación interna al objeto de incorporar al sistema administrativo y jurisdiccional «un sistema eficaz de reclamación de tierras» al objeto de hacer efectivo el ejercicio del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas con la garantía de que en caso de conflicto por la propiedad de las tierras por particulares y comunidades indígenas será un órgano jurisdiccional el que resuelva dicho litigio³⁸.

3. DESPLAZADOS INTERNOS

La existencia de conflictos internos de distinta naturaleza que hayan podido existir en el propio Estado ha ocasionado el desplazamiento de población que, fuera de su entorno habitual, puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Esta realidad tiene que ser igualmente atendida, no sólo por los órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, sino por el resto de las instituciones del Estado para posibilitar una efectiva integración de los mismos en su nuevo entorno.

Una aproximación conceptual al desplazamiento se puede realizar desde pronunciamientos jurisprudenciales como el de la Corte Constitucional Colombiana en el sentido de que «no es el registro formal ante los entes gubernamentales el que le da el carácter de desplazado a un individuo sino el

³⁶ Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

³⁷ Caso Comunidad Indígena Xakmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

³⁸ Caso Comunidad Indígena Xakmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

mero hecho de haberse visto compelido a abandonar el lugar de residencia habitual»³⁹.

La definición de los desplazados internos se ha formulado en el entendimiento de éstos como «las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos (...) y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida». Además los desplazados sufren desarraigo cultural, desarticulación social, empobrecimiento y un considerable deterioro en sus condiciones de vida. Es en este sentido en el que el desplazamiento forzado es considerado como una violación múltiple de derechos humanos que se traduce en una falta de atención así como un estado de carencia que puede afectar «el derecho de los familiares de las víctimas a una vida digna, en relación con el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en esas normas».

Respecto de los desplazados internos cabe decir que éstos gozan de la protección de la Convención para circular libremente y establecer su residencia. El reconocimiento del derecho de circulación genera una obligación positiva a los Estados que deben adoptar las medidas que permitan la efectividad de este derecho, es por ello que si el Estado no ha garantizado en modo suficiente el ejercicio de este derecho frente a la existencia de amenazas que provengan de actores no estatales que le impidan fijar libremente su residencia y permanecer en la misma, se puede declarar la vulneración de este derecho por el Estado⁴⁰. De tal modo que una interpretación amplia del artículo 22 de la Convención supone el reconocimiento de un derecho a no ser desplazado de forma interna dentro del propio país⁴¹.

Ahora bien, cualquier restricción a este derecho tiene un carácter excepcional y deberá estar expresamente previsto en la ley «en la medida indispensable en una sociedad democrática para la prevención de infracciones penales o bien para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la protección de los derechos y libertades (artículo 22.2⁴²). Esta restricción se podrá acordar para «zonas determinadas, por razones de interés público». En

³⁹ Sentencia T025 de 22 de enero de 2004, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte constitucional.

⁴⁰ Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

⁴¹ Caso Masacre de Mampiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

⁴² «Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio».

todo caso, como ha recogido la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuando las restricciones a la libertad de circulación se encuentren previstas en la ley, serán objeto de interpretación restrictiva⁴³. La incidencia de estas restricciones será expresamente intensa cuando en el ámbito del derecho penal se acuerde como medida cautelar y habrá de responder su adopción a la presunción de inocencia, así como a la proporcionalidad en la adopción de dicha medida.

En efecto, la Corte ha asumido una interpretación del citado artículo 22 de la Convención de conformidad con los Principios Rectores de los Desplazamientos internos de las Naciones Unidas en el sentido de otorgar dicha protección a quienes sufren este desplazamiento. La relevancia de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos emitida en 1998 por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas ha sido destacada por la Corte al objeto de definir el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención, sin perjuicio de atender igualmente a las regulaciones que de los desplazados se encuentran en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949. Con especial atención se ha de observar el artículo 17 del citado Protocolo que contiene la prohibición de ordenar el desplazamiento de la población por razones relacionadas con un conflicto. La única excepción a esta regla será cuando existan razones de seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas, en cuyo caso, se deberán adoptar «todas las medidas posibles para la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación»⁴⁴.

El desplazamiento forzado puede suponer una violación múltiple de derechos reconocidos en la Convención, en la medida en que se puede atentar contra el derecho a la vida (art. 4) a la integridad personal (art. 5)⁴⁵ a la libertad personal (art. 7)⁴⁶. De igual modo, con la destrucción del ganado o de la vivienda se puede estar violando el derecho a la propiedad (art. 21)⁴⁷, el respeto a la vida privada y al domicilio (art. 11.2).

No obstante se ha de reparar en la dificultad en la identificación de las víctimas en los casos de desplazamiento forzado y la necesidad de considerar las particularidades del caso para dicho proceso. Así la Corte ha afirmado que ante «las complejidades y dificultades para identificar plenamente a todas las

⁴³ Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

⁴⁴ Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

⁴⁵ Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

presuntas víctimas, en las circunstancias propias del caso», se hace necesario «adoptar criterios flexibles que atiendan a las particularidades» del mismo⁴⁸.

Hemos insistido ya en la situación de debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran quienes como consecuencia del desplazamiento en contra de su voluntad han debido abandonar enseres, propiedades, viviendas y quedan sujetos durante el desplazamiento a amenazas de todo tipo y persecuciones. En este contexto de profundo desarraigo por la extracción generalmente rural de la población que sufre el desplazamiento la vulnerabilidad se ve incrementada en el caso de mujeres, menores y personas de la tercera edad. La jurisprudencia de la Corte se ha hecho eco de esta situación de discriminación e indefensión, señalando que corresponde a los Estados la obligación de adoptar cuantas medidas sean pertinentes al objeto de paliar la situación en la que se puede encontrar el desplazado con riesgo de sufrir la vulneración de diversos derechos humanos.

En este sentido, las obligaciones de los Estados alcanzan también a la necesaria investigación de los casos de violación de los derechos de los desplazados, así como a la adopción de medidas eficaces para garantizar el regreso a su residencia habitual o, en su caso, un reasentamiento voluntario en otro lugar del país. La Corte ha incidido en la necesidad de configurar un estatuto jurídico del desplazado con precisión de los derechos individuales y del colectivo, así como las obligaciones de autoridades y poderes públicos respecto de ellos. Es por estas razones que se debe hacer hincapié en la necesidad de configurar un estatuto jurídico del desplazado con precisión de los derechos individuales y del colectivo, así como las obligaciones de autoridades y poderes públicos respecto de ellos.

Las circunstancias personales se agravan considerablemente cuando el desplazamiento forzado afecta a poblaciones indígenas, dado su especial vínculo con el territorio, como se ha señalado con anterioridad, con connotaciones culturales y religiosas⁴⁹. El choque que se puede producir entre los desplazados y la población del lugar de asentamiento puede generar conflictos al entrar en contacto con otra cultura, formas de vida e incluso idioma. Igualmente no se puede olvidar el fenómeno de rechazo que se puede producir de los desplazados por parte de la población del lugar.

La Corte ha incorporado en su fundamentación jurídica los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos con el objetivo de conseguir la mejora de las condiciones de los desplazados especialmente por su impacto en el ámbito familiar como en el conjunto de la sociedad, dada la precariedad en la que sume a los mismos frente al acceso a la alimentación, medicinas y

⁴⁸ Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.

⁴⁹ Caso Comunidad Indígena Yake Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

la exposición a las diversas formas de violencia⁵⁰. Es por ello que con la incorporación de dichos Principios Rectores a la jurisprudencia de la Corte se persigue generar una serie de obligaciones para los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales así como las de ámbito internacional, pese a carecer de obligatoriedad jurídica aquéllos.

En algunas ocasiones dado que el desplazamiento ha tenido lugar como consecuencia de pertenecer a minorías, etnias o creencias religiosas los supuestos de discriminación han podido desdibujar su condición de ciudadanos de pleno derecho en el Estado del que son miembros. Corresponde a los Estados a tenor de lo señalado por la Corte, la obligación de garantizar el derecho a la vida, la dignidad, la libertad y la seguridad de los afectados por el desplazamiento. Incluso en el colectivo de desplazados se deben identificar las personas con «necesidades especiales» que requerirán un tratamiento más adecuado a dichas necesidades. En este colectivo tienen cabida los niños, los menores no acompañados, las mujeres y en su caso las embarazadas o con hijos pequeños, discapacitados y ancianos.

A veces, frente a los desplazados se detecta el abandono de sus responsabilidades por parte del Estado y las autoridades, con dejación de sus obligaciones y responsabilidades. Es por este motivo que la Corte ha recordado también a los Estados la responsabilidad de los mismos y la obligación de evitar, prevenir o minimizar las consecuencias de los desplazamientos internos. De tal modo que corresponde a las autoridades detectar previamente los riesgos de desplazamientos, en su caso valorar opciones que eviten el desplazamiento y en la medida en que esto sea posible, llevar a cabo consultas a las poblaciones que se verían afectadas por dicho desplazamiento. Además, la actitud de los gobiernos no puede ser proclive a dichos desplazamientos, bien como consecuencia de desastres naturales o como consecuencia de la ejecución de infraestructuras o proyectos de desarrollo, debiendo de abandonar cualquier actitud de arbitrariedad incluso en la reubicación de los colectivos desplazados por estas causas⁵¹. Sin perder de vista nunca que estos desplazamientos deben ser en todo caso temporales con la opción real del retorno con plenitud de derechos y sin riesgos si estos se producen.

Como es obvio, la protección vinculada a la dignidad personal debe siempre estar garantizada frente a la tortura, trato inhumano y degradante, así como frente a la agresión sexual, violencia o trabajo forzado de niños. La situación de los desplazados tampoco se puede ver agravada con la restricción en su libertad con detención arbitraria, internamiento o confinamiento,

⁵⁰ Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.

⁵¹ Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

por lo que se les debe garantizar libertad de movimientos en los lugares en los que hayan sido desplazados. Así mismo, la Corte ha recordado que existe una prohibición absoluta en derecho internacional sobre el reclutamiento militar forzado de menores, tanto las Convenciones de Ginebra de Derecho Humanitario como la Convención sobre los Derechos del Niño contienen una prohibición absoluta respecto de los menores de quince años y la adopción de todo tipo de cautelas en relación con los que aún no hayan alcanzado los dieciocho años.

Desde la Corte se ha hecho hincapié en como en estos Principios Rectores se reitera la preservación de la unidad familiar⁵² pese a los desplazamientos, por lo que en caso de no haberse podido preservar por parte de las autoridades, se llevarán a cabo las pesquisas pertinentes para la localización del paradero de los familiares desaparecidos, así como facilitar la reunificación familiar una vez se haya producido dicha localización. En los programas que desarrollen las Administraciones correspondientes que afecten a los desplazamientos se debe procurar que aquéllas permanezcan unidas.

Los desplazados también son titulares de derechos sociales, especialmente en orden a su subsistencia con dignidad, al acceso a alimentos y agua potable así como a los servicios médicos y sanitarios esenciales para preservar su salud, no sólo física sino también mental, ya que los conflictos suelen generar un alto nivel de estrés postraumático en muchas de las personas desplazadas.

En este ámbito socioeconómico resulta igualmente necesario garantizar el derecho al trabajo de la población desplazada, al menos cuando haya evidencia de que el retorno no se va a producir de modo inmediato. De esta forma se podrá contribuir a la economía familiar y no depender exclusivamente de la ayuda humanitaria. En el mismo sentido, por las autoridades se debe velar por la conservación de las propiedades y bienes de los desplazados frente al pillaje y actos de apropiación indebida de las mismas. En caso de que se produzca el retorno al lugar de residencia original también las autoridades deberán velar por la restitución, en su caso, de los bienes ilícitamente apropiados, así como la resolución de controversias sobre derechos de propiedad litigiosa, tras los conflictos que originaron el desplazamiento.

Respecto a la escolarización gratuita de los menores desplazados ésta debe constituir un objetivo prioritario de las autoridades, sin perjuicio de que se pueda facilitar el acceso a la educación en el resto de los niveles educativos con respeto a su identidad cultural, lingüística o religiosa.

⁵² Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

Una vez que hayan desaparecido las causas que motivaron el desplazamiento por las autoridades se debe garantizar el retorno al lugar de origen⁵³, la elección de una nueva residencia se realizará siempre de forma voluntaria en condiciones de seguridad y dignidad como ciudadanos de pleno derecho del Estado⁵⁴, aunque se debe incidir en el diálogo y las consultas entre desplazados y población residente en áreas de retorno o reasentamiento para perfeccionar los procedimientos que permitan el reasentamiento más completo.

La restauración de bienes, derechos, posesiones una vez realizado el retorno según la Corte debe estar plenamente garantizada. Incluso por las autoridades se podrá adoptar instrumentos de resolución pacífica de conflictos jurídicos que, en caso de la imposibilidad de la restauración de la propiedad, deberá acudir a fórmulas de reparación indemnizatoria por las pérdidas sufridas.

En el mismo sentido, la identidad de las personas desplazadas debe quedar garantizada a través de los respectivos documentos que la acrediten que, en el caso de su destrucción o desaparición, deben ser expedidos nuevamente por las autoridades. La titularidad de la documentación debe permitir el ejercicio pleno de los derechos de los desplazados, incluidos los derechos políticos y de participación, en condiciones de igualdad con la población del lugar donde se hayan asentado, al objeto de su participación en plenitud en los asuntos de la comunidad.

En el caso de que como consecuencia de los conflictos y sucesos que motivaron el desplazamiento se haya producido una alteración significativa del medio originario, procederá en su caso la realización de estudios de impacto ambiental previos a acordar los procesos de reasentamiento, incluso llevando a cabo la planificación de la reparación ambiental, cuando ésta sea necesaria con carácter previo al retorno de los desplazados

4. MIGRANTES

Frente a la escasa regulación de la extranjería en sus distintas manifestaciones en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ha sido la Corte la que con sus Opiniones Consultivas y jurisprudencia ha concretado la responsabilidad en la que pueden incurrir los Estados, en caso de no garantizar los derechos humanos, bien por no haber previsto instrumentos eficaces para su garantía o bien por no haber investigado y sancionado las violaciones que de éstos se hayan producido. Así el estatuto jurídico de las personas que se encuentran en otro Estado del que no son nacionales comienza a desentrañarse a partir de la obligación real y efectiva contenida en el art. 1 de la

⁵³ Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.

⁵⁴ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005.

Convención Americana, de «respetar los derechos y libertades» en ella reconocidos y «a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción». Por tanto esta obligación de los Estados alcanza a la generalidad de las personas que por encontrarse en el territorio de aquéllos quedan sujetos a su jurisdicción, «sin discriminación alguna» entre otras razones por el «origen nacional» de éstas.

En aplicación de este precepto la Corte ha destacado varias consecuencias: en primer lugar, de dicho enunciado no sólo surge la obligación de respeto sino que genera en los Estados la necesidad de desplegar acciones positivas que posibiliten el ejercicio efectivo de una serie de derechos reconocidos en aquélla. En segundo lugar, la obligación de respeto de los derechos no se circunscribe a la relación de los Estados con los particulares, sino que trasciende también a las relaciones entre particulares, por lo que los Estados han de adoptar las medidas pertinentes para garantizar los derechos también en estas relaciones. En tercer lugar, esta obligación debe ser completada con la prohibición general de la discriminación sin justificación objetiva y razonable⁵⁵, que se proclama en el artículo 24 de la misma⁵⁶, ya que la igualdad de todas las personas ante la ley conlleva «igual protección ante la ley».

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 1 de la Convención Americana por lo que respecta al migrante en situación regular en otro Estado, la Corte ha señalado que se le debe garantizar el derecho a la libre circulación y la libertad de elegir una residencia, pues ambos constituyen un requisito indispensable para el libre desarrollo de la persona. Las garantías que alcanzan al migrante en esta situación incluyen el acceso y ejercicio a los derechos sociales, económicos y culturales, sin que puedan sufrir discriminación por razón de origen, raza, religión, etc.

En este ámbito es de enorme relevancia el contenido de la Opinión Consultiva OC-21/14. Si bien es cierto que con anterioridad ya se había producido alguna aportación de la Corte en esta materia, con la opinión Consultiva OC-21/14 se produce un amplio reconocimiento de los derechos de los migrantes y las consiguientes obligaciones de los Estados en distintas esferas de la migración: el ámbito del trabajo, el de los menores no acompañados, la restricción de derechos, etc. Al respecto, hemos de señalar, aun reconociendo la competencia de los Estados en ejercicio de su soberanía para acordar las políticas migratorias que consideren pertinentes, que éstas en todo caso han de observar el respeto y la garantía de los derechos humanos⁵⁷. Es por ello

⁵⁵ Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005.

⁵⁶ «Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».

⁵⁷ Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003.

que se podrán establecer precisas normas relativas al ingreso en el país, en la permanencia en el mismo o, en su caso, las circunstancias que han de concurrir para el abandono del territorio del Estado dentro del respeto a la dignidad de las personas. Por tanto, ante incumplimientos del ordenamiento jurídico por los migrantes podrán los Estados adoptar medidas pertinentes siempre con respecto al ejercicio y garantía de los derechos humanos⁵⁸.

Igualmente corresponderá a los Estados fijar los criterios relativos al otorgamiento o denegación de permisos de trabajo ya tengan estos carácter general o para la realización de labores determinadas, pero han de tomar cuantas medidas sean necesarias para asegurar que no se produzca discriminación alguna atendiendo a las características personales del migrante trabajador, con observancia estricta de la adecuación de las características de éste para la actividad laboral a desempeñar⁵⁹.

En orden a la realización de actividad laboral por los migrantes, la Corte hace hincapié, en las reglas que rigen en el marco de las relaciones laborales entre trabajadores migrantes y empleadores, ya que su incumplimiento puede acarrear responsabilidad internacional del Estado. En primer lugar, los Estados tienen el deber de garantizar los derechos de los trabajadores y, en todo caso, prevalecer la prohibición del trabajo forzado⁶⁰ así como del trabajo infantil. En segundo lugar, la responsabilidad de los Estados alcanza a garantizar el ejercicio de derechos vinculados a la actividad laboral como la libertad de asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Finalmente, los Estados podrán incurrir en responsabilidad «cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación»⁶¹.

Los extranjeros que se encuentren de forma irregular en el territorio de otro Estado solo podrán ser expulsados de él en cumplimiento de una decisión adoptada de conformidad con la ley (artículo 22.4). Esta prohibición de alcance general se matiza, de un lado, con carácter restrictivo aún más en

⁵⁸ Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003.

⁵⁹ Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012.

⁶⁰ Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006.

⁶¹ Opinión consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

relación con la expulsión a otro país en el que corra riesgo «su derecho a la vida o a la libertad personal» por causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o por sus opiniones políticas. Por otra parte, esta prohibición alcanza en todo caso a llevar a cabo expulsiones colectivas de extranjeros⁶².

En este contexto, el acceso a la Administración de justicia reviste al menos dos ámbitos específicos de desarrollo que han de ser observados atendiendo a su condición de no nacional del Estado en el que se encuentran frente a sus instituciones, pero también y en segundo lugar, por su condición de potencial justiciable o víctima de hecho delictivo.

La persona migrante, en tanto que no nacional del país en el que se encuentra, dicha condición puede afectarle directamente a su situación y, por ello, la necesidad de acudir a la Administración pertinente para obtener alguna fórmula de regulación, aun cuando ésta sea provisional, de su presencia en el país⁶³. La Corte ha señalado que las garantías con las que se ha de operar cualquier procedimiento administrativo son extensibles también a la relación y procedimiento de interlocución entre el migrante y la Administración de conformidad con el sometimiento de la Administración al derecho. La resolución administrativa que afecte a la presencia en dicho país y conlleve una orden de expulsión o algún tipo de privación temporal de libertad, como consecuencia de su estancia o presencia no legal en el territorio del Estado, será susceptible de recurso ante el órgano jurisdiccional competente. Esta resolución administrativa deberá ser motivada y debidamente fundamentada en derecho y siempre susceptible de recurso ante un órgano jurisdiccional que lo resuelva y descarte la arbitrariedad de la Administración en la resolución dictada.

La persona migrante en su relación con la Administración de justicia puede encontrarse en la condición de justiciable o de víctima de un hecho delictivo, por lo que atendiendo a su situación de vulnerabilidad precisará de una serie de garantías específicas ante los tribunales de justicia para superar esa posición inicial de debilidad. Es por esta razón que los Estados han de adoptar las medidas precisas que le permitan al migrante en su relación con la Administración de justicia superar el desconocimiento del idioma, del derecho procesal que regule el procedimiento específico en el que se encuentre como parte y la ausencia de recursos económicos que le permitan disponer de asistencia legal. La jurisprudencia de la Corte se ha hecho eco de la necesidad, por tanto, de que los Estados prevean un sistema de asistencia gratuita frente al que se encuentren profesionales del derecho con conocimiento

⁶² Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

⁶³ Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

especializado en la materia de extranjería. Ante el riesgo de sufrir indefensión frente a la Administración de justicia corresponderá a los Colegios de Abogados y a las «defensorías» prestar la asistencia legal necesaria a los migrantes, al objeto de hacer efectivo el derecho al debido proceso, más allá de su reconocimiento genérico en tratados internacionales o Constituciones nacionales.

Por tanto, junto al marco internacional y constitucional interno se requiere la existencia de normativa específica que se vea implementada con «buenas prácticas» a desarrollar por la Administración Pública competente en extranjería, así como por los órganos jurisdiccionales en su relación con los migrantes. Es de vital importancia para la Corte que las normas en materia de extranjería como las normas procesales contemplen todas las garantías y cautelas que permitan la efectividad real de los derechos del migrante ante los poderes públicos.

Por lo que respecta a los migrantes en situación irregular, hemos de señalar que dentro del estricto respeto de los derechos humanos, la Corte ha señalado que el Estado podrá otorgar un tratamiento diferenciado a los migrantes que se encuentren debidamente documentados y por tanto en una situación regular, en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales. Pero este tratamiento diverso siempre tiene que tener una justificación razonable, objetiva y proporcional y no lesionar en ningún caso los derechos humanos de los migrantes. En este sentido se debe recordar que «el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado»⁶⁴. En relación con este ámbito la Corte ha recogido la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, «eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio si las hubiere, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas»⁶⁵.

Cuando se trate de migrantes indocumentados o que se encuentren en una situación de irregularidad sobrevenida, su situación inicial de vulnerabilidad se ve acrecentada por estar expuestos a las violaciones potenciales de sus derechos, que pueden derivar en un nivel elevado de desprotección. Además se ha de tener en cuenta las dificultades para acceder a los recursos públicos, por la ignorancia de su estatuto jurídico y, por tanto, de las condiciones en las que puede llevar a cabo su existencia en dicho país. Ante esta situación, la Corte recuerda que el marco internacional de referencia integrado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos opera con carácter general

⁶⁴ Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

⁶⁵ Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

cómo un mínimo fundamento de su posición jurídica y es por esta razón que ha de ser observado por todos los Estados.

En concreto y respecto de la realización de actividades laborales por parte de los migrantes en situación irregular, la Corte ha indicado la necesidad de preservar un conjunto de derechos de los mismos, ya que se ha constatado en numerosas ocasiones la falta de reconocimiento a los trabajadores migrantes indocumentados de los derechos laborales, con retribución inferior a la que les correspondería, despido por formar parte de sindicatos, recibir amenazas de deportación, etc. La vulnerabilidad de su situación se acrecienta ante las dificultades de acceder a la Administración de justicia en demanda de sus derechos, por lo que se debe facilitar el acceso a los tribunales de los trabajadores migrantes en situación irregular al objeto de hacer valer el ejercicio efectivo de sus derechos⁶⁶.

La conexión entre el derecho a la vida y la salud con la integridad humana del migrante ha sido proclamada por la Corte que ha reconocido la obligación de los Estados de prestar atención médica sin discriminación a las personas migrantes, y con especial relevancia en los casos de emergencias que deben prestarse también a los migrantes en situación irregular⁶⁷.

Especial consideración ha hecho la Corte respecto de la privación de libertad de migrantes por su condición de irregular. La vulnerabilidad de las personas migrantes en situación irregular que son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son reclusas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, se puede ver acrecentada cuando pueden correr el riesgo de sufrir tratos abusivos y desprotección. Para evitar dicha vulnerabilidad, la Corte ha invocado la Convención para recoger la necesidad de que los Estados se abstengan de llevar a cabo actuaciones que propicien dicha vulnerabilidad y deben de adoptar, «cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación»⁶⁸. De tal forma que no basta con la observancia y respeto del principio de legalidad sino que los principios y medidas del ordenamiento interno deben ser también compatibles con la Convención⁶⁹.

⁶⁶ Opinión Consultiva OC-21/2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

⁶⁷ Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012.

⁶⁸ Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

⁶⁹ Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

Cuando los ordenamientos jurídicos de los Estados contemplan la posibilidad de la privación de libertad del migrante en situación irregular, se deben extremar las cautelas en la adopción de esta medida⁷⁰, llevar un registro de los allí internados, así como supervisar las condiciones de los centros y espacios de alojamiento de aquéllos. En atención al riesgo que pueden correr los inmigrantes privados de libertad, como consecuencia de su condición de migrante incurso en algún procedimiento en la materia, se ha señalado la «necesidad» de que permanezcan en dependencias específicas destinadas a tal fin, diferentes de las que ocupen personas acusadas o condenadas por delitos penales y en ningún caso en centros penitenciarios⁷¹. Por tanto, la privación de libertad del migrante derivada exclusivamente de su situación irregular nunca tendrá carácter punitivo, deberá previamente estar prevista en la norma y aplicarse solo cuando sea estrictamente necesario y no baste con otras actuaciones previstas en el ordenamiento. Dicha privación de libertad debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezca al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención⁷².

La duración de la privación de libertad deberá estar prevista en la norma correspondiente, inclusive la que se lleve a cabo con meros fines de identificación, con «un plazo máximo de retención, que en ningún caso podrá ser indefinido, ni tener una duración excesiva»⁷³ y aplicarse por el mínimo tiempo posible. En consecuencia, se considerará arbitraria toda orden de detención que carezca de fundamentación jurídica y motivación en atención a las circunstancias particulares que concurren, pues en ningún caso se podrá adoptar aquélla de forma automática de la persona migrante⁷⁴.

La persona migrante detenida debe ser informada con precisión e inmediatez de los cargos que se hubieren formulado en su contra así como de los motivos por los que procedería la expulsión o deportación. Para garantizar el derecho al proceso debido, el migrante privado de libertad desde que se produzca la detención tiene derecho a establecer contacto con abogado, familiares o funcionario consular⁷⁵ para comunicar esta situación⁷⁶. Como

⁷⁰ Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

⁷¹ Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

⁷² Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

⁷³ Naciones Unidas. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe del Grupo. Anexo II. Deliberación N°. 5. Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo, 1999, E/CN. 4/2000/4, principio 7.

⁷⁴ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

⁷⁵ Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del debido proceso legal.

⁷⁶ Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

consecuencia del sacrificio que conlleva la restricción del derecho a la libertad en estos procedimientos «la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo de la justicia»⁷⁷.

Respecto del menor migrante no acompañado se han establecido determinadas pautas que deben observarse como buenas prácticas para la salvaguarda de los derechos del menor. Entre otras, la Corte se ha hecho eco de las siguientes: el tratamiento acorde con la condición de menor, en atención a despejar la duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma, la determinación de si se encuentra acompañado o separado, la determinación de la nacionalidad o en su caso de su condición de apátrida, la obtención de información respecto de los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar así como, cuando sea necesario y pertinente, la adopción de medidas de protección especial⁷⁸.

Ahora bien, cuando el menor haya sido víctima de trata o potencialmente esté en ese riesgo, dada la extrema vulnerabilidad del mismo, los Estados deben adoptar cuantas medidas sean pertinentes para protegerles contra un nuevo riesgo de victimización y prestarles todo tipo de asistencia desde la estrictamente jurídica a la médica o psicológica, sin olvidar aquellas otras que puedan contribuir a su educación o capacitación.

La Corte ha hecho hincapié en el principio del interés superior del menor, motivación esta por la que no debe privarse de libertad como regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente porque el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o no residente.

En cuanto a las situaciones de apatridia⁷⁹, más allá de las previsiones contenidas en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, se debe recordar como la Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en una doble consideración, esto es, por lo que respecta al derecho a disponer de una nacionalidad, desde la perspectiva de «dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado» y, por otro lado, a su no privación de nacionalidad.

En este sentido, la determinación de la nacionalidad resulta relevante a los efectos de clarificar el derecho de una persona a permanecer en un país

⁷⁷ Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

⁷⁸ Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Decisión de 19 de agosto de 2014.

⁷⁹ Un apátrida es «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada el 28 de septiembre de 1954.

mientras se sustancia el procedimiento de expulsión, o en relación con la identificación del país o países respecto de los que se alega poseer un temor fundado de ser perseguida, al objeto de la tramitación de alguna fórmula de protección internacional. Corresponde a los Estados establecer con claridad y objetividad los requisitos pertinentes para la obtención de la nacionalidad, sin que la condición de migrante pueda constituir una justificación para privarle del derecho a la nacionalidad.

Puesto que la potestad del reconocimiento de la nacionalidad corresponde a los Estados, lógicamente el establecimiento de las condiciones y procedimientos para su adquisición quedarán reservados al derecho interno. Ahora bien, por imperativo del artículo 20 de la Convención ha señalado la Corte que «es necesario conjugar armoniosamente», de un lado, la competencia estatal sobre la regulación y determinación de la nacionalidad, y por otro, las disposiciones de derecho internacional que «limitan, de alguna forma, esta facultad (...) de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional»⁸⁰.

De por otra parte, el derecho a la nacionalidad comprende la obligación de los Estados de «proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria», por lo que las normas que regulen la adquisición de la misma no deben reconocer margen de discrecionalidad amplio a los Estados para su reconocimiento, evitándose así la aparición de actos discriminatorios. Esta doble vertiente sobre el derecho a tener una nacionalidad ha sido enunciada por la Corte, de un lado, para dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones al establecer su vinculación con un Estado determinado y, por otro lado, para proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad de forma arbitraria, con la consecuente indefensión que le llevaría aparejada la ausencia del resto de derechos civiles y políticos.

En suma, constituye una obligación de los Estados la identificación, prevención y reducción de la apatridia dada la extrema vulnerabilidad que conlleva esta condición y, por ello, les corresponde dotar a las personas de un estatus jurídico en el que se comprenda la titularidad de derechos civiles y políticos vinculados a la disposición de una nacionalidad⁸¹.

5. EL DERECHO A CONOCER LA VERDAD.

En el contexto de los conflictos internos habidos en el área regional de aplicación de la Convención Americana, las desapariciones forzadas han

⁸⁰ Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

⁸¹ Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

dado lugar a diversas denuncias, recursos y pronunciamientos de la Corte. Para realizar una breve aproximación al tratamiento de las desapariciones forzadas hay que recordar la jurisprudencia de la Corte sobre la privación de la libertad, la prohibición de torturas, tratos inhumanos y degradantes, así como la existencia de garantías jurídicas recogidas en la Convención ante las restricciones de la libertad⁸².

Con carácter inicial hemos de recordar como todos los Estados tienen el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, de tal modo que aun cuando se haya de hacer frente por la sociedad a infracciones del orden público y por la comisión de determinados hechos puedan ser condenados los autores de aquellos delitos, «no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar su objetivo, sin sujeción al derecho o a la moral»⁸³, de tal modo que el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales constituye un límite infranqueable para los Estados.

Pues bien, ante la privación de libertad, se impone la exigencia contenida en la Convención del debido respeto a la dignidad de quien sufre dicha privación (art. 5.2). Igualmente la privación de libertad solo se puede acordar dentro de la legalidad de los supuestos en los que esté prevista, que en ningún caso puede ser arbitraria (art. 7). En el supuesto de sufrir detención o retención se debe informar a la mayor brevedad de los cargos que se le imputan y su conducción ante el juez para que resuelva sobre «la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales».

La Convención recoge como garantía jurídica esencial el derecho de toda persona «a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial» (art. 8.1) que se ve completado con el «derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales» (art. 25).

La Corte se ha pronunciado sobre el carácter absoluto e inderogable de la prohibición de tortura⁸⁴, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes incluso cuando concurren situaciones de conflicto armado, terrorismo, situaciones de emergencia o suspensión de garantías constitucionales. Es por ello que cuando los Estados impongan sanciones deben atender a la proporcionalidad

⁸² En el ámbito del Consejo de Europa resulta de gran interés, J. M. López Ulla, *Derecho a la verdad y desapariciones forzadas* (Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015).

⁸³ Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995.

⁸⁴ Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

de las penas, de tal modo que la imposición de penas «radicalmente desproporcionadas (...) atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes»⁸⁵.

En particular, constituye una obligación ineludible de los Estados garantizar los derechos de las personas privadas de libertad. En este sentido la Corte ha concretado a través de su jurisprudencia las condiciones generales que han de regir la privación de libertad de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con garantía de que «la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención»⁸⁶, así como las cautelas y garantías que han de observarse respecto de personas pertenecientes a grupos en situación de vulneración de sus derechos privados de libertad.

Al objeto de garantizar un trato digno y humano se debe llevar un registro de todas las personas detenidas, su identidad, los motivos de su detención, autoridad competente que lo dispuso, fecha de ingreso y de salida. La incomunicación constituirá una medida excepcional únicamente motivada por el objetivo de «asegurar los resultados de una investigación y que sólo puede aplicarse si es decretada de acuerdo con las condiciones establecidas» previamente en la ley.

En este sentido, la desaparición forzada ha sido considerada por la Corte, a tenor de lo preceptuado en el artículo 5 de la Convención, como una vulneración de la integridad personal de la víctima⁸⁷, ya que toda persona tiene reconocido el derecho al respeto de su integridad y, por ello, «no podrá ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

La obligación para todos los Estados parte derivada del art. 1 de la Convención implica según la jurisprudencia de la Corte que «siempre que una persona es privada de libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados». Corresponde por tanto a los Estado la obligación de investigar las denuncias sobre violaciones de derechos humanos que se formulen, así como ofrecer una explicación satisfactoria que «pueda refutar las pretensiones» de quienes formularon las demandas. En ocasiones y en ausencia de explicación podrá

⁸⁵ Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

⁸⁶ Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

⁸⁷ Caso Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

presumirse la responsabilidad estatal «por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales»⁸⁸.

Respecto al tratamiento que se debe conceder a las denuncias de torturas que se formulen existe una clara obligación por parte de los Estados de investigar los posibles actos de tortura de conformidad con el artículo 5.1 y 2 de la Convención Americana. Al amparo del artículo 8 de la Convención a las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, se les reconoce el derecho a intervenir en los procedimientos pertinentes de conformidad con las reglas del debido proceso⁸⁹.

Pues bien con esta interpretación de la Convención ya reiterada por la Corte, se ha evolucionado hacia la configuración jurisprudencial del denominado derecho a la verdad. Constituye uno de los elementos más relevantes de la jurisprudencia de la Corte en el ámbito de los derechos humanos el derecho de las víctimas a «conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida»⁹⁰. Así, la violación del derecho a conocer la verdad de los familiares de las víctimas desaparecidas conllevará, como consecuencia derivada de este incumplimiento por parte de los Estados, una sentencia condenatoria de éstos.

La construcción jurisprudencial de la Corte ha llevado al reconocimiento en un primer pronunciamiento de la existencia de un «derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos»⁹¹. La desaparición forzada constituye una violación de derechos humanos con tres elementos que la caracterizan según la Corte, de una lado, la privación de la libertad, seguida de una intervención directa de agentes «estatales o la aquiescencia de estos», y por último, «la negativa de reconocer la detención y la de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada». Con posterioridad dicho reconocimiento se ha concretado en su caracterización con su consideración como pluriofensiva y su naturaleza permanente o continuada, ya que tiene el comienzo con la privación de la libertad, se prolonga con la ausencia de información respecto del destino del desaparecido y «permanece» en tanto no se tenga conocimiento del paradero de la persona desaparecida o puedan ser hallados los restos que permitan acreditar su identidad. De tal modo que concurre en la desaparición forzada una diversidad de conductas cuyo fin no es otro que la vulneración mientras

⁸⁸ Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 27 de agosto de 2014.

⁸⁹ Caso *Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. Sentencia de 19 de mayo de 2011.

⁹⁰ Art. 24.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

⁹¹ Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*.

subsista la situación, de un conjunto diverso de bienes protegidos⁹² durante el tiempo que, dentro del derecho de la víctima o de sus familiares de obtener del Estado y sus órganos competentes, se produce «el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes», por medio de la investigación y el enjuiciamiento de los hechos a tenor de lo preceptuado en los ya citados artículos 8 y 25.1 de la Convención⁹³.

En sucesivos pronunciamientos de la Corte se ha perfilado el alcance de este derecho que parte de la consideración de víctima de los familiares de quienes hubieren sido objeto de desapariciones forzadas y, por tanto, son titulares del derecho a que los hechos que dieron lugar a las desapariciones sean investigados, conocer el destino de los desaparecidos, el lugar donde se encuentran sus restos y sus responsables sean procesados y, en su caso, sancionados. Es en este sentido en el que la Corte ha afirmado que el derecho a la verdad «se enmarca en el derecho de acceso a la justicia». Por cuanto supone una exigencia para los aparatos del Estado dicha investigación, la Corte ha considerado el derecho a la verdad como «una forma de reparación», en el contexto de un Estado democrático de tal modo que ésta «es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigación y, por otro, con la sanción de los responsables. La consecuencia lógica que se extrae de esta obligación de los Estados es la posibilidad de crear Comisiones de la Verdad con el objeto de contribuir a la memoria histórica, al esclarecimiento de los hechos y «la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad»⁹⁴.

En sentido contrario a las obligaciones que se derivan de la Convención se ha señalado que la amnistía, en la medida en que imposibilita la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de derechos humanos en general y en particular, del acceso de las víctimas y familiares a conocer la verdad de lo sucedido, así como a obtener las reparaciones pertinentes, constituye una violación de la Convención además de contribuir a la impunidad con grave deterioro del Estado de derecho⁹⁵.

Otro aspecto relevante que presenta la jurisprudencia de la Corte es el relativo a precisar los límites que permitan configurar la desaparición forzada de forma autónoma dentro de las violaciones de derechos humanos. En efecto, a través de los pronunciamientos de aquella, se pueden concretar las diferencias que concurren en los supuestos de desapariciones frente a las

⁹² Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.

⁹³ Entre otros Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

⁹⁴ Caso Anualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009.

⁹⁵ Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

ejecuciones extrajudiciales, en tanto que la situación de los desaparecidos se prolonga en el tiempo hasta que los restos de las víctimas sean localizados y comprende la obligación por parte del Estado y sus autoridades de llevar a cabo la tipificación, investigación y sanción de estas conductas. La responsabilidad del Estado se ve incrementada en la medida en que con el transcurso del tiempo no se realizan las averiguaciones pertinentes para el esclarecimiento de los hechos y la localización del paradero de las personas desaparecidas⁹⁶.

La Corte ha señalado que «una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y presión de derechos». Es más, en la calificación de los hechos como desaparición forzada incorpora la Corte el hecho de que producida la muerte de las víctimas, se adoptasen medidas expresamente encaminadas a la ocultación de lo sucedido con la intencionalidad de borrar el rastro de los cuerpos e impedir su identificación, destino y paradero⁹⁷.

⁹⁶ Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Sentencia de 21 de noviembre de 2016.

⁹⁷ Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinales del municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

LA MAYORÍA DE EDAD. ARTÍCULO 12 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978*

Legal Age. Article 12 of the Spanish Constitution of 1978

Alejandro Villanueva Turnes

Doctorando en Derecho Universidad de Santiago de Compostela
Becario Escola Galega de Administración Pública
alejandro.villanueva@usc.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp321-348](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp321-348)

Recibido: 31.10.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

El presente estudio tiene por finalidad examinar la edad en el ordenamiento jurídico español. Se comenzará por ofrecer un concepto para posteriormente examinar la regulación constitucional. Después el trabajo se centrará en dar una visión del tratamiento de la minoría de edad dentro de distintas ramas del ordenamiento jurídico, comprobando de esta manera si lo establecido por ellas coincide o no con la regulación contenida en la Constitución Española de 1978.

Palabras clave

Mayoría de edad; minoría de edad; capacidad de obrar.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Villanueva Turnes, Alejandro. 2017. «La mayoría de edad. Artículo 12 de la Constitución Española de 1978». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp321-348](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp321-348).

Abstract

The present study aims to exam the age in the spanish legal system. We will start to give a concept, to later to examine the regulation constitutional. After, the study will focus to give a visión of the treatment about underage status inside to different legal areas, checking if it is in line with the regulation of the Spanish Constitution.

Keywords

Legal age; Underage status; Capacity to act.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MAYORÍA DE EDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. 1. *Nacimiento del precepto*. 2. *Derecho histórico español*. 3. *Otras referencias constitucionales a la edad*. III. PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD. 1. *Regulación internacional*. 2. *Regulación nacional*. 2.1. Regulación civil. 2.2. Regulación penal. 2.3. Regulación laboral. 2.4. Referencias al derecho eclesiástico. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Real Academia Española¹ ha definido el término «edad» como el «tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales o vegetales». Obviando las referencias a animales y vegetales, que en lo que respecta a este estudio no nos interesa, podemos decir que, la edad, va a ser un estado variable de las personas, que se encuentra en constante avance desde que se produce el nacimiento hasta el fallecimiento.

Se trata de un asunto de mucha importancia dentro del ordenamiento jurídico, siendo empleado en diversos cuerpos normativos para vincularlo a potestades, consecuencias o demás aspectos, destacando entre ellos que va a ser una referencia para determinar la capacidad de obrar.

En lo que sigue, tal y como se puede desprender el título del presente estudio, trataremos de ofrecer una visión de la situación de la mayoría de edad desde un punto de vista constitucional, aunque con las oportunas referencias a distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, que permitirán completar nuestro cometido con las excepciones a la regla establecida en la Norma Superior.

II. LA MAYORÍA DE EDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. *Nacimiento del precepto*

La Constitución Española de 1978 se ha encargado de establecer, a lo largo de su articulado, una mayoría de edad que se fija en los 18 años, tal y como se indica en el artículo 12, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años».

Este precepto no sufrió demasiadas modificaciones durante el proceso de elaboración de la Constitución. Aunque en un inicio su ubicación se iba a

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 2014.

corresponder con formar parte de otro precepto², la Comisión Constitucional del Senado incidió en su tratamiento en un artículo independiente. Concretamente el Anteproyecto contenía la misma redacción que hoy conocemos, pero el Informe de la Ponencia establecía una fórmula diferente, siendo ésta la que sigue: «Los españoles adquieren la plenitud de derechos políticos cumplidos los dieciocho años». El Dictamen de la Comisión del Congreso no produjo modificación a esta formulación, siendo el Pleno el que optó por regresar a la redacción inicialmente planteada. Por su parte, el Senado no realizó modificaciones en cuanto a la redacción empleada, aunque sí que lo trasladó al artículo 12³.

Nos gustaría aclarar que, de todo lo tratado en sede parlamentaria⁴, creemos que, lo más destacable y llamativo, fue el debate en torno a si la previsión constitucional debía tener efectos de tipo político únicamente, o bien se establecía con carácter general para todos los ámbitos. Por un lado, los partidarios de incluirlo para todos los ámbitos, señalaban posibles incongruencias que podrían producirse en el supuesto de que únicamente afectara a la esfera política, como aquella en la que una persona pueda ostentar un cargo público mientras todavía esté vigente la patria potestad que le afecta⁵. Contra esta opinión, los partidarios de tenerlo en cuenta únicamente en el ámbito político, indicaban que las incoherencias que pudieran tener lugar eran solucionables por medio de la legislación ordinaria⁶. Finalmente junto con estos posicionamientos también estaba aquel que consideraba que sería mejor evitar la constitucionalización de la mayoría de edad, siendo mejor que la ley se encargara de determinarla casuísticamente⁷. Finalmente vence la postura de su establecimiento general y no sólo en el terreno político.

2. Derecho histórico español

El Constituyente de 1978 ha realizado un hecho sin precedentes en nuestro constitucionalismo histórico, consistente en incluir dentro de la Carta Magna una edad para entender alcanzada la mayoría de edad.

A lo largo de la historia de España, la mayoría de edad ha sido variable. Ciertamente, la inclusión de una previsión relativa a la misma dentro de una

² Específicamente esta previsión se colocó en el apartado segundo del artículo 11.

³ De este precepto se ha establecido que establece una exposición clara y preciso. En este sentido se expresa Belmonte. J. Belmonte, *La Constitución: Texto y Contexto* (Editorial Prensa Española, Madrid, 1979), 104.

⁴ Diario de Sesiones del Congreso, Núm. 68, 17 de mayo de 1978.

⁵ Esta era la postura del Grupo Socialista y la Minoría Catalana.

⁶ Este posicionamiento se corresponde con Unión de Centro Democrático.

⁷ Así se pronunciaba Alianza Popular.

Norma Constitucional, únicamente podemos observarla en la Constitución Española actual, siendo fijada, en épocas anteriores, en normas ordinarias.

Si echamos la vista atrás, se observa como la Constitución Española de 1931 establecía, en su artículo 36, el siguiente tenor literal: «Los ciudadanos de uno y de otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes». A pesar de que este precepto podría entenderse como una fijación de una edad a partir de la cual se considera que se está en la mayoría de edad⁸, la realidad es que el mencionado artículo únicamente está haciendo referencia a los derechos electorales⁹, sin hacer ningún tipo de alusión a los restantes, e incluso podría decirse que, leyendo el artículo, parece que hace un mayor énfasis en la igualdad de sexos que en la propia edad.

Cabe advertir que la mayoría de edad fijada en la Norma Constitucional actual, entró en vigor con antelación a la aprobación de la propia Carta Magna. Esto obedeció a un imperioso deseo de que los jóvenes tuvieran un papel protagonista dentro del referéndum convocado para la aprobación de la *Lex Superior*. Esta antelación se materializó a través de la aprobación del Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, cuyo artículo 1 señalaba que «la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los 18 años cumplidos».

A su vez, la Disposición Adicional Primera dispone que lo fijado en el Real Decreto-Ley «tendrá efectividad, desde su entrada en vigor, respecto a cuantos preceptos del ordenamiento jurídico contemplaren el límite de veintidós años de edad en relación con *el ejercicio de cualesquiera derechos, ya sean civiles, administrativos, políticos o de otra naturaleza*»¹⁰.

⁸ Además, el Código Civil coincidía en fijar esta edad de 23 años.

⁹ La fijación de una edad en particular para participar en relación con los derechos electorales no es algo nuevo y exclusivo de nuestro constitucionalismo. Algo parecido sucede, por ejemplo, en Estados Unidos, donde la mayoría de edad es, en la mayoría de los Estados que lo conforman, a los 18 años, sabiendo que existen tres excepciones que no deben olvidarse, siendo éstas por un lado Alabama y Nebraska, donde la mayoría de edad se ha fijado a los 19 años y por otro lado Mississippi, donde se ha establecido en los 21. No obstante, y a pesar de las diferencias que existen y pudieran existir entre los distintos Estados en relación con la mayoría de edad, la Constitución federal determina que en las elecciones federales van a poder votar los que hayan alcanzado los 18 años, por lo que para este asunto será prevalente lo establecido en la Carta Magna.

¹⁰ Algo a tener presente es que, en el caso de Navarra, se modificó la Ley 50 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Navarra, estableciendo al mayoría de edad en los 18 años, modificación que se realizó mediante el Real Decreto-Ley 38/1978, de 5 de diciembre, y no por el 33/1978, de 16 de noviembre, ya que en atención a la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, concretamente su Disposición Final Primera, se va a requerir el consentimiento de la Di-

Una vez se aprueba la Constitución y entra en vigor, se aprueba la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Esta norma se va a encargar de establecer la mayoría de edad en los 18 años¹¹, aclarando que pueden existir diferentes excepciones que se contendrán en el propio Código Civil. Esto supone que el propio legislador va a poder determinar una edad diferente a la constitucional y legalmente prevista para el ejercicio relativo a determinados derechos y libertades, siempre y cuando dicha diferencia tenga una justificación¹².

Lo que está claro es que la Constitución, con el artículo 12, pretende realizar una fijación contundente y que no de lugar a equívocos en lo que respecta al alcance de la mayoría de edad. Advertimos que a ello debe confrontársele la Disposición Adicional Segunda, en la cual se indica que, de esta previsión general reconocida en el artículo 12, se excluían aquellas situaciones amparadas en Derechos forales dentro de la esfera del Derecho privado.

En todo caso, debemos dejar claro que coincidimos con la doctrina que se ha mostrado partidaria de la constitucionalización de la edad donde podemos nombrar a FERNÁNDEZ SEGADO, quien indica que se trata de un aspecto claramente positivo, el cual puede apreciarse y justificarse observando sus «*repercusiones unificadoras*» dentro del ordenamiento¹³. También LASARTE exhibe una crítica positiva hacia la constitucionalización de la mayoría de edad en la *Lex Superior*, llegando a indicar que incluso podría servir como inspiración o modelo de posteriores Normas Constitucionales¹⁴.

putación Foral para las modificaciones que quieran llevarse a cabo, cosa que, en el momento de aprobarse el Real decreto-Ley 38/1978, no se tenía.

¹¹ Computándose la edad a partir del nacimiento.

¹² Así, a modo ejemplificativo, nos encontramos con el artículo 175.1 sobre la adopción requiriéndose una edad mínima situada en los 25 años; el artículo 663 sobre incapacidad para testar, situándola en los 14 años; el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, señalando los 16 años como edad para trabajar; el artículo 19 del Código Penal y artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, según los cuales se puede extender la responsabilidad penal de los menores a los comprendidos entre 18 y 21 años

¹³ F. Fernández Segado, *El sistema constitucional español* (Dykinson, Madrid, 1992), 181-182.

¹⁴ C. Lasarte, C., «Artículo 12», O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas Tomo II* (Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984), 220. Junto con Fernández Segado y Lasarte, quienes ya hemos comprobado que se muestran favorables a esta constitucionalización, también hay que añadir a Alzaga Villaamil. Este autor incide en lo positivo de la constitucionalización de la mayoría de edad en los 18 años, ya no sólo en lo que pueda suponer en el plano político, sino como un mecanismo de integración social, si se acompaña de los mecanismos adecuados, afirmación a la que llega tras ofrecer una somera visión de las tendencias que rodean a la juventud. O. Alzaga Villaamil, O., *La*

3. Otras referencias constitucionales a la edad

A pesar de que el artículo 12 destaca por su novedad e importancia, no es la única referencia que se ha establecido dentro de la Constitución Española de 1978 respecto de la edad.

Así pues, dentro de la *Lex Legum* nos encontramos con otras referencias a ella. Estas menciones se encuentran en distintos preceptos que, sin emplear el término edad, o empleándola sin más especificación, va a cobrar una destacada importancia a la hora de aplicar y desarrollar lo previsto por el Constituyente.

Así, la primera de estas referencias implícitas la encontramos en el apartado 4 del artículo 20 de la Constitución. En este precepto, que en general se encarga de regular la libertad de expresión e información, expone en su apartado 4 que:

«4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Como puede verse, se utiliza la expresión «juventud» e «infancia». Si nos detenemos en ambos términos podremos comprobar que juventud se define como «Período de la vida humana que precede inmediatamente a la madurez», mientras que infancia aparece definido como «Período de la vida humana desde el nacimiento hasta la pubertad». Atendiendo a estos conceptos, la juventud puede ser un aspecto algo relativo, ya que la madurez puede alcanzarse a diferentes edades según cada persona. En este supuesto, si bien determinar un alcance máximo y mínimo de afectación de la edad es dificultoso, sí es de suponer que, al fijarse una edad para alcanzar la mayoría de edad, ello supone que al alcanzar la misma se posee una cierta madurez, aunque haya casos en los que pueda no ser así, pero esto nos lleva a considerar que por debajo de esos 18 años, se estará sí o sí en esa etapa de juventud¹⁵. Menos dudas supone el segundo concepto. Ello es así debido a que la pubertad, que es en lo que se basa el término infancia empieza a tener lugar entre los 9 y 15 años en varones y entre los 8 y 14 años en mujeres¹⁶. Por lo que en ambos supuestos la referencia a la edad es más fácil de deducir.

Constitución Española de 1978. Comentario sistemático, (Ediciones del Foro, Madrid, 1978), 164-165.

¹⁵ No obstante debemos tener presente que la juventud no va a abarcar todas las edades anteriores a esos 18 años, ya que en la misma está comprendida también la infancia, sabiendo que la juventud va a empezar con posterioridad a ésta.

¹⁶ Todo ello dependiendo de múltiples factores que pueden afectar a la situación, cosa que ha sido objeto de diversos estudios que pueden confrontarse: M. Osorio Mora, A.

En segundo lugar, el artículo 32 al tratar el matrimonio, en su apartado segundo se refiere de forma expresa a la edad, indicando que una norma con rango de ley será la que se encargue de establecerla. Este precepto dice de forma literal: «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Aquí se produce una mención explícita de la palabra edad. Este supuesto es resaltable dada la novedad que se ha introducido hace poco en el ordenamiento jurídico español. Evidente es que una persona que ostente los 18 años va a poder contraer matrimonio libremente. No obstante, la situación de los menores de esta edad es digna de tener en cuenta. Hasta el año 2015 un juez podía dispensar para contraer matrimonio a un menor de edad que tuviera al menos 14 años, en el citado año, la Ley 15/2015, de 2 de julio, reguladora de la Jurisdicción Voluntaria provoca una importante modificación en materia de matrimonio, de tal manera que esta dispensa no va a ser posible, y se sitúa en 16 la edad mínima para contraer matrimonio.

El tercer precepto constitucional donde se puede observar una nueva referencia al tema objeto de estudio es el artículo 39, que dice:

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

De este precepto es destacable, en primer lugar, el apartado segundo y la referencia a los «hijos». Este apartado puede ser más discutido que el 20.4 al que nos hemos referido anteriormente, ya que la palabra hijo no se supedita a una determinada edad, sino que se trata de una condición que no tiene, por decirlo de alguna manera, una limitación temporal de validez. Precisamente la referencia que se hace en el apartado tercero, donde se especifica que deben ser hijos en la minoría de edad y otros casos previstos legalmente, hace

González Balmaceda, M. Mora de Zayas y J. Olivero Pupo, «Pubertad en adolescentes de áreas rurales y urbanas», *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, Núm. 38.2 (2012); J. P. Hayes Dorado, «Retraso constitucional del crecimiento y de la pubertad», *Revista de la Sociedad Boliviana de Pediatría*, Núm. 50.1 (2011); University Of Maryland Medical Center, «Puberty and adolescence», en *Medical Encyclopedia*, disponible en <<http://umm.edu/health/medical/ency/articles/puberty-and-adolescence>>.

que pueda surgir el planteamiento de si el apartado segundo podría extenderse a los hijos con independencia de la edad. Alzaga Villaamil se pronunció tempranamente al respecto definiendo la redacción del apartado segundo como «no excesivamente feliz», y aclarando a continuación que la protección por parte de los poderes públicos al que se refiere en ese apartado únicamente va a cobrar un adecuado significado si se interpreta en una minoría de edad. Concretamente, el autor ha señalado que «la protección que se proclama por parte de los poderes públicos respecto de los hijos sólo tiene sentido en tanto en cuanto que estos son niños, lo que es una reiteración, desde el momento en que a ellos se dedica el párrafo cuarto; por supuesto, los hijos que no son niños no son ni más ni menos que el resto de los españoles»¹⁷.

En el mismo artículo 39, también es destacable el apartado 4 al hacer referencia a los niños. Este apartado ofrece mucha menos confusión, puesto que niño sí que está vinculado a una edad. Así pues niño es definido, entre otras acepciones, por las dos que destacaremos a continuación. La primera de ellas es aquella que dice «que está en la niñez»¹⁸, mientras que la segunda, ya más específica dice «*que tiene pocos años*». Es por ello que podemos observar como aquí también hay referencias a la edad.

Fuera ya del artículo 39, nos encontramos con el artículo 50, cuyo texto es: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de *salud, vivienda, cultura y ocio*». Como puede verse, en este caso se hace alusión a la tercera edad. En este supuesto ya no estamos haciendo ninguna alusión a una edad situada por debajo de los 18 años establecidos en la Carta Magna, sino que dentro de la mayoría de edad, a la tercera edad. Breve y concisamente, podemos indicar que la situación de tercera edad aparece determinada en relación con la edad de jubilación¹⁹. Por su parte Monereo y Molina Navarrete lo sitúan en aquel instante en el cual se produce una afectación al desarrollo de la persona, la

¹⁷ O. Alzaga Villaamil, *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, *op. cit.*, 311.

¹⁸ Hay que tener presente lo ya dicho sobre la niñez, que es definido como «Período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad».

¹⁹ Así se pronuncia Moreno Rebato, con cita a Tornos Mas. M. Moreno Rebato, «La protección de la tercera edad», *Documentación Administrativa*, Núm. 271 – 272 (2005), 271. En este sentido también se ha pronunciado quien identifica la tercera edad con «los pensionistas de jubilación, es decir con los de edad a partir de la prevista con carácter general en nuestro sistema para acceder a la misma». Y. Sánchez-Urán Azaña, «Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. 33 (2001), 218.

cual necesitará de «*atención asistencial y/o médica*»²⁰. Goñi Sein, aunque referenciando la definición de Monereo y Molina, incide en que, dada la relación con la pensión, resulta más preciso que se relacione con la «inactividad pensionable»²¹

Finalmente, nos encontramos con las referencias concretas a la edad situadas dentro del Título II, referido a la Corona. Dentro de este Título, el primero de los artículos que se alude al tema es el artículo 59²². Este precepto trata el tema de la Regencia, en la cual la edad es uno de los factores clave, ya que esta figura va a entrar en juego cuando el Rey fuese menor de edad o existiera una inhabilitación. Evidentemente, el caso que aquí interesa es el de la minoría de edad, la cual ya sabemos que se sitúa por debajo de los 18 años. Advertimos que, como recuerda acertadamente Pascual Medrano, resulta una novedad, en relación con nuestro constitucionalismo histórico, que no se haya establecido una edad específica para la figura del Rey, la cual solía fijarse en las Constituciones, siendo el resultado que la mayoría de edad del Monarca se alcanzara antes que la posteriormente fijada para el resto de personas²³, entendiéndose que se estaba ante una situación de inestabilidad que debía superarse lo antes posible²⁴. No obstante, coincidimos con la autora en considerar un acierto que el Constituyente de 1978 no haya seguido esta

²⁰ J. L. Monereo y C. R. Molina Navarrete, «El derecho a la protección de las personas de la tercera edad», J. Monereo, C. R. Molina Navarrete, M. Nieves Moreno (dirs.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España* (Comares, Granada, 2002), 1840.

²¹ J. L. Goñi Sein, «Artículo 50: Los mecanismos de protección social de las personas de la tercera edad. Comentario al artículo 50 CE a la luz de la doctrina constitucional», M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española* (Wolters Kluwer, Madrid, 2008), 1127.

²² Artículo 59 de la Constitución Española: «1. Cuando el Rey fuere menor de edad, el padre o la madre del Rey y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, según el orden establecido en la Constitución, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia y la ejercerá durante el tiempo de la minoría de edad del Rey. 2. Si el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia el Príncipe heredero de la Corona, si fuere mayor de edad. Si no lo fuere, se procederá de la manera prevista en el apartado anterior, hasta que el Príncipe heredero alcance la mayoría de edad. 3. Si no hubiere ninguna persona a quien corresponda la Regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas. 4. Para ejercer la Regencia es preciso ser español y mayor de edad. 5. La Regencia se ejercerá por mandato constitucional y siempre en nombre del Rey».

²³ Lo cual ya hemos indicado con anterioridad que se realizaba fuera de la Constitución, mediante la ley.

²⁴ A. Pascual Medrano, *La regencia en la Constitución Española de 1978* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998), 285-286.

tónica, dejando que la mayoría de edad regia sea coincidente con la del resto de ciudadanos, puesto que de esta manera tampoco se pone en riesgo el interés del menor en torno a su capacidad²⁵.

La segunda referencia a la edad dentro de este Título lo encontramos en el artículo 60²⁶, referido a la tutela del Rey. En este caso, se nombra a la minoría de edad, que es la situación que da pie a la tutela²⁷, pero también se hace alusión a la mayoría de edad cuando se señala que podrá ser tutor, aquella persona nombrada por el Rey que ha fallecido, siempre que concurriese el requisito de ser mayor de edad²⁸. En ambas situaciones, al hacer indicaciones

²⁵ En este sentido, advierte: «parece una vez más bastante acertado el hecho de que la Constitución no haya reducido el límite de la menor edad en el caso del Rey, máxime teniendo presente que justamente las funciones que le tocan ejercer resultan, pese a su reducción respecto de las Constituciones decimonónicas, especialmente complejas y que, por otro lado, de actuar de un modo contrario se estaría, a nuestro juicio, sacrificando el interés del menor a un desarrollo adecuado a su capacidad por un posible – que no seguro – interés público en la pronta terminación de la provisionalidad que lleva aparejada la institución de la Regencia». A. Pascual Medrano, *La regencia en la Constitución Española de 1978*, op. cit., 287.

²⁶ Artículo 60 de la Constitución Española: «1. Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiese nombrado, será tutor el padre o la madre, mientras permanezcan viudos. En su defecto, lo nombrarán las Cortes Generales, pero no podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes directos del Rey. 2. El ejercicio de la tutela es también incompatible con el de todo cargo o representación política».

²⁷ En este punto no podemos dejar de coincidir con Gómez Sánchez al entender que «la Constitución Española no faculta sino que obliga a establecer la tutela del Rey menor». Y. Gómez Sánchez, Y., *La Monarquía Parlamentaria: Familia Real y sucesión a la Corona* (Ediciones Hidalguía, Madrid, 2008), 279.

²⁸ Nos gustaría, en este punto, echar la vista a derecho comparado, y es que la previsión de la tutela del Rey menor de edad parece tratarse de manera distinta respecto de los ordenamientos de nuestro entorno. Así pues, puede observarse como distintos Estados han optado por no hacer mención a la figura, como sucede con Suecia y de Dinamarca, no hacen mención a la figura de la tutela. Por otro lado, en los Países Bajos, por ejemplo, esta figura recae sobre el Parlamento, no dando pie a la designación en el testamento. Un supuesto curioso, que en nuestra opinión, sería el más asimilable a lo que sucede en España, es lo previsto en la Constitución Noruega, en la cual, si bien no se nombra la tutela, si que se permite la posibilidad de que el padre o la madre establezcan previsiones respecto de la educación del Rey menor de edad, sabiendo que en caso de no hacerlo, será competencia del Parlamento. Así, el artículo 47 de esta Norma presenta la siguiente literalidad: «La supervisión de la educación del Rey en tanto sea menor de edad deberá ser determinada por el *Storting*, en el caso de que tanto el padre como la madre hayan muerto y ninguno de ellos haya dejado instrucciones escritas al efecto». En este sentido, Otto Oliván, tras realizar un análisis de la situación de la tutela en derecho comparado, advierte que lo que sucede en Noruega puede suponer «una cierta forma de designación testamentaria del

de la mayoría y minoría de edad, se toma de referencia, como es lógico y evidente, la edad constitucionalmente prevista en el artículo 12.

Dentro del Título II, la tercera y definitiva referencia a la edad la encontramos en el artículo 61²⁹, referido al juramento regio. Concretamente lo que aquí interesa es el apartado segundo, en el cual se regula el juramento del Príncipe heredero. Así, el Constituyente de 1978 ha previsto que este juramento se ha de realizar cuando se alcanza la mayoría de edad. Como cabe deducir por todo lo que se ha expuesto hasta ahora, pero no por ello menos digno de aclaración, esta mayoría de edad va a ser coincidente con la establecida en el artículo 12 de la *Lex Legum*, o lo que es lo mismo, los 18 años, al no establecerse ninguna especificación al respecto. Entendemos que esto es nuevamente un acierto del Constituyente, siendo lo ideal que se mantenga la misma edad para todos los aspectos de mayoría y minoría de edad relativos a la Jefatura del Estado. Creemos además que el tema del juramento es interesante dado que en los próximos años, la actual Princesa de Asturias deberá llevarlo a cabo³⁰.

Nos gustaría destacar que salvo la Constitución de Dinamarca, que fija de forma específica la edad heredero al trono en los 18 años, como también lo

Monarca en el tema de la tutela, que la aproxima a lo preceptuado, históricamente, en nuestro país sobre este particular y a la actual regulación». S. Otto Oliván, *La tutela del Rey menor en la Constitución Española de 1978* (Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 2000), 61.

²⁹ Artículo 61 de la Constitución Española: «1. El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas. 2. El Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes al hacerse cargo de sus funciones, prestarán el mismo juramento, así como el de fidelidad al Rey».

³⁰ En este punto, creemos que resulta interesante indagar en una posible hipótesis que podría producirse en un futuro, siendo esta situación que el hijo o la hija de la persona que ostenta el título de Príncipe o Princesa heredera cumpla la mayoría de edad. En este supuesto ¿es necesario que preste el juramento del que estamos hablando?. Desde nuestro punto de vista, si atendemos a lo dispuesto en el precepto constitucional, no existe obligación de realizar dicho juramento, puesto que, en ese momento, si bien es cierto que se cumple con el requisito de la mayoría de edad, no se ostenta la condición de Príncipe heredero o Princesa heredera, sino que hablamos del hijo de esta persona. A nuestro parecer, la propia Constitución parte del momento en el que se den ambas situaciones, por lo que, en el momento en el cual adquiriera dicho estatus y se esté en la mayoría de edad, se debería proceder al juramento. Ello no obsta, sin embargo, a que se realice igualmente un juramento cuando adquiriera la mayoría de edad, a pesar de que la Constitución, como acabamos de señalar, no obliga a ello, pero, como resalta de la lectura del articulado, tampoco lo prohíbe, por lo que sería factible que se realizara un juramento cuando se alcanzaran los 18 años y posteriormente, al alcanzar la condición de persona heredera se volviera a formalizar, ya que creemos que el primero no excluye, en modo alguno, el segundo.

hace con el propio Rey³¹, es difícil entoncar las mismas previsiones en derecho histórico y derecho comparado, precisamente por ello, Torres del Moral³² indica que los Textos Constitucionales que han existido en España, pero también los presentes en distintos países monárquicos, prestan poca atención a la mayoría de edad de la persona heredera a la Corona, siendo en el caso de España, el Príncipe o la Princesa de Asturias. Sin embargo es, como ya adelantábamos hace un instante, fácilmente deducible que se sitúa en los 18 años, consecuencia ello de que en la sucesión a la Corona en la actualidad se haya superado la idea de reducir la duración de la Regencia lo máximo posible, tratándose de un «*signo de normalidad institucional*»³³.

III. PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD

Como resulta evidente, la Constitución Española de 1978 ha provocado que, al indicar un momento determinado en el que se alcanza la mayoría de edad, se haya entendido, *sensu contrario*, que por debajo de la edad constitucionalmente establecida, la persona es menor de edad. Precisamente el interés que siempre han despertado en el ordenamiento jurídico los menores de edad³⁴, es lo que nos lleva a tratar su protección e intentar tener una visión de su situación, que será lo que trataremos en lo que sigue a modo de último punto del estudio.

Creemos acertado lo sintetizado por Gómez Sánchez³⁵, quien ha indicado que en el sistema multinivel de derechos como en el que estamos, cuando nos referimos a menores existen tres situaciones:

La primera de ellas es cuando el menor de edad no posee la titularidad de un derecho determinado, precisamente por no poseer una edad específica, siendo un ejemplo característico de ello el derecho de sufragio.

La segunda de ellas, se corresponde con aquella en la cual el menor de edad sí que es titular de un derecho pero del cual no puede proceder a su

³¹ Artículo 7 de la Constitución Danesa: «El Rey será mayor a la edad de dieciocho años cumplidos. Será aplicable lo mismo para el presunto heredero del trono».

³² A. Torres del Moral, «Estatuto Jurídico del Príncipe de Asturias», A. Torres del Moral (dir.), *Monarquía y Constitución* (Colex, Madrid, 2001), 212.

³³ A. Torres del Moral, «Estatuto Jurídico del Príncipe de Asturias», *op. cit.*, 213.

³⁴ Amores Conradi, tras enumerar algunas de las referencias a la edad contenidas en la propia Constitución, ha indicado que constituye una evidencia la distinción jurídica entre una persona mayor de edad y menor de edad, sabiendo que a éste último se le considera «necesitado de especial asistencia y protección». M. A. Amores Conradi, «Artículo 12», M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Comentarios a la Constitución Española, op. cit.*, 222.

³⁵ Y. Gómez Sánchez, *Constitucionalismo multinivel: Derechos Fundamentales* (Editorial Sanz y Torres, Madrid, 2014), 207.

ejercicio o a su defensa por no tener plena capacidad de obrar por razón de la edad. En este elenco tendríamos por ejemplo los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen o a la propiedad privada.

Finalmente, tendríamos aquel supuesto en el que el menor de edad no sólo es titular del derecho sino que, además, se le atribuye la capacidad de obrar, a pesar de seguir en una situación de minoría de edad. Aquí estaría aquel derecho según el cual una persona que ya tenga los 16 años podrá decidir en cuanto a tratamientos médicos que le afecten.

Tal y como indica la autora³⁶, en los últimos años se puede apreciar una tendencia hacia una mayor participación de los menores de edad en aquellos aspectos que les afecten, sabiendo que cuando no se les reconozca la posibilidad de actuar en el sentido estricto, se opta por dar importancia a su voluntad, la cual suele supeditarse a su grado de madurez.

En relación a esto último también podemos encontrar con lo dicho por Tajadura Tejada³⁷, quien ha dispuesto que la situación de minoría de edad no lleva aparejada una idea de la prohibición del ejercicio de los derechos fundamentales. Este autor indica que será el legislador quien proceda a especificar como será el ejercicio durante esta etapa, para lo cual debe tenerse en consideración el grado de madurez que se tiene frente a un criterio formalista como es la determinación de una edad concreta³⁸.

Esto puede observarse también en la jurisprudencia constitucional, como por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, donde en relación con el derecho a la libertad ideológica, expone el Alto Tribunal que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar»³⁹.

1. Regulación internacional

Lo primero que es imperativo señalar es que la Constitución Española ha seguido la recomendación dada por la Resolución 29/1972 del Comité de

³⁶ *Ibidem*, 208.

³⁷ J. Tajadura Tejada, *Los derechos fundamentales y sus garantías* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015), 54-55.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Fundamento Jurídico 5.

Ministros del Consejo de Europa. En esta Resolución se recomendaba a los Estados la fijación de una mayoría de edad en 18 años, o cuanto menos antes de los 21, solicitando que, en aquellos Estados en los que esto no se cumpla, se haga un reconocimiento del ejercicio de los actos ordinarios de la vida cotidiana a los mayores de 18 años.

Además, la previsión constitucional se adapta a los Textos Internacionales. Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 indica que los menores de 18 años serán considerados niños a excepción de que sean considerados mayores de edad con edades inferiores a ella⁴⁰, estableciendo al mismo tiempo la imposibilidad de participar directamente en hostilidades a los menores de 15 años, y aun siendo mayores de 15, se procura la priorización para los de más edad⁴¹. En el mismo sentido podemos observar la Carta Europea de los Derechos del Niño⁴². La Declaración de los Derechos del Niño no hace referencia a lo largo de sus Principios a una edad específica, sino únicamente al término «niño», pero entendemos que, precisamente por ello, está una edad implícita que, tal y como resulta de haber confrontado los Textos anteriores, se fija por debajo de los 18 años, entendiendo que un niño es el que posee menos de dicha edad. El artículo 24 la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dice «1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten,

⁴⁰ Artículo 1: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

⁴¹ Artículo 38: «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad. 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado».

⁴² Aunque en esta ocasión se hace referencia específica a la responsabilidad penal, teniendo el siguiente tenor literal «Se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de dieciocho años, salvo que éste, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. A efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente»

en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses». En este artículo puede verse que, sin nombrar una edad específica, se hace referencia a menores, lo cual hace que ya se tenga presente la edad relativa a la mayoría de edad para saber cuándo se está ante un menor y cuándo no.

2. Regulación nacional

Como adelantábamos al inicio de este epígrafe, la Constitución Española, al optar por una edad determinada para la mayoría de edad, también fija implícitamente que aquellas personas que se encuentren por debajo de dicha edad, van a ser considerados como menores, atendiendo siempre a las excepciones que legalmente pueden fijarse⁴³. Se ha afirmado que la Constitución Española «ha establecido una presunción *iuris et de iure* de necesidad de protección del individuo durante la minoría de edad, que exige una *cohesión flexible y variable de la autoprotección que éste se puede dar a sí mismo y la heteroprotección que puede recibir de sujetos cualificados – padres y Estado – allí donde su capacidad no alcance*»⁴⁴.

Ello ha llevado a considerar que un cierto desarrollo del precepto constitucional lo encontramos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Esta Ley va a implicar una serie de aspectos que es necesario tener en cuenta. Así pues, la capacidad de obrar que tienen los menores, debe ser interpretada de forma restrictiva, sabiendo que las medidas que se pongan en marcha al amparo de la norma deben tener una finalidad educativa.

Algo que está muy presente y de forma absolutamente clara en la Ley, es que la prevalencia debe darse al interés superior del menor.

⁴³ Aláez Corral ha afirmado que con el artículo 12, la Carta Magna establece dos presunciones *iuris et de iure*, siendo la primera de ellas que cuando se alcanza la mayoría de edad, la persona no va a requerir que el Estado le siga prestando especial protección ni va a requerirse una limitación en el ejercicio de sus derechos fundamentales salvo casos de incapacidad o aquellas previsiones específicas que la propia Constitución pueda contener, y por otro lado, la segunda presunción referida a considerar a la minoría de edad como un principio en atención al cual tanto los padres como el Estado deberán adoptar medidas para proteger a quienes estén dentro de la minoría de edad, siendo esto una obligación a la que no cabe renunciar. B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales* (Tecnos, Madrid, 2003), 62.

⁴⁴ B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op. cit.*, 64.

Además, en esta norma, se establecen una serie de indicaciones concretas en torno a los derechos fundamentales y también en relación con las libertades públicas.

Previamente a adentrarnos en las referencias más específicas, creemos conveniente hacer mención a la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual ha de mirarse junto con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, esta última elaborada por la afectación a derechos fundamentales y por lo cual debe tener la consideración de orgánica. Ambas leyes afectan a un número importante de normas, en total 21⁴⁵. Tal y como se establece en el Preámbulo de ambas normas, los cambios se producen en cumplimiento, primero, del artículo 39 de la *Norma Normarum*, el cual ya hemos mencionado con anterioridad, y segundo, para dar cumplimiento a los instrumentos internacionales que han sido ratificados por España y que exigen la adaptación de la normativa interna. El objetivo de las modificaciones es, en esencia, que la protección a

⁴⁵ Entre las modificaciones que se establecen en ambas normas, sin ánimo de ser exhaustivos, creemos que podemos indicar algunas, como son: Dentro de la Ley Orgánica 1/1996, ya mencionada, se introducen deberes del menor junto con sus derechos, introduciendo en el Título I un nuevo Capítulo III que contiene esa rúbrica; se refuerza la posición de menores en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de menores; se reforman las instituciones de protección a la infancia, dando prioridad a medidas estables, familiares y consensuadas frente a las temporales, residenciales e impuestas respectivamente. A su vez la figura de acogimiento familiar se facilita sin establecerse la intervención preceptiva del juez y se impone a la Administración la obligación de preparar a los jóvenes que ya no estén en régimen de tutela para la vida independiente. También se detalla con mayor profundidad el derecho del menor a ser escuchado; al mismo tiempo se regulan los ingresos, las actuaciones y las intervenciones en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta. Dentro del Código Civil se adaptan las acciones de filiación a la jurisprudencia constitucional de las Sentencias 273/2005, 56/2005, 138/2005 y 156/2005; al mismo tiempo se produce una aclaración en lo que respecta la competencia de la Entidad Pública para el establecimiento de régimen de visitas y comunicaciones de menores en régimen de tutela o guarda, siendo motivada la resolución. Se crea la figura de la guarda con fines de adopción así como la adopción abierta. En la Ley de adopción internacional se refuerzan las garantías. También en la Ley de Enjuiciamiento Civil se prohíbe de forma expresa la ejecución provisional de las Sentencias dictadas en procesos de oposición a las resoluciones administrativas en tema de protección de menores. La Ley de Familias Numerosas también se modifica permitiendo la conservación del título si uno de los hijos cumple los requisitos exigidos y la edad establecida. También destaca la modificación de la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, donde se incluyen a los menores, existiendo la obligación que recae en el juez para pronunciarse de las medidas civiles que van a afectar aquellos menores que dependan de una mujer sobre la que se ejerce la violencia.

los menores se siga produciendo de forma uniforme en el territorio del Estado, a la vez que pueda servir de referente a los entes autonómicos a la hora de realizar sus respectivas legislaciones, algunas de las cuales se han adelantado a la propia norma estatal, siendo recogidas por ésta última algunas de las medidas ya establecidas en las Comunidades Autónomas.

2.1. Regulación civil

Dentro del ámbito del derecho civil, es inevitable hacer referencia a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar. ORTUÑO MUÑOZ⁴⁶ ha afirmado que la capacidad jurídica se deriva de la personalidad, sabiendo que a su vez ésta se determina por el nacimiento⁴⁷ y finaliza con el fallecimiento, incluyendo tanto derechos constitucionales básicos que son considerados como indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, y también aquellos propios del ámbito civil en atención a los cuales se permite «ser titular de situaciones jurídicas, y de derechos patrimoniales»⁴⁸. Por su parte, la capacidad de obrar «implica que la actuación de la persona sea reconocida como eficaz para influir en el mundo de la relaciones y situaciones jurídicas, para lo que la ley exige que la persona tenga suficiente capacidad de discernimiento»⁴⁹. En este sentido, podemos afirmar que, la plena capacidad de obrar se va a adquirir cuando se llega a la mayoría de edad⁵⁰, sabiendo que existen excepciones, como se mencionarán más adelante.

Aclarado este punto, debemos señalar que la edad da lugar a tres estados civiles diferenciados, véase la menor edad, la mayor edad y el menor emancipado⁵¹. Con carácter general puede decirse que la mayoría de edad supone obtener una plena capacidad de obrar, produciéndose de forma automática

⁴⁶ P. Ortuño Muñoz, «Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud, la incapacitación como protección. Los internamientos en espacios residenciales», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 22 (1996), 56.

⁴⁷ Artículo 29 del Código Civil: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente».

⁴⁸ P. Ortuño Muñoz, «Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud, la incapacitación como protección. Los internamientos en espacios residenciales», *op. cit.*, 56.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ P. Pérez Tremps, «Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales», AA.VV., *Derecho Constitucional Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2003), 163.

⁵¹ En este punto Ravetllat Ballesté ha indicado que «tan sólo dos de ellas se hallan estipuladas de forma expresa en nuestras disposiciones civiles: la mayoría de edad y la emancipación, sin que el estado anterior a ambas, la minoridad, tenga una regulación sistemática y completa». I. Ravetllat Ballesté, I., «¿Por qué dieciocho años? La mayoría

una extinción de la patria potestad o de la tutela al cumplir los 18 años, y que es una de las características principales de los menores⁵². Ha sido afirmado por el Tribunal Supremo que la capacidad mental de los mayores de edad «se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante prueba directa»⁵³. Por lo tanto, nos encontramos con que esto no tiene un carácter absoluto, siendo simplemente la regla general, y por lo tanto, existiendo excepciones. Así por ejemplo nos encontramos con los incapaces.

Cuando una persona tiene una edad situada por debajo de los 18 años, se le presume, también como regla general, que va a estar en la minoría de edad. Los menores de edad se caracterizan por tener una capacidad de obrar limitada, debiendo estar presente otra figura, y es por ello que en este estado está presente tanto la figura de la patria potestad como, en su caso, la de la tutela. En estos casos existen una serie de asuntos y obligaciones que deberán atender como son la representación de los hijos⁵⁴ o la administración de sus bienes⁵⁵, debiendo también los tutores tener en cuenta la personalidad del

de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 49 (2015), 151.

⁵² Artículo 322 del Código Civil: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de febrero de 1986, [RJ 1986\520].

⁵⁴ Artículo 162 del Código Civil: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. *Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».*

⁵⁵ Artículo 164 del Código Civil: «Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria. *Se exceptúan de la administración paterna: 1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos. 2.º Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado. 3.º Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella».*

tutelado y respetar su integridad⁵⁶. Sin embargo no debe pensarse que únicamente los que tengan a cargo a menores de edad tienen obligaciones, puesto que los propios menores van a tener que obedecer a los padres mientras estén a su cuidado y respetarles y contribuir a las cargas familiares en la medida en que les sea posible⁵⁷.

Los menores de edad no tienen permitido la celebración de un contrato⁵⁸, aunque, celebrado éste, surtirá efectos sabiendo que es posible que sea anulado⁵⁹.

Ahora bien, el Código Civil va a establecer una especie de sistema en atención al cual, a los menores de 18 años, en función de la edad concreta que posean, se les va a dar más o menos potestades. Así por ejemplo nos encontramos que un menor de edad que haya cumplido los 12 años va a tener que prestar su consentimiento en caso de ser adoptado⁶⁰ o acogido⁶¹. Siendo mayor de 14 años podrá otorgar testamento⁶²; optar por la nacionalidad espa-

⁵⁶ Artículo 268 del Código Civil: «Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad».

⁵⁷ Esto se establece en el artículo 155 del Código Civil: «Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella».

⁵⁸ Artículo 1263 del Código Civil: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial».

⁵⁹ Artículo 1300 del Código Civil: «Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley». Aquí es necesario señalar que el artículo 1261 al que hace referencia el precepto señala como elemento necesario, entre otros, el consentimiento de los contratantes. En este sentido es confrontable también el artículo 1301 del Código Civil: «La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

⁶⁰ Artículo 177.1 del Código Civil.

⁶¹ Artículo 173.2 del Código Civil.

⁶² Esto se deduce del artículo 663 del Código Civil que establece que los menores de 14 años no pueden otorgar testamento.

ñola, asistido por su representante legal⁶³ u optar por una vecindad civil distinta a la que tiene⁶⁴. Finalmente, siendo mayores de 16 años, podrán optar por la emancipación, lo cual va a suponer una salida de la menor edad⁶⁵. Junto con esto, también va a poder administrar los bienes que haya obtenido con su propio trabajo o negocio⁶⁶.

Junto con todo esto, en un procedimiento tanto judicial como administrativo, en el cual el menor se vea afectado directamente, va a tener derecho a que se le oiga⁶⁷.

Finalmente, nos encontramos con el menor emancipado. Lo primero que hay que señalar es que el estado de emancipación no es equivalente al de mayor de edad. Se trata de estados civiles diferentes que no deben confundirse. Tampoco va a tener el menor de edad emancipado una capacidad de obrar plena, ya que el propio Código Civil establece una serie de limitaciones a su actuación en los artículos 323⁶⁸ y 324⁶⁹ en materia patrimonial, aunque en el resto de aspectos sí que estaríamos ante una capacidad asimilable a la que ostenta el mayor de edad.

Existen distintas circunstancias que pueden dar lugar a la emancipación. Nos encontramos con la posibilidad de una concesión por parte de los titulares de la patria potestad y con el requisito de haber cumplido los 16 años y que consienta, siendo necesario la emancipación se otorgue bien ante el juez encargado del registro o por escritura pública tal y como se establece en el artículo 317 del Código Civil. Ha de saberse que esto no es un acto revocable, y debe inscribirse en el Registro Civil tal y como se indica en el 318 del mismo Código. Otras posibilidades serían la emancipación por vía judicial, teniendo cumplidos igualmente los 16 años y cuando los padres se encuentren en alguna

⁶³ Tal y como se establece en los artículos 20 y 21 del Código Civil.

⁶⁴ Tal y como se señala en el artículo 14.3 del Código Civil.

⁶⁵ Tal y como se establece en los artículos 317, 320 y 321 del Código Civil.

⁶⁶ Artículo 164.3 del Código Civil.

⁶⁷ Artículo 9 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.

⁶⁸ Artículo 323 del Código Civil: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad».

⁶⁹ Artículo 324 del Código Civil: «Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro».

situación prevista en el artículo 320⁷⁰ o cuando el menor esté en régimen de tutela y no desee continuarla⁷¹.

2.2. Regulación Penal

Dentro del derecho penal, nos encontramos con que el Código Penal va a ser aplicable a aquellas personas que tengan más de 18 años, o lo que es lo mismo, a los mayores de edad se les puede considerar como sujetos de responsabilidad criminal en sentido estricto, mientras que a los menores se les va a aplicar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor.

Hay que tener presente que, tradicionalmente han existido dos sistemas para el tratamiento de la edad dentro del ámbito del derecho penal. Así, por un lado nos encontramos con el denominado sistema biológico y por otro lado el sistema de discernimiento⁷². El primero de ellos estimaría que estamos ante un menor o un mayor con referencia a una edad que haya sido fijada, de tal manera que quien esté por debajo de la misma será considerado menor y el que esté por encima será mayor, no teniendo en observación ningún otro factor. El segundo sopesa la determinación de dos edades, una de ellas servirá para considerar que todos aquellos sujetos menores de dicha edad prefijada, van a ser apreciados como menores inimputables, mientras que los sujetos que tengan una edad comprendida entre la que ha sido fijada y la que se establezca para valorar que se trata de un mayor de edad, se le presumirá también inimputables pero sabiendo que, en este caso, la presunción va a poder ser discutida y cabría entonces demostrar que el menor tenía conocimiento suficiente de lo que estaba realizando.

En España no se ha optado por ninguno de estos sistemas de forma rotunda, sino que se sigue uno híbrido. Lo primero que ha de resaltarse es que

⁷⁰ Artículo 320 del Código Civil: «El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2.º Cuando los padres vivieren separados. 3.º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad».

⁷¹ Artículo 321 del Código Civil: «También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare».

⁷² En esto seguimos las siguientes obras: AA.VV., «Edad penal», C. Stamatoulou *et alii*, *Enciclopedia jurídica*, disponible en <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/edad-penal/edad-penal.htm>>; I. Sánchez García de Paz, «Minoría de edad y derecho penal juvenil. Aspectos político criminales», *Eguzkilore*, Núm. 12 (1998), 70-71. Esta última autora denomina al discernimiento como un criterio y al método en si lo llama método psicológico, siendo una nomenclatura más precisa y perfectamente válida también.

no se va a considerar al menor como inimputable⁷³, sino que se va a entender que el menor de edad no va a verse sometido al derecho penal ordinario, persiguiéndose un objetivo de educación en las penas que se le puedan imponer. Esto es así respecto de los menores que tengan una edad comprendida entre los 14 y los 18 años, ya que los menores de 14 años serán irresponsables penalmente. En este sentido, JIMENEZ Díaz ha afirmado que «*La plena irresponsabilidad penal de los menores de 14 años se fundamenta en que, con absoluta independencia de su madurez mental, son consideradas personas inimputables. Más concretamente, son razones de seguridad jurídica las que llevan a que el criterio cronológico se sustente en una presunción iuris et de iure que impide considerarlos imputables, aun cuando en la práctica, su madurez mental pueda permitirlo*»⁷⁴. Esta autora distingue tres franjas de edad distribuidas en tres categorías que deben tenerse en cuenta a efectos de exigir responsabilidad penal, siendo las siguientes categorías⁷⁵: niños, que serían aquellos con una edad inferior a los 14 años⁷⁶, menores, que tendrían una edad comprendida entre los 14 y los 18 años⁷⁷, jóvenes, que tendrían una edad entre 18 y 21 años, sabiendo que también está la categoría de adulto cuando se superan los 18 años⁷⁸.

Confrontándose el Código Penal, artículo 19, y el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, podemos observar como se fija la edad de 18 años para distinguir la mayoría de la minoría de edad, coincidiendo por tanto con la fijada en la Carta Magna. De tal manera que podemos ver como se sigue el criterio biológico para esta distinción. Ahora bien, dentro de los menores de edad, se hace una diferenciación en la edad de 14 años. De esta manera los menores de 14 años se van a considerar inimputables, mientras que a los que ostenten

⁷³ Así también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español, negando la inimputabilidad de los menores de edad. Así, dice el Alto Tribunal que «ni el art. 12 CE, ni los preceptos constitucionales que en relación con éste se citan en el Auto de planteamiento, contienen pronunciamiento alguno acerca de la edad a partir de la cual es constitucionalmente posible exigir responsabilidad penal a las personas. Por lo tanto los preceptos alegados no justifican la duda de constitucionalidad que se plantea». Auto del Tribunal Constitucional 194/2001, de 4 de julio, Fundamento Jurídico 4.

⁷⁴ M. J. Jiménez Díaz, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 17-19 (2015), 14.

⁷⁵ M. J. Jiménez Díaz, *op. cit.*, 12.

⁷⁶ Estarían sujetos a normas de protección de menores vigentes, pero no tendrían responsabilidad penal propiamente dicha.

⁷⁷ Están sujetos a la responsabilidad penal en atención a lo que disponga la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

⁷⁸ Tanto los jóvenes como los adultos serían responsables penalmente en atención a lo que dispone el Código Penal.

una edad comprendida entre los 14 y los 18 años no se verán sujetos al derecho penal ordinario pero aplicándoseles lo dispuesto en la Ley Orgánica.

Algo llamativo es lo que ocurre entre los 18 y los 21 años, ya que en atención a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal y el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, es posible que se le aplique lo contenido en esta última norma y no la primera, que sería la que teóricamente debería ser empleada, siempre y cuando se le aprecie una falta de madurez o inadecuación entre la edad mental y biológica.

Como resulta evidente, lo que acaba de señalarse se refiere a la posición del menor de edad como sujeto activo. No obstante, el derecho penal no se olvida de mencionar a los menores de edad como sujetos pasivos, dotándoles de una mayor seguridad y protección⁷⁹.

2.3. Regulación Laboral

Otro aspecto que conviene señalar es el concerniente al Derecho del Trabajo. La primera legislación social data de 1873, siendo la conocida Ley de Benot⁸⁰. En esta primera norma ya aparecían aspectos relativos a la edad, como la prohibición de que los menores de 10 años trabajaran, o la limitación de la jornada a los menores de 15 años, todo ello rodeado de la prohibición de que se realizasen trabajos peligrosos por parte de los menores.

En la actualidad, la edad sigue estando presente en la normativa laboral, distinguiéndose tres situaciones diferenciadas al referirse a la celebración de un contrato: véanse las conocidas como capacidad laboral plena, la capacidad laboral limitada y la incapacidad⁸¹. La primera de ellas, es decir, la plena, se obtiene cuando se alcanza lo que se puede denominar como mayoría de edad laboral, que es coincidente con la mayoría de edad constitucionalmente establecida, es decir, los 18 años, pudiendo alcanzarse también por la vía de la emancipación de los mayores de 16 años y menores de 18. La segunda de ellas, la limitada, la ostentan aquellos que se encuentran en una edad comprendida entre los 16 y los 18 años, pero que no están emancipados, y que pueden celebrar válidamente un contrato de trabajo con el consentimiento o la autorización de la persona o personas que complementan su capacidad.

⁷⁹ Esto puede verse por ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos, en los artículos 148; 183; 185; 186; 197.5; 224; 229; 230; 231; 232 o 233.

⁸⁰ Sobre esta norma: L. Martínez Peñas, «los inicios de la regulación laboral española: La Ley Benot», *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, Núm. 1 (2011), 25-70.

⁸¹ Así lo indica E. Conde Marín, «Tema 4: El contrato de trabajo. Sujetos», A. Cebrián Carrillo y P. Núñez-Cortés Contreras (coord.), *Lecciones de contrato de Trabajo* (Dykinson, Madrid, 2014), 58.

Finalmente nos encontraríamos con la incapacidad laboral que la tendrían aquellas personas menores de 16 años. Ahora bien, esta incapacidad no se da siempre y en todo caso, existiendo excepciones a la misma como es lo comprendido en el artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores⁸².

2.4. Referencias al Derecho Eclesiástico

Finalmente, debemos hablar de la relación de la edad con el derecho eclesiástico. En principio podemos afirmar que esta rama del ordenamiento se va a regir, con carácter general, por la edad constitucionalmente fijada, de tal manera que cuando se habla de menores se estará haciendo referencia a aquellas personas que tienen una edad inferior a los 18 años, mientras que los mayores serán aquellos que la tienen por encima.

Si bien lo que se ha dicho es cierto, debemos señalar determinados supuestos que creemos de interés.

Refiriéndonos al ámbito de la salud en primer término, creemos que es interesante el nombramiento aquí del consentimiento de los menores, sobre todo a la hora de prestar o no su consentimiento, que podrían hacerlo o negarse en atención a sus creencias. En relación con la emisión del consentimiento, y siguiendo lo indicado por Moreno Antón⁸³, cabe distinguir en primer lugar cuando se trate de un menor de edad que tenga los 16 años ya cumplidos o más o esté emancipado, en cuyo caso su capacidad se entenderá, con carácter general equiparable a la del mayor edad en lo concerniente a su salud⁸⁴. En segundo lugar tenemos el supuesto de menores de edad que sean también menores de 16 años, en cuyo caso hay que atender a la capacidad intelectual y emocional⁸⁵.

Finalmente, como punto último dentro del presente subepígrafe, debemos referirnos al derecho a la libertad religiosa. Lo primero que hay que señalar es que los menores de edad son titulares de este derecho, prueba de lo cual nos encontramos con el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor y los artículos 1.1, 2.1.c y 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa. Junto con esto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en su Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, donde dice: «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son

⁸² A este respecto confróntese M. Apilluelo Martín, *La relación de trabajo del menor de edad* (Consejo Económico y Social, Madrid, 1999), 233-320.

⁸³ M. Moreno Antón, «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 15 (2011), 102-104.

⁸⁴ Confrontar el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

⁸⁵ Teniendo en cuenta el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar»⁸⁶.

Por lo tanto es necesario tener siempre presente la titularidad de este derecho por parte de los menores. En relación a su ejercicio, tal y como señala Valero Heredia después de mencionar la misma jurisprudencia constitucional que aquí hemos mencionado, si se confronta el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 1/1996⁸⁷ y el 14.2 de la Convención de Derechos del Niño⁸⁸, llegamos a la conclusión de que no puede producirse una sustitución del menor en el ejercicio del derecho, debiendo los titulares de la patria potestad, simplemente contribuir a su formación, no siendo aceptable que los suplan⁸⁹. De esta manera, a menor de edad de una persona, mayor será el papel de los que ostentan la patria potestad, y así, «la obligación de los padres de respetar los derechos del hijo exige una graduación de los deberes y facultades inherentes a la patria potestad en función de la capacidad del hijo a la hora de ejercitar sus propios derechos. La participación creciente del menor en los asuntos que le conciernen vendrá subordinada –de conformidad con la legislación vigente– a su grado de madurez intelectual y emocional dado que la consideración del menor como sujeto titular de derechos –en virtud de su dignidad como persona y al servicio del libre desarrollo de su personalidad– así lo exige. De esto se deduce que los derechos del menor en el ámbito de su libertad religiosa se configuran como límites a la actuación de los padres»⁹⁰.

⁸⁶ Fundamento Jurídico 5. Jurisprudencia que se reiteró en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, Fundamento Jurídico 9.

⁸⁷ Artículo 6.3: «Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad [libertad ideológica] de modo que contribuya a su desarrollo integral».

⁸⁸ Artículo 14.2: «Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades».

⁸⁹ A. Valero Heredia, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional* (Universitat de València, Valencia, 2004), 77-78.

⁹⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 79. En este punto, López Castillo ha afirmado que en atención a la normativa, en el supuesto de no colaboración de las personas responsables (padres y tutores), debe primar el interés superior del menor, destacando asimismo este autor el

Dentro de este derecho y lo visto sobre su titularidad va a llevamos a determinar que, si el menor de edad solicita que se le administren los sacramentos, los padres no podrían negarse, al igual que si se niega a recibirlos⁹¹, y es que ha señalado el Tribunal Constitucional que «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*)»⁹².

Cabe señalar que en otros sistemas, se establece una edad determinada a partir de la cual se entiende que este derecho puede ser ejercido por el menor de edad, como sucede en el caso de Alemania o Italia que sitúan esta edad en los 14 años, Noruega que lo hace en los 15 o Portugal que lo hace en los 16⁹³, no existiendo este tipo de previsión en el ordenamiento jurídico español.

IV. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión simplemente ofreceremos una visión recapituladora de lo expuesto a lo largo del estudio.

Apartándose de lo tradicional en nuestra historia constitucional, la Carta Magna de 1978 ha decidido incluir en su articulado una previsión clara en torno al alcance de la mayoría de edad en su artículo 12, que sitúa la misma en el alcance de los 18 años.

La relevancia de este precepto es mayor de lo que pueda parecer, ya no solo por el alcance de la plena capacidad de obrar sino porque sirve para complementar otros preceptos incluidos en la *Norma Normarum*, como sucede con las incluidas en el Título II, siendo necesario acudir al

importante papel de la Fiscalía en la defensa de los derechos. A. López Castillo, *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional* (Aranzadi, Cizur Menor, 2002), 55-56.

⁹¹ M. J. Roca Fernández, «Conflicto entre normas civiles y canónicas en relación con la patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68 (2015), 81-84. También esta autora analiza de forma muy interesante en el mismo estudio los conflictos entre los titulares de la patria potestad en la educación religiosa del menor, atendiendo a quien ostente la patria potestad y la situación del menor cuando este está en acogimiento, o cuando ambos tienen la patria potestad pero sólo uno de ellos tiene la custodia o cuando ambos tienen la custodia y la patria potestad.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, Fundamento Jurídico 5, reiterada en la 154/2002, de 18 de julio, Fundamento Jurídico 9.

⁹³ M. B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad y libertad de conciencia* (Universidad Complutense, Madrid, 2005), 260-264.

mencionado artículo 12 para saber, por ejemplo, cuando el heredero a la Corona debe prestar juramento o cuando y hasta cuando entra en juego la figura de la Regencia, siendo temas relevantes dado que afectan a la Jefatura del Estado.

Con ello no debemos olvidar que al fijarse la mayoría de edad de forma directa, también se establece la minoría, durante la cual el ordenamiento jurídico procura enfatizar una protección y garantías para nada desdeñables y acordes con dicho estatus.

Es precisamente por ello que no consideramos que sea un tema baladí, sino todo lo contrario, creyendo que la inclusión en la Norma Superior del Ordenamiento Jurídico resalta su importancia a la vez que sirve como pauta para la legislación infraconstitucional.

Notas

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT CURRENT
PROTECTION OF TAXPAYERS' RIGHTS
IN EUROPE: UNDER THE EXCHANGE
OF INFORMATION PERSPECTIVE*

*Breves consideraciones sobre la actual protección
de los derechos de los contribuyentes en Europa
desde la perspectiva del intercambio de información*

Melissa Carolina Elechiguerra Labarca

Profesora de Postgrados
Universidad Central de Venezuela
melechiguerra@elechiguerralabarca.com

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp351-369](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp351-369)

Recibido: 01.10.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

Este artículo se centra en el reconocimiento de los derechos de los contribuyentes a nivel global y europeo, especialmente desde la perspectiva del intercambio de información, a la luz de las iniciativas de la UE. Aunque las regulaciones juegan un papel importante, también es necesario considerar todos los mecanismos para proteger a los contribuyentes que sufren directamente las consecuencias de estas acciones.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Elechiguerra Labarca, Melissa Carolina. 2017. "Brief considerations about current protection of taxpayers' rights in Europe: under the exchange of information perspective". *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp351-369](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp351-369).

Palabras clave

Derechos de los Contribuyentes; Intercambio de información fiscal; Unión Europea; Derechos Fundamentales; Interés General.

Abstract

This article focuses on the recognition of taxpayers' rights at a global and European level, especially from the Exchange of Information perspective, in light of the EU initiatives. Although regulations play a major role, it is also important to look at all the mechanisms to protect the taxpayers who suffer the consequences of these actions directly.

Keywords

Taxpayers' Rights; Exchange of tax information; European Union; Fundamental Rights; General Interest.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. CURRENT SITUATION. III. CURRENT SITUATION OF TAXPAYERS' RIGHTS. IV. EUROPEAN PERSPECTIVE. V. DO EU TAXPAYERS HAVE PRIVACY PROTECTION IN THE FATCA EXCHANGE WITH THIRD COUNTRIES LIKE THE U.S., BECAUSE OF THESE EXCHANGES TAKING PLACE OUTSIDE EU LAW UNDER IGA AGREEMENTS? VI. BRIEF CONSIDERATIONS OF THE ROLE PLAYED BY THE ECtHR AND THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (CJEU) IN RELATION TO THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL TAXPAYERS' RIGHTS. SPECIAL REFERENCE TO THE EXCHANGE OF INFORMATION. VII. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

In many countries, taxes are established as mere correction instruments of other previous government policies that have not achieved their initial objectives. Considering the obvious differences between societies, the main consequence is that these tax measures respond to particular circumstances and, at the same time, do not take into account complex dynamics that lead to ineffective tax policies, which far from responding to the principles of fairness, proportionality and non-confiscatory tax justice, end up turning against the interests of most of the population and ultimately cause a greater number of inequalities and injustices that they were intended to solve.

Important and innovative measures have been taken recently in the international tax field, a salient example being the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)¹, as well as other measures to reinforce the exchange of information. However, the implementation of those measures could affect taxpayers' rights. For instance, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) focuses on how to implement the BEPS' fifteen actions aiming to reinforce the exchange of information and eliminate tax evasion. Nonetheless, one question arises: How are the taxpayers' rights being protected from the tax administration's proactivity?

This article focuses on the recognition of taxpayers' rights at a global and European level, especially from the Exchange of Information perspective, in light of the EU initiatives. Although regulations play a major role, it is also

¹ "Base erosion and profit shifting (BEPS) is a global problem which requires global solutions. BEPS refers to tax planning strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to artificially shift profits to low or no-tax locations where there is little or no economic activity, resulting in little or no overall corporate tax being paid. BEPS is of major significance for developing countries due to their heavy reliance on corporate income tax, particularly from multinational enterprises (MNEs)", OECD, *About Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), last consulted 20 February 2016, <http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm>.

important to look at all the mechanisms to protect the taxpayers who suffer the consequences of these actions directly².

II. CURRENT SITUATION

It is important to lay ground for this article by making reference to the Aggressive Tax Planning and Abuse from the OECD and EU perspective³.

Frequent changes, from OECD and UE perspective, force compliant national systems to constantly adapt their legislation to keep up with the new implementation. Take the BEPS Project, carried out by the OECD, which “refers to tax avoidance strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to artificially shift profits to low or no-tax locations”⁴. The EU has held a similar stand: from an EU perspective “Aggressive tax planning consists in taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability. Aggressive tax planning can take a multitude of forms. Its consequences include double deductions (e.g. the same loss is deducted both in the state of source and residence) and double non-taxation (e.g. income which is not taxed in the source state is exempt in the state of residence)”⁵.

² “(...) the protection of taxpayers' rights is neither organized systematically nor clearly defended as a policy within the international organizations, by contrast to the EU fundamental rights of citizen, on the sole basis of which taxpayers may obtain remedy. However, a few provisions of the ECHR are associated with tax matters and have generated some case law at the ECtHR, granting remedy to taxpayers on the basis of human rights: Art. 6 (right to fair trial), Art. 8 (right to respect of private family life), Art. 14 (prohibition of discrimination) and Art. 1 of the Protocol No.1 (protection of property)”. Cécile Brokelind, “The Role of the EU in the International Tax Policy and Human Rights: Does the EU need a policy on taxation and human rights”, in *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, ed. by George Kofler, Miguel Poaires and Pasquale Pistone (Amsterdam: IBFD, 2011): 114-115.

³ “In contrast to the principle of abuse, aggressive tax planning also covers the existence of legal gaps or mismatches exploited in transnational situations. Legal gaps have to be dealt in transnational situations. Legal gaps have to be dealt by law, due to the principles of no taxation without representation and of separation of powers in tax law. Thus, legal gaps cannot be overcome by GAARs, since these rules do not operate automatically and universally but require demonstration of abuse of (existing) law (or rules on a case-by-case basis”. Ana Paula Dourado, “The Base Erosion and Profit Shifting BEPS Initiative Under Analysis”, *Intertax BEPS: A special issue on the Base Erosion and Profit Shifting Initiative*, Volume 43.Issue 1, January: 48 (2015).

⁴ OECD, *Base Erosion and Profit Shifting*, last consulted 26 September 2017, <http://www.oecd.org/tax/beps/>.

⁵ Commission Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning. 2012, last consulted 10 February 2016, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/c_2012_8806_en.pdf.

The OECD and EU are taken initiatives which are attractive for multiple tax jurisdictions around the world in order to reduce and eliminate the aggressive and abusive tax planning. However, the position of taxpayers' rights in regards to these new tax challenges is a point to be further considered, as it has been remarked by many scholars, international institutions and organizations⁶. As Pistone stated "The basic rights of taxpayers should be protected domestically and cross-border for the simple reason that taxpayers are human beings and, therefore, entitled to the protection of their human rights"⁷.

The protection of taxpayers' fundamental rights is a highly important subject considered all over the world, for instance it should be mentioned the work developed by the *Confederation Fiscale Europeenne*⁸ in order to adopt a Taxpayer Charter, the European Commission⁹ is planning the publication of a "European Taxpayer's Code" and the International Fiscal Association¹⁰ determined the best practices and minimum standards regarding Taxpayer's Rights. In this vein, it is important to mention some relevant consequences of the initiatives taken by the EU in relation to Taxpayers' Rights: the taxpayers' liability is reinforced when they have to deliver information to tax administrations. On the other hand, another important issue is related to the confidentiality and proper use of taxpayers' information.

⁶ See Philip Baker, "The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes", *Intertax BEPS: A Special Issue on the Base Erosion and Profit Shifting Initiative*, Volume 43, Issue 1 (2015): 85-90; Philip Baker, Pasquale Pistone, "The Practical protection of taxpayers' fundamental rights", *Cahiers de Droit Fiscal International*. IFA. Volume 100b. (The Hague: Sdu Uitgevers, 2015), 21-68; Niels Diepvens & Filip Debelva, "The evolution of the Exchange of the Information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Rights under Pressure", *ec Tax Review*. N 4 (2015): 210-219; Irma Mosquera, "Legitimacy and the Making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism", *World Tax Journal*. Volume 7, No. 3, Published online: 6 October 2015.

⁷ Pasquale Pistone, "Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective for an EU Academic", *Bulletin for International Taxation*. April/May (2013): 217.

⁸ Confederation Fiscale Europeenne. 2016, 8th CFE PAC Conference: "Big Data - a threat to taxpayer rights?", "The CFE, together with AOTCA, the Asia-Oceania Tax Consultants' Association, and STEP, the Society of Trust and Estate Practitioners, presented a draft Model Taxpayer Charter of rights and responsibilities of taxpayers", last consulted 22 February 2016, <http://www.cfe-eutax.org/node/4740>.

⁹ The European Commission is planning the publication of a "European Taxpayers' Code", last consulted 27 April 2017,

¹⁰ https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/guidelines_for_a_model_for_a_european_taxpayers_code_en.pdf.

¹⁰ Subject II in the Annual Congress of IFA 2015 in Basel was "The practical protection of taxpayers' fundamental rights".

III. CURRENT SITUATION OF TAXPAYERS' RIGHTS

Having considered the general purpose of the OECD and EU with the new changes in the field of international taxation, it is also reasonable to analyze their incidence on taxpayers' fundamental rights. Then, a very basic question emerges: What is the current position of taxpayers' rights?

The recognition of fundamental taxpayers' rights should not be treated as a way to evade taxes and avoid the obligations imposed on taxpayers, but the taxpayers need protection in circumstances in which they may be considered as defenseless when there is an interaction between the taxpayer and the administration to avoid possible injuries caused by the circumstances.

On their discussions about BEPS, the OECD is focusing on the purpose of reducing the practice of shifting profits across borders to take advantage of tax rates that are lower in other countries than the one where the profit is made¹¹. Regardless of this, the balance between the BEPS actions and the protection of fundamental taxpayers' protection remains ignored.

The EU has adopted instruments in order to align the legislation with the OCDE, for instance the Commission presented on 18 March 2015 the Tax Transparency Package in order to introduce the automatic exchange of information between Member States on their tax rulings and also "contains measures to prevent aggressive tax planning, boost tax transparency and create a level playing field for all businesses in the EU"¹².

Although the development of those measures both at an EU and at a global level is still developing, it can be said that the factual mechanism of exchange of information could create legal uncertainty because there are some issues related to the protection of taxpayers' rights which are still not clear. As it was remarked by Poelmann: "(...) the tax transparency package of the Commission (COM (2015) 135) and tax rulings raise the question of the level of detail, as it seems that there is no limitation on information that can be demanded of companies and shared by governments, trying not to ignore taxpayers' rights"¹³.

Nowadays, the real link between tax authorities and taxpayers could be reduced to a set of rules which the State, in exercising their powers, makes mandatory, and taxpayers must follow to avoid sanctions.

¹¹ OECD, *What is BEPS and how can you stop it?*, last consulted 20 February 2016, <http://oecdinsights.org/2013/07/19/what-is-beps-how-can-you-stop-it/>.

¹² Anti Tax Avoidance Package. 2012, last consulted 30th May 2016, http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/anti_tax_avoidance/index_en.htm.

¹³ Session held by Eric Poelmann, "The Contribution of EU Law to the Fundamental Rights of Taxpayers", in the 10th GREIT Annual Conference on EU BEPS; Fiscal Transparency, Protection of Taxpayer Rights and State Aid and 7th GREIT Summer Course on Tax Evasion, Tax Avoidance & Aggressive Tax Planning. Amsterdam. September (2015): p. 80.

This reality is given by the adaptation of public policy at a given time rather than on the actual needs of taxpayers, which results in a complete separation between the activity of the administration and the behavior of taxpayers. Firstly we must remember that fundamental rights must be respected at all times; however, in the exercise of the right to punish, the Administration may violate some fundamental rights with its actions¹⁴.

The increasing mobility of citizens and businesses, as well as increased internationalization and transnational legal relations, definitively contribute to the establishment of an international charter for the protection of the taxpayer.

The management activity of the Administration is justified by the State's power to punish and sanction; however, when we speak of the right against self-incrimination in tax matters, we refer to the identity of the damages that taxpayers could eventually suffer.

Moreover, it should be kept in mind that the meaning of tax justice in Europe is not yet enveloped within a unique definition. Each Member State has its own concept and constitutional principles about it, which are very similar but certainly not harmonized. Baker¹⁵ makes reference to the fact that three different levels of taxpayers' rights are enshrined in Europe:

- 1) National level: Bills of rights are contained in national constitutions and these rights are applicable to protect taxpayers' rights.
- 2) EU level: some of these rights can be found in Treaties and in the General Principles of the EU law, which assure their application in Member States.
- 3) European Convention on Human Rights (ECHR).

IV. EUROPEAN PERSPECTIVE

On December 2015, the Council Directive (EU) 2015/2376 amending Directive 2011/16/EU was published in Europe, dealing with mandatory automatic exchange of information in the field of taxation. The basis of this Directive is a consequence of the conclusions of the European Council of 18 December 2014 “ (...) underlined the urgent need to advance efforts in the fight against tax avoidance and aggressive tax planning, both at global and Union levels. Stressing the importance of transparency, the European Council welcomed the Commission's intention to submit a proposal on the

¹⁴ ECtHR, Case *Saunders c. United Kingdom*, Application n° 19187/91, 17 December 1996.

¹⁵ Philip Baker, “Taxpayers Charter and a Taxpayers' Charter for Europe”. Włodzimierz Nykiel, *Protection of Taxpayer's Rights* (Warszawa: Oficyna):132-133.

automatic exchange of information on tax rulings in the Union”¹⁶. This Directive states that it is appropriate to consider the work done by OECD’s Forum on Harmful Tax Practices “in a coordinated manner and not only in the area of the development of such a standard form for mandatory automatic exchange of information. The ultimate aim should be a global level playing field, where the Union should take a leading role by promoting that the scope of information on advance cross-border rulings and advance pricing arrangements to be exchanged automatically should be rather broad”¹⁷.

Also, it should be mentioned that Action 12 of BEPS “Mandatory disclosure rules” aims to “design a regime that fits those countries’ need to obtain early information on aggressive or abusive tax planning schemes and their users”¹⁸.

Even though Directive 2015/2376 emphasizes the respect of fundamental rights and observes the principles recognized particularly by the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter) and “ensure full respect for the right to the protection of personal data and the freedom to conduct a business”¹⁹, from the authors views there are still gaps in the Protection of Fundamental Taxpayers’ Rights which will be pointed out briefly.

The Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015 amending Directive 2011/16/EU is aimed to pursue a broad scope for Powers Administration in order to gather information, but on the other hand, it could reduce Taxpayers’ Rights. An essential point to highlight is the fact that the numeral (4) article 17, which was abrogated, established: “The provision of information may be refused where it would lead to the disclosure of a commercial, industrial or professional secret or of a commercial process, or of information whose disclosure would be contrary to public policy”. Now, it reads as: “(b) a summary of the content of the advance cross-border ruling or advance pricing arrangement, including a description of the relevant business activities or transactions or series of transactions provided in abstract terms, without leading to the disclosure of a commercial, industrial or professional secret or of a

¹⁶ Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, last consulted 23 February 2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2376>.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ OECD/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement 2015 Final Reports*, last consulted 16 February 2016, <http://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>.

¹⁹ Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015 amending Directive 2011/16/EU.

commercial process, or of information whose disclosure would be contrary to public policy;²⁰.

The aim of this directive was to disable Member States from using commercial secrets as an excuse for not automatically exchanging information. That means, from the European Commission's view, that "The information will have to be transmitted between tax authorities. However, once the information has been exchanged, companies' commercial secrets and data would be protected because, under EU legislation, tax authorities are bound by official secrecy obligations and data protection provisions when information is shared between them. Therefore the commercial secrets of the company are respected, but without compromising the level of information tax authorities receive"²¹. Thus, it can be appreciated that there is not any additional possibility that a Member States refuses a provision of information because of the existence of commercial, industrial or professional secret or of a commercial process, but the information will remain safe under EU legislation.

On the other hand, it seems relevant to consider what it is established in the Regulation on protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies, as well as on the free movement of such data²².

On this regard, Directive (EU) 2015/2376 makes reference to the exceptions established in the Regulation aforementioned²³ in relation to rights and obligation in order to safeguard " (b) an important economic or financial interest of a Member State or of the European Communities, including monetary, budgetary and taxation matters;"²⁴.

Until this brief description, there are several issues that are worthy of consideration. As a general view, it can be appreciated there is a tendency to

²⁰ Article 8a, (6) (b) of the Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation.

²¹ European Commission - Fact Sheet, Combatting corporate tax avoidance: Commission presents Tax Transparency, Brussels, 18 March 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4609_en.htm, last consulted 21 April 2016.

²² Regulation (EC) No 45/2001 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies, and on the free movement of such data.

²³ Article 23.a Confidentiality of information "1a. Regulation (EC) No 45/2001 applies to any processing of personal data under this Directive by the Union institutions and bodies. However, for the purpose of the correct application of this Directive, the scope of the obligations and rights provided for in Article 11, Article 12(1), Articles 13 to 17 of Regulation (EC) No 45/2001 is restricted to the extent required in order to safeguard the interests referred to in point (b) of Article 20(1) of that Regulation".

²⁴ *Ibidem*.

expand the Administration's Power in order to gather taxpayers' information. That can be a controversial issue, considering that the respect for Fundamental Rights must be progressive. The wording of the Directive when it stated "(21) The existing provisions regarding confidentiality should be amended to reflect the extension of mandatory automatic exchange of information to advance cross-border rulings and advance pricing arrangements", can be considered from the author's point of view it as a very powerful (as well as potentially dangerous) tool because it has one interpretation: the exchange of information and the adaption of EU legislation is precluding Fundamental Rights as: confidentially, the opportunity for taxpayers to be informed about the investigation, the progressivity of Human Rights.

Then, it is important to remark the possible risk of making a holistic approach²⁵ of "juridical indeterminate concepts" as public policy, and the important economic or financial interest of a Member State, in order to adapt European legislation to international tendencies which may result in converting the established exemptions in the rule.

Contrastingly, there is a specific issue with the misinterpretation in different languages of the wording, e.g. "public policy" It was translated in the Directive into Spanish as "General interest" and in the Treaty on the Functioning of The European Union, the term "public policy", for instance, was translated from English to Spanish as "public policy"²⁶. From the author's standpoint, there is a slight difference because "public policy" can be understood as the legal order established based on what is interpreted as general interests, but that does not mean that it always corresponds to the general interest²⁷.

On this regard, Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo stated "(...) the general interest, also designated public interest, is a juridical concept different from that of public policy. These two concepts are in a genre to species relation, integrating the second one in the first one. The notion of public interest has

²⁵ "Holistic approach" Comments received on Public Discussion draft BEPS Action 12: Mandatory Disclosure Rules: 63, last consulted 06th May 2016, <http://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-12-mandatory-disclosure-rules.pdf>.

²⁶ "The "public interest" has often been defined as a reflection of private interests within particular spheres of public policy", Peter Woll, *Public Policy*, University Press of America, Boston, 1974, p. 4. (256), "There is always disagreement about what constitutes the public interest in any given area of public policy (...) Each of us, in his heart, feel that he knows exactly what constitutes the public interest in any given policy field. (...) It is necessary to accept the fact that the public interest in reality is what is defined as such after the governmental process has taken into account and compromised divergent viewpoints", *ibidem*, p. 8.

²⁷ See Beatriz. Gutiérrez-Solar Calvo, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. (Pamplona: Aranzadi., 2000), 112-133.

an open character that the jurisprudence community has been constructing and clear criteria have not been offered to delimit its content” (unofficial translation).

This issue could represent a problem because taxpayers find a different level of protection depending on the language version of the Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015. Some could argue that, from the English version it can be assumed that all the information could be subject to be disclosed based on “public policy”²⁸. Adversely, in the Spanish version, it can be assumed that communication of information will be hardly disclosed because it does not fit in with the “general interest”. The European jurisprudence has established imperative exigencies of general interest without exhausting its scope²⁹.

It can be seen from the above statement that there is a serious risk of going back in the field of protection of taxpayers' rights when indeterminate juridical concepts as “public policy”, “general interests” and “important economic or financial interest of a Member States” are overriding the protection of taxpayers' rights reached so far without any substantive limit. In the end, the established exemptions will be the rule. Then, it is imperative to provide the same level of protection to taxpayers despite the language version of the Directive and it could be reached if the concepts are well defined.

On the other hand, it is worth mentioning a recent case law related to the “juridical indeterminate concepts”. In the case C682/15, the ECJEU examined the meaning of the “foreseeable relevance” of the information requested, as it is referred in Article 1(1) of Directive 2011/16, “and the scope of the review which the tax and judicial authorities of the requested State must

²⁸ Considerations about concept of public policy by de ECJ C- 30-77, *Régina v Pierre Bouchereau*, 27 October 1977, paras 33-35; ECJ C-54/99, *Association Eglise de scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v The Prime Minister*, 14 March 2000, para 17.

²⁹ See Maria Fartunova, *La prevue dans le droit de l'Union européenne*, (Bruxelles: Bruylant, 2013), 162-168 (733); ECJ, C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 February 1979; ECJ, C-353/89, *Commission v. The Netherland*, 25 July 1991; ECJ, C-71/76, *Thieffry v Conseil de l'ordre des avocats de la Cour de Paris*, 28 April 1977; ECJ, C-484/93 *Peter Svensson and Lena Gustavsson v Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, 14 November 1995.

In this sense, Maria Fartunova pointed out some views of the Court in relation to public policy, general interest and consumer protection that the Court considered “ (...) Whatever interpretation is to be given to the term “public policy”, it cannot be extended so as to include considerations of consumer protection” (ECJ, C-177/83, *Th. Kohl KG v Ringelhan & Rennett SA and Ringelhan Einrichtungs GmbH*, 6 November 1984); whereas, in another judgment, considered that Member States could invoke the general interest (CJCE, C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 February 1979) (unofficial translation).

carry out in that respect without undermining the purpose of that directive". In this case, there is an important issue to highlight because the Court determined that for a person who may be the subject of administrative measures "to be given a full hearing of his case in relation to the lack of any foreseeable relevance of the requested information, it is sufficient, in principle, that he be in possession of the information referred to in Article 20(2) of that directive"³⁰.

The above mentioned case showcases the fundamental role the European Courts must play in order to preserve and reinforce taxpayers' rights in an era where States are adapting their laws in order to comply with international rules without considering Fundamental Rights.

V. DO EU TAXPAYERS HAVE PRIVACY PROTECTION IN THE FATCA EXCHANGE WITH THIRD COUNTRIES LIKE THE U.S., BECAUSE OF THESE EXCHANGES TAKING PLACE OUTSIDE EU LAW UNDER IGA AGREEMENTS?

If we refer to exchanging information, the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) is noteworthy. The Act "was enacted in 2010 by Congress to target non-compliance by U.S. taxpayers using foreign accounts. FATCA requires foreign financial institutions (FFIs) to report to the IRS information about financial accounts held by U.S. taxpayers, or by foreign entities in which U.S. Taxpayers hold a substantial ownership interest"³¹. The principal aim of FATCA is to prevent tax evasion by U.S. persons who use Foreign Financial Institutions (FFIS) to hide their identities from U.S. government.

Under FATCA, there is an obligation to proportionate personal data of U.S. taxpayers to financial institutions established in the European Union, which have to comply with the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. The Protection of personal data is protected in the Treaty on the Functioning of the EU (Article 16), the Charter (article 8) and in the ECHR (article 8). Because of this, the U.S. and G-5 countries (Germany, Spain, France, Italy and UK) adopted IGAs in 2012 in order to avoid local law conflicts with FATCA.

Moreover, the aforementioned Directive 95/46/EC establishes the mechanism to transfer personal data to a third country and it opens the door for

³⁰ CJEU C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA v Directeur de l'administration des contributions directes*, 16 May 2017.

³¹ US Department of the Treasury, last consulted 10 October 2017, <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>.

transferring personal data to a third country which does not ensure an adequate level of protection within the meaning of Article 25 (2), when the transfer is necessary or legally required on important public interest grounds³².

Likewise, it is important to highlight the possible risk, stated by the Spanish National Report for the European Association of Tax Law Professors (EATLP Istanbul 2014 in relation with the Proportionality Principle contained in the article 6.1 b), of a lack a safeguards to grant the quality of data and the security of its treatment, and the right to access, rectify and cancel such data. This is to comply with Directive 95/46/EC, where it is established that the data must be collected “for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes (...)”. In the same report, one question is on the stage: Is the massive transmission of financial data a necessary and proportionate measure to improve tax compliance?³³

Considering the European context, there is a conflict of interest because the rights for private and family life are protected in the ECHR³⁴ and in the Charter³⁵, and they must be respected all times; exceptions will apply only in certain cases. Otherwise, there would be an undesirable result where what should be exceptions, would be the rule and the real aim of the aforementioned right in the end would be deprived of sense in the end.

Furthermore, some pending questions remain: What about the progressivity of Human Rights if it has been recognized by the European jurisprudence that article 7 of the ECHR is applicable to tax cases? Yet, another question is that if a law has the scope of expressly limiting the right of confidentiality for the sake of the “public policy”, isn't this a regression of human rights? Then, it is necessary to balance two conflicting positions: the individual's rights

³² Article 26 (d).

³³ Nuevo intercambio de información tributaria versus medidas tributarias de efecto equivalente Informe Nacional español para el Congreso de la European Association of Tax Law Professors, (EATLP) Istanbul 2014. Luis Martínez Giner, Saturnina Moreno González, Patricia Lampreave Márquez, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_08.pdf, pp. 21-22 (7-31) (Unofficial translation).

³⁴ “Article 8 – Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

³⁵ “Article 7 Respect for private and family life

Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications”.

and the general good of allowing the State to effectively apply its tax legislation and collect the taxes due. From the author's perspective the most important is to protect taxpayers' rights in all circumstances and therefore it is essential to guarantee that the information the States will gather and exchange will not be used in any other way than the one they are intended: the effective application of the respective tax legislation of each state concerned.

VI. BRIEF CONSIDERATIONS OF THE ROLE PLAYED BY THE ECtHR AND THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (CJEU) IN RELATION TO THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL TAXPAYERS' RIGHTS. SPECIAL REFERENCE TO THE EXCHANGE OF INFORMATION

The development of the protection of taxpayer rights in Europe is done through case law and an effective dialogue between the ECtHR and the CJEU.

In order to reach this approach, the ECtHR has considered the *ius puniendi* exercised by the state, which has similar characteristics to the exercise of disciplinary activity in criminal law, the activity of which could cause prejudice to the defendant and thus, directly affect the rights enshrined by the ECHR.

The interpretation given by the CJEU and the ECtHR is of great importance, since they have determined and defined the application of general principles of law at a European level, which are often abstract.

On the other hand, the CJEU has provided protection of taxpayer rights using autonomous general principles of law of the European Union to balance the conflict of interest between the authorities of the Member States and taxpayers.

One of the principles on which the CJEU rulings deal is the principle of proportionality³⁶. The CJEU has recognized from the first judgments the

³⁶ The study of the Proportionality Principle exceeds the objective of this article, however it is important some relevant statements by the ECJ: Case 8/55 *Fédération Charbonnière Belgique v. High Authority* (1955-56) ECJ 211 a 228 Proportionality "a generally accepted rule of law" and the "reaction by the High Authority to illegal action must be in proportion to the scale of that action", Case 19/61 *Mannesmann AG v. High Authority* (1962) ECJ 357 at 370-371, in which the Court states that "the aims pursued may be attained under the most favorable conditions and with the smallest possible sacrifices by the undertakings affected".

Tor-Inge Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, (Leiden: Brill/ Nijhoff, 2015), p. 95 (331). The ECJ in relation to the Directive 2006/24/EC, of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic com-

importance of this principle and, through several resolutions, has developed the concept of proportionality. At present, the principle of proportionality is set out in Article 5 of the Treaty on European Union and the criteria for its application are established in Protocol No. 2 on the application of the principles of subsidiarity and proportionality³⁷.

After having said that, it is relevant to make a brief reference to some issues from the CJEU perspective, regarding the exchange of information: one is referred to the factual approach that the CJEU had in the case C276/12, *Jiří Sabou y Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu*, 22 October 2013, and the other issue to be mentioned is how the European Commission is working towards adapting its legislation with the means of complying with the current international challenges and, at the same, with the European law.

The CJUE in the case C276/12, *Jiří Sabou y Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu*, 22 October 2013, came to the decision that “European Union law, as it results in particular from Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums (...), and the fundamental right to be heard, must be interpreted as not conferring on a taxpayer of a Member State either the right to be informed of a request for assistance from that Member State addressed to another Member State, in particular in order to verify the information provided by that taxpayer in his income tax return, or the right to take part in formulating the request addressed to the requested Member State, or the right to take part in examinations of witnesses organized by the requested Member State”³⁸.

munications services or of public communications networks: “The ECJ accepted that the Directive’s proposed interference with the fundamental rights of privacy with the aim of fighting organized crime and terrorism was legitimate, and even suitable. Nevertheless, it found that the infringements went beyond what could be considered necessary, and thus held the Directive unlawful” (Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland and Zeitlinger et al. v. Commission* /judgment 8 April 2014). Moreover, some opponents made reference to the Judgment of 4 December 2008 *S. and Marper v. UK* (App. Nos. 30562/04 and 3066/04) (Grand Chamber). “ (...) The opponents referred to, among others, *S. and Marper v. UK* and suggested that the Directive’s broad scope, the obligation and general mass storage of all citizens’ personal data regardless of any concrete investigation, would be in breach of the conventional understanding of the Court’s proportionality requirement”.

³⁷ Official Journal of the European Union C 310/207, 16.12.2004, last consulted on 08 May 2016, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0207:0209:EN:PDF>.

³⁸ CJEU, Case C276/12, *Jiří Sabou y Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu*, 22 October 2013.

Calderón Carrero and Quintas Seara³⁹ arrived to the conclusion that in the field of mutual assistance in tax matters, there is not enough Protection of Fundamental Rights because those taxpayers' rights must be respected in all cross-border mutual assistance procedures concerning previous decisions of the ECtHR and the CJEU. Also, Baker and Pistone⁴⁰ in relation to the request of information during the investigation stage, stated that it "does not mean that the taxpayer has no rights at that time. The taxpayer has the general rights to confidentiality and privacy at all stages. More specially, most provisions for EoI, based either on tax treaties or on specific intergovernmental agreements, exclude from the EoI any matter that would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process or any information the disclosure of which would be contrary to public policy. How are these safeguards for the taxpayer to be enforced if the taxpayer is not made aware of the proposed exchange and given an opportunity to challenge on these grounds?"⁴¹.

Additionally, it is important to highlight the role of the CJEU in this era of international tax challenges in a holistic context: the CJEU determined in case C362/14⁴² in relation to the validity of Commission Decision 2000/520/EC of 26 July 2000, pursuant to Directive 95/46, on the adequacy of the protection provided by the Safe Harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the U.S. Department of Commerce (OJ 2000 L 215, p. 7) that "the mass and undifferentiated accessing of personal data is clearly contrary to the principle of proportionality and the fundamental values protected by the Irish Constitution. In order for interception of electronic communications to be regarded as consistent with the Irish Constitution, it would be necessary to demonstrate that the interception is targeted, that the surveillance of certain persons or groups of persons is objectively justified in the interests of national security or the suppression of crime and that there are appropriate and verifiable safeguards". Finally, the CJEU found that regarding the Decision 2000/520 "the Commission exceeded the power which is conferred upon it in Article 25(6) of Directive 95/46, read in the light of the Charter, and that Article 3 of the decision is therefore invalid".

As a consequence of the invalidation of the Safe Harbour Decision by the CJEU in the case above mentioned, a new political agreement was reached in

³⁹ José Calderón, Alberto Quintas, "The Taxpayer's Right of Defence in Cross-Border Exchange-of-Information Procedures", *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Amsterdam, September (2014): 507, (498-507).

⁴⁰ Baker, Pistone..., 50.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² CJEU, C362/14, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, 6th October 2015.

order to replace the previous arrangement⁴³. The new arrangement provides stronger obligations on companies in the U.S. in order to protect the personal data of Europeans and, at the same time, allow a stronger monitoring and enforcement by the U.S. Department of Commerce and Federal Trade Commission. Besides, it also increases the cooperation with European Data Protection Authorities⁴⁴. The access to personal data transferred under the new arrangement must be “subject to clear conditions, limitations and oversight, preventing generalized access”⁴⁵.

Thereupon considering that protection of taxpayers' rights in Europe rely mainly on shifting interpretation given by the CJEU and ECtHR, it can be stated that the CJEU plays a fundamental role in the protection of taxpayers' rights in this holistic approach given by the new tax international challenges. In relation to the case C276/12, *Jiří Sabou y Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu*, it could be affirmed that this represents a diminishment of taxpayers' fundamental rights because in this decision, the CJUE undermines the importance of the recognition of taxpayers' rights during the cross-border mutual assistance procedures, and on the other hand, in the case C362/14, it can be appreciated how the CJEU serves as a catalyst to preserve fundamental rights in the era of massive exchange of information, where the borderline between the allowed and prohibited ongoing procedures by national authorities is developing and must be built abiding fundamental rights already established on the ECHR and in the Charter.

VII. CONCLUSIONS

After analyzing the challenges posed by the international taxation at different instances, it is necessary to consider the Protection of Taxpayers' Fundamental Rights. Some actions have been taken without counterbalancing fundamental taxpayers' rights. As a result, it is appreciable how some of those actions will harm taxpayers' rights in the near future. A situation can be witnessed where the legislation is adapting its norms to a convenient Project in order to prevent Tax Erosion and Profit Shifting by minimizing Fundamental Rights, which are considered as “boundaries” in order to gather all the possible information.

⁴³ EU Commission and United States agree on a new framework for transatlantic data flows: EU-US Privacy Shield Strasbourg, 2 February 2016, The European Commission and the United States have agreed on a new framework for transatlantic data flows: the EU-US Privacy Shield, last consulted 08 April 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-216_en.htm?locale=en.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

The indeterminate concepts are not a safe barrier for protecting Taxpayers' Human Rights, as the right of confidentiality and the opportunity for taxpayers to be informed about the investigation. Then, its use must be restricted otherwise the exceptions already established will turn into rule representing a serious barrier to bring an effective protection to taxpayers'.

The main risk which are facing taxpayers' is that from a global perspective there is currently a situation in which an individual's obligation to contribute to the state is imposed in order to sustain public expenditure, but in practical terms, taxpayers do not have any direct involvement in the decision on the distribution of their contributions, with the logical consequence of the impairment of the measures taken by the state and its rejection by citizens.

Then, it seems essential to reinforce the protection of taxpayers' rights at a national level, as well as considering better practices in other latitudes. The participation of all interested parties in the development of fiscal policies that fit the interests of all will become essential in order to have greater acceptance.

BIBLIOGRAPHY

- BAKER, P. "Taxpayers Charter and a Taxpayers' Charter for Europe". Włodzimierz Nykiel, *Protection of Taxpayer's Rights* (Warszawa: Oficyna).
- "The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes", *Intertax BEPS: A Special Issue on the Base Erosion and Profit Shifting Initiative*, Volume 43, Issue 1 (2015): 85-90.
- and Pistone, P. "The Practical protection of taxpayers' fundamental rights". *Cahiers de Droit Fiscal International*. IFA. Volume 100b. (The Hague: Sdu Uitgevers, 2015), 21-68.
- BROKELIND, C. "The Role of the EU in the International Tax Policy and Human Rights: Does the EU need a policy on taxation and human rights", in *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, ed. by George Kofler, Miguel Poaires and Pasquale Pistone (Amsterdam: IBFD, 2011): pp. 114 y ss.
- CALDERÓN, J. y QUINTAS, A. "The Taxpayer's Right of Defence in Cross-Border Exchange-of-Information Procedures", *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Amsterdam, September (2014): 507, (498-507).
- DIEPVENS, N. and DEBELVA, F. "The evolution of the Exchange of the Information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Rights under Pressure", *ec Tax Review*. N 4 (2015): 210-219.
- DOURADO, A. P. "The Base Erosion and Profit Shifting BEPS Initiative Under Analysis", *Intertax BEPS: A special issue on the Base Erosion and Profit Shifting Initiative*, Volume 43. Issue 1, January: 48 (2015).
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. (Pamplona: Aranzadi., 2000).
- HARBO, T-I. *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, (Leiden: Brill/ Nijhoff, 2015).

- MARTÍNEZ GINER, L., MORENO GONZÁLEZ, S., y LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_08.pdf, pp. 21-22.
- MOSQUERA, I. "Legitimacy and the Making of International Tax Law: The Challenges of Multilateralism", *World Tax Journal*. Volume 7, No. 3, Published online: 6 October 2015.
- PISTONE, P. "Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective for an EU Academic", *Bulletin for International Taxation*. April/May (2013): pp. 217 y ss.
- POELMANN, E. "The Contribution of EU Law to the Fundamental Rights of Taxpayers", in the *10th GREIT Annual Conference on EU BEPS; Fiscal Transparency, Protection of Taxpayer Rights and State Aid and 7th GREIT Summer Course on Tax Evasion, Tax Avoidance & Aggressive Tax Planning*. Amsterdam. September (2015): pp. 80 y ss.
- WOLL, P. *Public Policy*, University Press of America, Boston, 1974.

EFFECTIVENESS AND EU COMPETITION LAW: CHARTERING NOT SO INCOGNITA A TERRA*

La eficacia y el Derecho Europeo de la Competencia:
Chartering not so incognita a terra

Pablo Figueroa Regueiro¹

Senior associate

Gibson, Dunn & Crutcher LLP's Brussels office

PFiguroa@gibsondunn.com

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp371-387](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp371-387)

Recibido: 03.08.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

El presente artículo explora determinadas implicaciones del principio general de eficacia del Derecho Europeo y el derecho a una tutela judicial efectiva en el campo del Derecho de defensa de la competencia o Derecho *antitrust*. Ambas cuestiones se abordan en el ámbito del comportamiento anticompetitivo y en el campo de las ayudas públicas o de Estado.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Figueroa Regueiro, Pablo. 2017. "Effectiveness and EU Competition Law: Chartering not so incognita a terra". *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp371-387](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp371-387).

¹ Pablo Figueroa is a senior associate with Gibson, Dunn & Crutcher LLP's Brussels office. In addition, Pablo Figueroa is a visiting Lecturer at Queen Mary University (London, United Kingdom), a guest lecturer at Oxford University and a guest lecturer and senior external researcher at Deusto Translaw Research Group. The author is grateful to David H. Wood and to Ilias Giorgiopoulos for their discussions on these topics. The views in this article do not represent those of Gibson, Dunn & Crutcher LLP or its clients.

Palabras clave

Efectividad; tutela judicial efectiva; antitrust; Derecho de la competencia; Directiva de daños; ayudas de estado.

Abstract

The article explores certain implications of the general principle of EU law of effectiveness and right to effective judicial protection in the domain of antitrust / competition law, both in the domain of behavioural antitrust and in the domain of state aid.

Key words

Effectiveness; effective judicial protection; Antitrust; Competition Law; Damages Directive; State Aid.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. THE GENERAL PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS OF EU LAW AND THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY. III. POTENTIAL LESSONS FOR STATE AID LITIGATION FROM ANTITRUST DAMAGES CLAIMS. IV. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.

“Verily, verily, I say unto you, Except a corn of wheat fall into the ground and die, it abideth alone: but if it die, it bringeth forth much fruit”.
(St. John 12:24; KJV)

I. INTRODUCTION

Damages litigation has always played a major role in the development of United States antitrust law, making, in the words of Judge Ginsburg, “*private litigants the primary enforcers of antitrust rules*”.²

In contrast, in the EU, and according to the Commission, “*in practice most victims, particularly SMEs and consumers, rarely obtain compensation*” in the field of Articles 101 and 102 TFEU.³

Damages claims for breaches of the EU State Aid Rules are Even Rarer. While the assessment of the compatibility of the aid with the internal market falls within the exclusive competence of the Commission,⁴ it is for national courts to safeguard the rights of individuals against potential breaches of State aid rules.⁵ To this end, the legal order of each Member State may provide for a variety of remedies aimed at the enforcement of State aid rules, including recovery of unlawful aid, recovery of interest, damages for competitors and other third parties, and interim measures against unlawful aid.⁶ This article analyses, (i) the general principle of EU law on effectiveness and a number of potential implications for antitrust and (ii) a number of “lessons” for State Aid litigation deriving from the domain of Articles 101 and 102 TFEU.

² See, e.g., Douglas H. Ginsburg, “Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe”, *J. Competition L. & Econ.*, 2005, 427, 429.

³ See, e.g., <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

⁴ See Case C-199/06 *CELF and Ministre de la Culture et de la Communication* [2008] ECR I-469, paragraph 38; Case C-17/91 *Lornoy and Others v Belgian State* [1992] ECR I-6523, paragraph 30; and Case C-354/90 *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires and Others (FNCE) v France* [1991] ECR I-5505, paragraph 14.

⁵ See Case C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich* [2006] ECR I-9957, paragraphs 38 and 44; Joined Cases C-261/01 and C-262/01 *Van Calster and Cleeren* [2003] ECR I-12249, paragraph 75; and Case C-295/97 *Piaggio* [1999] ECR I-3735, paragraph 31. See, also, Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts, OJ C 85, 9.4.2009, p. 1-22 (the “Enforcement Notice”), paragraphs 21 and 24 *et seq.*

⁶ See *Enforcement Notice*, paragraphs 26 *et seq.*

II. THE GENERAL PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS OF EU LAW AND THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY

Both State Aid damages litigation and Antitrust damages litigation are manifestations of the EU right to an effective remedy.

The right to an effective remedy and the general principle of effectiveness of EU rights are well established in EU law. The notion of effectiveness underlies a series of developments in the sphere of EU judicial protection and has been recognised as a general principle of EU law by the CJEU.⁷ In addition, pursuant to Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (“CFREU”):⁸ “[e]veryone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article”. Moreover, according to Article 19(1) *in fine*, Treaty on the European Union,⁹ “Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law”.

The CJEU has established that any citizen or business has a right to full compensation for the harm caused to them by an infringement of the EU antitrust rules.¹⁰ In addition, the CJEU has repeatedly upheld the principle according to which the State is liable for damages caused to individuals as a result of breaches of EU law for which it can be held responsible as a consequence of the general principle of effectiveness of EU law.¹¹ More precisely, the CJEU noted in its *Francovich*¹² Ruling that “[t]he full effectiveness of [Union] rules would be impaired and the protection of the rights which they grant would be weakened if individuals were unable to obtain redress when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible”. This applies to breaches of certain provisions

⁷ See, e.g., Joined Cases C-46 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur v Germany and the Queen v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd* [1996] ECR I-1029, at para. 95. Professor Snyder highlights that “[t]he general principles of law, elaborated by the Court of Justice [...] surely include the right to an effective remedy” (see Francis Snyder, “The Effectiveness of European Community Law: Institution, Processes, Tools and Techniques”, *MLR* 56:1, January 1993, at p. 51; and Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, (Oxford, 2006, at pp. 418 ff).)

⁸ See OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407.

⁹ See OJ C 326, 26.10.2012, p. 13–390.

¹⁰ See C-453/99 *Courage v Crehan* [2001] ECR I-06297.

¹¹ See, *inter alia*, Joined Cases C-6/90 and 9/90 *Andrea Francovich and Others v Italian Republic* [1991] ECR I-5357; and Case C-178/94 *Dillenkofer v Germany* [1996] ECR I-4845.

¹² See, *inter alia*, Joined Cases C-6/90 and 9/90 *Andrea Francovich and Others v Italian Republic* [1991] ECR I-5357, at paragraph 33.

of EU State Aid law and, more precisely, to breaches of the standstill obligation in Article 108(3) TFEU.¹³

The right to damages under EU State Aid law and the right to damages under EU antitrust law thus have a common origin: they both derive from the general principle of effectiveness of EU law and from the right to an effective remedy under Article 47 CFREU. This justifies a certain degree of cross-fertilization between antitrust damages claims and damages claims for State Aid law, a point to which we will turn to in the following subsection. Moreover, both antitrust and State Aid claims will need to comply from the requirements deriving from the general principle of effectiveness of EU law and of Article 47 CFREU. These include rules as regards, *e.g.*, the duty, under certain circumstance, of national courts to raise EU law on their own motion,¹⁴ *locus standi* before national courts,¹⁵ etc.¹⁶

The CJEU has repeatedly indicated that, in the absence of EU rules governing the enforcement of EU rights (such as, in the domain of antitrust, Regulation 1/2003),¹⁷ it is for the domestic legal system of each Member State to lay down the rules governing the exercise of these rights.¹⁸ However, the CJEU has also held that Member States are under EU law obligations when laying down the applicable rules for the enforcement of EU rights. The limits to national procedural rules in this context are the following:

- *First*, under the so-called “*principle of equivalence*”, the rules governing the enforcement of Community rights cannot be less favourable than those governing similar domestic actions. The CJEU has clarified that the question of whether a domestic measure is equivalent to an EU measure should be solved analysing the purpose and essential

¹³ See, *inter alia*, C-199/06 *CELF and ministre de la Culture and de la Communication* [2008] ECR I-00469, at paragraphs 53 and 55 and Case C-334/07 *Commission v Freistaat Sachsen* [2008] ECR I-09465.

¹⁴ See Case C-312/93 *PeterBroeck v. Belgian State*[1995] ECR – I-4599; and Joined Cases C-430 and C-431/94 *Van Schijndel* [1995] ECR I-4705.

¹⁵ See, *e.g.*, Joined Cases C-87 to C-89 *Verholen and Others* [1991], ECR I-3757.

¹⁶ For more detail see, *inter alia*, Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law* (Oxford, 2006), at pp. 418 ff; Paul Craig and Gráinne de Búrca, G., *EU Law. Text, Cases and Materials* (Oxford, 2011, pp. 231 ff); and Robert Schütze, *European Union law* (Cambridge, 2015), pp. 404 ff.

¹⁷ See Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

¹⁸ See, *inter alia*, Case 33/76 *Rewe-Zentralfinanz and others v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989, at para. 5.

- characteristics of each measure.¹⁹ It follows from the principle of equivalence that Member States must apply to EU antitrust damages actions all rules and mechanisms that are available to facilitate the bringing of evidence in domestic antitrust damages actions or similar cases. This includes, *e.g.*, all national rules on allowing claimants to obtain knowledge of information and to access means of evidence that are in the possession of the defendant or of third persons. It also concerns any alleviations of the burden of proof or alleviations of the standard of proof that may be available under national law to compensate the consequences of information asymmetry. Given that EU Member States tend not to have rules on subsidies equivalent to the EU State Aid rules, it is perhaps less likely for this principle to have a role in the domain of State Aid damages litigation.
- *Second*, domestic rules governing the enforcement of Community rights may not render the exercise of those rights “*impossible in practice or excessively difficult*”.²⁰ In *Peterbroeck* the CJEU held that, in order to determine whether a national procedural rule renders the application of EU law ineffective, the following inquiry should be pursued: “[...] a national procedural provision [...] must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole before the various national instances”.²¹

The effects of the principle of effectiveness on domestic rules can be both negative and positive. The *negative effect* is that Member States’ authorities, and thus also national judges, cannot apply domestic rules to the extent that they are incompatible with the principle of effectiveness. The *positive effect* means that Member States are under an active EU law obligation to apply the rules in such a way that they make the exercise of EU rights practically possible and not excessively difficult. This EU law obligation exists regardless on whether or not there are domestic rules governing the matter.²²

¹⁹ See Case C-261/95 *Palmisani v INPS* [1997] ECR I-4025; Case C-329/96 *Levez v Jennings* [1998] ECR I-7835; Case C-246/09 *Bulicke v Deutsche Biuro Service* [2010] ECR I-7003.

²⁰ See, *inter alia*, Case C-603/10 *Pelati*, Judgment of 18 October 2012.

²¹ See Case C-312/93 *Peterbroeck v. Belgian State* [1995] ECR – I-4599.

²² The case-law of the CJEU in this domain was codified by the *Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008SC0404>, at para. 88.

III. POTENTIAL LESSONS FOR STATE AID LITIGATION FROM ANTITRUST DAMAGES CLAIMS

However, according to the Commission “*in practice most victims, particularly SMEs and consumers, rarely obtain compensation*”.²³ The right to compensation is an EU right. However, and as indicated in the preceding subsection, pursuant to the general rules on the enforcement of EU rights, its exercise is governed by national rules, with the limits to the operation of these rules deriving from the general principle of EU law of effectiveness and Article 47 CFREU. According to the Commission, these national rules often make it costly and difficult to bring antitrust damages actions.²⁴

In order to overcome these obstacles, the Commission proposed Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions, which was adopted by the European Parliament and the Council on 26 November 2014, (the “**Directive**”), to remove the main obstacles to effective compensation, and to guarantee²⁵ “*a more level playing field for undertakings operating in the internal market and to improve the conditions for consumers to exercise the rights they derive from the internal market [...] to increase legal certainty and to reduce the differences between the Member States as to the national rules governing actions for damages for [competition law infringements]*”.²⁶ This is a very ambitious objective, given the mixture of common and civil law systems in the EU Member States.

The deadline for transposition of the Directive expired on 27 December 2016.²⁷ However, as of 14 June 2017, only 17 Member States have done so. These would be the following: Austria, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden and the United Kingdom. On 24 January 2017, the Commission addressed letters of formal notice to all Member States which failed to communicate full transposition by 18 January 2017.²⁸

Under EU law’s prohibition of the so-called “horizontal” direct effect, a non-transposed directive cannot be directly applicable to damages claims

²³ See, e.g., <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

²⁴ See, e.g., <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

²⁵ See, *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19, available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.349.01.0001.01.ENG.

²⁶ See, Directive, at Recital 9.

²⁷ See, Directive, at Article 21(1).

²⁸ See, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html.

between individuals.²⁹ However, under the “indirect effect” / *Marleasing* doctrine, the EU Member States are to interpret, to the extent as possible, national law, in accordance with the Directive.³⁰

The Directive itself does not directly govern State Aid litigation. According to Article 1(1), the Directive aims at ensuring that “*anyone who has suffered harm caused by an infringement of competition law by an undertaking [...] can effectively exercise the right to claim full compensation*”. However, Article 2(2) of the Directive defines an “*infringement of competition law*” as an “*infringement of Article 101 TFEU or 102 TFEU or national Competition law*”, thereby excluding the State Aid provisions of the TFEU.

The Directive introduces the following changes the replication of which could be potentially helpful in furthering State Aid civil litigation.³¹

1. *The introduction of disclosure of certain documents*

The Directive notes that “*competition law litigation is characterised by information asymmetry*” since “*the evidence necessary to prove a claim for damages is often held exclusively by the opposing party*”,³² or third persons, and are often not known to claimants in sufficient detail. As a result, the extent to which a claimant can require disclosure (roughly speaking, the equivalent to “discovery” under US procedural law) of relevant documents from a defendant will be of paramount importance to prevail in damages litigation. Disclosure is important for establishing liability, in a standalone action, causation and quantum, in both follow-on and standalone actions. Diverging national regulations as regards disclosure have been a crucial factor in the popularity of certain EU Member States, in particular the UK, with claimants seeking to bring damages actions for infringements of Competition law in jurisdictions providing for more generous disclosure regimes.

Consequently, the Directive establishes that Member States’ national courts must be able to order a defendant or a third party, including public authorities, to disclose relevant documents required by the claimants who

²⁹ See, *inter alia*, Cases C 152/84 *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1986] ECR 723 and C-91/92 *Faccini Dori* [1994] ECR I-3325.

³⁰ See Case C-106/89 *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion* [1990] ECR I-4135. For the scope of this duty see, *inter alia*, Chalmers, G. Davies, G. and Monti, G., *European Union law*, Cambridge, 2014, pages 316 ff.

³¹ What follows draws extensively from Euan Burrows and Ruth Allen, *The Likely Impact of the EU Damages Directive*, Ashurst LLP, available at: [file:///C:/Users/16435/Downloads/CL16_Chapter-1_Ashurst%20LLP%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/16435/Downloads/CL16_Chapter-1_Ashurst%20LLP%20(5).pdf).

³² See Directive, Recitals 15 and 14 respectively.

present “*a reasoned justification*” as to “*the plausibility of its claim*”.³³ This change will constitute in practice a significant modification for many Member States’ evidentiary regimes, since many, including (pre-Directive) France and Spain had little or no general obligation placed upon the defendant, save in respect of those documents in which the defendant directly relies.

Under the disclosure rules provided for by the Directive:

- Disclosure is limited by the principles of necessity and proportionality in the light of the legitimate interests of all parties concerned, the scope and cost of disclosure, especially for third parties, and whether the evidence for which disclosure is sought contains confidential information.³⁴
- National courts must also be able to order the disclosure of “categories” of evidence.³⁵ The rationale for this rule is that it will not always be possible for a claimant to know in advance precisely which relevant documents the defendant has in his control.³⁶
- Disclosure orders can include, under certain circumstances, evidence in the file of a competition authority.³⁷ Were a similar provision adopted in the domain of state aid, this could help plaintiffs establish that aid has not been notified to the Commission³⁸ or, for those EU Member States whose National Competition Authorities have the power to issue reports in matters related to State Aid, to the proceedings prior to the publication (or decision not to publish) such reports.³⁹
- Disclosure orders can encompass confidential information relevant for damage claims. However, the Directive also orders Member States to

³³ See Directive, at Article 5(1).

³⁴ See Directive, at Recital 16.

³⁵ See Directive, at Article 5(2).

³⁶ See Directive, Recital 15.

³⁷ See Directive, at Article 6(1).

³⁸ In State aid proceedings, interested parties (let alone third parties in general) have no right to be informed whether the Commission is investigating the alleged aid during the preliminary examination phase. In the same vein, interested parties do not have the right to know whether a complaint has been made or whether the aid has been notified. It is noted, however, that the grant of aid may breach the so-called standstill obligation not only in cases where the aid was not notified at all, but also in cases where the authority implemented the aid before getting the Commission’s approval. Therefore, to the extent that there is no formal Commission decision on the alleged aid measure, affected third parties interested in bringing damages claims before national courts might want to do so even without knowing for sure whether the aid in question has been notified or not.

³⁹ This would be the case, *e.g.*, of the Spanish “*Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia*”, see Act 15/2007, of 3 July, on the Defence of Competition, at Article 11.

have “*effective measures to protect such information*”.⁴⁰ In addition, the Directive also indicates that “*full effect*” is to be given to legal professional privilege.⁴¹

State aid damages litigation would benefit from the EU adopting an instrument facilitating disclosure in the manner specified above. This can be relevant in relation to the disclosure of evidence by the entity granting the aid but, crucially, also from the entities that received the aid and which might be competing with the plaintiff.

2. *Limitation periods*

In the past, the Commission had expressed the view that the existence of different national limitation periods across the EU Member States constituted an obstacle to the effective recovery of damages.⁴² Pre-Directive, in Germany, the time limit to institute proceedings was three years from the end of the year in which the right to claim damages arises and in which the claimant has knowledge of both the circumstances underlying the claim and the identity of the defendant (or does not know of them through gross negligence).⁴³ Under the Directive, limitation periods within which an antitrust damages action must be brought will remain a matter for national law. Those rules shall determine: (i) when the limitation period begins to run; (ii) the duration thereof; and (iii) the circumstances under which the limitation period is interrupted or suspended.⁴⁴ However, Article 10 of the Directive introduces minimum requirements which must be reflected in national laws of all EU Member States. These are the following:

- Limitation periods for bringing actions for damages shall be at least five years.⁴⁵
- Limitation periods shall be suspended if a competition authority takes action in relation to “*an infringement of Competition law to which the action for damages relates*”.⁴⁶ Pursuant to Article 18(1) of the

⁴⁰ See Directive, at Article 5(4).

⁴¹ See Directive, at Article 5(6).

⁴² See White Paper on Damages actions for breach of EC antitrust rules, COM (2008) 165, at Section 2.7, page 8.

⁴³ See German Civil Code, sections 195 and 199 (1).

⁴⁴ See Directive, at Article 10(1).

⁴⁵ See Directive, at Article 10(3).

⁴⁶ See Directive, at Article 10(4).

- Directive, limitation periods must also be suspended during any consensual dispute resolution negotiations.
- Limitation periods will not begin to run before the infringement of competition law has ceased and the claimant knows, or “*can be reasonably expected to know*”:
 - a. Of the behaviour and the fact that it constitutes an infringement of Competition law;
 - b. Of the fact that the infringement of Competition law caused harm to it; *and*
 - c. The identity of the infringer.

The Directive will simplify the position by harmonising the point in time at which time starts to run in all Member States, and requiring limitation periods to be no less than five years from that point. However, there will still be scope for differences between Member States as the five-year period is only a minimum requirement. For example, after the entry into force of the Consumer Rights Act 2015 in the UK on 1 October 2015, limitation periods before the UK courts and the Competition Appeal Tribunal (“CAT”) in respect of antitrust damages claims will both be set at six years from the date on which the cause of action occurred (subject to postponement where the infringement has been concealed from the claimant), *i.e.*, longer than the minimum length required by the Directive. Moreover, the partial simplification of the position will also come at a cost for defendants: the requirements of the Directive are likely to lead to longer limitation periods than is currently the case in most, if not all, EU Member States, and an increased risk for businesses that antitrust damages could be brought many years after the infringement has ceased.

3. *Quantification of harm*

Pursuant to Article 17(1) of the Directive, in accordance to the general principle of effectiveness of EU law, national courts should be empowered to estimate the amount of the harm, “*if it is established that a claimant suffered harm but it is practically impossible or excessively difficult precisely to quantify the harm suffered on the basis of the evidence available*”. Even without an instrument similar to the Directive in the domain of State Aid, a similar rule, deriving from the general principle of effectiveness of EU law, is likely to apply to State Aid damages claims. *I.e.*, national procedural rules on the enforcement of rights deriving from Article 108(3) TFEU should not make the exercise of these rights impossible or excessively difficult. Moreover, the following rules on quantification, deriving from the general principle

of effectiveness of EU law, are likely to apply to both State Aid and antitrust damage claims:

- National measures which cap compensation at very low levels⁴⁷ or those which provide for only nominal compensation with no regard to the damage sustained⁴⁸ are prohibited by EU law.
- Similarly, Member States are not allowed to preclude compensation for certain types of damage, notably economic loss.⁴⁹

At Article 17(2), the Directive establishes a rebuttable presumption that cartel infringements cause harm. We are unaware of literature studying the empirical damages resulting from unlawful State aid, but this is a field where the Commission might want to consider commissioning an study similar to the one it has requested from an economic consultancy on passing on effects.⁵⁰ Under the case-law on effectiveness of EU law, parties injured by an infringement of directly effective EU rules (thus including Articles 101 and 102 TFEU but also 108(3) TFEU in the domain of State Aid) should therefore have the full real value of their losses restored: the entitlement to full compensation covers the actual loss (*damnum emergens*), as well as compensation for loss of profit (*lucrum cessans*) suffered as a result of the infringement;⁵¹ and entitlement to interest from the time the damage occurred.⁵²

Further complementary measures are the Commission Communication and Practical Guide on quantifying antitrust harm in damages actions.⁵³ These documents aim to help national courts and parties to antitrust damages

⁴⁷ See Case C-271/91 *Marshall v Southampton and South-West Hampshire AHA* (No. 2) [1993] ECR I-4367.

⁴⁸ See Case 14/83 *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891.

⁴⁹ See Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pecheur v Germany* and *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame* (No. 3) [1996] ECR I-1029.

⁵⁰ See Directive, at Recital 16 and Article 5(2).

⁵¹ See Joined Cases C-295-298/04 *Manfredi* [2006] ECR I-6619, 95-96 and Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pecheur and Factortame* [1996] ECR I-1029, 87.

⁵² See Joined Cases C-295-298/04 *Manfredi* [2006] ECR I-6619, 97, referring to Case C-271/91 *Marshall* [1993] ECR I-4367, 31.

⁵³ See, respectively, *Communication on quantifying harm in antitrust damages actions*, OJ C 167/19, of 13 June 2013, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:EN:PDF> and *Commission Staff Working Document Practical Guide Quantifying Harm in Actions For Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, Strasbourg, OJ C(2013) 3440 available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions-damages/quantification_guide_en.pdf.

actions in the often complex task of quantifying damages. The *Practical Guide* provides an overview of the main economic methods, techniques and empirical insights available to quantify damages in practice. Though they are expressly limited to Articles 101 and 102 TFEU, some of the methods suggested there (comparison over time on the same market, comparison with data from other geographic and product markets, etc.) can also be useful in the context of State Aid.

Additional quantification guidance will be provided by the Commission in the form of Guidelines for national courts on the passing-on of overcharges. The Commission is assisted in drafting the Guidelines by a Study on the Passing-on of Overcharges.⁵⁴ Drawing on relevant economic theory and quantitative methods, as well as relevant legal practice and rules, the study provides judges, legal practitioners and parties to antitrust damages actions with a practical framework for assessing and quantifying passing-on effects.

The Directive introduced other new rules in relation to antitrust damages litigation which do not strike us as particularly relevant for State Aid enforcement. For example, Article 11 of the Directive provides that, under certain circumstances, a person who has suffered harm as a result of a Competition law infringement should be able to claim compensation for the entire harm, suffered from any of the co-infringers. There might be instances where the aid has been unlawfully granted by more than one entity. However, these scenarios are less likely to be as prominent within State Aid law as collective infringements are in the domain of Antitrust, particularly when it comes to Article 101 TFEU, a provision which, by definition, is only breached by a plurality of entities acting collectively.

Moreover, the Directive does not deal with every aspect of antitrust damage actions, let alone for those which might be relevant for State Aid damages enforcement. However, the Directive recalls at Recital 11 the fact that national procedural rules not subject to the Directive are nonetheless governed by rules deriving from the general principle of effectiveness of EU law we set out in the preceding Section. Crucially, the Directive notes that this covers rules on causation of harm, which must also observe the principles of effectiveness and equivalence. This means, the Directive indicates, that rules on causation “*should not be formulated or applied in a way that makes it excessively difficult or practicable impossible to exercise the right to compensation guaranteed by the TFEU*”. We see little reason not to extend this rule to causation relationships in State Aid damages litigation.

Relevant topics not dealt with by the Directive include:

⁵⁴ See RBB Economics and Cuatrecasas, *Gonçalvers Pereira, Study on the Passing-on of Overcharges*, 2016, available at: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>.

1. Jurisdiction over and enforcement of damages claims. These points will continue to be governed by the so-called “Brussels II Regulation”.⁵⁵ In accordance to Article 4(1) of the *Brussels II Regulation*, legal entities can be sued in the Member State of their domicile. In addition, pursuant to Article 7(2) of the *Brussels II Regulation*, a person domiciled in a Member State may also be sued, “*in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts of the Member State where the harmful event occurred or may occur*”. The CJEU held in its *CDC v Akzo Nobel* Ruling, where the CJEU interpreted the equivalent to Article 7(2) of the *Brussels II Regulation* under a prior EU regulation as meaning that “*in the case of an action for damages brought against defendants domiciled in various Member States as a result of a single and continuous infringement of Article 101 TFEU [...], which has been established by the Commission, in which the defendants participated in several Member States, at different times and in different places, the harmful event occurred in relation to each alleged victim on an individual basis and each of the victims can [...] choose to bring an action before the courts of the place in which the cartel was definitively concluded or, as the case may be, the place in which one agreement in particular was concluded which is identifiable as the sole causal event giving rise to the loss allegedly suffered, or before the courts of the place where its own registered office is located*”.⁵⁶ However, it is unlikely for Article 7(2) Brussels II Regulation and the case law interpreting that provision (e.g., C-352/13 CDC Hydrogen Peroxide) to apply to State Aid damages litigation given that the Brussels II Regulation does not extend to administrative matters or to the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority (Article 1(1) *Brussels II Regulation* as interpreted by Case 29-76 *LTU v Eurocontrol*). Jurisdiction in relation to and enforcement of State Aid Damage claims is thus likely to be governed by (probably divergent) national law.
2. Collective damages actions. Collective action might be the only way for consumers harmed for breaches of the antitrust (or, for that matter, State Aid) rules in the TFEU to obtain effective redress. However, the Directive expressly rules out the Directive requiring Member States for the enforcement of Article 101 and 102 TFEU.⁵⁷ A complementary

⁵⁵ See Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32.

⁵⁶ See Case C-352/13 *CDC Hydrogen Peroxide*, at paragraph 56.

⁵⁷ See Damages Directive, at Recital 13.

measure to the Damages Directive is thus the Commission Recommendation on collective redress (the “Recommendation”), which invited Member States to introduce by 26 July 2015 collective redress mechanisms, including actions for damages.⁵⁸ The Commission has announced it will assess the Recommendation’s implementation and, if appropriate, propose further measures by 26 July 2017 but, as of 16 July 2017, it has not done so. Recommendations are not directly applicable but, according to the case-law of the CJEU, they can have indirect / *Marleasing* effect.⁵⁹ Critics of the US class action regime argue that plaintiff law firms leverage the significant risks class actions create to defendants to extract large settlements from them, regardless of the merits of their claims.

3. The availability of interim injunctions in standalone damages actions. It is likely that the availability of these actions, both for antitrust litigation and for damages litigation, will be governed by the *Factortame* case-law,⁶⁰ again, under the general principle of effectiveness of EU law.

Apart from the above legislation and complementary measures, the Commission is committed to providing assistance to national courts in the application of the Competition provisions in the TFEU. This includes a funding programme for training of national judges in EU competition law and judicial cooperation between national judges, including in relation to State Aid law.⁶¹

IV. CONCLUSION

Despite its strongly centralised character, the system of State Aid control partially relies on damages enforcement. The evidence indicates, however, that damage plaintiffs have failed to make full use of these opportunities. This was the main conclusion of the Study on the enforcement of State Aid law conducted at the request of the Commission on 2006,⁶² with commentators

⁵⁸ See *Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law*, OJ L 201, 26.7.2013, p. 60–65, available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013H0396>.

⁵⁹ See Case C-322/88 *Grimaldi* [1989] ECR 4407; and Trevor Hartley, *The Foundations of European Union law* (Oxford, 2014), at p. 235.

⁶⁰ See Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pecheur v Germany* and *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame (No. 3)* [1996] ECR I-1029.

⁶¹ See, for more details, <http://ec.europa.eu/competition/court/training.html>.

⁶² See, Jacques Derenne, et al, *2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level*, available at: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/enforcement_study_2009.pdf.

generally noting that State Aid damages enforcement has not generally taken off.⁶³ Another study carried out in 2009 noted a certain increase the ne number of State Aid cases brought before national courts, although the numbers were still low in relation to antitrust damages claims.

Enhanced State Aid damages litigation would further the effectiveness of the EU State Aid rules. Such enhanced State Aid enforcement is being jeopardised by the following issues:⁶⁴

1. The fact that the rules on State Aid are complex and relatively little known, particularly, some commentators have noted, in the “new” EU Member States.⁶⁵ However, as noted by Pastor-Merchante, this “*is a problem that should disappear over time, as national courts and market operators become aware of and familiar with the rules on State aid*”.
2. Establishing the causal link between the breach of the standstill obligation and the damage sustained by the injured parties is not straightforward. However, Recital 11 of the (antitrust) Directive recalls us that, under the rules deriving from the general principle of effectiveness of EU law, requirements as to the causal link should not render impossible the exercise of EU rights.

There is little doubt that the enactment of an instrument such as the Directive, bringing uniform and effective rules on, *e.g.*, disclosure and statutes of limitation to the domain of State Aid would enhance State Aid damages litigation. However, it remains to be seen whether the political will to enact such instrument will ever exist in a Europe where anti-EU and protectionist populist parties are making ever increasing inroads in the political systems of the EU Member States.

All in all, State Aid damages litigation will perhaps never be as pervasive as antitrust damages litigation. But that is mainly a (intended or unintended) consequence of the authors of the EU treaties, which left the monopoly on the application of the entirety of Article 107 TFEU to the Commission, thereby making it impossible for the EU to enact a legislative instrument in the domain of State Aid such as 1/2003, empowering National Courts to fully apply Articles 101 and 102 TFEU. That said, State Aid damages litigation is far from negligible and creative plaintiffs can probably rely

⁶³ See, *inter alia*, James Flynn, “The Role of National Courts” in Andrea Biondi, Piet Eeckhout, and James Flynn, (eds.), *The law of State Aid in the European Union* (Oxford, 2004), at pp. 323 and 332 and Fernando Pastor-Merchante, F., *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, (Bloomsbury, 2017).

⁶⁴ See, Fernando Pastor-Merchante, *The Role ...*, at pp. 74 ff.

⁶⁵ See, Jacques Derenne, et al, *2009 update of the 2006 Study on ...*

on the general principle of effectiveness of EU law and on Article 47 CFREU to increase the chances of their obtaining effective redress.

BIBLIOGRAPHY

- AA.VV. RBB Economics and *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Study on the Passing-on of Overcharges*, 2016, available at: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>.
- BURROWS, E. and ALLEN, R. *The Likely Impact of the EU Damages Directive*, Ashurst LLP, available at: [file:///C:/Users/16435/Downloads/CL16_Chapter-1_Ashurst%20LLP%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/16435/Downloads/CL16_Chapter-1_Ashurst%20LLP%20(5).pdf).
- CHALMERS, G., DAVIES, G. and MONTI, G., *European Union law*, (Cambridge, 2014).
- CRAIG, P. and DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, Cases and Materials* (Oxford, 2011).
- DERENNE, J. et al, *2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level*, available at: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/enforcement_study_2009.pdf.
- FLYNN, J. “The Role of National Courts” in Andrea Biondi, Piet Eeckhout, and James Flynn, (eds.), *The law of State Aid in the European Union* (Oxford, 2004).
- GINSBURG, DOUGLAS H. “Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe”, *J. Competition L. & Econ*, 2005, pp. 427 y ss.
- PASTOR-MERCHANTE, F. *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, (Bloomsbury, 2017).
- SCHÜTZE, R. *European Union law* (Cambridge, 2015).
- SNYDER, F. “The Effectiveness of European Community Law: Institution, Processes, Tools and Techniques”, *MLR* 56:1, January 1993, pp. 51 y ss.
- TRIDIMAS, T. *The General Principles of EU Law*, (Oxford, 2006).

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO, LIBERTAD RELIGIOSA Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*

Anti-discrimination law, religious freedom and relations between individuals in European Union Law

Pablo Nuevo López

Profesor Agregado de Derecho Constitucional
Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona
pnuevo@uao.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp389-404](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp389-404)

Recibido: 18.07.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

A raíz de dos casos de despido de trabajadoras musulmanas por llevar el velo islámico en el lugar de trabajo, el Tribunal de Justicia ha debido analizar el impacto del derecho antidiscriminatorio en la libertad religiosa y la libertad de empresa. En el presente trabajo, partiendo del análisis de las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo, se estudia la posición del Tribunal en algunas cuestiones relevante de teoría de los derechos fundamentales, especialmente sobre la eficacia horizontal de los mismos.

Palabras clave

Libertad religiosa, derechos fundamentales, derecho antidiscriminatorio, eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Nuevo López, Pablo. 2017. «Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el Derecho de la Unión Europea». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp389-404](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp389-404).

Abstract

Following two cases of the dismissal of Muslim women workers for wearing the Islamic veil at the workplace, the Court of Justice has analyzed the impact of anti-discrimination law on religious freedom and freedom of enterprise. In the present work, departing from the analysis of the Judgments of the Luxembourg Court examines the Court's position on some relevant issues of the theory of fundamental rights, especially the question about their horizontal effect.

Keywords

Religious freedom, fundamental rights, anti-discrimination law, horizontal effect of fundamental rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL LUGAR DE TRABAJO. III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS. 1. Discriminación directa o indirecta. 2. Sobre la licitud de la norma empresarial que exige neutralidad. 3. Libertad religiosa y relaciones entre particulares. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha convertido en un lugar común afirmar que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha crecido notablemente el número de casos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ) debe decidir sobre temas relacionados con los derechos fundamentales¹.

La actividad jurisdiccional en materia de derechos fundamentales no se extiende únicamente a los relacionados con las libertades económicas o el espacio de libertad, seguridad y justicia, sino que está alcanzando derechos clásicos, como la libertad religiosa².

En el primer semestre de 2016 se plantearon dos casos, extremadamente parecidos, en los que a propósito de la prohibición de discriminación y la igualdad de trato en el empleo el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que abordar aspectos importantes del derecho a la libertad religiosa³. Así, en dos Sentencias de 14 de marzo de 2017 el TJ ha debido pronunciarse sobre el derecho a manifestar las convicciones religiosas (dimensión externa del derecho), la posibilidad de actuar en el ámbito laboral en coherencia con las convicciones religiosas así como, en consecuencia, la eficacia de este derecho en las relaciones entre particulares.

Si las cuestiones planteadas en estos casos justifican prestar atención a ambos, ésta debe ser mayor por cuanto, en sus respectivas Conclusiones, las

¹ Cfr. G. De Búrca, «After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights adjudicator?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20/2 (2013): 168-184, especialmente, p. 170.

² Desde el comienzo del proceso de integración europea hasta la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE el Tribunal de Luxemburgo únicamente tuvo que ocuparse en una ocasión –y en cierto modo, indirectamente– del derecho de libertad religiosa. Se trata del Caso Prais c. Consejo (C-130/75), resuelto por Sentencia de 27 de octubre de 1976.

³ Asunto C-157/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV; y C-188/15, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme c. Micropole SA.

Abogadas Generales Kokott⁴ y Sharpston⁵ llegaron a resultados claramente contradictorios.

II. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL LUGAR DE TRABAJO

Tanto en el Asunto C-157/15 como en el C-188/15 la cuestión consiste en determinar si la prohibición de discriminación por motivos de religión convierte en ilegal el despido de una trabajadora, musulmana practicante, que se niega a cumplir con la instrucción del empresario de no llevar velo ni pañuelo cuando se relaciona con los clientes de la empresa.

Por lo que respecta a las circunstancias del caso C-157/15, debe señalarse que la Sra. Achbita es una mujer de religión musulmana, que trabajaba de recepcionista en G4S, una empresa de seguridad. En función de las tareas a realizar, en ocasiones debía llevar a cabo su trabajo en dependencias de la empresa para la que trabajaba, y en ocasiones debía prestar servicio en las dependencias de otras empresas, clientes de su empleadora.

Según se desprende de los hechos del caso, en la empresa existía una norma no escrita con arreglo a la cual los trabajadores tenían prohibido llevar símbolos religiosos, políticos o filosóficos en el trabajo.

Entre los años 2003 y 2006, la Sra. Achbita desempeñó su trabajo llevando el velo únicamente fuera del trabajo, realizando sus tareas con la cabeza descubierta durante la jornada laboral. A partir del 15 de mayo de 2006 comenzó a trabajar portando el velo, sin atender las solicitudes de la dirección de la empresa de quitárselo. Ante la negativa de la Sra. Achbita de quitarse el velo en el trabajo, la empresa procedió a despedirla el 12 de junio de 2006. Además, el 13 de junio de 2006 la empresa aprobó, con el acuerdo del Comité de Empresa, un Reglamento de régimen interno incluyendo una prohibición expresa de portar símbolos religiosos, políticos o filosóficos en el trabajo.

La Sra. Achbita demandó a la empresa y el tribunal nacional, para resolver el asunto, debía analizar si los hechos descritos eran constitutivos de una discriminación por razón de religión en el ámbito laboral⁶.

⁴ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV.

⁵ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Samira Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme c. Micropole SA.

⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartados 17-23; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartados 10-18.

Por lo que respecta al Asunto C-188/15, la Sra. Asma Bougnaoui –también de religión musulmana, como la Sra. Achbita– fue contratada en julio de 2008 como ingeniero de proyectos por Micropole, SA, empresa en la que había realizado prácticas durante la carrera. Como es habitual en las firmas de consultoría, en ocasiones debía realizar su trabajo en la sede de los clientes de Micropole, SA.

A raíz de las quejas de una compañía cliente de su empresa, que manifestó a la empleadora de la Sra. Bougnaoui que le había molestado que la trabajadora llevara el velo islámico a diario, en junio de 2009 fue despedida por no haber atendido al requerimiento realizado por la empresa de que se abstuviera de llevar el velo. Además, de los hechos del caso parece quedar acreditado que la empresa ya en el momento de la contratación había advertido a la Sra. Bougnaoui que no siempre podría llevar el velo, siendo política de la empresa imponer la discreción en la expresión de las opciones personales de los trabajadores. De ahí que, al considerar Micropole, SA que la adecuación de vestimenta a esa política de la empresa era una exigencia profesional no asumida por la trabajadora, procedió a despedir a la Sra. Bougnaoui. El Tribunal laboral de París consideró el despido procedente. Tras recurrir ante el Tribunal de Apelación, que confirmó la Sentencia del Tribunal laboral, la Sra. Bougnaoui procedió a interponer recurso de casación ante la Cour de Cassation (Tribunal Supremo), órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo⁷.

Como puede apreciarse, en ambos asuntos la cuestión a dilucidar era si hechos como los descritos pueden considerarse discriminación por motivos de religión. Para ello, el Tribunal de Justicia debía interpretar la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁸.

Con carácter previo, debe ponerse de manifiesto que en ambos casos se trata de relaciones laborales de carácter privado, de modo que tanto la argumentación de las respectivas Abogadas Generales como la del Tribunal de Justicia debe entenderse aplicable únicamente al sector privado, sin que deba necesariamente extenderse a los trabajadores del sector público⁹.

⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartados 22-26; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, Apartados 13-18.

⁸ DO L 303, de 2 de diciembre de 2000.

⁹ En este sentido, y teniendo en cuenta que se trata de una cuestión especialmente sensible en Francia, en sus Conclusiones la Abogada General Sra. Sharpston expresamente deja constancia de que se limita a analizar la aplicación de la Directiva 2000/78 en el sector privado, llegando a afirmar lo siguiente: «quiero dejar claro que no acepto ni recha-

Excluidos los posibles conflictos que puedan presentarse en el sector público entre libertad religiosa del trabajador y neutralidad o laicidad del Estado, son varias las cuestiones que surgen al hilo de los casos expuestos. Así, procede analizar si conductas como las descritas deben considerarse discriminación directa o indirecta (i), si en ejercicio del derecho de libertad de empresa pueden considerarse legítimas normas como las de G4S y Micropole, SA, justificando en consecuencia el despido de aquél trabajador que se niega a cumplir con la norma empresarial (ii), y si el derecho de libertad religiosa rige en las relaciones entre particulares (iii).

III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

1. *Discriminación directa o indirecta*

Como es sabido, la discriminación es una diferencia de trato que no está justificada; constituye una vulneración del principio de igualdad, del que la igualdad de trato no es más que una concreción¹⁰.

La Directiva 2000/78 define la discriminación directa en su art. 2.1.a) como un trato menos favorable por alguno de los motivos que, como categorías sospechosas, enumera el art. 1¹¹. Asimismo, considera que habrá discriminación indirecta cuando «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o una convicción, con una discapacidad, de una edad o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas (...)» (art. 2.1.b)).

De este modo, la discriminación puede darse ya sea cuando la diferencia de trato tiene su origen en el motivo de la decisión que proporciona un trato desfavorable (discriminación directa) como cuando esta diferencia es un efecto –no necesariamente querido– de una decisión a priori respetuosa con la igualdad¹².

Como la diferencia de trato constituiría un supuesto de discriminación directa si hubiera sido adoptada (en la intención del agente, esto es, de la empresa en cuestión en cada caso) por razón de la religión de la trabajadora, lo primero que hace el Tribunal de Justicia es abordar qué concepto de

zo la postura del Gobierno francés en cuanto a la aplicabilidad del principio de laicidad al empleo en el sector público» (Apartado 81).

¹⁰ Vid. A. Mangas, «Art. 21. No discriminación», A. Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 396-408.

¹¹ Religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual.

¹² J. Finnis, «Equality and Differences», *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 72/2012, 10.

religión debe tenerse en cuenta. Esto es necesario, ya que la Directiva 2000/78 a pesar de hacer referencia a la religión como causa de discriminación no procede a definirla.

En este punto, el Tribunal de Luxemburgo señala que el concepto de religión de la Directiva debe ponerse en relación con el derecho de libertad religiosa consagrado en el art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para pasar a resaltar a continuación que tanto de las Explicaciones oficiales sobre la Carta¹³ como de las tradiciones constitucionales comunes debe darse a este derecho el alcance del derecho del art. 9 del CEDH¹⁴. De ahí que considere el TJ que como las normas citadas acogen «una acepción amplia del concepto de religión» y puede presumirse que el legislador quiso asumir el mismo enfoque, la Directiva protege «tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa»¹⁵.

Por lo que respecta al primer caso (el de la Sra. Achbita), dado que la norma empresarial cuyo incumplimiento motivó su despido tiene como finalidad garantizar la neutralidad de la empresa, y por ello se refiere indistintamente a todo tipo de signos visibles que remitan a convicciones de cualquier tipo (ideológicas, filosóficas o religiosas), concluye el Tribunal que trata por igual a todos los trabajadores, por lo que estima que no constituye un supuesto de discriminación directa por motivos de religión¹⁶.

Parece haber acogido el Tribunal, en este extremo, la argumentación de la Abogada General Kokott. En su opinión, la discriminación directa exige que la diferencia de trato venga motivada por la religión, considerando que de los hechos del caso se desprendería que no se daba una diferencia de trato entre religiones, pues la norma de la empresa prohíbe todo signo religioso, y no sólo el

¹³ Sobre el valor de las Explicaciones oficiales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vid. A. Mangas, «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», A. Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 68-70.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartados 25-27. Sobre la identidad de contenido entre la libertad religiosa en la CDFUE y en el CEDH vid. J. Martín y Pérez de Nanclares, «Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», A. Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 260 y ss.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 28.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 30. Con todo, de la argumentación del propio Tribunal se desprende que si estariamos ante un caso de discriminación directa si la norma empresarial fuera aplicada de manera selectiva (sólo a las mujeres musulmanas, por ejemplo), cuestión fáctica que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

pañuelo de las mujeres musulmanas. Tampoco consideró la Abogada General que hubiera una diferencia de trato en relación con las personas no religiosas, pues la norma de la empresa prohíbe asimismo que los trabajadores lleven símbolos expresivos de sus convicciones ideológicas o filosóficas¹⁷.

Por lo que respecta al caso de la Sra. Bougnaoui, el Tribunal de Justicia se muestra especialmente cauto, por considerar que en la presentación del relato fáctico falta información para calificar la conducta de la empresa, y en consecuencia determinar si la diferencia de trato está directamente basada en la religión o las convicciones o se trata de una diferencia de trato basada indirectamente en esos motivos. En cualquier caso, a la luz de la argumentación expuesta en el caso de la Sra. Achbita, en el caso de que en la empresa de la Sra. Bougnaoui hubiera una norma sobre neutralidad como la existente en la empresa de la Sra. Achbita el TJ tampoco consideraría que nos encontraríamos en presencia de una discriminación directa por motivos de religión.

En este extremo, aun sin hacer referencia expresa a ello, la Gran Sala se aparta de la opinión formulada por la Abogada General Sharpston en sus Conclusiones. Aunque los hechos del caso –tal y como figuran en la petición de decisión prejudicial– no permitían analizar con precisión lo sucedido, en su opinión era evidente que el despido de la Sra. Bougnaoui estuvo motivado por el código de vestimenta de su empleador, código aplicable a todas las religiones y convicciones. Dicho lo anterior, y aun cuando la Sra. Bougnaoui no fue despedida por su religión, a juicio de la AG Sharpston fue la manifestación de su religión lo que motivó el despido, por lo que debía considerarse aplicable la prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78¹⁸, concluyendo que

«parece imposible llegar a otra conclusión que no sea la de que, a causa de su religión, la Sra. Bougnaoui fue tratada de manera menos favorable que otra persona que se encontrara en una situación análoga. Un ingeniero de proyectos de Micropole que no hubiera optado por manifestar sus convicciones religiosas llevando una vestimenta particular no habría sido despedido. El despido de la Sra. Bougnaoui constituye por tanto una discriminación directa contra ella por motivos de su religión o de sus convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78»¹⁹.

Sentado lo anterior, una vez concluido por parte del Tribunal que en ninguno de los casos analizados nos encontramos ante supuestos de discriminación

¹⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartados 47-56.

¹⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 85.

¹⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 88.

directa el Tribunal pasa a analizar si puede considerarse discriminación indirecta.

En el caso de la Sra. Achbita el TJ concede que una norma empresarial como la que origina el litigio principal establece una diferencia de trato entre aquellos trabajadores que expresan con su indumentaria sus convicciones y aquellos que no lo hacen; diferencia de trato que, como es obvio, no afecta del mismo modo a todos los trabajadores, pues mientras que para unos únicamente implicará el tener que adaptar su vestimenta a las exigencias de neutralidad de la empresa, para otros tendrá el efecto de restringir la libre manifestación de sus creencias. Estando ante un supuesto de norma aparentemente neutral que comporta, de hecho, una desventaja particular a quienes tienen una determinada convicción, resulta claro que la referida norma empresarial podría constituir un ejemplo de discriminación indirecta.

No obstante, la propia Directiva 2000/78 establece que una diferencia de trato como la descrita no constituirá discriminación indirecta si puede justificarse por perseguir una finalidad lícita, siempre que los medios para ello sean adecuados y necesarios.

2. *Sobre la licitud de la norma empresarial que exige neutralidad*

El art. 2.2.b) de la Directiva establece que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que ocasione una desventaja particular a personas que forman parte de las categorías sospechosas no constituirá discriminación indirecta si dichas disposiciones, criterios o prácticas pueden justificarse objetivamente por responder a una finalidad legítima, siempre que los medios empleados sean adecuados y necesarios.

Para el Tribunal de Luxemburgo una norma empresarial como la que da origen al caso responde a una finalidad legítima, debiendo considerarse conforme a Derecho la voluntad de la empresa «de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes», voluntad que no es más que la proyección en las relaciones con los clientes de la libertad de empresa del empresario²⁰.

Dicho lo anterior, además de responder a una finalidad legítima la licitud de la norma empresarial requiere que sea adecuada y necesaria. De entrada, para considerar que la norma es adecuada el Tribunal de Luxemburgo considera que, además de apta para conseguir el fin (en este caso, que permite de forma razonable garantizar la neutralidad de la empresa) la norma empresarial debe garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, lo

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartados 37 y 38.

cual implica «que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática»²¹.

Por su parte, para considerar que la norma empresarial con la prohibición controvertida es necesaria «procede comprobar si ésta se limita a lo estrictamente necesario», siendo relevante, por ejemplo, si la prohibición afectaba a todos los trabajadores de G4S o únicamente a los que están en contacto con los clientes. Asimismo, y en relación con el despido, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, el órgano jurisdiccional remitente debe analizar si era posible algún tipo de acomodo razonable²² (esto es, «tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta») antes de proceder al despido de la Sra. Achbita, como por ejemplo destinarla a un puesto de trabajo que no conllevara contacto visual con los clientes.

Aun cuando lo formula en condicional (pues el TJ señala que de los hechos descritos por el órgano judicial remitente no permite saber con claridad si la diferencia de trato trae causa directa o indirecta de las convicciones religiosas de la empleada despedida), el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia de idéntico modo en el caso de la Sra. Bougnaoui.

A este respecto, considera que si el despido estuvo motivado por la existencia de una norma empresarial que prohibía cualquier la visibilidad de símbolos religiosos de los empleados, y dicha norma en apariencia norma ocasiona una desventaja particular a quienes profesan una determinada

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 40. A contrario, parece desprenderse de la argumentación del Tribunal que la norma empresarial no sería adecuada si fuera aplicada de manera selectiva, de manera voluntarista en función de algunas características de los empleados. Un dato relevante, en opinión del Tribunal de Luxemburgo viene dado por el hecho de si la empresa disponía, con anterioridad al despido de la Sra. Achbita, de un régimen de neutralidad empresarial que prohibía a sus empleados el uso de signos de convicciones ideológicas o religiosas. Lógicamente, la comprobación de este extremo corresponde al Tribunal remitente.

²² El acomodo razonable tiene su origen en la jurisprudencia en materia de libertad religiosa de los Tribunales Supremos de EEUU y Canadá, y, siguiendo a Elósegui Itxaso, consiste en «acomodar la aplicación de una norma o de una ley a favor de una persona o de un grupo de personas víctimas o amenazadas por discriminación (...). Lo que se acomoda es la norma a las personas, no al revés, para permitir el ejercicio de un derecho constitucional». Vid. M. Elósegui Itxaso, «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX (2014), 78. También J. Woehrling, «La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable y la obligación de neutralidad religiosa del estado en el derecho canadiense», *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 33 (2006): 369-403. J. J. Guardia Hernández, «La libertad religiosa en Estados federales: a propósito de la Charte des Valeurs Québécoises», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

religión, nos encontraríamos ante un supuesto de discriminación indirecta, salvo que dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para alcanzarla son adecuados y necesarios²³. Cuestión distinta, y que atendiendo a la naturaleza y finalidad de la cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia no entra a valorar, es que ahí reside la principal diferencia entre los casos de la Sra. Achbita y la Sra. Bougnaoui: si en el caso de la empresa en que trabajaba la Sra. Achbita parece claro que había una norma empresarial dirigida a garantizar una política de neutralidad, en el caso de la Sra. Bougnaoui de los antecedentes descritos por el órgano remitente parece que para la empresa el uso por esta empleada del velo islámico únicamente fue problemático a raíz de las quejas de alguno de sus clientes, y no por cuestiones de identidad corporativa²⁴.

En el caso de que el despido de la Sra. Bougnaoui no tuviera su origen en una norma dirigida a garantizar la neutralidad de la empresa, sino en la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos de sus clientes de no recibir servicios prestados por trabajadores con símbolos religiosos, considera el TJ que procedería ver si la política de vestimenta de los trabajadores podría constituir un requisito profesional esencial y determinante²⁵, en el sentido del art. 4.1 de la Directiva, el cual dispone lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profe-

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, Apartados 31-33, con expresa remisión a la doctrina elaborado en la Sentencia correspondiente al Asunto 157/15.

²⁴ J. M. Contreras Mazarío, «Símbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo islámico (Comentario a las «Conclusiones» emitidas por las Abogadas Generales en dos cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE)», *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017), 129.

²⁵ Habiendo considerado que la norma empresarial puede justificarse objetivamente por responder a una finalidad legítima, en el Asunto 157/15 el Tribunal no considera necesario analizar si la norma empresarial puede responder al requisito profesional esencial y determinante del art. 4.1 de la Directiva. En todo caso, en sus Conclusiones la Abogada General Kokott consideró que en aras de un trato amable y no discriminatorio para sus clientes, una empresa puede entender legítimamente que su política de neutralidad (prohibiendo los atuendos de significación religiosa o ideológica) constituye un requisito profesional esencial y determinante; aparte, y a pesar del tenor literal del precepto, para Kokott estos requisitos no tienen por qué ser establecidos por los Estados, bastando a su entender con la normativa interna de una empresa. Vid. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartados 66 y 67, y 92-94.

sional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.»

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo establece que para determinar si un determinado requisito profesional es esencial y determinante hay que atender al trabajo en particular, así como a la actividad y el contexto en su conjunto. En este sentido, tendría cabida la excepción en el ámbito de la salud o la seguridad en el trabajo. Sin embargo, no parece que pueda aplicarse la excepción con base en el interés comercial de la empresa.

De ahí que, interpretando este precepto restrictivamente, el Tribunal de Justicia considere que el mismo sólo cabe cuando se trate de «un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo», sin que pueda incluir «consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente»²⁶.

3. *Libertad religiosa y relaciones entre particulares*

En ninguna de las Sentencias analizadas el Tribunal de Justicia da excesiva importancia a la cuestión de si el derecho de libertad religiosa, reconocido en el art. 10 CDFUE, se extiende a las relaciones entre particulares, ni si esta eficacia inter privados se produce directamente —por la mera aplicación de la Carta— o indirectamente —en virtud de normas de derecho derivado—. De hecho, en relación con este extremo el Tribunal se limita a afirmar en ambos casos que está presente el derecho a la libertad religiosa, y que, al tener el mismo contenido que el derecho reconocido en el CEDH, debe considerarse que incluye tanto el fuero interno (el hecho de tener convicciones) como el fuero externo (es decir, la manifestación pública de la fe religiosa), así como que en aplicación de la libertad de empresa el empresario puede restringir, con ciertos límites, la libertad de religión²⁷, pudiendo la actividad empresarial obligar a modular el ejercicio de la libertad religiosa²⁸.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, Apartado 40. En relación con esta cuestión, la AG Sharpston consideró que la excepción del art. 4.1 de la Directiva «debe limitarse a cuestiones que sean estrictamente necesarias para desempeñar la actividad profesional en cuestión». Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 96.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 39, con remisión a la jurisprudencia del TEDH, especialmente a la Sentencia de 12 de enero de 2013, Eweida y otros c. Reino Unido.

²⁸ Y. Cacho Sánchez, «La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía»,

En mi opinión, aunque no lo explicita en su argumentación el Tribunal de Justicia se encuentra en una posición intermedia a las sostenidas, en sus respectivos escritos de Conclusiones, por las Abogadas Generales Kokott y Sharpston.

En opinión de Kokott el derecho de libertad religiosa no rige directamente en las relaciones particulares; así, considera que se trata de una libertad que «sólo vincula a las instituciones de la Unión y (cuando apliquen el Derecho de la Unión) a los Estados miembros». Ahora bien, al tratarse de un derecho que constituye uno de los fundamentos de toda sociedad democrática «los valores que se expresan en la libertad religiosa revierten, al menos indirectamente, también en las relaciones laborales privadas»²⁹.

A diferencia de la Abogada General Kokott, Sharpston quiere dejar claro que «cuando un empresario firma un contrato de trabajo con un trabajador no compra el alma de esta persona. Sin embargo, sí compra su tiempo». Teniendo esto en cuenta, considera que debe distinguirse entre la libertad de manifestar la religión y su alcance en el ámbito laboral –por un lado– y el proselitismo de la propia religión, de otro. Y si bien el proselitismo no tiene cabida en el ámbito laboral, de modo que el empresario está «legitimado a imponer y poner en práctica reglas que prohíben el proselitismo», en cambio «conciliar la libertad de una persona de manifestar su religión con la libertad de empresa requerirá un difícil ejercicio de equilibrio entre dos derechos en conflicto»³⁰.

Asimismo, en opinión de Sharpston hay que distinguir entre reglas que adopta una empresa especificando formas de conducta deseadas o prohibidas para el trato con clientes, de las «reglas que invaden los derechos personales de una determinada categoría de trabajadores en atención a una característica prohibida»³¹.

Como puede verse las aproximaciones de Kokott y Sharpston presentan diferencias. Para Kokott la libertad religiosa únicamente se proyecta en las relaciones entre particulares con la mediación de una norma. Ahora bien, esa norma, que estaría justificada por proteger los valores que se expresan en la libertad religiosa, afecta a auténticos derechos que, en su opinión, sí rigen en

Revista General de Derecho Europeo, núm. 9 (2006): 1-35. M. Hill, «Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la Sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, núm. 32 (2013).

²⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartado 113.

³⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 73.

³¹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 74.

las relaciones laborales privadas, como es la libertad de empresa. Con otras palabras: para proteger valores relacionados con la libertad religiosa el poder público dispone de un título para modular (en cierto sentido, restringir) la libertad de empresa, si bien esa modulación o restricción debe dejar un espacio amplio al poder de dirección del empresario.

En la aproximación de Sharpston, por el contrario, la libertad religiosa está presente de forma directa en las relaciones entre particulares, si bien su contenido debe armonizarse con los derechos del resto de sujetos presentes en la relación, como puede ser el empresario que es titular del derecho de libertad de empresa. Precisamente porque se trata de un ámbito en el que hay que armonizar varios derechos en conflicto Sharpston defiende, como se ha resaltado anteriormente, la búsqueda de acomodos razonables que permitan al empresario mantener su política empresarial de neutralidad sin vulnerar el derecho de libertad religiosa de sus trabajadores.

A mi entender en este ámbito es preciso distinguir entre ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de un lado, y eficacia de los derechos reconocidos en dicha Carta en las relaciones entre particulares, de otro. Por lo que respecta a la cuestión del ámbito de aplicación de la Carta es evidente, como sostiene Kokott, que éste se limita a los supuestos de aplicación del Derecho de la UE, ya sea realizada esta aplicación por las propias instituciones comunitarias o por los Estados miembros³². Ahora bien, como a los efectos del artículo 51 de la Carta, la referencia a los «Estados miembros» debe entenderse realizada a cualquier poder del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial), los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro deben aplicar el art. 10 de la Carta (en el que se reconoce la libertad religiosa) en cualquier litigio entre particulares en los que en el asunto principal se esté aplicando Derecho de la Unión, lo cual nos lleva a la segunda cuestión.

Por lo que respecta a la cuestión de la eficacia del derecho de libertad religiosa en las relaciones entre particulares, en mi opinión ésta se produce de forma directa, si bien ello no implica que los particulares queden obligados del mismo modo que los poderes públicos³³.

³² En relación con la cuestión relativa a cuándo están sometidos a la Carta los Estados por darse una situación de aplicación del Derecho de la Unión, Vid. B. Van Bockel, P. Wattel, «New wine into old wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson», *European Law Review*, vol. 38 (2013): 866-879. A. Mangas Martín, «Artículo 51. Ámbito de aplicación», Araceli Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 818 y ss. P. Nuevo López, «Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 50 (2015), 153-155.

³³ En contra de reconocer una eficacia directa a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se muestra M. Fornasier. Vid. M. Fornasier, «The impact of

Siguiendo la teoría de los derechos fundamentales de Alexy podemos concluir que la libertad religiosa es una libertad personalmente absoluta y objetivamente relativa. Es una libertad personalmente absoluta en la medida en que incluye «un haz de exactamente tantas relaciones de libertad como sujetos jurídicos existen en el sistema jurídico»³⁴, de ahí que los trabajadores disfruten del derecho de libertad religiosa no sólo en relación con el poder público, sino también respecto de todos los sujetos que puedan estar relacionados con el objeto de la libertad, como son los empleadores en los casos analizados. A su vez, es una libertad objetivamente relativa en cuanto contiene la permisión jurídica para realizar u omitir alguna acción, pero no necesariamente de todas las acciones que deriven de la mencionada libertad³⁵; así, la libertad religiosa de los trabajadores se extiende al ámbito laboral, que dispone de un derecho a manifestar sus convicciones religiosas pero no a hacer proselitismo en el lugar de trabajo, así como un derecho *prima facie* a actuar en el ámbito laboral en coherencia con las convicciones religiosas.

En este sentido, las dos Sentencias comentadas responden a este modelo, a pesar de que no lo explicitan en la motivación de la decisión. Las referencias de las Sentencias a la posibilidad de encontrar un acomodo razonable para las trabajadoras que, en virtud de sus convicciones religiosas, querían llevar velo en el lugar de trabajo se entienden porque estamos ante un ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en su dimensión externa, derecho que en su contenido no es absoluto, pudiendo ceder a la política de neutralidad que quiera establecer el empleador (en ejercicio de su libertad de empresa), pero no ante consideraciones subjetivas o los deseos particulares de un cliente. El derecho *prima facie* cede ante la libertad de empresa (en los términos fijados en la Sentencia del caso Achbita: finalidad legítima y medios proporcionados), pero pasa a ser derecho definitivo frente a consideraciones subjetivas, deseos de clientes o prejuicio del empleador (como señala el TJ en el caso Bougnaoui)³⁶.

EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?», *European Review of Private Law*, núm. 23 (2015): 29-46.

³⁴ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002), 220.

³⁵ *Ibidem*, 221.

³⁶ El Tribunal de Justicia asume una visión más restringida que la presente en el derecho canadiense de la obligación del empleador privado de efectuar acomodos razonables. Así, mientras en Canadá parece que el empleador está obligado a demostrar que no pudo realizar el acomodo razonable, de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo parece deducirse que éste sólo es obligado para el empresario cuando ello no le causa perjuicios excesivos. Para el caso canadiense, vid. B. Ryder, «The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship», R. Moon (ed), *Law and Religious Pluralism in Canada* (Vancouver Press, 2008): 87-109, donde expresamente señala que «Statutory prohibitions on religious

IV. CONCLUSIONES

Del análisis de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2017, dictadas en los Asuntos C-157/15 y C-188/15, pueden extraerse las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea no impide que, si un empresario quiere establecer una política de estricta neutralidad religiosa e ideológica en su empresa, pueda exigirse a los trabajadores que renuncien a portar símbolos o prendas de vestir que tengan un significado religioso, o que vengan impuestas por las convicciones religiosas de éstos, siempre que esa política se establezca de manera proporcionada y sea implementada por el empresario de manera efectiva y coherente.

En segundo lugar, si iría contra el derecho antidiscriminatorio de la Unión una prohibición empresarial de que los trabajadores porten vestimenta o simbología religiosa si estuviera motivada por un prejuicio, por decisiones meramente subjetivas o por satisfacer los deseos de los clientes.

Por último, en relación con el sistema de derechos de la Unión, en mi opinión parece que el Tribunal se inclina por aceptar el efecto directo de los derechos en las relaciones entre particulares, si bien modulando su contenido respecto de las relaciones con el poder público.

Aunque puedan subsistir las dudas acerca de si el Tribunal considera que todos los derechos se extienden a las relaciones entre particulares, cuando menos parece que sí considera que el derecho de libertad religiosa tiene eficacia horizontal. De ahí que pueda sostenerse que, para el Tribunal de Justicia la libertad religiosa sea una libertad absoluta en el plano subjetivo. No obstante, precisamente porque en las relaciones particulares debe armonizarse con otros derechos (como, en los casos que originan las Sentencias analizadas, el derecho de libertad de empresa) el Tribunal de Luxemburgo considera que la libertad religiosa es una libertad objetivamente relativa.

discrimination in all Canadian jurisdictions make it illegal for governments or private actors to erect religious barriers to equal Access to employment, housing or services, unless the actor responsible for creating the barrier can demonstrate that it is not possible to accommodate religious beliefs or practices without undue hardship» (p. 87).

Recensiones

Lucía ALONSO SANZ, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 460 pp. ISBN: 978-84-259-1692-2.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp407-412](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp407-412)

La obra escrita por la profesora Lucía Alonso está llamada a ser una obra de referencia en el estudio del régimen jurídico de los menores inmigrantes. Si muchas veces escuchamos de los tribunales de tesis doctorales felicitarse por haber podido leer una «tesis con tesis», este libro consigue plasmar de forma brillante esas tesis de la tesis, origen del trabajo dirigido en su día por el Profesor García Roca y hoy prologuista de la obra reseñada.

Para comenzar, la profesora Alonso nos pone en antecedentes, dedicando las primeras páginas a la «Introducción y objeto: presentación del problema». La autora parte de tres grandes bases. La primera es el presupuesto teórico, donde expone el binomio *autonomía-vulnerabilidad* que atraviesa la condición del menor y la definición de menor no acompañado; la segunda es el presupuesto fáctico, relatando las características y perfil del menor no acompañado en nuestro país. Finalmente y en tercer lugar, detecta cuatro órdenes de problemas en el tratamiento jurídico del menor no acompañado. Así, la determinación de la edad, el procedimiento de repatriación, la regularización administrativa,

y la ausencia de representación independiente de la que adolecen, son problemas que se tratan de resolver elaborando «una teoría con la que aterrizar en la práctica», reconstruyendo primero su estatuto constitucional para después «especular sobre las implicaciones de dicho estatuto en el tratamiento jurídico del colectivo» (p. 53).

El primer bloque aborda la primera tarea. Así, en el «Tratamiento constitucional del menor no acompañado», la experta analiza los dos pilares en los que se asienta dicho tratamiento, a saber, la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales, y la protección especial que la Constitución brinda al colectivo objeto de estudio. Con respecto al primer pilar, la autora hace un minucioso repaso de los derechos y deberes que acrecen al menor no acompañado, apoyado en dos bases: *el menor como menor*; y *el menor como extranjero*. El menor como menor es sujeto titular de derechos fundamentales y sujeto que los ejerce (de forma directa o a través de representante legal). El menor como extranjero se centra en el siempre complejo artículo 13 CE y la jurisprudencia

constitucional dictada a los efectos, tendente esta a plasmar «un discurso más igualitario, apegado a la dignidad humana (...)», aunque la falta de seguridad jurídica apreciable respecto al estatuto constitucional de extranjero en general «se traslada a la figura del menor inmigrante» (pp. 99 y 100). El segundo pilar trata, como se decía, sobre la protección que la Constitución confiere a ese menor, en concreto la derivada de los artículos 9.2, 14, y 39 CE; del marco que el Estado social crea en aras de hacerla efectiva, con la mirada puesta en las personas especialmente vulnerables; y del influjo del principio del interés superior del menor como espina dorsal de dicha actuación tuitiva. La fusión de ambas esferas o pilares constitucionales, especialmente el primero al calor del segundo, determina las líneas maestras del tratamiento constitucional del menor no acompañado, en virtud de las cuales, «los menores no acompañados son titulares de todos los derechos fundamentales, excepto los políticos reconocidos en el artículo 23 CE» y, en algunos casos, el derecho a acceder al trabajo en condiciones de igualdad (artículo 35 CE). En cuanto a su ejercicio, el efecto restrictivo que se derivaría de su condición de inmigrante quedaría neutralizado por una fuerza jurídica de signo contrario: el efecto del interés superior del menor reforzado con el de la protección especial que como personas vulnerables merecen (que dificultan en gran medida las restricciones de derechos fundamentales). De ahí que los condicionamientos al ejercicio de sus derechos deban responder a los mismos motivos que para el caso de cualquier

menor, a saber, la falta de capacidad de obrar suficiente o su propia protección especial. En este último caso, al igual que pasaría con las restricciones de derechos de los menores nacionales, para ser legítimas, dichas restricciones «deben superar los filtros de igualdad y proporcionalidad» (p. 206). En suma, dice la autora, lo que jurídicamente hablando se impone es la «prevalencia de las condiciones de «menor» y «persona vulnerable» sobre la de «inmigrante» (p. 208).

El segundo bloque se dedica a estudiar la «Protección supranacional del menor no acompañado», y se centra en desbrozar y explicar el régimen establecido tanto en la Convención de Derechos del Niño (y sus tres Protocolos) como en la normativa europea (Unión Europea y Consejo de Europa). La autora destaca los principales hitos de la primera, a saber: la «norma internacional con eficacia jurídica vinculante más ampliamente ratificada de la historia» (p. 220). Una norma por la que vela el Comité de Derechos del Niño, a través del aseguramiento de diversos principios generales: interés superior del menor; prohibición de discriminación; derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; y participación en las decisiones que le afecten (*derecho a ser oído*); a los que se añadiría otro extraído de la jurisprudencia sobre la materia: la preferencia del desenvolvimiento de la vida del menor con la familia de origen (p. 223). Posteriormente, la profesora Alonso repasa los hitos normativos y jurisprudenciales referidos a la UE. Y no es especialmente halagüeño el panorama, sobre todo por las complicaciones que se derivan de la bifurcación competencial en materia

de menores no acompañados producida por el hecho de que, mientras la Unión ha asumido competencia sobre migración, compartida con los Estados miembros, los competentes en materia de protección del menor siguen siendo estos últimos en exclusiva. Ello ha provocado que el ente del que emana el Derecho migratorio (al menos una parte del mismo), la UE, deja de ser el mismo que aquél responsable de la protección del menor, lo cual ha comportado que buena parte de la normativa migratoria europea, que se aplica a los menores inmigrantes casi en su totalidad (p 253), haya desbordado las garantías estatales de protección del menor. La ausencia de competencia comunitaria en materia de protección de menores no ha de ser óbice, según la autora, para que dicha protección se lleve a cabo, al menos fragmentariamente, por medio de otros títulos competenciales, mediante la estrategia del *mainstreaming*, esto es, integrando al menor en cada una de las decisiones, políticas públicas, y normas creadas y por crear. Una protección a la que la Unión resulta obligada *ex artículo 24* de la Carta de Derechos Fundamentales. En el caso del menor no acompañado, la materia que más se presta a dicha estrategia, por ser aquélla que más determina su estatuto jurídico, es la inmigración. Si bien sería deseable que, en algún momento, el tratamiento normativo europeo del menor no acompañado se desarrollara en el marco de la protección del menor (en lugar de en la arena migratoria), la realidad de la UE muestra un ordenamiento que quizá no sea todavía «suficientemente maduro» (p. 271) para asumir competencia en dicha materia.

Parece que hay algo más de esperanza en el marco del Consejo de Europa, con un Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido «compensando» (p 274) las lagunas normativas existentes, sobre todo mediante una interpretación expansiva del artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar). Todo ello repercute en una tendencia que la autora pone negro sobre blanco: «[Afloja así] un estándar europeo de protección en favor de la igualdad de los menores en el disfrute de todo tipo de derechos, lo que supone uno de los pilares de la normalización constitucional» (p. 279).

El tercer bloque de la obra se dedica a las «Reglas constitucionales de distribución de competencias: el difícil deslinde en materia de menores no acompañados». Después de elaborar un detallado estado de la cuestión, a resultas del cual se demuestra que el grueso del tratamiento específico de los menores no acompañados se realiza en el ámbito migratorio y, por ende, bajo la competencia del Estado, la autora defiende que dicho tratamiento, para ser coherente con la prevalencia de la condición de menor sobre la de inmigrante que ha de iluminar el tratamiento jurídico del colectivo, debería realizarse en sede de protección del menor. Si bien ello ubicaría a los menores no acompañados en la esfera competencial autonómica, Lucía Alonso considera que sería conveniente que el Estado regulara unas bases armonizadoras de la protección de dicho colectivo, y considera esta conveniencia extrapolable a la protección de menores en general. Si bien estima que tal distribución bases-desarrollo existe

de facto en esta materia (protección de menores) (p. 309), la autora apuesta por una reforma constitucional que revierta al Derecho tal situación de hecho, en aras de una mayor seguridad jurídica y legitimidad de la actuación estatal.

Buena parte de lo señalado en esos tres bloques se conjuga en el cuarto, en el que se estudia de forma relacional «Los problemas derivados del tratamiento jurídico de los menores no acompañados y su adecuación a los postulados constitucionales»; la profesora Alonso Sanz no sólo detecta los problemas, sino que postula «un ensayo o propuesta de solución» a tales problemas, intentando «brindar un método para abordarlos» (p. 313).

El primer apartado versa sobre el *protocolo de actuación inicial*, integrado por la identificación, la determinación de la edad del menor no acompañado, y su puesta a disposición a los servicios de protección. Lo que la autora realiza es un exhaustivo análisis sometiendo tal praxis, en concreto, el proceso de determinación de la edad, a los cánones exigidos por el principio de proporcionalidad (finalidad constitucionalmente legítima; idoneidad y necesidad; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación entre beneficios y perjuicios). Piénsese que las más de las veces las intervenciones físicas y/o psíquicas que deben realizarse afectan a ciertos derechos fundamentales; y lo único que garantiza y asegura el respeto a los mismos es, precisamente, el respeto a tales garantías (p. 350).

El segundo versa sobre el *procedimiento de repatriación*. El menor no acompañado puede ser bien repatriado

a su país de origen (o al de residencia de sus familiares), bien permanecer en España. Para saber por cuál de las opciones debe optar la administración española se debería acudir al interés superior del menor (p. 351 y ss). La clave del asunto, explica Lucía Alonso, es entender la repatriación como una medida de protección del menor que debe ser ejecutada en su interés y, por tanto, rodeada de las garantías correspondientes. Dicho con otras palabras: ni cabe encubrir como repatriación lo que es una «expulsión sin garantías», expulsión que además está prohibida por nuestro ordenamiento (p. 355), ni tampoco obviar que, en último término, la medida debe adoptarse «si es lo que más conviene al menor» (p. 359). La autora repasa concienzudamente la penosa situación jurídica en la que han estado (y quizá sigan estando) los menores no acompañados, situación que se ha hecho menos dramática gracias a novedades legislativas que han dulcificado el panorama (p. 361). Consecuentemente, el centro de gravitación de las decisiones de repatriación es, justamente, saber qué exige ese principio del interés superior, lo que la autora vuelve a acometer con más que sobrada solvencia (p. 362 y ss). Así, la resolución administrativa debe fundarse en ese interés del menor, lo que caracteriza al proceso de antiformalista y flexible. Además, se debe involucrar a la familia del menor, así como al propio menor, escuchando lo que este tenga que decir (lo cual ha sido sistemáticamente vulnerado en los últimos años, consecuencia muy ligada a la deficiente regulación, p. 366). También será clave para decidir el principio de unidad

familiar y, en todo caso, tener en cuenta que deben cumplirse los derechos fundamentales/convencionales del menor. Continúa el apartado constataando que la materia, a pesar de lo dicho, tiene una tremenda casuística, lo que obliga a tener en cuenta las circunstancias individuales de cada caso (p. 373 y ss). Y finaliza ensayando algunos supuestos en función de si el menor presenta suficiente juicio -edad y madurez suficiente- o no. Si presenta el suficiente juicio, pueden suceder dos cosas, con tratamiento diferente (que el menor acepte la repatriación o que no la acepte). Si no presenta suficiente juicio «será determinante el hecho de si la repatriación es con objeto de reagrupación familiar» (p. 377).

El tercer apartado se centra en estudiar la documentación de los menores inmigrantes no acompañados, plasmando la inseguridad jurídica que caracterizaba la regulación del tema hasta fechas recientes. Aunque las modificaciones de *hard* y *soft law* (mención especial al Protocolo Marco) han paliado los efectos derivados de tal situación, la autora se ve en la obligación de recordar que la tramitación de la documentación es obligación inexcusable de nuestra administración como tutora del menor (p. 387 y ss). Esa inseguridad jurídica no desaparece tampoco cuando se alcanza la mayoría de edad. Se plantean problemas respecto a la renovación de la autorización de residencia, o la consecución de la misma en el caso de los no documentados, siendo la regularización de estos últimos mucho más complicada (p. 394). La profesora Alonso aboga por fijar «parámetros ciertos que ofrezcan al menor una

posibilidad real de permanencia regular, pues de esta forma, éste podría revertir a la sociedad la *inversión* que el Estado ha realizado para garantizar su protección» (p. 399).

En el cuarto bloque, integrado por las cuestiones relacionadas con la representación independiente y las instituciones de protección del menor no acompañado, la autora repasa los pros y contras de nuestro sistema de tutela y representación -protagonizada, en función del caso concreto, por los padres, la familia, y/o la administración pública, y supervisada por el Ministerio Fiscal y la Defensoría del Pueblo-. Asimismo, destaca la figura del defensor judicial, llamada a actuar cuando se produzca un «conflicto de intereses entre el menor y su representante» (p. 412), y de especial relevancia para el menor no acompañado, por la facilidad de que emerjan dichos conflictos con la administración (su representante). Por último, y con respecto a la asistencia jurídica gratuita, la autora defiende que dicha garantía, a pesar de ser «inherente al efectivo ejercicio de su derecho a ser escuchado» (p. 415), está deficientemente regulada en la legislación española en lo concerniente a los menores no acompañados. Como remarca Lucía Alonso, el reconocimiento legal de tal derecho debe ser «legal, pleno, claro, y sin ambages», cosa que las recientes modificaciones no han logrado (p. 417).

Hasta aquí llega la reseña de la obra. Una obra que sin duda cumple la principal misión que suele tener una obra de estas características (exponer argumentadamente una tesis/hipótesis); pero también una obra que trasciende ampliamente ese

objetivo, para realizar un minucioso trabajo de análisis de las principales normas en la materia, ordenándolas y exponiéndolas sistemáticamente; lo que queda de dicho esfuerzo es, nada más ni nada menos que el estatuto constitucional del menor inmigrante, tamizado por una mirada experta y (porqué no decirlo) humanista, lo cual es mérito añadido de una autora

que consigue acercarse a su objeto de estudio tanto como este demanda y separarse tanto como exige. El Derecho está al servicio de los demás, ordena la sociedad de la mejor forma posible, y Lucía Alonso consigue demostrar que el actual Derecho Constitucional puede responder a ambas exigencias en lo que a los menores inmigrantes hace.

Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad de Valladolid

Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Palestra Editores, Lima, 2017, 125pp. ISBN: 9786124218705.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp413-419](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp413-419)

Durante los últimos años ha sido constante en la doctrina el esfuerzo por reformular los conceptos tradicionales que han dominado el Derecho Constitucional (Constitución, soberanía, democracia, Estado, nación). No obstante, dicha tendencia se agudizó tras el estallido de la crisis económica iniciada en 2008. Se evidenció entonces la urgente necesidad de reformular la clásica Teoría del Estado y de la Constitución. El testigo es recogido por el profesor Francisco Javier Díaz Revorio en su monografía «Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar» publicada por la limeña editorial Palestra. Consciente de los nuevos conflictos y de las tensiones emanadas de la interrelación entre ordenamientos, especialmente motivadas por el fenómeno de la globalización, la intención del autor no es tanto reescribir una institución concreta de Derecho Constitucional como ofrecer un marco coherente en el que situar los «conceptos en crisis» que permita una posterior discusión, sosegada y en perspectiva, de los mismos. Una vez más el profesor Díaz Revorio aporta a la doctrina científica una monografía de una

enorme claridad expositiva que, como es habitual en sus obras, arroja luz sobre un tema de indudable complejidad. Democracia, Estado y Constitución constituyen el objeto de los tres primeros capítulos, a los que sigue una definición de las necesidades urgentes del Estado Constitucional.

En el **primer capítulo** («Algunas reflexiones sobre democracia y representación política: desde la Edad Antigua al Estado social y democrático de Derecho»), el autor realiza un recorrido histórico por el concepto de democracia que tiene por destino el establecimiento de los caracteres mínimos del Estado democrático. Asumiendo la inviabilidad de una democracia plenamente directa, se nos ofrece una relación de la progresiva aparición de los tres elementos nucleares del Estado democrático: la propia noción de democracia, el Parlamento y los partidos políticos. Así, la Atenas clásica fue la cuna de la democracia, pero de una democracia no representativa en la que el concepto «ciudadano» quedaba reducido a un reducido número de personas. Las reuniones de los estamentos con el rey medieval son el antecedente de la

noción de representación, aun sin desprenderse de su cariz de Derecho privado. A pesar de que en la Edad Media no existe democracia pero sí representación, los Parlamentos medievales representan el primer paso para la limitación del poder del rey. La debilidad del principio democrático propia de esta etapa se agudiza con la preeminencia de las monarquías absolutas de la Edad Moderna en la que, no obstante, encontramos textos que inspirarán las futuras Constituciones y Declaraciones de derechos (*Habeas Corpus Act* o *Bill of rights*). En la Edad Contemporánea, el triunfo de la «soberanía de la nación» de Sieyès frente a la «soberanía del pueblo» de Rousseau, y la consiguiente asunción de centralidad del Parlamento, exigen una auténtica representación política, lo que conlleva la aparición de los partidos políticos. A comienzos del siglo xx, la crisis del Estado liberal provocará por un lado, el surgimiento de modelos alternativos comunistas y fascistas y, por otro lado, la evolución hacia un modelo de Estado que sitúa la igualdad real en el eje del sistema. Se produce así el nacimiento del Estado social y democrático de Derecho, el tránsito de la soberanía nacional a la soberanía popular y el establecimiento del sufragio universal. Como conclusión a este capítulo, Díaz Revorio propone reducir la ambigüedad del concepto «democracia» mediante el establecimiento de tres requisitos sin los cuales no se puede considerar a un Estado como democrático y por encima de los cuales se puede hablar de una mayor o menor «calidad de la democracia»: pluralismo político, asumiendo que la

democracia es un sistema en el que gobierna la mayoría pero se respeta a las minorías; reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales; separación de poderes y limitación de poderes y sometimiento de éste a la ley.

El profesor Díaz Revorio parte en el **segundo capítulo** («El Estado: una teoría jurídica del poder y su crisis en un mundo globalizado») de una definición genérica de Estado como concreta e histórica forma de organización política (del poder) de la población sobre un territorio determinado. Apunta el autor que lo que realmente caracteriza al Estado (moderno o en sentido estricto) no es la suma de poder, población y territorio (presentes también en un concepto amplio de Estado), sino la igualdad (el Estado como expresión de un principio de igualdad geográficamente limitado) y la unidad (un único y autónomo poder político, unidad territorial y una población igual). A continuación, procede a analizar los tres elementos básicos del Estado: poder, población y territorio. Respecto al primero, a pesar de que siempre han existido fenómenos de poder, se incide en la conveniencia de considerar el poder del Estado como un poder racionalizado y objetivo, único e independiente a otros poderes, superior y global, que dispone del monopolio del uso legítimo de la fuerza. Se trata, en definitiva, del poder propio del Estado de Derecho. Respecto al concepto de soberanía, Díaz Revorio considera que han desaparecido las notas con las que Bodino lo caracterizaba: las revoluciones del siglo xviii acabaron con el carácter absoluto e ilimitado de un poder indivisible en

manos de un príncipe e instauraron la separación de poderes, y la aparición de las organizaciones internacionales del siglo XX cuestionaron el carácter supremo del poder. El poder soberano, no obstante, sigue siendo el único poder originario respecto a los demás poderes. El concepto clásico de soberanía sirvió para explicar el poder del monarca, pero no funcionó en el tránsito hacia la soberanía nacional (residente en el Parlamento) y desde ésta hacia la soberanía popular (elección de los representantes mediante sufragio universal para un Parlamento que ya no es el titular de la soberanía, sino su representante).

En relación con el segundo elemento constitutivo del Estado, Díaz Revorio vincula el concepto de población con el de soberanía, en el sentido de que los Estados modernos se configuran como Estados nacionales. El autor opta por una postura positivista en el tratamiento de la nación española. Si bien compartimos la definición, generalizada, de nación como comunidad con rasgos culturales comunes que posee conciencia de tal y que tiene voluntad de configurarse como una comunidad política, «normalmente constituyendo un Estado», consideramos que no responde a una pregunta de candente actualidad: la determinación del número de naciones de España. Díaz Revorio se limita a analizar la solución, opinamos que provisional, del constituyente: existe una única e indivisible nación española integrada por una pluralidad de pueblos o comunidades culturales y lingüísticas (regiones y nacionalidades). Dicha respuesta es, no obstante, claramente insatisfactoria en el panorama jurídico-constitucional actual. Si aceptamos la

definición anterior como válida, pocos argumentos encontraremos para negar la consideración de nación a determinadas Comunidades Autónomas.

Con respecto al territorio, particular interés reviste la graduación que efectúa el autor con relación a las formas de Estado según la organización territorial del poder. Por un lado, el Estado unitario, aquél en el que existe un único centro de poder. No obstante, la aceptación de una «desconcentración administrativa» (existen entes distintos al central subordinados al mismo) o una «autonomía administrativa» (estos entes gozan de autonomía pero no de poderes), permite la existencia de Estados unitarios simples y de Estados unitarios descentralizados. Por otro lado, en el Estado compuesto existen varios poderes de decisión política, aunque formalmente la soberanía sea única (lo que lo distingue de la Confederación). Regida por los principios de autonomía y participación de los entes autónomos en la configuración de la voluntad estatal, el Estado compuesto suele ser un Estado regional o un Estado federal. Aquél se identifica con la «autonomía política», ya que los entes autónomos gozan, al menos, de los poderes legislativo y ejecutivo, las regiones poseen una norma superior (Estatutos) que no son Constituciones, puesto que requieren de la aprobación de los órganos centrales, y suelen carecer de un Poder Judicial propio. El Estado federal, por su parte, se vincula a la «autonomía constitucional»: cada Estado miembro posee su propia Constitución, aprobado por él, y unos poderes ejecutivo, legislativo y un judicial propios, aunque sometidos a los principios de

cooperación y lealtad federal. Unas breves reseñas sobre la capitalidad y los símbolos del Estado cierran este capítulo.

El **tercer capítulo** («Diversos conceptos de Constitución») se enfrenta con el clásico problema de la definición de Constitución. En un sentido jurídico-formal, la Constitución es un texto que se diferencia por su nombre, porque su aprobación y reforma exigen el cumplimiento de requisitos especiales y porque goza de una superioridad jerárquica respecto a las demás leyes. Díaz Revorio considera que este concepto formal ha de ser el punto de partida de cualquier definición de Constitución, ya que le dota de elementos nucleares como el carácter de norma jurídica, suprema y de superioridad garantizada. No obstante, reconoce, como principal inconveniente, la neutralidad axiológica de un concepto de Constitución estrictamente formal, que impediría excluir del mismo los sistemas autoritarios.

Desde una perspectiva material o sustantiva, aquélla que define a la Constitución en base a su contenido, el autor distingue cuatro concepciones. En primer lugar, la Constitución como conjunto de normas que regulan aspectos esenciales de determinadas materias. En concreto, los órganos del Estado («parte orgánica»), las relaciones entre el Estado y los ciudadanos («parte dogmática») y, añade, las fuentes del Derecho. Sin embargo, han de apreciarse diferentes matices en este primer concepto de Constitución, ya que puede referirse, por un lado, a normas que se encuentran en el texto constitucional y que se refieren a las materias anteriores, no siendo

Constitución, por tanto, todo el contenido del texto. Por otro lado, puede significar normas, incluidas o no en el texto constitucional, que se refieran a estas materias y, finalmente, puede incluso que estas materias sean Constitución y no se encuentren redactadas en ningún texto. En segundo lugar, la Constitución como conjunto de normas que regulan aspectos esenciales de determinadas materias y en un determinado sentido. Este «concepto garantista» o «político» de Constitución, vinculado a su origen histórico, exige que la organización del Estado se base en la separación de poderes y la relación entre Estado y ciudadanía en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Díaz Revorio propone en este punto la unión del concepto material con el concepto formal de Constitución, de modo que ésta sea la norma jurídica suprema que garantice la separación de poderes y los derechos fundamentales. Así, la Constitución parte de un concepto formal (norma jurídica suprema) pero encuentra su legitimidad en un contenido político (la garantía de separación de poderes y derechos fundamentales). En tercer lugar, la Constitución «en sentido sociológico-político», que contrapone la «Constitución real», esto es, la suma de los factores histórico-sociales y de las fuerzas políticas y sociales que detentan el poder efectivo y determinan la voluntad del Estado, a la mera Constitución escrita, con los diferentes matices aportados por Lassalle y Mortati. Finalmente, la Constitución como «concepto decisionista», cuyo máximo exponente es Schmitt. Según su postura, en el fondo de toda norma se encuentra una

decisión política del titular del poder constituyente, lo que implica que el carácter político de determinadas decisiones prima sobre el carácter jurídico de la Constitución.

El autor defiende que, frente a quienes optan por relativizar la importancia de la distinción, ésta sigue teniendo sentido, siendo necesario además la búsqueda de un concepto de Constitución aplicable, al menos, a nuestro entorno político-cultural. A tal efecto, sostiene que la Constitución es «la» norma jurídica suprema del Estado cuyo fin legitimador es la garantía de la separación de poderes, los derechos fundamentales y el principio democrático y su contenido habitual viene conformado por la regulación de los poderes del Estado, la relación Estado-ciudadanía y las fuentes del Derecho. La existencia de valores en la Constitución provoca una penetración de elementos materiales en el concepto formal de Constitución. De esta manera, Díaz Revorio aúna el plano jurídico-formal y el garantista y los eleva al carácter de definitorios. El resto de contenidos materiales, en particular los «factores reales de poder» quedan relegados a la categoría de simplemente «relevantes».

El tercer capítulo finaliza con unas reflexiones sobre el carácter de norma jurídica suprema de la Constitución. La Constitución es una *norma* porque establece reglas de conducta generales y abstractas vinculantes para los poderes públicos, en un sentido negativo (no pueden vulnerarlas) y positivo (están afectados por mandatos de actuación y deben hacer efectivos los valores y principios constitucionales) y para los ciudadanos, como límites

negativos. Es una norma *jurídica* porque el ordenamiento reacciona mediante sanciones a la violación de la Constitución. Y es una norma jurídica jerárquicamente *superior* al resto del ordenamiento jurídico. Díaz Revorio realiza un repaso de las diferentes ideas sobre la posible fundamentación de la superioridad constitucional: el propio reconocimiento en la ley de dicha superioridad, la rigidez constitucional, la existencia de una jurisdicción constitucional, su carácter de «norma de normas», su propia afirmación en la Constitución o la teoría kelseniana de la «norma fundante básica», según la cual la validez de la Constitución tiene que ser presupuesta, lo que significa que debe acatarse lo dispuesto por los «padres» de la Constitución y por las autoridades facultadas por la misma, excluyendo cualquier fundamentación metajurídica. El autor, no obstante, se decanta por identificar el fundamento de la superioridad constitucional en su consideración como obra del poder constituyente, esto es, un poder soberano y originario. El poder, pues, es previo al Derecho.

Pese a que Díaz Revorio no es indiferente a ninguno de los temas planteados y adopta, pues, una toma de postura respecto a los mismos, en el cuarto capítulo («Las tareas urgentes del Estado Constitucional: regeneración, calidad democrática y transparencia») el autor expone directamente sus reflexiones en torno a cuestiones esenciales del debate actual, no sin antes ofrecer una explicación y visión panorámica de los mismos. Y ya advierte desde su inicio que la reforma constitucional es una necesidad ineludible,

tanto porque la Constitución de 1978 se aprueba en un contexto en el que predominaba el interés por afianzar la gobernabilidad y no tanto la calidad democrática, como porque la realidad político-social de la actualidad es muy distinta a la de hace cuarenta años. Ahora bien, no se trata de iniciar un proceso constituyente, sino una amplia reforma tendente a la superación de la desafección ciudadana cuyos efectos serán apreciables, en la mayoría de las ocasiones, a medio o largo plazo. Entre esos retos de regeneración democrática se encuentra el incremento de la participación ciudadana en la adopción de decisiones política, la mayor y mejor comunicación entre representantes y representados, la reforma del sistema electoral, la apuesta por la transparencia y el «buen gobierno», la revisión de las prerrogativas y las situaciones de concentración temporal de poder o el control de la gestión de los recursos públicos, la financiación de los partidos políticos y la corrupción. Desterrado ya el debate entre democracia representativa y democracia directa, en los últimos años se empieza a hablar de democracia deliberativa, democracia inclusiva y democracia participativa. Es la democracia participativa la que mayores adeptos ha conseguido y se fundamenta en tres exigencias: la flexibilización de los instrumentos de democracia directa (reducción de firmas para la iniciativa legislativa popular, referéndum vinculante), una participación más activa de la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social (a lo que, sin duda, coadyuvan las nuevas tecnologías) y la mayor comunicación entre electores y representantes. Ello debido a que una de las

mayores críticas al sistema democrático es su conversión en un sistema *partitocrático*. Siendo inviable un sistema no representativo, pero intolerable también el fáctico mandato imperativo de los partidos políticos hacia los representantes, la única salida posible es un mayor acercamiento de los partidos políticos a la ciudadanía. A tal efecto, el autor propone, entre otros, intensificar la democracia interna mediante un sistema abierto de elección de cargos directivos y las primarias abiertas para la elección de candidatos.

Díaz Revorio realiza en la última parte del ensayo todo un catálogo de propuestas que, a su parecer, contribuirán a la tan demandada regeneración democrática. A título de ejemplo, podemos citar la conversión del derecho de acceso a la información pública en un auténtico derecho fundamental, la supresión de prerrogativas como la inmunidad y la restricción de los aforamientos a los casos estrictamente imprescindibles o la lucha contra la corrupción mediante, *ex ante*, una mayor transparencia en materia económica y, *ex post*, una justicia más ágil y rápida. Finalmente, apuesta por introducir nuevos instrumentos de exigencia de responsabilidad política como instituciones propias de los modelos presidencialistas (limitación de mandatos presidenciales o referéndum revocatorio respecto a candidatos electos).

Aunque recomendable al público en general, la monografía resulta de especial interés para dos colectivos. Por un lado, para la doctrina científica, pues la, en ocasiones, desmesurada especialización con la que acostumbramos a trabajar provoca muchas

veces un distanciamiento con los conceptos troncales del Derecho Constitucional que nunca pueden perderse de vista. Por otro lado, constituye a nuestro parecer una casi obligada lectura para los estudiantes que se inician en Derecho, no sólo por su prosa clara y precisa, sino especialmente porque el mayor logro del ensayo es haber vinculado la formulación y evolución

clásica de los conceptos con la exposición de las tensiones a las que se enfrentan y con los problemas actuales del Estado constitucional. Conceptos como regeneración, transparencia, democracia participativa o buen gobierno se encuentran en el debate público y son un indudable atractivo para estimular el interés de los jóvenes en el estudio del Derecho Constitucional.

Adrián García Ortiz
Universidad de Alicante

Ciro MILIONE, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 221 pp, ISBN: 9788490862940.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp421-423](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp421-423)

La doctrina se ha dedicado ampliamente al estudio del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH o Convenio de Estrasburgo) y en el Art. 24 de la Constitución española (CE).

La razón de ello radica en la existencia de numerosas sentencias que se pronuncian sobre esta garantía, siendo posiblemente uno de los derechos que más veces se ha alegado como vulnerado ante nuestra jurisdicción constitucional y ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o Tribunal de Estrasburgo).

Asimismo, el foco de atención ha recaído sobre la tutela judicial efectiva porque supone una garantía de los principios y de los valores fundamentales de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Sin embargo, a lo largo del último siglo y, fundamentalmente tras la Segunda Guerra Mundial, la relevancia de este derecho ha traspasado las fronteras de los ordenamientos nacionales y se ha posicionado en un lugar fundamental y clave para la efectiva protección internacional de los derechos humanos. En este

contexto histórico se enmarca, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, el CEDH adoptado por el Consejo de Europa en 1950. Este Tratado, en vigor desde 1953, nace con el objetivo de estrechar los lazos entre las Partes contratantes, unidas por un espíritu y una tradición política de libertad y de primacía del Estado de Derecho. Como medio para alcanzar este objetivo, el CEDH articula todo un sistema de protección y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el contexto europeo, que incluye la creación del TEDH, y recoge en su Art. 6 el derecho a la tutela judicial efectiva.

Precisamente, en este contexto se enmarca la obra del Prof. Ciro Milione. En su monografía, el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, de manera sistemática y rigurosa, a la luz de la doctrina constitucionalista y de la jurisprudencia del TEDH, define el contenido y los límites del derecho a la tutela judicial efectiva en cada una de sus manifestaciones. Esta labor profunda y atenta se desarrolla en cuatro capítulos, ya que, como bien indica en la obra su autor, este derecho constituye

«el soporte de la defensa del resto de los derechos».

En el primer capítulo, el Prof. Milione opta por hacer una breve incursión en el contexto del Convenio de Estrasburgo y del TEDH. La función más relevante del CEDH –cuya naturaleza jurídica es la de tratado internacional– no es otra que la de establecer un estándar mínimo en materia de Derechos Humanos para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Este estándar debe ser interpretado por el propio Tribunal de Estrasburgo que, como si de un Tribunal Constitucional se tratara, realiza un control de conformidad entre la legislación interna de los Estados miembros y el Convenio que nos ocupa. Esta labor hermenéutica del Tribunal debe tener en cuenta los contrastes culturales y jurídicos de los Estados miembros, aportando soluciones a los problemas interpretativos capaces de ofrecer el mayor grado de adecuación a una realidad cambiante.

Las sentencias adoptadas por este Tribunal tienen carácter obligatorio, definitivo y declarativo para los Estados contratantes, caracteres matizados por el autor con frecuentes referencias a la jurisprudencia del Tribunal. El Consejo de Ministros, por su parte, controla la ejecución de las decisiones adoptadas por el TEDH.

El hilo conductor de la obra nos sitúa en el Capítulo segundo ante el análisis detallado del Art. 6 del CEDH que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva. Resulta relevante el análisis de la estructura de dicho precepto, del que deriva una «estructura bipolar» a la que se refiere el Prof. Milione, que separa, por un lado, el derecho a un

proceso justo entendido en un sentido general, de una serie de derechos y garantías específicas del proceso penal. En ese segundo Capítulo, el autor desgana conceptos clave –y frecuentemente indeterminados– como son el «proceso justo», el trasfondo del derecho de acceso a los tribunales (¿sólo es acceso o también implica el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto?), o qué significa que el tribunal debe ser independiente, imparcial y establecido por ley (¿se refiere exclusivamente a jueces? ¿Cuándo estamos ante un tribunal independiente? ¿Basta con que exista apariencia de imparcialidad?).

En el Capítulo tercero se aborda la configuración del proceso en el CEDH y las garantías procesales, teniendo en cuenta que el Tribunal de Estrasburgo considera que un proceso es justo cuando cumple con las garantías recogidas en el Art. 6 del Convenio, siendo principales, por su desarrollo jurisprudencial, el principio de contradicción y el principio de «igualdad de armas procesales». No obstante, la consecución de un «proceso justo» no se limita a estos dos principios, sino que también deben observarse otras garantías previstas en ese precepto, como el derecho a un proceso público (con sus límites, por ejemplo, en caso de menores o de secreto de sumario), y la existencia de un plazo razonable en el ámbito procesal, entendiéndose que estamos ante una exigencia imprescindible de todo Estado de Derecho. Así mismo, el Prof. Milione analiza otra garantía que no se desprende de la literalidad del artículo pero que ha sido consolidada a partir de jurisprudencia del Tribunal y que,

sin duda, contribuye a la existencia de un proceso justo, la necesidad de motivar las resoluciones judiciales. Por último, el autor se detiene en el análisis del concepto de «pruebas ilícitas» sobre el que no existe todavía jurisprudencia asentada.

Para terminar este recorrido por el Art. 6 del CEDH, se abordan en el Capítulo cuarto las Garantías que el Convenio prevé para el proceso penal. En esta parte de la obra se analiza con precisión y profundidad el derecho a no declarar contra uno mismo y su justificación en el proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia y su «irradiación *extraprocesal*», el derecho a la defensa técnica, gratuita o incluso propia, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a interrogar a los testigos, el derecho a la asistencia de un intérprete y su trascendencia ante los fenómenos migratorios actuales, el derecho a la doble jurisdicción en materia penal.

Por último, en la parte dedicada a las conclusiones, el autor presta especial atención a los desafíos actuales del derecho a la tutela judicial efectiva, pues ni los principios recogidos en nuestras Constituciones ni el Art. 6 del CEDH, aun siendo condiciones necesarias, constituyen recursos suficientes para que podamos considerar alcanzado el objetivo de un proceso equitativo.

A pesar de que el sistema jurídico español ofrece numerosas garantías relativas a la ejecución interna de sentencias condenatorias del TEDH, lo cierto es que sigue ausente en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo de reapertura automática del procedimiento interno capaz de tumbar el efecto de cosa juzgada en virtud de una resolución del Tribunal de Estrasburgo.

El Prof. Milione concluye con un alegato, recordando al lector que cada uno de los derechos conquistados resultará efímero si dejamos de observar su cumplimiento o si renunciamos a preservarlos y a mejorarlos.

Se trata, en definitiva, de un trabajo riguroso y completo, que combina doctrina, legislación y jurisprudencia de una forma que facilita al lector la comprensión del tema en su complejidad. El autor se adentra en una temática de gran relevancia no solo por la continua actualidad del derecho a la tutela judicial efectiva, sino más en general, por el protagonismo que adquiere la Justicia en nuestras sociedades. Este protagonismo trasciende nuestras fronteras nacionales y requiere por nuestra parte una defensa consciente y convencida de esos Derechos que, como el autor señala, nunca podemos considerar conquistados para siempre y que deben constituir el punto de partida de las generaciones que vendrán.

Alicia Cárdenas Cordón
Universidad de Córdoba

Joan OLIVER ARAUJO, *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Editorial Tirant lo Blanch (colección «Ciencia Política», 73), Valencia, 2017, 244 pp (prólogo de Luis López Guerra).

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp425-436](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp425-436)

I

A estas alturas, no debería resultar difícil distinguir entre quienes se aproximan a la normativa electoral para escudriñarla con lupa en busca de grietas o resquicios de los que aprovecharse para favorecer sus intereses partidistas, y quienes lo hacen para detectar y criticar esas fisuras y carencias, proponiendo soluciones en beneficio de la salud y fortaleza del sistema democrático. De uno y otro enfoque se derivarán resultados bien distintos; pues, por muy legítimo que a alguien le pueda parecer el primero, y por muy eficaz que resulte a los fines de quien lo adopta, carecerá, desde el punto de vista científico, de la credibilidad y solidez del segundo. En éste, el investigador «actúa en su cualidad de tal», poniendo «su inteligencia y sus conocimientos al servicio de la búsqueda de la verdad científica, esto es, a la búsqueda de la solución más justa entre las varias admisibles en Derecho»¹.

¹ Vid. OLIVER ARAUJO, Joan: *La Constitución día a día*, Tirant lo Blanch

Deliberadamente hemos rescatado estas palabras del profesor Oliver Araujo en el momento en que iniciamos la grata tarea de comentar su hasta ahora último libro, *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, en el que se aproxima a un tema de gran relevancia (a pesar del escaso tratamiento de que ha sido objeto hasta ahora) con la solvencia intelectual y el rigor científico a los que nos tiene acostumbrados².

(«Alternativa»), Valencia, 2003, págs. 45 y ss.

² Valga como ejemplo de ello la mención, únicamente, de algunos de sus libros: *El recurso de amparo*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1986; *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991; *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas/Universitat de les Illes Balears, Madrid, 1993; *Política y Derecho*, Tirant lo Blanch/Universitat de les Illes Balears, Valencia, 1996; *La Constitución día a día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; *Los estatutos de los partidos políticos españoles. (Partidos con representación parlamentaria)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Esta-

En este nuevo trabajo, el autor centra su atención en las *barreras electorales*, también denominadas «barreras legales», «topes electorales» o «cláusulas de exclusión», entendiéndolo por tales «aquellas cláusulas en virtud de las cuales se establece el porcentaje mínimo de votos que debe lograr una candidatura (esto es, una lista electoral) para participar en la distribución de los escaños que están en disputa». Se trata, por tanto, de uno de los elementos, dependientes entre sí, que conforman el *sistema electoral*, esto es, el «conjunto de reglas y procedimientos conforme a los cuales se distribuyen los escaños entre las distintas candidaturas a tenor de los votos obtenidos por cada una de ellas» (pág. 18). Profundiza así el profesor Oliver en la línea de investigación sobre nuestro Derecho electoral, que ya había dado como fruto más extenso su libro de 2011 *Los sistemas electorales autonómicos*, galardonado con el prestigioso premio Josep Maria Vilaseca i Marcet. Si allí dedicaba un capítulo introductorio al significado de los sistemas electorales en general, y a su importancia en la configuración de un régimen político, estableciendo así unos planteamientos de partida que

do, Madrid, 2007; *Los sistemas electorales autonómicos*, Institut d'Estudis Autònoms (Generalitat de Catalunya), Barcelona, 2011. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares (desde 1992) y Consejero del Consejo Consultivo de las Islas Baleares (desde 1993), órgano que también ha presidido, es además Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares.

dotaban de unidad interna al trabajo, aquí vuelve a reflexionar con carácter general en un primer capítulo sobre el sistema electoral y sus diversos elementos, antes de situar la lupa en las barreras electorales, que son estudiadas en los capítulos siguientes. Con ello, y como ya sucedía en la obra citada, el contenido del libro excede a lo que cabría esperar de su título. Además, el hecho de que éste se haya completado con la confrontación entre *gobernabilidad* y *representatividad*, nos muestra su intención de ir más allá de un tratamiento meramente descriptivo de las barreras electorales, destacando su especial relevancia en el resultado de las elecciones para las que están previstas, a la vista de los efectos que producen; a saber: dejar sin representación a las candidaturas que no hayan superado el porcentaje fijado (y, de esa manera, convertir en inútiles los votos emitidos a favor de dichas candidaturas), además de primar en escaños a los partidos que sí superan la barrera (págs. 18-19). En este sentido, tanto el autor como el profesor López Guerra en su condición de prologuista, coinciden en que son frecuentes, dentro del sistema electoral, «los ejemplos de modulación (y a veces de manipulación) de los mecanismos de manifestación de la voluntad popular, en nombre de consideraciones de estabilidad o buen funcionamiento del sistema» (en el caso de las barreras electorales, evitar la *atomización* de la representación parlamentaria), dejando de lado el hecho de que cualquier distorsión o falseamiento de la exacta correspondencia entre voluntad popular y resultado electoral supone «una excepción o

limitación al principio democrático» (págs. 13-14).

Este es, pues, el hilo conductor de un trabajo en el que, tras la reflexión inicial sobre el sistema electoral, su relevancia como herramienta de expresión del principio democrático y el análisis de los elementos fundamentales que lo integran, se entra de lleno en el estudio de las barreras electorales, identificando (y, a la vez, poniendo en relación, con especial detalle respecto del caso español) cada uno de los aspectos (concepto, naturaleza, finalidad, delimitación respecto del *umbral electoral*) que el lector necesitará tener presentes para adentrarse después en la utilización de la barrera electoral en cada una de las elecciones para la que está prevista: Congreso de los Diputados, Parlamentos autonómicos y órganos de gobierno de los entes locales. La estructura de la obra obedece, por tanto, al efectivo y muy didáctico esquema de una *parte general* seguida de una *parte especial* con el análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos. El trabajo se completa con la referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia (destacando su «calculada ambigüedad» y su condescendencia con el legislador estatal y autonómico) y con el recurso al Derecho comparado en busca de posibles soluciones (en concreto, se plantea la posible aplicación en España de la barrera electoral utilizada en el ordenamiento alemán). Además, la anterior diferenciación entre la *barrera electoral* y el *umbral electoral* (o porcentaje mínimo de votos necesario para obtener, al menos, un escaño) encuentra desarrollo en el último capítulo, en el que se

aborda la *reducción del número de escaños* como técnica mediante la cual se consigue generar umbrales electorales muy altos, dejando así sin representación a candidaturas con resultados más o menos modestos, sin necesidad de alterar el resto de los elementos del sistema; lo cual constituye, en definitiva, una «barrera electoral encubierta». El libro concluye con un completo apéndice que recoge la legislación utilizada (normas generales para todo el Estado, Estatutos de Autonomía y leyes electorales autonómicas, destacando la peculiaridad del régimen jurídico de las elecciones en Cataluña a falta de una ley electoral propia), y una exhaustiva relación de la *bibliografía* utilizada. Teniendo en cuenta lo indicado sobre el escaso tratamiento específico de las barreras electorales por parte de la doctrina española, se comprenderá que este anexo bibliográfico resulta útil por sí mismo, y constituye una más de las valiosas aportaciones del trabajo. Tanto el apéndice legislativo como el bibliográfico dan buena cuenta del manejo de las fuentes que queda patente a lo largo de todo el libro: normativa electoral estatal y autonómica, jurisprudencia constitucional y aportaciones doctrinales sobre la materia (tanto españolas como de otros países europeos y latinoamericanos) han sido minuciosamente analizadas para construir este sólido trabajo que, como el propio autor manifiesta, tiene su origen en el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares. Por todo ello, el autor asevera como punto de partida que «las normas electorales son cualquier cosa menos inocentes»

(págs. 17 y 29). El lector podrá verificar dicha afirmación adentrándose, como seguidamente haremos nosotros, en el contenido del trabajo.

II

Desde la estructura y los planteamientos que han quedado descritos, el libro del profesor Oliver va desarrollando los diferentes contenidos y extrayendo de ellos las oportunas enseñanzas, desde una sistemática coherente y una muy destacable claridad expositiva. Todo ello se logra desde la estructuración de la obra en ocho capítulos, susceptibles a su vez de agruparse en diferentes bloques: las consideraciones generales sobre el sistema electoral y las barreras electorales (capítulos 1 y 2), el estudio concreto de las barreras electorales utilizadas en las elecciones al Congreso, Parlamentos autonómicos y órganos de gobierno de los entes locales (capítulos 3, 4 y 5), y la referencia a elementos que ilustran al lector sobre la problemática planteada y las posibles soluciones: análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las barreras electorales, consideración del modelo alemán y su posible aplicación en España, y estudio del umbral electoral como barrera electoral encubierta (capítulos 6, 7 y 8).

El *capítulo 1*, como ya se indicó, define el sistema electoral, explica su relevancia política como expresión del principio democrático y desglosa, a modo de contextualización, sus principales elementos: cuerpo electoral (conjunto de ciudadanos que tienen reconocido el derecho de sufragio activo, págs. 31 y ss.), circunscripción

electoral (cada una de las porciones en que se divide una entidad política a efectos electorales, págs. 36 y ss.) y fórmula electoral (procedimiento matemático que traduce los votos emitidos por los ciudadanos en escaños, págs. 39 y ss.). Queda para los capítulos posteriores el estudio de las barreras electorales. Las enseñanzas fundamentales que extraemos son: la interrelación entre los diferentes elementos del *sistema* electoral (pág. 27), así como la pluralidad de sistemas electorales, y la necesidad de que cada entidad política busque el que mejor se adapte a sus circunstancias, a sabiendas de que la opción elegida no será en ningún caso neutral, ni tampoco satisfactoria para todas las fuerzas políticas (pág. 29).

En el *capítulo 2*, además de los aspectos ya mencionados (definición de la barrera electoral y manifestación de los efectos que producen, así como un recorrido por la variada tipología de cláusulas de exclusión que ofrece el Derecho comparado), el lector podrá aproximarse con diversas perspectivas, complementarias y esclarecedoras, al objeto central del trabajo: la finalidad de las barreras electorales (págs. 55 y ss.), el adelanto de su delimitación respecto del «umbral electoral» (págs. 60 y ss.) que encontrará posterior desarrollo en el capítulo 8, y otras cuestiones generales sobre las barreras legales en el Derecho español, de obligatorio tratamiento antes de analizar cada supuesto particular: elecciones en que se utilizan (págs. 62 y ss.), la exclusión de las mismas en las elecciones al Parlamento Europeo (págs. 65 y ss.), el cómputo de las mismas sobre los «votos válidos» y el

debate sobre la inclusión de los «votos en blanco» (págs. 65 y ss.), y la opción por la regla *D'Hondt* en todas las elecciones en que se utiliza un sistema de representación proporcional (págs. 83 y ss.). De este capítulo se desprende que, el hecho de que sean despreciadas las candidaturas que no superen la barrera legal establecida, perjudica sobre todo a los partidos de nueva creación, beneficiando a los partidos consolidados y contribuyendo al mantenimiento del *statu quo* (pág. 54). Ello se debe a que los escaños que habrían correspondido a las candidaturas excluidas no desaparecen, sino que se incrementa el número de escaños de los partidos que sí superan el límite legal (págs. 19 y 49). El resultado es la limitación del número de partidos con representación parlamentaria, facilitando de este modo la formación de gobiernos estables y eficaces; esta es, en definitiva, la finalidad de la figura que nos ocupa (págs. 55 y ss.). También se muestra (confirmando la ya aludida relación entre los distintos elementos del sistema electoral) que el rasgo fundamental de la barrera no es tanto el porcentaje o nivel cuantitativo de votos en que quede establecida, sino «el marco territorial sobre el que ha de realizarse el cómputo: a nivel de circunscripción o a nivel estatal» (págs. 19 y 53). Se aclara también que «las barreras electorales solo se utilizan en los sistemas de reparto *proporcional*, pues en los sistemas mayoritarios, por su propia naturaleza, las minorías se ven excluidas del reparto de escaños» (pág. 53). El capítulo termina con la enumeración de los comicios en los que se utilizan las barreras electorales: elecciones al

Congreso de los Diputados, elecciones a los diecisiete Parlamentos autonómicos, y elecciones a los órganos de gobierno de los entes locales (Ayuntamientos, Cabildos Insulares canarios y Consejos Insulares de Baleares). Esta enumeración lleva al autor a destacar varios aspectos:

- Por una parte, la inexistencia de barrera legal en las elecciones al Senado (no se precisa en sentido técnico-jurídico, al emplearse una fórmula mayoritaria corregida) ni en las elecciones al Parlamento Europeo (págs. 65 y ss.). En este último caso, la legislación electoral española (art. 216 LOREG) se remite, en cuanto a la atribución de escaños, a lo establecido para las elecciones al Congreso de los Diputados (art. 163 LOREG) exceptuando, precisamente, el apartado 1.a) de este precepto, que es el que introduce la barrera legal. Como nos explica el autor, esta decisión política (tan inequívoca como revisable) de no prever barrera electoral en las elecciones al Parlamento europeo, junto al hecho de que en las mismas la circunscripción sea «el territorio nacional» (art. 214 LOREG), produce un reparto de escaños altamente proporcional (págs. 67-68).
- Por otro lado, se evidencia el carácter *legal* de las barreras electorales, en el sentido de que ninguna de ellas está prevista en la Constitución, sino que han sido introducidas por la LOREG, algunos Estatutos de Autonomía y

las leyes electorales autonómicas. Se trata, por tanto, de decisiones legislativas, «que podrían ser suprimidas, rebajadas o aumentadas (hasta cierto límite) por el mismo legislador, estatal o autonómico» (págs. 18, 20, 62-63).

- Además, el análisis de la diferente normativa estatal y autonómica electoral, permite comprobar que (con la única excepción de los comicios autonómicos valencianos) las barreras electorales se calculan sobre los *votos válidos* emitidos (págs. 70 y ss.). La decisión de no tener en cuenta los votos nulos ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la STC 185/1999 de 11 de octubre. La determinación de los votos nulos, el problema que plantean los votos en blanco desde el punto de vista del secreto del sufragio (tacto y menor peso del sobre vacío), el debate sobre la conveniencia o no de considerar los votos en blanco como sufragios válidos (lo que endurece ligeramente la propia barrera legal), y la opción unánime por la fórmula *D'Hondt* en las elecciones en las que se utiliza un sistema de representación proporcional (difusión que se debe en parte a su propia simplicidad, por más que distorsione la proporcionalidad ayudada por el reducido tamaño de las circunscripciones, págs. 83 y ss.) son otros aspectos ampliamente tratados por el profesor Oliver, no dejando así cabos sueltos en la panorámica que nos ofrece en el capítulo 2 sobre el ámbito en el

que operan las barreras electorales. En definitiva, tanto la fórmula *D'Hondt* como la barrera electoral coadyuvan a un mismo objetivo: la formación de gobiernos estables. De nuevo queda demostrada la relación entre los elementos del sistema electoral, quedando además constancia de la naturaleza de las barreras electorales como una de las técnicas del *parlamentarismo racionalizado* (págs. 19-20, 54).

Empezando con el estudio detallado de cada uno de los supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico prevé una barrera legal, el *capítulo 3* se dedica a las elecciones al Congreso de los Diputados. El hilo conductor aquí es la dudosa eficacia real de esa barrera, que el artículo 163.1.a) LO-REG fija en el tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Ciertamente, salvo en el caso de las dos circunscripciones de mayor magnitud (las provincias de Madrid y Barcelona), esta barrera electoral no resulta operativa porque, aunque ésta no existiera, a ningún partido con menos del tres por ciento de los votos le correspondería un diputado en el reparto. Solo en las dos circunscripciones mencionadas, la cláusula de exclusión «puede tener eficacia de descarte (esto es, de impedir el acceso al Congreso de los Diputados a candidatos a los que les correspondería un escaño por aplicación de la regla *D'Hondt*)» (págs. 88-89). Resulta inevitable, entonces, preguntarse por los motivos que llevaron al legislador a establecer dicha barrera, obviamente a sabiendas de que solo en dos provincias tendría

eficacia real (págs. 92 y ss.). Seguramente, indica Oliver, durante la transición a la democracia (Ley para la Reforma Política, Real Decreto-Ley 20/1977), esta barrera electoral sirvió para tranquilizar a los procuradores de las Cortes franquistas, en cuanto encaminada a impedir una excesiva fragmentación en el futuro Congreso de los Diputados que habría de surgir de las recientemente conmemoradas elecciones del 15 de junio de 1977. Más difícil resulta comprender «por qué motivos la mantuvo la LOREG en 1985 y por qué la mantiene aún en la actualidad (tras las numerosísimas reformas de que ha sido objeto dicha Ley)». La creencia del legislador de que, aunque la cláusula no sirva prácticamente de nada, tampoco daña, la voluntad de conducir al ciudadano hacia el voto útil, o el demostrado inmovilismo del legislador (la mayoría parlamentaria que redacta las leyes ha llegado a serlo en virtud de la vigente legislación electoral) quedan apuntadas como posibles causas de este hecho. Para cerrar el capítulo, se comentan las tres propuestas doctrinales (desatendidas hasta la fecha) encaminadas a que la barrera legal para las elecciones al Congreso tenga efectos reales: elevar la barrera del tres al cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción; mantener la barrera del tres por ciento pero realizando el cómputo en el conjunto del territorio del Estado; y una tercera que integraría las dos anteriores, situando la barrera en el cinco por ciento en todo el Estado, aunque con cláusulas específicas para los partidos que limitan su actuación a una concreta Comunidad Autónoma (págs. 98 y ss.).

El capítulo 4 (págs. 105 y ss.) está dedicado a las barreras electorales utilizadas en las elecciones a los Parlamentos autonómicos, establecidas en los Estatutos de Autonomía o, más frecuentemente, en la legislación electoral de cada Comunidad (en Cataluña, a falta de ley electoral propia, se aplica la barrera prevista en la LOREG para el Congreso de los Diputados). Como ya se indicó, estas barreras autonómicas han de calcularse sobre los sufragios válidos (votos a listas más votos en blanco), salvo en la elección de las Cortes Valencianas, cuya normativa establece una cláusula de exclusión sobre todos los votos, incluidos los nulos. La normativa de las diferentes Comunidades Autónomas arroja cierta variedad en las soluciones adoptadas: desde una rigurosa barrera del cinco por ciento en el conjunto de la Comunidad (Cantabria, La Rioja, Madrid) hasta el tres por ciento en la respectiva circunscripción (Andalucía, Asturias, Aragón, Castilla y León y otras, siendo ésta la cláusula mayoritariamente adoptada), pasando por otras soluciones y variantes. Ello permite al autor realizar una detallada clasificación, de menor a mayor nivel de exigencia o dureza de estas barreras autonómicas (págs. 108 y ss.), para, a la luz de todos los datos, reflexionar en torno a los «argumentos jurídicos invocados» y a los «objetivos políticos silenciados» para modificar esas barreras electorales autonómicas, que pueden abrir o cerrar el paso a formaciones políticas menores, y, a partir de ahí, condicionar la formación de mayorías y el color político del Gobierno (pág. 139). Las modificaciones de la barrera electoral siempre se han justificado en

aras de la gobernabilidad (cuando la barrera se ha aumentado) o de la representatividad (cuando se ha rebajado). Sin embargo, «los verdaderos motivos –siempre de naturaleza política y, a veces, espurios– nunca han aparecido plasmados en las exposiciones de motivos de las normas, aunque eran perfectamente conocidos por todos los actores políticos, así como por los ciudadanos medianamente informados» (pág. 141). Se concluye el capítulo poniendo de relieve (y aportando todos los datos al respecto) que, a diferencia de la escasa eficacia de la cláusula de exclusión establecida en las elecciones al Congreso de los Diputados, las barreras fijadas en los ordenamientos autonómicos «producen, en numerosas circunscripciones, sus efectos característicos, esto es, dejar fuera del reparto de escaños a partidos cuyos resultados les permitirían, de conformidad con la fórmula proporcional utilizada, obtener uno o varios diputados» (págs. 144 y ss.).

El capítulo 5 se ocupa de la barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales (págs. 149 y ss.). En todos los casos se ha optado por la fórmula *D'Hondt*, y la barrera legal se ha fijado en el *cinco por ciento* de los votos válidos emitidos en la circunscripción. A propósito de las elecciones municipales, esta elevación de la barrera legal del tres al cinco por ciento es lo único que las diferencia de las de la Cámara Baja, ya que el art. 180 LOREG se remite al art. 163 con esta única salvedad. Existe consenso doctrinal en que la razón de esta mayor exigencia hay que situarla, de nuevo, en la Transición Política, así como en

el intento de fortalecer la posición de los partidos frente a las agrupaciones locales de electores. En este mismo capítulo se recogen también las especificidades propias de las elecciones a los Cabildos Insulares canarios (art. 201.3 LOREG, interpretado jurisprudencialmente en el sentido de que la barrera que debe aplicarse es la del art. 180 y no la del 163) y a los Consejos Insulares de Baleares (respecto de los cuales nada señala la LOREG, por lo que rige el Estatuto de Autonomía y, sobre todo, la legislación dictada en su desarrollo). También en este caso se ha optado por la barrera del cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción (la isla respectiva). En opinión del autor, esta disparidad de fuentes reguladoras en el caso de Canarias y Baleares, que podía encontrar su explicación en el diferente sistema de incorporación de los consejeros en uno y otro caso en el momento en que se aprobó la LOREG, tiene, en todo caso, difícil justificación, y debería ser corregido incorporando a la LOREG el supuesto balear (un título IV bis con su solo artículo: el 201 bis): «El no hacerlo así permitiría –sin perjuicio de lo que, en última instancia, pudiera decidir, en su caso, el Tribunal Constitucional– modificar aquella barrera del cinco por ciento, provocando en este punto una disonancia no justificada con las otras elecciones locales» (pág. 157). Una vez presentados los diferentes datos, la reflexión del profesor Oliver se centra de nuevo en el alcance y eficacia de estas barreras (págs. 158 y ss.). A este respecto se observa (y se documenta en el libro con los oportunos

cálculos) una notable efectividad de la barrera electoral en las elecciones locales, bien por el número de concejales o consejeros insulares (generalmente superior al de diputados de una circunscripción provincial), bien porque la propia barrera es dos puntos porcentuales más elevada.

El análisis fundamentalmente doctrinal y normativo llevado a cabo hasta aquí, deja paso en el *capítulo 6* a la perspectiva jurisprudencial. En él se pone de manifiesto la extremada condescendencia del Tribunal Constitucional con el legislador estatal y los legisladores autonómicos, avalando la constitucionalidad de todas las normas sobre la materia cada vez que ha tenido ocasión para ello (SSTC 75/1985, 72/1989, 193/1989, 45/1992, 225/1998, entre otras). Especial atención requiere la primera de ellas (STC 75/1985 de 21 de junio), porque se pronuncia de forma expresa y genérica sobre la licitud de las barreras electorales en atención a los objetivos que persiguen, y en relación con las exigencias que se derivan del mandato contenido en el artículo 23.2 CE (derecho de los ciudadanos a acceder a cargos públicos). Según el criterio del Tribunal, el hecho de que nuestra Norma Básica no contemple las barreras electorales no es óbice para aceptar su constitucionalidad, ya que protegen el sistema democrático contra el riesgo que supone la atomización de la representación política, sirviendo así a la racionalización de la forma parlamentaria de gobierno, al «favorecer la estabilidad gubernamental» (STC 225/1998 de 25 de noviembre, FJ 7). Resulta legítimo, pues, que el ordenamiento electoral intente conjugar el

valor del pluralismo político (art. 1.1 CE), y su expresión, en su caso, en el criterio de proporcionalidad, con «la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos» (págs. 164-165). La claridad de estos pronunciamientos, favorables a la legitimidad constitucional de las barreras legales, contrasta con la «calculada ambigüedad» del Tribunal cuando ha sido llamado a pronunciarse sobre el límite de las mismas. En efecto, si bien ha afirmado que el cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto de la Comunidad Autónoma es el tope más elevado que puede establecerse sin lesionar el derecho de acceso a cargos públicos (STC 225/1998), no explica cuáles son las «poderosas razones» que podrían justificar excepcionalmente una barrera superior, ni hasta qué porcentaje de votos se podría endurecer dicha barrera. De esta manera, como bien señala el autor del libro, el intérprete supremo de la Constitución contestó «con desgana y solo a medias» al requerimiento del Defensor del Pueblo sobre este asunto, de modo que «sabemos qué barreras son, a juicio del Tribunal, compatibles con la Constitución, pero desconocemos cuáles no lo son», con el consiguiente peligro de «abusos por parte de legisladores poco respetuosos con la voluntad del constituyente» (págs. 21, 177-180).

En el *capítulo 7*, el profesor Oliver se fija en el sistema utilizado para elegir el *Bundestag* alemán (sistema mixto, de los denominados de «representación proporcional personalizada»), movido por el prestigio del mismo y por la insistencia de que debe ser tomado como modelo en una futura

reforma del sistema electoral español (págs. 181 y ss). Se analiza aquí cuál es la barrera electoral establecida, cuáles son sus efectos en la práctica y, finalmente, si sería o no posible y/o conveniente su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Tras la detenida explicación sobre el complejo funcionamiento del sistema electoral alemán, se concreta la cláusula de exclusión (págs. 185 y ss.). Por ejemplo, refiriéndonos aquí únicamente a la elección del Bundestag, entrarán a participar en el reparto de escaños los partidos políticos que cumplan una de estas dos condiciones: obtener, al menos, el cinco por ciento de los votos («segundos votos») en el conjunto de la Federación, o haber conseguido, al menos, tres escaños directos en distritos uninominales. El Tribunal Constitucional Federal ha avalado la constitucionalidad de esta barrera, pese a las controversias doctrinales que ha suscitado. El libro trata también en profundidad las barreras en las elecciones a los Parlamentos de los Länder, elecciones locales y elecciones de los diputados alemanes del Parlamento Europeo. Focalizando el tema de la conveniencia o no de implantar en España el sistema de elección del Bundestag al aspecto concreto de la barrera legal en las elecciones al Congreso de los Diputados, considera el profesor Oliver que «la implantación *in toto* de las barreras electorales del sistema alemán en España provocaría importantes problemas de representación, al dejar fuera del Congreso de los Diputados a los partidos nacionalistas o regionalistas no mayoritarios en sus territorios, así como a aquellas fuerzas estatales con una presencia

modesta pero significativa en el conjunto del Estado» (pág. 195). De hecho –continúa– incorporar al ordenamiento español la barrera electoral en los términos en que está establecida en el sistema alemán posiblemente sería inconstitucional, por vulnerar el principio de representación proporcional (art. 68.3) y el valor superior pluralismo político (art. 1.1). Recomienda –con buen criterio– prudencia, reflexión y el consejo de los expertos para evitar decisiones tal vez poco meditadas, pero con enormes posibilidades de condicionar el juego político, la formación de mayorías y, en definitiva, la calidad de nuestra democracia (pág. 196).

El capítulo 8 está dedicado, como ya se indicó, a estudiar cómo, en ocasiones, se utiliza el *umbral electoral* como barrera electoral encubierta (págs. 197 y ss.). En efecto, «una técnica muy conocida y, a menudo, utilizada para dejar fuera de la atribución de escaños (aunque no de participar en el reparto) a candidaturas con apoyos electorales pequeños o incluso medianos –sin alterar ni la barrera electoral, ni la circunscripción, ni la fórmula proporcional del reparto– consiste en *reducir el número de diputados* atribuidos a cada circunscripción», consiguiendo así generar umbrales electorales muy altos. Con este procedimiento «tan elemental como eficaz», que suele justificarse con el objetivo de reducir el gasto público, «un sistema electoral teóricamente proporcional puede devenir, sin duda, en un sistema mayoritario corregido, en donde solo dos partidos tengan posibilidades reales de obtener representantes en cada circunscripción», cerrando así el paso a

formaciones políticas emergentes que amenazan con modificar el *statu quo* (págs. 22, 198). El profesor Oliver ilustra este *modus operandi* profundizando en el supuesto de Castilla-La Mancha («una reducción de escaños aprobada», págs. 200 y ss.) y en de las Islas Baleares («una reducción de escaños rechazada», págs. 209 y ss). Respecto del caso que sí se llegó a materializar, vemos cómo Castilla-La Mancha ha reformado su Estatuto de Autonomía y su Ley Electoral, pasando de 49 escaños en las elecciones de 2011 a 33 en las de 2015³. Iniciativas

legislativas en el mismo sentido no han prosperado en otras Comunidades Autónomas. La enseñanza que el autor extrae de todo ello puede resumirse diciendo que «las motivaciones profundas de las reformas electorales, a menudo antagónicas a las manifestadas públicamente, aunque son muy evidentes para cualquier ciudadano medianamente informado, son inde demostrables con argumentos de naturaleza jurídica». En todo caso, añade, «las reformas electorales que ocultan inconfesables intereses partidistas no son, por este solo hecho, inconstitucionales, aunque puedan resultar merecedoras de críticas desde el punto de vista de la ética política o de la calidad democrática» (pág. 208).

III

Hasta aquí el somero recorrido por los contenidos de una obra que consigne algo tan difícil como aunar claridad y profundidad. Como sucede en libros anteriores del profesor Oliver, encontramos también aquí una visión didáctica, personalísima y valiente de nuestra realidad constitucional (en este caso, de nuestro ordenamiento electoral), en la que el enfoque crítico de la realidad se hace compatible con la recomendación de prudencia y reflexión a la hora de encarar reformas, por lo demás seguramente necesarias.

En definitiva, como hemos visto, en el tema de las barreras electorales

³ En julio de 2013, las Cortes de Castilla-La Mancha habían aprobado la reforma que quedaría plasmada en la Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE 22 de mayo de 2014). La reforma afecta al artículo 10, cuyo apartado segundo queda redactado así: «La circunscripción electoral es la provincia. Las Cortes de Castilla-La Mancha estarán constituidas por un mínimo de 25 diputados y un máximo de 35». La anterior regulación recogía una horquilla de 47 a 59 diputados. El Grupo Parlamentario Socialista del Senado recurrió ante el Tribunal Constitucional esta reducción de parlamentarios, entendiendo que vulneraba la exigencia constitucional de proporcionalidad (art. 152.1), así como el pluralismo político (art. 1.1), la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3) y el acceso en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos (art. 23.2), entre otros preceptos constitucionales. El recurso de inconstitucionalidad fue desestimado por la STC 197/2014, de 4 de diciembre. Igualmente fue desestimado (STC 15/2015 de 5 de febrero) el recurso presentado por senadores socialistas contra la Ley 4/2014, de 21 de julio, de refor-

ma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha, que concreta en 33 el número de diputados autonómicos.

acaba siempre por emerger, como cuestión clave, la tensión dialéctica entre *gobernabilidad* y *representatividad* (presente, como se ha dicho, como subtítulo del libro comentado). Así las cosas, es lógico e inevitable que el profesor Oliver ofrezca su propia visión al respecto. Entiende en este sentido nuestro autor que, para que un sistema electoral pueda seguir considerándose «proporcional» (como exige la Constitución), «la cláusula de exclusión deberá moverse dentro de límites bastante moderados, no siendo admisibles barreras que –por su dureza– expulsen de la distribución de escaños a formaciones políticas de cierta relevancia electoral». En efecto, «restringir la pluralidad más allá de lo *estrictamente* necesario para conseguir un Gobierno eficaz, vulneraría gravemente la exigencia constitucional de que la elección se realice atendiendo a criterios *de representación proporcional*» (artículos 68.3 y 152.1 CE). Además, continúa afirmando el profesor Oliver, «las barreras muy restrictivas

empobrecerían el sistema democrático (convirtiendo el Parlamento en un club exclusivo de partidos políticos grandes), provocarían un aumento de la abstención (al desincentivar el voto de aquellos ciudadanos que votan a partidos pequeños) y generarían resentimiento contra la clase política establecida» (págs. 23 y 175-176).

A la vista de todas las consideraciones anteriores, creemos que se recomienda por sí sola la lectura de esta obra de referencia que, directa o indirectamente, toca todos los problemas de calado planteados por nuestro sistema electoral. El equilibrio entre reflexión teórica y comprobación empírica hace del trabajo una investigación rigurosa, actualizada y pegada –precisamente– a la actualidad, que reivindica la importancia de volver siempre a cuestiones clásicas (principio democrático, proporcionalidad, gobernabilidad *versus* representatividad) como algo imprescindible para arrojar luz sobre los nuevos problemas y afrontar futuras reformas.

Miguel Ángel Alegre Martínez
Universidad de León

Carlos VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, colección Debates Constitucionales, Marcial Pons y Fundación Giménez Abad, 2017, 144p, ISBN:9788491234319.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp437-439](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp437-439)

Es de sobra conocido el hecho de que la elaboración del art. 27 de la Constitución constituyó una de las pruebas más difíciles de superar para lograr el consenso necesario en el proceso constituyente, hasta el punto de que el modo de reconocimiento de los derechos educativos y la libertad de enseñanza motivó que dejara la Ponencia Constitucional el representante del entonces primer partido de la oposición, Sr. Peces-Barba, comprometiéndose de esta manera el éxito de la tarea constituyente.

Asimismo, es sintomático que gran parte de las leyes de desarrollo del artículo 27 hayan sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional. No sólo eso, sino que aquellas leyes que no han sido impugnadas ante el TC por los sujetos legitimados ex art. 162 CE no por ello han estado exentas de polémica política o de oposición jurídica, como sucedió en el caso de la Ley orgánica de Educación y la polémica (que llegó al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional) acerca de la materia «Educación para la ciudadanía».

De ahí que haya que saludar la publicación de *El derecho a la educación*

en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas, del profesor Carlos Vidal Prado, en la nueva colección sobre «Debates constitucionales» de la Fundación Manuel Giménez Abad y la Editorial Marcial Pons. Si con esta colección ambas instituciones pretenden convertirse en una «modesta pero rigurosa aportación al debate político y jurídico existente alrededor de los temas de mayor actualidad», en el título que comentamos se cumple con creces el propósito.

En apretadas 150 páginas (la extensión propia de esta colección), se abordan las cuestiones más relevantes sobre el derecho a la educación en nuestro país, con equilibrio y ponderación, no tan frecuentes en una cuestión tan sensible como la educación y la enseñanza.

El libro se divide en 8 capítulos. Los tres primeros ofrecen un repaso por el marco constitucional de los derechos educativos, así como la normativa de desarrollo de las previsiones constitucionales, que ha sufrido notables modificaciones en estos casi cuarenta años de vigencia de la Constitución. Sin

embargo, el autor subraya que los rasgos fundamentales del sistema educativo no han sido modificados desde los años ochenta, en los que la LODE y, sobre todo, la LOGSE, fijaron las bases que hoy todavía permanecen vigentes. Por otro lado, también matiza la idea de que cada vez que hay cambio del color político del Gobierno, se elabora una nueva Ley. En realidad, como se explica en el volumen, las leyes educativas principales han sido aprobadas por gobiernos socialistas, mientras que los de centro derecha solamente han aprobado dos: la LOECE (muy sectorial, sobre el estatuto de los centros) y la LOMCE (que, en realidad, es una modificación de la LOE aprobada por el Gobierno Zapatero).

En los capítulos IV y V se analizan las distintas dimensiones del derecho a la educación, exponiendo las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión. Resulta especialmente interesante el estudio que se lleva a cabo en el capítulo V de la relevancia que tiene el respeto a los valores constitucionales en el ámbito educativo, y si puede hablarse o no de un «ideario educativo constitucional». Como deja entrever el autor en este capítulo y, sobre todo, en el último (de «Valoraciones finales»), no parece que pueda hablarse de un ideario constitucional para la educación, sino en todo caso de una serie de valores que deben ser respetados, pero sin que parezca que pueda llegarse a un cierto adoctrinamiento, como sin embargo sí defienden otras posiciones doctrinales en España.

Ese respeto a los valores constitucionales debe garantizarse en todos los centros, incluyendo por supuesto

aquellos que tienen ideario o carácter propio, cuyo contenido debe moverse dentro de los límites que la propia Constitución determina. También se analiza la necesidad de una materia como Educación para la Ciudadanía, ya sea contemplada como asignatura específica, ya como contenidos transversales incluidos en distintas asignaturas. El autor analiza críticamente la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. Por último, también se aborda el problema de la educación diferenciada, inclinándose Vidal Prado por sostener que se trataría de una opción pedagógica o metodológica, que entraría dentro del ámbito del carácter propio de cada centro.

Algunas características del Derecho a la educación como derecho de libertad se estudian en el capítulo VI, como por ejemplo los posibles conflictos entre la libertad de cátedra del docente y el ideario del centro en el que desarrolla su labor educativa. Tanto en este capítulo como en el resto, la atención del autor se centra sobre todo en la educación no universitaria, pero va realizando algunos apuntes también referidos al ámbito universitario, como por ejemplo a la autonomía de las Universidades garantizada en el art. 27.10 de la Constitución.

En el capítulo VII se analiza una cuestión crítica en estos últimos años de crisis económica, como es la financiación de la educación, tanto en lo que se refiere al gasto público educativo en general, como a cuestiones concretas como la de la financiación destinada a las becas y ayudas al estudio. Con datos oficiales, se puede constatar la evolución de ese gasto estatal

(que, en realidad, como bien se apunta, es una inversión), que evidentemente se ha reducido en los años más duros de la crisis, aunque se ha comenzado a recuperar, sobre todo a partir de 2015. Asimismo, se analiza con detalle la financiación de las becas, explicando por qué es verdad tanto lo que dice el Gobierno (el gasto presupuestado en becas es el más alto de la historia) como la oposición (el gasto ejecutado en becas y ayudas al estudio ha disminuido unos años, hasta que se ha empezado a recuperar de nuevo a partir de 2015).

Finalmente, en el último capítulo se incluyen unas valoraciones finales, en las que el autor expone con más detenimiento su opinión en algunas de las cuestiones controvertidas que ha ido repasando a lo largo del texto, en el que, como se ha dicho, se procura mantener un equilibrio al exponer

cuáles son las posiciones de unos y otros en cada materia controvertida.

Vidal Prado reivindica el valor del consenso constitucional en el ámbito de los derechos educativos, y defiende que los trabajos para poder alcanzar un (necesario) Pacto educativo deberían tener muy presente la senda que nos marcaron los constituyentes. En este sentido, el artículo 27 de la Constitución ofrece un buen sustrato para poder construir, a partir de él, ese acuerdo entre todas las fuerzas políticas, o al menos la mayoría de ellas.

En consecuencia, estamos ante una oportuna aportación, de un autor que ya había efectuado numerosas contribuciones doctrinales sobre los derechos educativos, que llega en un momento muy propicio para que se tengan en cuenta sus ideas en la configuración del Pacto por la educación en España.

Pablo Nuevo López

Profesor de Derecho constitucional
Universidad Abat Oliba CEU.

EN ESTE NÚMERO
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ es profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de León. Autor de diversas publicaciones en ámbitos como la Justicia constitucional, derechos y deberes, aspectos constitucionales de la Unión Europea, los nuevos derechos o los símbolos políticos.

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ es profesor Ayudante doctor de la Universidad de Valladolid.

Alicia CÁRDENAS CORDÓN es becaria de colaboración de la Universidad de Córdoba.

Enrique CEBRIÁN ZAZURCA es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.

Ignacio José CUBILLO LÓPEZ es profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Córdoba.

Melissa Carolina ELECHIGUERRA LABARCA es abogada y doctora en Derecho por la Universidad de Deusto.

Pablo FIGUEROA REGUEIRO es un *Senior associate* en *Gibson, Dunn & Crutcher LLP's Brussels office*. También es un *Visiting Lecturer* en la Queen Mary University (London, United Kingdom), *Guest lecturer* en la Oxford University y *Guest lecturer* e investigador externo en el *Deusto Translaw Research Group*.

Covadonga FERRER MARTÍN DE VIDALES es profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

M^a Victoria GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA es profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Adrián GARCÍA ORTIZ es investigador predoctoral FPU de la Universidad de Alicante.

María MACÍAS JARA es profesora doctora de Derecho Constitucional de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE, Madrid).

Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ es investigadora predoctoral MECDFPU de la Universitat de Valencia.

Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ es abogada y forma parte de la Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social.

José Manuel MARTÍNEZ SIERRA es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, *Jean Monnet ad personam Chair in EU Law and Government Harvard University*.

Gabriel MORENO GONZÁLEZ es investigador de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Pablo NUEVO LÓPEZ es profesor Agregado de Derecho Constitucional de la Universitat Abat Oliba CEU.

Nicolás PÉREZ SOLA es Catedrático acreditado de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén.

Alejandro VILLANUEVA TURNES es Doctorando en Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela y es también becario de la Escola Galega de Administración Pública.

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 que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana o inglesa, 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, teléfono de contacto y en su caso el identificador de orcid.
 - 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.
 - El texto del trabajo irá precedido de un breve sumario de las diferentes partes en que esté estructurado el trabajo en castellano o en inglés dependiendo del idioma en que esté redactado el trabajo.
 - Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano) o en castellano (si el trabajo se presenta en idioma inglés).
 - El trabajo deberá incluir en la última página un listado completo de las referencias bibliográficas empleadas.
 - La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), tamaño DinA 4.
 - Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador.
 - Ejemplo:
«La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y ...»
 - El tipo y el tamaño de la letra será Times New Roman 12. En las notas a pie de página el tipo y tamaño de la letra será de Times New Roman 10.
 - El título del artículo en Times New Roman 14, mayúscula, negrita y centrado.
 - Ejemplo: **LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL**
 - Los títulos de los distintos apartados:
 - Primer rango de apartado: Times New Roman 12, mayúscula y negrita.
 - Ejemplo: **I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS**
 - Segundo rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y negrita.
 - Ejemplo: **1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva**
 - Tercer rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y cursiva.
 - Ejemplo: *1.1. La llamada conexión objetiva o instrumental*
 - Cuarto rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula.
 - Ejemplo: 1.1.1. La conexión subjetiva
 - Los siguientes rangos de apartados si fuese necesario en Times New Roman 12, minúscula y precedidos primero por una letra en mayúscula seguido por un paréntesis, y segundo por una letra en minúscula seguido por un paréntesis.
 - Ejemplo: A) La conexión indirecta

- a) Una de las perspectivas de la conexión indirecta
- El sumario que deberá figurar antes del texto principal deberá incluir un apartado de conclusiones, así como de bibliografía.
 - Ejemplo: SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 1.2.1. Los nuevos nexos de conexión. 1.2.2. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.
4. **Normas de edición.** Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el manual de estilo de Chicago (CMOS), preferentemente usando el sistema ‘Autor-fecha’.

Notas y bibliografía: ejemplos

Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada. En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

¹ Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

¹⁸ Duch, *Mito...*, 15.

²¹ Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

²² Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

² Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

³ Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

⁷² Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

¹⁰¹ Ojeda et al., *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

² Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

³ Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

¹ Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

¹⁸ Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

¹ Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

¹⁹ Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

¹ James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

² Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

¹ Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

¹⁴ Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

¹ Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

² Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

³ Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

⁴ Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo:

Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

¹ María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

³⁴ Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

Artículo en una revista en línea

¹ Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

¹⁵ Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

² Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

⁴ Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

¹ David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

² Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

¹ Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

³ Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

² Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).

⁴ Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

² «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

³ José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía.

² Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

⁷ Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar.

⁸ Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

⁹ Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos.

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

Norma jurídica

² Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

³ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (*BOE* núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).

Jurisprudencia

Debe citarse haciendo referencia al órgano que la dicta, el número —si lo hay— y la fecha, usando abreviaturas para el término *sentencia* y la mención del órgano que la dicta.

El texto de la STC 185/2012, de 17 de octubre, se refiere, en sus Antecedentes...

Autor-fecha: ejemplos

Los siguientes ejemplos ilustran las citas que se utilizan en el sistema autor-fecha. Cada ejemplo de una entrada de la lista de referencia va acompañado de un ejemplo de su correspondiente cita entre paréntesis en el texto. En las entradas de la lista de referencia se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En los casos en los que el sistema autor-año se complementa con notas a pie de página o final de capítulo, la mención de la fuente en las notas se realiza igual que cuando se hace en el cuerpo del texto. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 15 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*. Para ver ejemplos de las mismas citas utilizando el sistema de notas y bibliografía, véase el capítulo 14.

1. Libro

Un autor

Duch, Lluís. 1998. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder.
Segura, Santiago. 2012. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.
(Duch 1998, 99-100)
(Segura 2012, 74-76)

Dos autores

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.
(León y Montero 1993, 25)

Tres autores

Borrego Nieto, Julio, José J. Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos 1986)

Cuatro o más autores

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*

(Ojeda et al. 2009, 128-129)

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

(Notario Ruiz 2005, 24)

Editor, traductor o compilador además de autor

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.

(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

Capítulo u otra parte de un libro

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.

(Gómez Mendoza 2009)

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.

(Rieger 1982, XX-XXI)

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF. (Austen 2008)

Libro consultado en línea

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

(Gutiérrez Ordoñez 1981)

(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. http://www.revistalatinacs.org/11/art/941_Alicante/20_Feliu.html.

(Feliu Albadalejo 2011, 470)

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...»), y, normalmente, se omiten en la lista de referencias. El siguiente ejemplo muestra una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

(Stolberg y Pear 2010)

4. Reseña del libro

Kamp, David. 2006. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

(Kamp 2006)

5. Tesis o tesina

Hernández Rubio, Francisco José. 2010. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

(Hernández Rubio 2010)

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Rodríguez Vázquez, Silvia. 2012. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre.

(Rodríguez Vázquez 2012)

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...»). Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir la fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

(McDonald's 2008)

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») y, generalmente, se omiten en la lista

de referencias. Si es necesaria una entrada en la lista de referencias, cite la entrada del blog, pero mencione los comentarios solo en el texto. (Si se requiere una fecha de acceso, añádala antes del URL).

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

(Ramírez 2012)

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») y raramente se incluyen en la lista de referencias.

(Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011)

Nótese que la cita de una comunicación personal o entrevista puede también complementarse con una nota a pie de página o final de capítulo.

(«Según señala Benjamin Spock en una entrevista realizada por Milton J. E. Senn el 20 de noviembre de 1974,⁸...»).

⁸ Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)²

² Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

10. Obra registrada en bases de datos

Para documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de dicha base y, entre paréntesis, el número de identificación recomendado en la misma.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

La mayoría de los escritos legales y públicos citan la documentación en el propio cuerpo, más que en notas, y prácticamente no incluyen bibliografía. Todo escrito legal que necesite algo más que mencionar una fuente en el texto tendrá que recurrir a notas a pie de página o final de capítulo. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 14 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*.

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 simple, 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 ordinario de cinco días naturales 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 reseña o reseña.

Aviso de derechos de autor/a

Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista Estudios de Deusto. Revista de la Facultad de Derecho, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas. No firman ningún documento de cesión de derechos con la Editorial.

1. Autoría: El autor debe ser el único creador de la obra o debe actuar legalmente en nombre y con el pleno acuerdo de todos los autores.
2. Derecho de Autor y Código de conducta:
 - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicado en cualquier forma anteriormente; que no está preparando su publicación en otra parte; que su envío y publicación no violan el código ético de la revista Estudios de Deusto (disponible en <revista-estudios.revistas.deusto.es>) ni los códigos de conducta, leyes o derechos de cualquier tercero; y que no se requiere el pago por la publicación por la Editorial (Universidad de Deusto).
 - b) Los autores conceden a la Editorial el derecho libre de pago para explotar y sublicenciar la obra en todo el mundo, en todas las formas y medios de expresión, ahora conocidos o desarrollados en el futuro, para los propósitos educativos y académicos.
 - c) Los autores retienen el derecho a presentar, exhibir, distribuir, desarrollar y publicar su trabajo para progresar en su carrera científica con la debida anotación de su publicación original en la revista Estudios de Deusto.
 - d) Los autores garantizan que no se han otorgado ni se otorgarán permisos o licencias de cualquier tipo que puedan violar los derechos otorgados a la Editorial.

Código ético

Estos compromisos están basados en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Obligaciones generales de la dirección de la Revista

El director de la Revista deberá:

1. Velar por la continua mejora de la Revista;
2. Asegurar la calidad de los artículos que se publican;
3. Mantener la integridad académica del contenido de la Revista;
4. Respetar la libertad de expresión;
5. Estar dispuesto a publicar las correcciones, y a hacerlo si se detectan errores, así como a publicar las retractaciones, y las disculpas que en su caso sean necesarias. Al respecto, se seguirán las recomendaciones publicadas al respecto por COPE
6. Preservar el anonimato de los evaluadores designados en cada caso para la evaluación de los artículos.
7. No anteponer en ningún caso intereses comerciales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.

2. Relación con los autores

2.1. Promoción de conductas éticas

La dirección de la Revista deberá asegurarse de adoptar las medidas oportunas para asegurar la calidad del material publicado, y evitar la publicación de plagios y de trabajos no originales.

2.2. Obligaciones específicas de los autores

2.2.1. Originalidad y plagios

Los manuscritos que envíen los autores para su publicación en la Revista deberán contener los datos necesarios para permitir su cita ulterior por otros autores.

Los autores deberán enviar artículos completamente originales, y si los autores han utilizado el trabajo y/o las palabras de otros, éstos deberán estar convenientemente citados en el trabajo. Los plagios en las distintas formas en que se pueden manifestar, como puede ser la reproducción del trabajo de otro como si fuese un trabajo propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de otro/s trabajo/s sin citarlos, se consideran conductas no éticas e inaceptables. La Dirección de la Revista adoptará en semejantes casos las medidas oportunas, que incluirá generalmente la comunicación al autor de las quejas o reclamaciones planteadas, así como inclusive ulteriores comunicaciones a las instituciones u organismos de investigación correspondientes. Si la conducta no ética se confirma y se descubre tras la publicación del artículo, aunque hayan pasado años, se procederá a publicar una corrección, retractación u otro tipo de nota que deje constancia del acto producido.

2.2.2. Publicación múltiple, redundante o simultánea

Los autores deberán procurar en general no publicar la misma investigación en más de una publicación. El envío del mismo original a más de una revista simultáneamente se considera una conducta inaceptable. La publicación de un artículo en más de una Revista podrá encontrarse excepcionalmente justificada, y en cualquier caso se deberá mencionar adecuadamente la primera referencia publicada en la segunda publicación.

2.2.3. Reconocimiento de fuentes

Se deberá reconocer el trabajo de otros autores, por lo que los autores deberán citar en sus manuscritos los trabajos que hayan sido relevantes para su propio trabajo. Informaciones obtenidas por vías distintas a trabajos publicados previamente de forma pública solo podrán usarse con el permiso expreso del autor correspondiente. Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente al director de la Revista y colaborar con este último en la corrección o retractación del error cometido. Si el director de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, el autor deberá lo antes posible enviar la correspondiente retractación o corrección, o acreditar ante el director de la Revista la veracidad y corrección del artículo original.

2.2.5. Autoría

La autoría de los artículos deberá estar limitada a las personas que han contribuido de forma significativa a la determinación, diseño y elaboración del trabajo. Todos los que hayan contribuido de forma significativa deberán ser citados como coautores.

Si otras personas hubiesen participado en algunos aspectos sustantivos del trabajo, deberán ser reconocidos adecuadamente en el artículo.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación

2.2.6. Conflictos de interés de los autores

Los autores deberán manifestar en el manuscrito cualquier conflicto de interés financiero o sustantivo que puedan tener y que pueda incidir en su publicación y en su valoración. Todas las fuentes de financiación del proyecto deberán ser indicadas en el manuscrito.

2.3. Normas de publicación para los autores

Se publicará y se mantendrá debidamente actualizado el proceso de publicación en la Revista con el fin de que los autores puedan tener toda la información que necesiten al respecto, y que solamente por causas debidamente justificadas se podrá alterar. En particular, se publicará el funcionamiento del proceso de revisión por pares de los artículos recibidos al que deberán someterse todos los autores.

2.4. Decisiones respecto a la publicación

Las decisiones relativas a la aceptación o al rechazo de un artículo para su publicación deberán basarse única y exclusivamente en la calidad del artículo, esto es, en su claridad, originalidad, e importancia, así como en su adecuación a los objetivos y al ámbito de la Revista. El director de la Revista será el responsable de decidir en última instancia qué artículos enviados a la Revista se publicarán finalmente en ella.

En ningún caso, se rechazarán artículos debido a las críticas u opiniones divergentes de posturas mayoritarias y/o manifestadas por miembros de la Revista, siempre que se trate de artículos de calidad que justifiquen sus posturas sin caer en la descalificación.

Igualmente, la decisión, bien de aceptación, bien de rechazo, se comunicará siempre al autor en el tiempo indicado en las normas de publicación, y deberá ser motivada, especialmente en caso de rechazo. Esta decisión no deberá modificarse posteriormente, salvo que se hayan producido serios problemas en el proceso de publicación que deberán justificarse debidamente. En cualquier caso, los cambios en la estructura de la Revista no afectarán a las decisiones adoptadas previamente en cuanto a la aceptación o al rechazo de los artículos enviados para su publicación.

2.5. Confidencialidad y conflictos de interés de la dirección, de la subdirección y del Consejo de Redacción

La dirección de la Revista, así como la subdirección y el Consejo de Redacción, no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente, los potenciales o actuales evaluadores del artículo y los miembros del Consejo Asesor de la Revista, si fuese conveniente.

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de la dirección de la revista, de la subdirección, del Consejo de Redacción o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo en virtud del párrafo anterior, salvo que se cuente con el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. La dirección de la Revista, así como la subdirección, se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción. Los autores deberán manifestar sus intereses relevantes, y el director de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes en caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación.

3. Proceso de revisión por pares

3.1. Contribución a las decisiones editoriales

La adecuada revisión por pares de los artículos se considera un elemento esencial de la Revista. Los evaluadores asisten al Director de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos, y a través de la comunicación con el autor también contribuyen a la mejora del artículo.

Los artículos serán revisados por dos evaluadores, recurriéndose a la opinión de un tercer evaluador en caso de que haya discrepancias respecto a la publicación o no del artículo entre las dos evaluaciones realizadas.

3.2. Conducta debida

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales. Igualmente, se evitarán los conflictos de intereses del tipo que fuere (personales, académicos, comerciales, etc.). En particular, los evaluadores deberán señalar las publicaciones relevantes no citadas por el autor en el manuscrito, así como posibles similitudes o identidades parciales o totales del manuscrito con otros artículos ya publicados de los que tenga conocimiento personal el evaluador.

Si un evaluador no se considera suficientemente capacitado para evaluar un determinado manuscrito, o sabe que no lo podrá hacer en un tiempo razonable, deberá comunicárselo inmediatamente a la dirección de la Revista.

3.3. Confidencialidad de los evaluadores

En cualquier caso, el proceso de evaluación quedará sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Ni los evaluadores ni los autores conocerán sus respectivas identidades, evitando de esta forma los conflictos de intereses que se pudiesen producir. Al respecto, la dirección de la Revista ostentará un estricto deber de confidencialidad. Igualmente, los evaluadores deberán tratar los manuscritos recibidos como información confidencial, y no deberán mostrarlos o discutirlos con terceras personas, salvo autorización expresa del Director de la Revista.

3.4. Conflictos de interés de los evaluadores

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los evaluadores, sin el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. Los evaluadores se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Más información: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/index>

All this information is available in English on the following web page:
<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/>

Estudios de Deusto

Volume 65, Issue 2, July-December 2017

Table of Contents

Studies

Cortes de Aragón as Open Parliament: Mechanisms of Citizen Participation in Parliamentary Procedures
Enrique CEBRIÁN ZAZURCA

The causes of criminal connection and their application after the reform operated by the Law 41/2015
Ignacio José CUBILLO LÓPEZ

Considerations on constitutional reform: Guarantee of permanence or rupture of consensus
M^a Victoria GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA

Before a weakened representative democracy. A chimera between the ideal and the achievement
María MACÍAS JARA

The new limits on the right to be forgotten in the legal system of the European Union: the difficult conciliation between economic freedoms and the protection of personal data
Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ

Coordination of social security systems in the European Union
Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ

The equality before the law in the doctrine of the CJEU
José Manuel MARTÍNEZ SIERRA y Covadonga FERRER MARTÍN DE VIDALES

The constitutionalization of a balanced budget rule in the United States: lessons from an unfinished debate
Gabriel MORENO GONZÁLEZ

Recent trends in Inter-American court of humans rights decisions
Nicolás PÉREZ SOLA

Legal Age. Article 12 of the Spanish Constitution of 1978
Alejandro VILLANUEVA TURNES

Notes

Brief considerations about current Protection of Taxpayers' rights in Europe: Special focus on the exchange of information
Melissa Carolina ELECHIGUERRA LABARCA

Effectiveness and EU Competition Law: Chartering Not So Incognita a Terra
Pablo FIGUEROA REGUEIRO

Anti-discrimination law, religious freedom and relations between individuals in European Union Law
Pablo NUEVO LÓPEZ

Book reviews