

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

Vol. 72/2, julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

Sumario

Estudios

El recurso de queja laboral: visión histórica y regulación actual

JAIIME ALEMAÑ CANO

La dirección pública de los centros de gobierno ¿asesoramiento o copresidencia? El jefe de gabinete de la Casa Blanca como estudio de caso (1946-2024)

DANIEL CASAL OUBIÑA

La descentralización de la imposición personal sobre la riqueza a la luz de los principios constitucionales de redistribución

PEDRO GARCÍA GUJARRO

Análisis de las formas especiales de ejecución existentes en el ordenamiento penitenciario español para los perfiles maternal y paternal: posibilidades, críticas, propuestas de mejora y defensa de una aplicación extensiva a los padres de las posibilidades normativas previstas para las madres

TALIA GONZÁLEZ COLLANTES

Implicaciones constitucionales de los principios rectores sobre DDHH y empresas

ANA MARÍA OVEJERO PUENTE

Derecho fundamental al amor en Colombia: un compromiso constitucional retórico con limitada materialización práctica

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS

Evolución histórica y competencial de los cabildos insulares en canarias

FLORENTINO DE GUZMÁN PASENCIA MEDINA

La reforma del artículo 49 de la Constitución española: ¿Era necesaria? ¿Ha sido acertada?

BEGOÑA RODRÍGUEZ DÍAZ

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la tutela de las personas LGTB, entre activismo judicial y necesidad de normas comunes de protección

SILVIA ROMBOLI

Disonancias en la Europa de los derechos

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Dinámicas de cambio en la gestión de la Casa Real y el desarrollo de las funciones del Rey

DANIEL DEL VALLE-INCLÁN RODRÍGUEZ DE MIÑÓN

Premio Juan Churruca

La protección jurídica al funcionario informante en la Unión Europea: un análisis del Estatuto de los Funcionarios y el régimen interno de Frontex

MARKEL AMO SÁNCHEZ

The enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading

NAHIA AROSTEGI ARRIAGA

Jurisprudencia

Libre circulación de personas y normas de derecho de la competencia de la unión europea en el deporte: especial referencia a la sentencia TJUE FIFA C. L. Diarra (ASUNTO C-650/22)

GABRIEL MARTÍN RODRÍGUEZ

Recensiones

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 72/2 julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos:
SCOPUS, SJR, DOAJ, FECYT, ÍndICES-CSIC, Dialnet,
DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ,
PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS
Plus+, ANVUR clase A, Google Académico y WorldCat

Los contenidos de la Revista «Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público» 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. Revista de Derecho Público» are available in open access at the following web page: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto
Bilbao
2024

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/2 julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

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)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

Depósito legal: BI-2350-1993

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

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto)

Secretaría General:

Mar Antonino de la Cámara (Universidad de Deusto)

Consejo de redacción:

Miguel Beltrán de Felipe (Universidad de Castilla-La Mancha); Vito Breda (University of Queensland, Australia); Ana Carmona Contreras (Universidad de Sevilla); Belén García Álvarez (Universidad de Deusto); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto); Marisol Luna Leal (Universidad Veracruzana, México); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez (Universidad Autónoma de Madrid); Ángel Rodríguez-Vergara Díaz (Universidad de Málaga); Carmen Salcedo Beltrán (Universitat de València)

Consejo asesor y evaluador:

Miguel Agudo Zamora (Universidad de Córdoba); Leonardo Álvarez Álvarez (Universidad de Oviedo); Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto); Manuel Arenilla Sáez (Universidad Rey Juan Carlos); Montserrat Auzmendi del Solar (Parlamento Vasco); Miguel Azpitarte Sánchez (Universidad de Granada); Leyre Burguera Ameave (Universidad Nacional de Educación a Distancia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Maita Chan-Gonzaga (Ateneo de Manila, Filipinas); María Elósegui Itxaso (Universidad de Zaragoza); Juan Franch Fluxá (Universidad de las Islas Baleares); Eloy García López (Universidad Complutense de Madrid); María Holgado González (Universidad Pablo de Olavide); Sara Iglesias Sánchez (Universidad Complutense de Madrid); Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School); Elia Marzal Yetano (Universidad de Barcelona); Remedios Morán Martín (Universidad Nacional de Educación a Distancia); María Aránzazu Moretón Toquero (Universidad de Valladolid); Juan José Nieto Montero (Universidad de Santiago de Compostela); Jorge Omar Bercholz (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Sabrina Ragone (Universidad de Bolonia, Italia); Javier Revorio Díaz (Universidad de Castilla-La Mancha); Fernando Rey Martínez (Universidad de Valladolid); María Luisa Sánchez Barrueco (Universidad de Deusto); Esther Seijas Villadangos (Universidad de León); Francisco Sosa Wagner (Universidad de León); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco); Beatriz Tomás Mallén (Universidad Jaume I); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica); Laura Zúñiga Rodríguez (Universidad de Salamanca)

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/>

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público está incluida en los siguientes índices y bases de datos: SCOPUS, SJR, DOAJ, FECYT, ÍNDICES-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, ANVUR clase A, Google Académico y WorldCat.

Scopus®



FECYT-473/2024

Fecha de certificación: 30 de julio de 2021 (7ª convocatoria)
Válido hasta: 24 de julio de 2025

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/2 julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

Sumario

Estudios

- Jaime ALEMAÑ CANO, *El recurso de queja laboral: visión histórica y regulación actual* 19-42
- Daniel CASAL OUBIÑA, *La dirección pública de los centros de gobierno ¿asesoramiento o copresidencia? El jefe de gabinete de la Casa Blanca como estudio de caso (1946-2024)* 43-72
- Pedro GARCÍA GUIJARRO, *La descentralización de la imposición personal sobre la riqueza a la luz de los principios constitucionales de redistribución* 73-103
- Tàlia GONZÁLEZ COLLANTES, *Análisis de las formas especiales de ejecución existentes en el ordenamiento penitenciario español para los perfiles maternal y paternal: posibilidades, críticas, propuestas de mejora y defensa de una aplicación extensiva a los padres de las posibilidades normativas previstas para las madres* 105-144
- Ana María OVEJERO PUENTE, *Implicaciones constitucionales de los principios rectores sobre DDHH y empresas* 145-193

Juan Sebastián Alejandro PERILLA GRANADOS, <i>Derecho fundamental al amor en Colombia: un compromiso constitucional retórico con limitada materialización práctica</i>	195-217
Florentino De Guzmán PLASENCIA MEDINA, <i>Evolución histórica y competencial de los cabildos insulares en Canarias</i>	219-247
Begoña RODRÍGUEZ DÍAZ, <i>La reforma del artículo 49 de la Constitución española: ¿era necesaria? ¿ha sido acertada?</i>	249-282
Silvia ROMBOLI, <i>La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la tutela de las personas LGTB, entre activismo judicial y necesidad de normas comunes de protección</i>	283-314
Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, <i>Disonancias en la Europa de los derechos</i>	315-345
Daniel del VALLE-INCLÁN RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, <i>Dinámicas de cambio en la gestión de la Casa Real y el desarrollo de las funciones del Rey</i>	347-380

Premio Juan Churruca

Markel AMO SÁNCHEZ, <i>La protección jurídica al funcionario informante en la Unión Europea: un análisis del Estatuto de los Funcionarios y el régimen interno de Frontex</i>	383-417
Nahia AROSTEGI ARRIAGA, <i>The enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading</i>	419-448

Jurisprudencia

Gabriel MARTÍN RODRÍGUEZ, <i>Libre circulación de personas y normas de derecho de la competencia de la unión europea en el deporte: especial referencia a la sentencia TJUE FIFA C. L. Diarra (ASUNTO C-650/22)</i>	451-476
---	---------

Recensiones

Miguel BUSTOS RUBIO, <i>El delito de favorecimiento ilícito de acreedores</i> , por José Antonio Boada Gutiérrez	479-486
Giuseppe NAGLIERI, <i>Giudicare e ottemperare: Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale</i> , por Lorena Chano Regaña	487-494

- Carmen SALCEDO BELTRÁN. *Indemnizaciones por despido improcedente adecuadas, reparaciones apropiadas y su función disuasoria*, por Guillermo García González 495-498
- Pablo SÁNCHEZ MOLINA, *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*, por María Dolores Requena de Torre 499-503

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 72, Issue 2, July-December 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

Table of Contents

Studies

- Jaime ALEMÁN CANO, *The labor complaint remedy: historical view and current regulation* 19-42
- Daniel CASAL OUBIÑA, *The public direction of government centers: advising or co-presidency? The White House Chief of staff as a case study (1946-2024)* 43-72
- Pedro GARCÍA GUIJARRO, *Decentralisation of personal wealth taxation in the light of constitutional principles of redistribution* 73-103
- Tàlia GONZÁLEZ COLLANTES, *Analysis of the special forms of execution existing in the Spanish penitentiary system for maternal and paternal profiles: possibilities, criticisms, proposals for improvement and defense of an extensive application to fathers of the normative possibilities foreseen for mothers* 105-144
- Ana María OVEJERO PUENTE, *Constitutional implications of the guiding principles on human rights and business* 145-193

- Juan Sebastián Alejandro PERILLA GRANADOS, *Fundamental right to love in Colombia: A rhetorical constitutional commitment with limited practical materialization* 195-217
- Florentino De Guzmán PLASENCIA MEDINA, *Historical and competential evolution in the island councils in the Canary Islands* 219-247
- Begoña RODRÍGUEZ DÍAZ, *The amendment of art. 49 of the Spanish Constitution: Was it necessary? Is it good enough?* 249-282
- Silvia ROMBOLI, *The Inter-american Court of Human Rights and the European Court of Human Rights in the protection of LGTB people, between judicial activism and the need for common rules of protection* 283-314
- Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *Dissonance in the Europe of rights* 315-345
- Daniel del VALLE-INCLÁN RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Dynamics of change in the management of the Royal Household and the development of the King's functions* 347-380

Juan Churruca Award

- Markel AMO SÁNCHEZ, *The legal protection of the civil servant whistleblowing in the European Union: an analysis of the Staff Regulation and the internal regime of Frontex* 383-417
- Nahia AROSTEGI ARRIAGA, *The enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading* 419-448

Jurisprudence

- Gabriel MARTÍN RODRÍGUEZ, *Free movement of persons and EU Competition Law in sports: special reference to the CJEU in FIFA v. L. Diarra (Case C-650/22)* 451-476

Book reviews

- Miguel BUSTOS RUBIO, *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*, by José Antonio Boada Gutiérrez 479-486
- Giuseppe NAGLIERI, *Giudicare e ottemperare: Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale*, by Lorena Chano Regaña 487-494
- Carmen SALCEDO BELTRÁN, *Indemnizaciones por despido improcedente adecuadas, reparaciones apropiadas y su función disuasoria*, by Guillermo García González 495-498

Pablo SÁNCHEZ MOLINA, *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*, by María Dolores Requena de Torre 499-503

Estudios

EL RECURSO DE QUEJA LABORAL: VISIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN ACTUAL

*The labor complaint remedy: historical view and current
regulation*

Jaime Alemañ Cano.
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Alicante, España. Filósofo.
<https://orcid.org/0000-0001-9328-875X>

<https://doi.org/10.18543/ed.3205>

Fecha de recepción: 26.03.2024

Fecha de aprobación: 10.09.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

El recurso de queja es un medio de impugnación del proceso laboral que se remite íntegramente a la Ley de enjuiciamiento civil. Este breve estudio tiene como fin buscar los orígenes históricos de dicho recurso tanto en el proceso civil (en Las Partidas y en la Nueva Recopilación) como en el laboral (el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral). Al mismo tiempo, se analizan los problemas que presenta este recurso en el proceso laboral, tanto desde la óptica de la doctrina científica como desde la jurisprudencial (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional), como consecuencia de no tener un recurso ordinario (el de queja es el único de esta naturaleza) y las limitaciones del proceso laboral por lo que se proponen propuestas de *lege ferenda*.

Palabras clave

1. Recurso de queja. 2. Recurso de suplicación. 3. Recurso de casación. 4. Recurso de apelación.

Abstract

The complaint appeal is a means of challenging the labor process that refers entirely to the Civil Procedure Law. This brief study aims to search for the historical origins of said resource both in the civil process (in *Las Partidas* and in the *New Compilation*) and in the labor process (the *Consolidated Text of the Labor Procedure Law*). At the same time, the problems that this resource presents in the labor process are analyzed, both from the perspective of scientific doctrine and from case law (Supreme Court and Constitutional Court), as a consequence of not having an ordinary resource (complaint is the only one of this nature) and the limitations of the labor process, which is why “*de lege ferenda*” proposals are proposed.

Keywords

1. Complaint appeal.
2. Resource of supplication.
3. Appeal.
4. Appeal.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. 1. Histórico-procesales. 2. Antecedentes procesales contemporáneos. III. PREVISIÓN ADJETIVA CIVIL ACTUAL. 1. Recurso de queja y reforma 6/2023. 2. Naturaleza del recurso. IV. LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE QUEJA EN EL PROCESO LABORAL. 1. Antecedentes históricos. 2. Previsión actual. 3. La supletoriedad de la ley procesal civil. 3.1. *Presupuestos iniciales*. 3.2. *Concreción remisoria*. V. ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL RECURSO DE QUEJA LABORAL. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El vínculo entre la norma procesal civil y la laboral es sumamente estrecho; lo ha sido, y lo es, desde la primera ley adjetiva social. La institución procesal objeto del actual análisis, el recurso de queja, no solo mantiene tal vínculo, sino que remite completamente el cauce procedimental a la Ley de enjuiciamiento civil con las mismas connotaciones, naturaleza del recurso y características que se analizarán en este trabajo.

No obstante lo anterior, el análisis a efectuar quedaría mermado e incompleto si no se examinara, siquiera con brevedad, la procedencia del recurso de queja en ambas normas procesales: en la civil, porque en el estudio del derecho en general no se articulan instituciones por casualidad, sino que, antes al contrario, siempre responden a una necesidad, ora para el justiciable, ora para los propios órganos judiciales; en la laboral, y por las mismas razones, porque, además, se hace imperioso determinar si es precisa la remisión en bloque del recurso de queja, como así sucede, o, por el contrario, sería necesario, *de lege ferenda*, una vertebración autónoma.

II. ANTECEDENTES

1. *Histórico-procesales*

Las conexiones que el Derecho procesal civil mantiene con otras normas, orgánicas o adjetivas, no son en modo alguno desconocidas; incluso en el Derecho romano, como lo recuerdan tanto la doctrina científica¹ como las propias señas de identidad de determinados textos toda vez que han mantenido un influjo continuado en la población más antigua de España. En este

¹ García-Gallo, A. *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho español I*. Artes Gráficas y Ediciones, S.A. Octava edición revisada. Madrid, 1979, págs. 327-328.

último sentido se hace necesario recordar el *Corpus Inscriptionum Latinarum* en tanto repertorio de inscripciones referentes a España, obra dirigida por Mommsen².

Sin embargo, el recurso que es tratado en este lugar no ha mantenido una trayectoria tan longeva como otras instituciones procesales; más bien al contrario. Efectivamente, ni el Derecho romano, como ha sido apuntado, ni el Derecho visigodo (en el que pueden consultarse tanto el Código de Eurico, como el Breviario de Alarico II y la recopilación llevada a cabo por el *Liber iudiciorum* o *Lex visigothorum*, entre otros), ni la legislación de la Alta Edad Media muestran atisbos de haber asumido el recurso de queja. Ello no ha sucedido con otras instituciones como el recurso de apelación («*appellatio*») o la suplicación («*suplicatio*»), entre otras que nacieron, principalmente, en el procedimiento extraordinario («*extraordinem*») y se perpetuaron, con mejor o peor fortuna, en las diferentes leyes, fueros y ordenanzas españolas hasta llegar a nuestros días³.

La Baja Edad Media, en cambio, recoge por primera vez el recurso analizado; concretamente en las Partidas: ... *a apelacion obraria el efecto devolutivo , lo que no produciria el acudir á él por via de queja (...) por ende mandamos á nuestros presidentes y oidores de nuestras audiencias, que cuando alguno viniere ante ellos quejándose que no se le otorgaba la apelacion que justamente interpone de algún juez eclesiástico, den nuestras cartas en la forma acostumbrada en nuestro consejo, para que se le otorgue la apelacion (...) Si el eclesiástico insistiere en lo mandado, entonces el que se queja acudirá al tribunal superior esponiendo los motivos de su pretension, la apelacion denegada y las razones que crea convenientes para convencer que en uno ó en dos efectos debía ser admitida la apelacion que propuso , concluyendo despees con la demanda general de que se espida la real provision ordinaria, para que el juez admita la apelacion y reponga lo obrado , ó de no hacerlo remita los autos originales para decidir á su tiempo por lo que de ellos resultará, que hubo fuerza no admitiendo la apelacion*⁴.

² Sánchez, G. *Curso de Historia del derecho*. Estudios Universitarios. Editorial Miñón. Décima edición. Valladolid, 1980, págs. 24 y 27.

³ Un estudio pormenorizado del origen del recurso de suplicación, fue tratado por el actual autor (Alemañ Cano, J. *Origen de la denominación "recurso de suplicación"*. *Aproximación histórica*. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 156, 2012, págs. 105-128).

⁴ *Las Siete Partidas, con las variantes de más interés y con la glosa del Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M. Vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D. Ignacio Sanpots y Barba, D. Ramón Martí de Eixalá, y D. José Ferrer y Subirana, profesores*

En el texto transcrito, se alude a cuestiones que más tarde, con las correspondientes y obvias modificaciones, se vendrán a recoger en los primeros textos de las leyes procesales civiles a las que se aludirán. Se constata del texto de las Partidas la existencia, por un lado, de una apelación «devolutiva», lo cual llama poderosamente la atención en el marco actual de las apelaciones («efecto suspensivo» y «efecto devolutivo»). Y, en segundo término, se aprecia la inquietud del legislador por proveer de un medio impugnatorio («*quejándose*» de no serle otorgada la apelación) para que sea atendida la apelación (se hace hincapié en la expresión «pretensión», por ser bastante meritorio para la época), para lo cual —se dice— han de argumentarse las razones para su admisión con la expedición de los autos (hoy se diría «expedición de testimonio»).

La Edad Moderna ((años 1474 a 1808), trajo como consecuencia, entre otras cosas, la unificación legislativa, pese a la preeminencia de los derechos territoriales. De los dos períodos de esta Edad (años 1492 a 1700, y 1700 a 1807), habrá que esperar hasta el segundo de ellos en el que de la mano de la Novísima Recopilación se alude sin ambages al recurso de queja: *Por quanto, así por Derecho como por costumbre inmemorial, nos pertenece alzar las fuerzas que los Jueces eclesiásticos y otras personas hacen en las causas que conocen, no otorgando las apelaciones que de ellos legítimamente son interpuestas; por ende mandamos á nuestros Presidentes y Oidores de las Muestras Audiencias de Valladolid y Granada, que quando alguno viniere ante ellos, quejándose de que no se le otorga la apelacion que justamente interpone de algun Juez eclesiástico, den nuestras cartas en la forma acostumbrada en nuestro Consejo, para que se le otorgue la apelacion; y si el Juez eclesiástico no la otorgare, manden traer á las dichas nuestras Audiencias el proceso eclesiástico originalmente; el qual traído, sin dilacion lo vean; y si por el les constare que la apelacion está legítimamente interpuesta, alzando la fuerza, provean que el tal Juez la otorgue, porque las partes puedan asegurar su justicia ante quien y corno deban, y reponga lo que despues de ella hubiere hecho; y si por el dicho proceso pareciere la dicha apelacion no ser justa y legítimamente interpuesta, remitan luego el tal proceso al Juez eclesiástico, con condenacion de costas si les pareciere, para que él proceda y haga justicia⁵.*

En el expresado texto es bien obvio que el legislador retoma una gran parte de las Partidas (se alude a «*costumbre inmemorial*»). Pues bien, cuando no se otorgue la apelación solicitada, con remisión, igualmente, de los autos,

que han sido de jurisprudencia en la universidad literaria de Barcelona. Imprenta de Antonio Bergnes y C^a. Barcelona, 1843, Tomo I, págs. 274 y 430.

⁵ *Novísima Recopilación de las Leyes de España.* Impresa en Madrid en 1805. Libro Segundo, Título II, Ley II, págs. 209-210.

«*quejándose*» de que la misma no se le conceda, el Consejo decidirá. No obstante, llama la atención un hecho que hoy en día se transmuta a la legislación vigente: la condena en costas cuando la apelación devenga infructuosa y siempre que el órgano judicial *a quo* lo considere oportuno.

2. *Antecedentes procesales contemporáneos*

La primera norma que alude, quizá de manera muy parcial y rudimentaria al recurso de queja es el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria (con arreglo al Real Decreto de 26 de septiembre de 1835). En dicho Reglamento, y para los casos jurisdiccionales que en el mismo se precisan, se atiende al recurso de queja cuando se recurra al *superior residente*, pero —se sostiene— *si el superior residiere fuera del territorio de la audiencia, se limitará esta al mero objeto de proteger la persona del recurrente siempre que haya opresión, y reservará al supremo tribunal de España e Indias el conocimiento del recurso en su fondo* (art. 58, cuarta)

El recurso de queja, en realidad y con algunas connotaciones similares a las vigentes, hunde sus raíces en el art. 75 LEC de 1855 (entrada en vigor el primero de enero de 1856), a tenor del cual, *cuando fuere denegada cualquier apelación, podrá el que la haya interpuesto recurrir en queja á la Audiencia respectiva. Esta, previo informe que pedirá al Juez, y oyendo sobre él al apelante, determinará lo que crea justo. Si estimare bien denegada la apelación, mandará remitir al Juez testimonio de su providencia para que conste en los autos. Si estimare que ha debido otorgarse, lo declarará así, ordenando al Juez remita los mismos autos, previas las citaciones correspondientes.*

De esta regulación se hizo eco orgánicamente poco tiempo después, la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870 (vigente, debe recordarse, hasta la entrada en vigor de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985). Así, en sus artículos 293 y siguientes se constata que el recurso de queja procederá para los casos en que se invadan competencias entre diferentes órganos administrativos y judiciales, pero no se alude, en absoluto, a la posibilidad de acceso a la queja por parte de los justiciables, lo cual es coherente si se tiene en cuenta el carácter «orgánico» de la norma: *Los Juzgados municipales, los de instrucción y los Juzgados de partido, cuando sean invadidas sus atribuciones por Autoridad del orden administrativo, lo pondrán en conocimiento de las Audiencias para que estas puedan formular el recurso de queja en los casos que proceda. Al efecto los Juzgados municipales y los de instrucción remitirán á los Tribunales de partido los expedientes en los que consten los hechos relativos al exceso de atribuciones cometido por los agentes del ordena administrativo, y los Tribunales*

de partido los pasarán á la Audiencia respectiva. Cuando los expedientes nacieren en los Tribunales de partido los pasarán á la Audiencia respectiva (art. 293).

La regulación que más se próxima a la vigente norma procesal, se sitúa en los arts. 398 a 400 de la LEC de 1881. En dichos preceptos no solo se acoge el recurso de queja en términos muy similares a su precedente ley, sino que, además, se inicia un camino procedimental que parte de una necesaria reposición previa a la queja frente a la providencia o auto que denegase el recurso de apelación. Además, se requiere la aportación del oportuno testimonio, y solo cuando tal reposición se deniegue se tendrá expedito el camino para la interposición de la queja ante la Audiencia. Este tribunal *ad quem*, una vez en su poder el recurso, habrá de solicitar informe motivado al órgano judicial que rechazó la interposición del recurso y decidirá denegar o no la apelación (en uno o en ambos efectos —arts. 391 a 393—). Esta previsión normativa, como resulta lógico colegir, adolecía de falta de imparcialidad por parte del órgano judicial *ad quem*, toda vez que la solicitud al órgano judicial de procedencia de un «informe motivado» no secundaría razón o razones para desdecirse de lo inicialmente acordado, sino todo lo contrario, lo que marcaría el camino al órgano decisorio para desestimar la petición de la parte perjudicada.

El recurso de queja así regulado en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, fue tempranamente interpretado por Manresa para quien era necesaria esta importante reforma, toda vez que no puede dejarse en manos de quien deniega el recurso el poder de rechazar, al mismo tiempo, la impugnación de dicha denegación. Alude el citado jurista al juego alternativo que plantea el legislador (reposición —art. 377— y queja) y a la virtualidad del «testimonio», el cual ha de contener exclusivamente *el auto denegatorio de la admisión de la apelación... sin que pueda ampliarse por tanto á otros particulares*⁶. Esta puntualización doctrinal es estimable, pero no lo suficientemente contundente si se tiene en cuenta lo precedentemente apuntado en relación con la «solicitud del informe motivado».

III. PREVISIÓN ADJETIVA CIVIL ACTUAL

1. *Recurso de queja y reforma 6/2023*

La vigente Ley de enjuiciamiento civil regula el recurso de queja en los arts. 494 y 495, ambos reformados parcialmente por el artículo 103 del R.D.-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para

⁶ Manresa y Navarro, J. M. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1883, págs. 201 a 205.

la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Así, el art. 494 establece que *contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de casación, se podrá interponer recurso de queja ante el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado. Los recursos de queja se tramitarán y resolverán con carácter preferente. No procederá el recurso de queja en los procesos de desahucios de finca urbana y rústica, cuando la sentencia que procediera dictar en su caso no tuviese la consideración de cosa juzgada.* Por su parte, el art. 495 indica que *El recurso de queja se interpondrá ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación del recurso de casación. Con el recurso deberá acompañarse copia de la resolución recurrida. Presentado en tiempo el recurso con dicha copia, el tribunal resolverá sobre él en el plazo de cinco días. Si considerase bien denegada la tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos. Si la estimase mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación. Contra el auto que resuelva el recurso de queja no se dará recurso alguno.*

Las cuestiones afectantes a ambos preceptos, son, por un lado y en relación con la modificación 6/2023, el hecho de circunscribir el recurso de queja frente a la denegación del recurso de casación (en la redacción anterior se añadían el recurso de apelación y el extraordinario por infracción procesal). Por otro lado, los artículos 494 y 495 hay que ponerlos en conexión con el art. 454 LEC, a tenor del cual *salvo los casos en que proceda el recurso de queja, contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.*

Finalmente, la precedente regulación ha de cohonestarse necesariamente con el art. 479.2 LEC, a tenor del cual *si la resolución impugnada fuera susceptible de recurso, éste se hubiere formulado dentro de plazo y, tratándose de recurso fundado en infracción de normas procesales, se acredite, de haber sido posible, la previa denuncia de la infracción y, en su caso, el intento de subsanación, en la instancia o instancias precedentes, en el plazo de tres días el letrado o letrada de la Administración de Justicia tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre la admisión del recurso. Si el tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso en el plazo de diez días; en caso contrario, en el mismo plazo, dictará auto declarando la inadmisión. Contra este auto sólo podrá interponerse recurso de queja. Contra la providencia por la que se tenga por interpuesto el recurso no cabrá recurso alguno, pero la*

parte recurrida podrá oponerse a la admisión al comparecer ante el tribunal de casación.

2. *Naturaleza del recurso*

La actividad impugnativa forma parte del elenco de derechos fundamentales previsto en la Constitución Española de 1978; concretamente, es el art. 24.1 del texto constitucional el que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional en abundantísima jurisprudencia, ha mantenido: a) que el derecho a los recursos se encuentra implícito en el derecho a la tutela; b) que tal derecho es de configuración legal en la medida en que solo el legislador ordinario es el artífice de su establecimiento; c) que el derecho a los recursos no supone un derecho a la doble instancia, ni siquiera el acceso a un medio de impugnación de una naturaleza determinada; y d) que tal doble instancia queda relegada, con las previsiones que establecen los arts. 2 y 4.5 del CEDH y del PIDCP, respectivamente, al proceso penal⁷.

La impugnación es el acto de la persona que al verse perjudicada por una resolución judicial pretende su anulación o rescisión. Tal impugnación se lleva a cabo a través de los medios o instrumentos legales puestos a disposición de las partes, con el fin de intentar la reforma o anulación de aquello que le resulta perjudicial.

El justiciable, pues, tiene el derecho constitucional de impetrar de los órganos judiciales la revisión de las decisiones por ellos tomadas a través de un conjunto de recursos previstos en las leyes procesales.

Desde una óptica estrictamente dogmática, dicha actividad impugnativa alcanza la oportuna relevancia a través de dos vías: los remedios y los recursos propiamente dichos. Los primeros son aquellos sobre los que decide el mismo órgano judicial que ha dictado la resolución que se pretende atacar. El efecto devolutivo es, pues, la nota esencial del recurso, mientras que el remedio carece de este efecto⁸; en aquel, se confiere el segundo examen a un órgano judicial distinto y superior del que dictó la resolución impugnada, extremo este que no sucede con el remedio.

Sin embargo, la característica atinente a los remedios en tanto que en ellos el conocimiento de la impugnación se confiere al mismo órgano autor de la resolución impugnada y carecen, además y como se ha dicho, de efecto devolutivo, existen, a pesar de ello, resoluciones del Letrado de la Administración

⁷ SSTC 89/1995, de 6 de junio, 17/1985, de 9 de febrero, 60/1985, de 6 de mayo y 110/1985, de 8 de octubre, entre otras.

⁸ Ramos Méndez, F. *Derecho procesal civil. Tomo II*. Bosch. Barcelona, 1990, pág. 708.

de Justicia como son las «diligencias de ordenación» y los «decretos no definitivos», contra las que cabe recurso de reposición ante el Letrado de la Administración de Justicia que dictó la resolución recurrida (art. 188.1 LJS). La resolución dictada por este último («decreto»), al resolver la expresada reposición, es susceptible de ser recurrida, en determinados supuestos (art. 188.1.II LJS), a través del llamado «recurso directo de revisión». Del expresado recurso directo de revisión conocerá el correspondiente juez o tribunal (art. 188.2.IV LJS). Es este último punto el que vendrá a plantear algún problema de corte dogmático, toda vez que los dos caracteres de los “remedios” (conocimiento por el mismo órgano judicial y su consecuencia, el efecto no devolutivo), se presentan un tanto diluidos.

Por lo que respecta a los recursos propiamente dichos, también es común diferenciar entre ordinarios y extraordinarios. Lo que distingue a unos de los otros es el no exigir el legislador, en los primeros, supuestos tasados para recurrir las resoluciones de que se trate, extremo este que no sucede en los segundos. Para Gimeno Sendra, en tanto que los recursos ordinarios posibilitan una plena revisión del objeto procesal, a través de los recursos extraordinarios no se puede obtener una modificación de los hechos probados, ni de su valoración (funciones que corresponden en exclusiva a los tribunales de instancia), sino tan solo de la aplicación e interpretación de la ley, tanto sustantiva como procesal⁹.

IV. LA REGULACIÓN DEL RECURSO DE QUEJA EN EL PROCESO LABORAL

1. *Antecedentes históricos*

El Texto Refundido del Procedimiento Laboral de 1958, supuso, en el orden social, un cambio de paradigma, pues se estaba en presencia de un texto que presentaba un status independiente, o parcialmente, respecto de la norma procesal civil. Tal Texto Refundido, aprobado en una época de escaso o nulo compromiso del Estado para con sus “administrados”, si bien supuso para el trabajador cierta concesión para preservar sus derechos, en realidad, y en el trasfondo de ello, se encontraba más bien una forma de apaciguamiento, una manera de poner paños calientes ante los primeros movimientos sociales contrarios al régimen que se empezaban a producir. La precedente consideración no es, en modo alguno, un *flaus vocis*, sino mera constatación histórico-social. Repárese, además, que el referido primer texto procesal no

⁹ Gimeno Sendra, V. *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. Colex. Madrid, 2010, pág. 557.

procede del Ministerio de Justicia, sino del Ministerio de Trabajo, con lo que el control administrativo y gubernamental estaba asegurado.

El recurso de queja se recogía en el art. 188, a tenor del cual *si alguna Magistratura de Trabajo no admitiese un recurso de casación o de suplicación, la parte interesada podrá ejercitar el recurso de reposición, y si fuere desestimado, el de queja regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Este recurso sería, igualmente, atendible para el caso de que la Magistratura de Trabajo considerase insuficiente el depósito para recurrir, pues frente a tal decisión procedería la oportuna queja; consecuentemente —sostiene el legislador—, el trámite de los recursos de suplicación o casación quedaría en suspenso hasta que se decida sobre la queja interpuesta (art. 180.III y VI); con ello, este recurso se convierte, además de devolutivo, en suspensivo.

La precedente regulación se repite en su integridad en los Textos Refundidos de Procedimiento Laboral de 1963 (arts. 187. III y IV y 195), en el de 1966 (arts. 183.III y IV y 191), 1973 (arts. 183.III y IV y 191), y en el de 1980 (arts. 183.III y IV y 191), si bien, la Ley 7/1989. de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, nada anotó al respecto.

El cambio sustancial en el orden jurisdiccional social se produce con el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, toda vez que el art 186 remite en bloque a la Ley de enjuiciamiento civil para su interposición y tramitación (en el caso de denegación de los recursos de suplicación o casación, la queja estaba prevista en los arts. 192.2 y 3, y 206.2 y 3). Lo mismo se preveía en los arts. 187, 193.2 y 3 y 207.3 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En ambas normas procesales se aprecia, además, la desaparición de la suspensión del procedimiento en tanto se resuelve la queja, lo cual deja a este recurso con un solo efecto, el devolutivo.

A nivel orgánico, en cambio, ni la Ley de Jurados Mixtos de la producción y las industrias agrarias de 1931 ni la de los Tribunales Industriales de 1908, regularon nada al respecto. Por su parte, y como ya se ha dicho, el art. 293 de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870, no silencia el recurso de queja, pero lo circunscribe solo a cuestiones de competencia.

2. Previsión actual y naturaleza

La regulación del recurso de queja tiene un doble frente: el procesal y el orgánico. Respecto del primero, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, le destina los arts.189, 195.2, 209.2, 210.3, 222.2, 223.3, y 230.4 y 6. De ellos, el principal es el primero de los citados: *Los recursos de queja de que conozcan las Salas de lo Social de los Tribunales*

Superiores de Justicia o la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según los casos, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para recurrir en queja. En cuanto al tratamiento orgánico, es la disposición adicional decimoquinta LOPJ, a la que se aludirá, la que hace mención del depósito para recurrir.

Los restantes preceptos aluden, respectivamente, al auto de inadmisión del recurso de suplicación, casación, casación para la unificación de doctrina, e inadecuación de la consignación para recurrir.

En cuanto a la naturaleza hay que decir, *ab initio*, que en el proceso laboral todos los recursos, excepto el de queja, son extraordinarios, tanto el recurso de suplicación como ambas casaciones, la ordinaria y la de unificación de doctrina. Ello supone, para Montero Aroca que en el proceso laboral se ha optado decididamente por el sistema de la única instancia, frente al de la doble instancia tradicional en el proceso civil. Las razones de ello deben buscarse en el deseo de obtener un proceso breve y simple, en primer lugar, pero también en la consideración de que la segunda instancia es de difícil realización práctica en un procedimiento oral¹⁰.

Traer a propósito las precedentes consideraciones doctrinales propuestas en una época (principios de los años ochenta y noventa del pasado siglo), no ha de resultar baladí. Se aprecia —principalmente en la aportación del profesor Montero— el largo camino que ha tenido que recorrer el legislador hasta la reforma integral del proceso civil acaecida a comienzos del actual siglo. Pero también se acentúa el énfasis al considerar que por el hecho de ser un proceso oral ello no ha de impedir, en absoluto —como a contrario sostiene dicho profesor—, que exista una doble instancia, como sí sucede en el proceso civil y no así en el laboral. Además, es de resaltar que en el proceso laboral no se ofrece más que una sola instancia, pese a la utilización expresa de lo contrario resaltada por los órganos judiciales en sus resoluciones como por algunos procesalistas; no es, pues, acertada la inclusión de expresiones tales como «segunda instancia» o, incluso, «tercera instancia». En atención a esta última consideración, Baylos, Cruz Villalón y Fernández López, sostienen que la negación de la doble instancia en modo alguno vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva; derecho este último que en el proceso laboral no se ve mermado por la existencia de un solo modelo de impugnación¹¹.

La «queja» es, como ha quedado dicho, no solo un recurso, sino también el único de naturaleza ordinaria presente en el proceso laboral, y es, como también se ha insinuado, la Ley de enjuiciamiento civil la que dará el soporte doctrinal y jurisprudencial para su estudio. Consecuentemente, el recurso de

¹⁰ Montero Aroca, J.. *El proceso laboral II*. Bosch. Barcelona, 1981, pág. 22.

¹¹ Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J. y Fernández López, M. F. *Instituciones de Derecho procesal laboral*. Trotta. Valladolid, 1995, págs. 412-413.

queja es un medio de impugnación ordinario y devolutivo, pero también — como sostiene Montero— accesorio, que no existe por sí solo, pues se hace depender su existencia de los recursos devolutivos. Supone un control de admisibilidad de otros recursos (en lo laboral, el de suplicación y ambas casaciones) y cuyo control recae en el órgano que decidirá el recurso principal¹².

3. *La supletoriedad de la ley procesal civil*

3.1. Presupuestos iniciales

La disposición final cuarta de la Ley reguladora de la jurisdicción social, establece que *en lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil... con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios*. Remisión, por otro lado, innecesaria toda vez que el art. 4 LEC dice lo propio no solo de la norma procesal laboral, sino del conjunto de normas adjetivas: *En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*.

Por lo tanto, y en unión del art. 189 LJS (*los recursos de queja de que conozcan las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según los casos, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para recurrir en queja*), habrán de ser los arts. 494.I y 495 LEC, principalmente, los que han de ser objeto de estudio pormenorizado pero, obvio es decirlo, sin menoscabar la singularidad de la norma procesal social.

La técnica de la supletoriedad y la remisión a la Ley de enjuiciamiento civil, tiene, para Molina Navarrete, la gran ventaja de que mantiene coordinada continuamente la regulación social a la civil. Sin embargo, tiene otro lado de la moneda: el inconveniente de abrir la regulación a procesos de reforma paralelos y si bien ello deja entrada a procesos ágiles, también supone una sobrecarga para Tribunal Supremo¹³.

No obstante, el legislador de la Ley de la jurisdicción social, no ha considerado suficiente la citada supletoriedad. A lo largo del texto procesal laboral reitera la implícita necesidad —aunque no lo indica expresamente— de acudir a la Ley de enjuiciamiento civil para resolver la cuestión que se plantee a

¹² Montero Aroca, J. *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*. Tirant lo blanch. Valencia, 2001, pág. 414.

¹³ Molina Navarrete, C. *El sistema de recursos en el proceso social: ¿«modernización» o «autopista» para la «congestión»?* La Ley 3230/2012, págs. 6 y 7.

través del recurso de queja, y lo hace de manera particularizada. De esta suerte, pueden enuclearse del texto procesal los siguientes supuestos: a) en el caso de que se pretenda recurrir a través del recurso de suplicación, contra el auto que deniegue el mismo ante el Tribunal Superior de Justicia (195.2 LJS); b) en el caso de pretender recurrir a través de cualquiera de las casaciones previstas y se deniegue el acceso a la Sala cuarta del Tribunal Supremo (arts. 209.2, 210.3 y 222.2 y 3 LJS); y c) en el caso de defectos referidos a la consignación o aseguramiento de la cantidad objeto de condena (art. 230.4 en relación con el art. 230.6 LJS)¹⁴.

El apartado primero del art. 494 LEC autoriza la interposición del recurso de queja cuando se deniegue la tramitación de otro recurso que, en el caso de la jurisdicción social, habrá de ser o bien el recurso de suplicación o cualquiera de las dos casaciones. Tiene pues, como sostiene el Tribunal Supremo, la característica de que su función resulta instrumental respecto de otros recursos, en la medida en que tiende a revisar la decisión del órgano judicial que impide el acceso al mismo, pero siempre y cuando se interponga ante el órgano jurisdiccional (que por ser jerárquicamente superior hubiese debido sustanciar) el recurso que en su momento se inadmitió¹⁵.

Por su parte, el art. 495 LEC alude a la sustanciación y tramitación del recurso. En este sentido, son varias las consideraciones a resaltar. En primer lugar, el órgano judicial al que se interpondrá dicho recurso no es otro que aquel al que corresponda resolver el recurso no tramitado. Tal interposición se llevará a cabo en el plazo de diez días *desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación del recurso de casación* y al que deberá acompañarse copia de la resolución recurrida. Tales diez días, como dice el precepto, han de contarse desde la notificación de denegación del recurso de que se trate y no desde la entrega del testimonio del auto solicitado por la parte interesada¹⁶. Es necesario añadir en este punto que los iniciales problemas interpretativos en torno de la fecha de notificación como consecuencia de la entrada de medios telemáticos de comunicación (LEXNET¹⁷), con el tiempo, han sido depurados por la jurisprudencia¹⁸.

¹⁴ Vide STC 114/1983, de 16 de diciembre; así como la STS de 17 de febrero de 1999, recurso núm. 741/1998.

¹⁵ Cfr. ATS de 5 de octubre de 1999, recurso núm. 698/1998.

¹⁶ Vide STC 88/2002, de 22 de abril.

¹⁷ Vide Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.

¹⁸ Interesantes se presentan los AATS, recursos números 10/2017, de 16 de mayo y 60/2016, de 16 de marzo de 2017. Vide San Cristóbal Villanueva, J. M. La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas. La Ley 13557/2020. Vide el interesante artículo de Pérez de Guzmán Pérez, N. *Determinación de la fecha en la que*

En segundo término, y una vez presentado en tiempo y forma el recurso de queja, el órgano judicial *ad quem* habrá de resolver en el plazo de cinco días. Tal resolución puede contener una de estas dos decisiones: a) o bien considerar adecuada la denegación de la tramitación del recurso, por lo que *mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos*; o b) estimar el recurso de queja y, en este caso, ordenará al órgano judicial de procedencia que continúe con la tramitación.

Finalmente, la ley adjetiva civil establece que contra el auto decisorio del recurso de queja no cabrá recurso alguno.

3.2. Concreción remisoría

La precedente regulación no está exenta de la necesaria acomodación al proceso laboral. Así, y en primer lugar, la disposición adicional decimoquinta LOPJ, relativa al depósito para interponer el recurso de queja, establece un importe de 30 €; de tal depósito está exento el trabajador y aun el empresario cuando tenga acreditado el beneficio de justicia gratuita (art. 119 CE¹⁹, y arts. 2.d y 20 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita²⁰) además de todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que queden exentas en el orden jurisdiccional social (art. 229.4 LJS). Este distinto tratamiento entre empresario y trabajador ha sido abordado tempranamente por el Tribunal Constitucional y ha venido a sostener que aun de existir un tratamiento diferenciado no solo con el recurso tratado, sino también con el de suplicación y ambas casaciones, ello se asienta —sostiene— *sobre una base razonable y proporcionada, orientada a mitigar la desigualdad material existente entre las partes en litigio*; la desigualdad material existe, pero una y otra parte se encuentran en posiciones distintas como consecuencia de la ventaja genérica, social y económica, así como de una cierta primacía en la relación jurídica por lo que la diferenciación esta justificada, razonable y conforme al principio de igualdad²¹.

Pese a todo, debe reconocerse que el depósito exigido por el ordenamiento procesal, supone al día de hoy un auténtico anacronismo, pues fijados

debe entenderse efectuado un acto de comunicación procesal mediante el sistema Lexnet. Una cuestión de gran relevancia práctica. Diario La Ley, núm. 10413, de 26 de diciembre de 2023.

¹⁹ Cfr. STC 138/1988, de 8 de julio.

²⁰ *Vide*, igualmente, el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. *Vide* AATS de 22 de octubre de 1991, recurso núm. 1223/1990, de 4 de abril de 2000, recurso núm. 3010/1999, y de 21 de enero de 1999, recurso núm. 1465/1998.

²¹ SSTC 109/1983, de 29 de noviembre; 3/1983, de 25 de enero; 114/1983, de 6 de diciembre; y 125/1995, de 24 de julio.

en otro tiempo para impedir el acceso a los recursos cuando lo único que se pretendía era disuadir al recurrente e impedir que se recurriera con el fin de dilatar el procedimiento, actualmente, dada su escasa cuantía, carece de sentido.

En segundo término, junto con el escrito por el que se interponga el recurso de queja, se acompañará copia testimoniada de la resolución recurrida. El trasfondo de esta exigencia no viene a ser otro que la no paralización del procedimiento en curso, pues de tener efecto suspensivo —además de devolutivo— el legislador no habría exigido, exclusivamente, el acompañamiento de la citada copia testimoniada. La no suspensión lleva implícita la posibilidad de ejecución de la sentencia recurrida. La copia testimoniada es, como primera aproximación, la referida por el Diccionario de Autoridades, a tenor del cual se trataría de la *copia certificada que expide el Letrado de la Administración de Justicia de determinadas actuaciones para su aportación a otro procedimiento judicial que se pretende incoar*. Por su parte, el art. 453.1 LOPJ indica que *corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias*. Y el art. 268.1, primer inciso LEC establece que *los documentos privados que hayan de aportarse se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados*.

En tercer lugar, y en materia de postulación procesal, se estará a lo dispuesto en la ley procesal laboral. A este respecto, y como quiera que la queja se dirige a un órgano superior (Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo, según proceda) del que dictó el auto recurrible, no sería aplicable la regla contenida en el art. 18.1 LJS²² que deja libremente a las partes intervinientes en el proceso la comparecencia por sí mismas, sino la incumbente a los recursos de suplicación y casación, tal y como expresa el art. 21.1 LJS, de cuyo tenor *la defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado tendrá carácter facultativo en la instancia. En el recurso de suplicación los litigantes habrán de estar defendidos por abogado o representación técnica por graduado social colegiado. En el recurso de casación y en las actuaciones procesales ante el Tribunal Supremo será preceptiva la defensa de abogado*.

²² Montero Aroca, J. *Introducción al proceso laboral*. Marcial Pons. Madrid, 2000, pág. 102.

En cuarto término, la Ley de enjuiciamiento civil no ha previsto una eventual intervención de la contraparte, lo cual podría conculcar el derecho de defensa previsto en el art. 24 CE. Sobre este particular, la doctrina científica ha sostenido coherentemente que en el orden de garantías se propone incorporar la audiencia del recurrido en el trámite de inadmisión, así como en la tramitación del recurso de queja [«en coherencia con los valores que consagra el artículo 24.1 de la Constitución»] ya que, precedido en la nueva regulación de la LEC del recurso de reposición... arroja el paradójico resultado de que en aquel recurso previo se habrá oído a la parte contraria, que, en cambio, no tendrá audiencia en la posterior queja²³. No es extraña esta acertada crítica doctrinal, toda vez que el Tribunal Constitucional, a propósito, ello no obstante, de dilucidar sobre el traslado a la parte contraria del recurso de queja interpuesto por la parte interesada en un supuesto atinente al orden jurisdiccional penal, vino a sostener que se vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por no haberse dado traslado al recurrente del recurso de queja interpuesto por uno de los querellados. La no previsión en la ley procesal penal de tal traslado, no debe menoscabar los derechos fundamentales involucrados. Los principios de contradicción e igualdad de armas se extienden en todas las fases del proceso y, en consecuencia, dar traslado a la contraparte sería deseable al objeto de poder rebatir y contradecir los argumentos expuestos de contrario y así poder formular cuantas alegaciones tenga por conveniente en defensa de sus derechos e intereses²⁴. Lo anterior no obsta para que en el trámite de impugnación al recurso principal se inste la inadmisión²⁵.

Una quinta consideración se hace preciso aducir en este lugar, y esta no es otra que la supresión en la Ley de enjuiciamiento civil y, por ende, en la Ley de la jurisdicción social del recurso de reposición, extremo este que no solo se constata en la ley adjetiva, sino que, además, se enfatiza favorablemente por la doctrina. En este último sentido, se ha venido a decir que la eliminación del preceptivo remedio de reposición previo ante el órgano que ha dictado el auto denegatorio de la tramitación de un recurso devolutivo y, todo ello, unido a que su presentación debe efectuarse directamente ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, abona la idea de una mayor celeridad del procedimiento²⁶. Sin embargo, no cabe congratularse por

²³ Casas Baamonde, M. E. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el sistema de recursos en el orden jurisdiccional social*. LA LEY 5893/2002, pág. 20.

²⁴ SSTC 182/2009, de 7 de septiembre; y 353/2006, de 18 de diciembre.

²⁵ Sempere Navarro, A. V. *Un recordatorio sobre el recurso de queja en el orden social*. Revista Aranzadi Doctrinal num.7/2012, pág. 5.

²⁶ Salinas Molina, F. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: innovaciones afectantes a los medios de impugnación y a las ejecuciones*. LA LEY 19344/2011, pág. 2.

completo de dicha supresión, toda vez que tal «reposición» permanece vigente en dos supuestos atinentes a los recursos ante órganos judiciales superiores. Así, y por un lado, en el recurso de casación ordinaria (*Si el recurso no se hubiera formalizado dentro del plazo conferido al efecto o si en el escrito se hubiesen omitido de modo manifiesto los requisitos exigidos, la Sala dictará auto poniendo fin al trámite del recurso quedando firme, en cuanto a dicha parte recurrente, la sentencia o resolución impugnada. Contra dicho auto, previa reposición ante la Sala, procederá recurso de queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo* —art. 210.3 LJS—). Y, por otro lado, en el recurso de casación para la unificación de doctrina (*De no efectuarse la interposición o si se hubiera efectuado fuera de plazo, quedará desierto el recurso y firme la sentencia, con las consecuencias establecidas en el apartado 5 del artículo 225. Contra el auto que así lo establezca, previa reposición, podrá recurrirse en queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo* —art. 223.3 LJS—).

Por último, la estimación o desestimación de la queja correrá la suerte que ha previsto la Ley de enjuiciamiento civil.

V. ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL RECURSO DE QUEJA LABORAL

La brevíssima exposición del instituto procesal analizado, tanto el histórico como el actual, pone al descubierto un recurso un tanto alejado de estudios doctrinales recientes y de pronunciamientos judiciales más contemporáneos de los reseñados en estas páginas. Ello responde, obvio es decirlo, a las pocas alternativas que ofrece este recurso para su prosperidad, máxime cuando la doctrina de los tribunales ha ido cerrando al justiciable, con el transcurso del tiempo, las opciones que brindan los preceptos aplicables de la Ley de enjuiciamiento civil.

No obstante lo anterior, y en las líneas que siguen, no sería ocioso apuntar algunos de los supuestos más llamativos —sin descartar otros que pudieran ser igualmente interesantes— en los que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, han resuelto cuestiones atinentes al recurso de queja que, aunque hundidas en el tiempo, no por ello dejan de ser de coetánea consideración.

En primer lugar, la viabilidad de la queja se presentaría absolutamente incontestable cuando se deniegue la posibilidad de interponer el recurso correspondiente cuando la reclamación (acumulada o no a otras) afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social. La norma procesal, para este supuesto, exige que *tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por*

ninguna de las partes; así como cuando la sentencia de instancia fuera susceptible de extensión de efectos (art. 191.3.b LJS). A tal afectación se ha referido el Tribunal Supremo en diferentes resoluciones, el cual considera que se ha de seguir la doctrina de la Sala en el sentido de estimar la afectación general como aspecto de la procedencia del recurso y, con ello, se ha de concluir que la sentencia de instancia es recurrible²⁷.

En segundo término, la falta de competencia funcional es un motivo de rechazo del recurso de queja; es decir, denegada la interposición del recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, no es admisible acudir en queja al Tribunal Supremo en una suerte —si se permite la expresión— de acceso «*per saltum*» al órgano judicial que carece, en este caso, de dicha competencia²⁸.

Así mismo, no es posible interponer recurso de casación de ningún tipo contra los autos de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren la inadmisión de un recurso de suplicación, pues dichos recursos de casación solo pueden ser entablados contra sentencias de dichos tribunales, pero no contra los autos. En el caso analizado por el Tribunal Supremo, lo que se ha perseguido es que, con revocación de las anteriores actuaciones, se reconozca al actor el derecho pretendido en el recurso de suplicación que en su día formuló contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social; *pretensión esta* —se viene a sostener— *completamente ajena a la que es propia de los recursos de queja interpuestos ante el Tribunal Supremo*. El recurso de queja —reitera el Tribunal de Casación— consiste en un recurso devolutivo, instrumental o subsidiario de otro principal, que tiende a evitar que el Juzgado o Tribunal «a quo» cuya resolución se pretende impugnar ante un Tribunal superior (órgano «ad quem») impida la posibilidad del recurso con lo que a través de la queja se traslada la decisión sobre la procedencia de la inadmisibilidad del recurso principal al Tribunal Superior que debiera conocer, en su caso, de este último²⁹.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo recuerda que uno de los requisitos inexcusable e insubsanable para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina es la identificación del núcleo principal de la contradicción, además de señalar las sentencias contrarias a la recurrida,

²⁷ STS de 26 de junio de 2001, recurso núm. 3101/2000, que recoge otras resoluciones en el mismo sentido.

²⁸ STS de 28 de junio de 1994, s/n de recurso, Ponente Luís Gil Suárez.

²⁹ AATS de 12 de mayo de 1999, recurso núm. 874/1999; y de 21 de junio de 2005, recurso núm. 381/2005.

extremos estos que cuando no se cumplan procede la denegación de la queja formulada³⁰.

Finalmente, cuando se trata de error de la parte en plantear el recurso de casación adecuado de los dos previstos en la norma procesal laboral, ante ello la doctrina jurisprudencial rechaza la queja interpuesta por la parte interesada³¹.

Sobre esta sentencia se ha procedido a realizar un seguimiento de dicha resolución sin encontrar impugnación constitucional alguna, toda vez que se debe considerar que frente a un error de esta naturaleza se debería haber aceptado la queja en tanto en cuanto prevalece, *prima facie*, el derecho de defensa previsto en la norma constitucional (art. 24 y 117 CE)³². Cuestión distinta, pero que enlaza con la precedente consideración, es el de la errónea instrucción de recursos por parte del órgano de instancia que en interpretación teleológica sustentaría la hipótesis de la viabilidad del recurso de queja (STC 112/2009, de 11 de mayo).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La lectura de las precedentes páginas, alberga el deseo no de descubrir un recurso de aboengo tratamiento en el ordenamiento procesal, sino el origen de este medio de impugnación que, como otras instituciones, tienden a evanescerse en la cultura general jurídica. Tal y como ocurre con el análisis filológico, donde se hace necesario cada vez con mayor frecuencia, repensar y apropiarse a los clásicos pues siempre aportan novedades pese a ser estudiados exhaustivamente, de la misma manera sucede con la historia de determinados institutos jurídicos, cuyo análisis ofrecido a lo largo del tiempo, ofrece al día de hoy una nueva perspectiva, quizá una distinta querencia en el devenir histórico.

El legislador ha optado, en el recurso de queja analizado, por lo más sencillo, esto es, la remisión *in integrum* a la Ley de enjuiciamiento civil. Sin embargo, estos saltos tildados de suplementarios o complementarios han generado —sobre todo antes de la entrada en vigor de la nueva ley procesal civil— no pocos problemas, y aún se siguen generando en la práctica forense, lo que lleva a una no menos importante inseguridad jurídica para el justiciable.

³⁰ ATS de 18 de julio de 2024, recurso de queja núm. 56/2024. STS de 29 de noviembre de 1993 (s/n recurso, ponente Juan Antonio Linares Lorente).

³¹ STS de 22 de marzo de 1993, s/n de recurso, ponente Juan Antonio Linares Lorente.

³² *Vide* SSTC 176/1990, de 12 de noviembre; y 96/1993, de 22 de marzo.

La precedente consideración abre el tarro de las esencias; esto es, plantea la cuestión de si conviene o no una reforma integral del proceso laboral como así este mismo autor se ha encargado de reclamar en otros foros³³.

La doctrina científica se ha hecho partícipe, en pocas ocasiones, ello es bien cierto, de esta exigencia³⁴, pero no resta un ápice a la inquietud que algunos comentaristas muestran al respecto. Unas veces al tratar reformas puntuales donde se ofrecen sutiles pincelas al respecto³⁵; otras, en cambio, se muestran con mayor contundencia, como es el caso del profesor Sempere que en el artículo de referencia aborda la necesidad de la segunda instancia, lo que llevaría a dar entrada en este orden jurisdiccional al recurso de apelación. *Generalmente* —considera el citado profesor— *se piensa que la existencia de una verdadera apelación desentonaría con las exigencias de los principios caracterizadores del proceso laboral; ello no obstante, en los últimos años viene abriéndose paso una corriente que postula de manera franca un cambio de situación*³⁶.

El legislador siempre ha mostrado su inclinación por la observancia de lo que acaece en otros ordenamientos. Ello, además de ser positivo, no en pocas ocasiones se muestra necesario, pero no parece que haya tenido un efecto especular en el legislador español, pues siempre se ha declarado complaciente con lo que está regulado y a lo sumo que ha llegado su deambular ha sido a introducir modificaciones puntuales o remisiones —como es el caso del recurso de queja— a la ley adjetiva civil. El Derecho comparado ofrece alternativas que no han sido acogidas por el derecho interno español; alternativas que podrían coadyuvar a una mayor racionalización del actual proceso laboral³⁷.

Sería inoportuno en fase de conclusiones exponer el conjunto de institutos procesales que están necesitados de una auténtica reforma, como lo es el recurso de casación para la unificación de doctrina (auténtico ralentizador del

³³ Alemañ Cano, J. *Bases históricas para la reforma del proceso laboral*. Estudios Deusto. Enero-junio 2009.

³⁴ Una de las pocas excepciones es la participada por NORES TORRES, L. E. *Configuración y reforma del proceso laboral. Una justicia laboral para el Siglo XXI*. Tirant lo blanch. Valencia, 2024, págs. 302 y ss.

³⁵ Vide Cea Ayala, A. Los recursos ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la nueva Ley de la Jurisdicción Social: el recurso de casación para la unificación de doctrina. La Ley 22117/2011, pág. 7.

³⁶ Sempere Navarro, A. V. "Un recordatorio sobre el recurso de queja...", cit., pág. 3.

³⁷ Un estudio breve sobre el particular puede verse en Martín Valverde, A. *Sistema judicial y jurisdicción laboral (Un ensayo de Derecho comparado)*. En *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Obra colectiva. Lex Nova. Valladolid, 2001, págs. 559 y ss.

proceso laboral y, de suyo, de claro perjuicio para el justiciable)³⁸; como también lo sería y se ha tenido oportunidad de apuntar en otro momento³⁹, la implantación del recurso de apelación similar al existente en el proceso civil (lo cual daría mayor oportunidad al recurrente y se desvanecerían, en grado sumo, el deseo de recurrir al tribunal de casación) y con un recurso de casación más limitado (pues ello impediría la ralentización del procedimiento y se cubriría la necesidad de la doble instancia en el proceso laboral).

Las fórmulas ideales no existen, pero desde estas líneas se está convenido de que, al igual que existe en otros ordenamientos de nuestro entorno, no sería descabellada la inclusión en la ley adjetiva civil de un único proceso especial destinado a amparar todas y cada una de las controversias nacidas en el seno de las relaciones laborales. Este proceso especial integrado en la norma procesal civil, sería un proceso cuyo nacimiento, desarrollo, finalización (contra la sentencia debiera permitirse un recurso de apelación o de apelación restringida) y ejecución transcurriera sobre los mismos principios y por idénticos institutos procesales que la Ley de enjuiciamiento civil con el oportuno recorte de los tiempos. Tal inclusión en la Ley de enjuiciamiento civil, además de recortar, como se ha dicho, los plazos para adaptarlos a un proceso más ágil, contendría dos modalidades procesales (una general, para todo tipo de reclamación laboral, y otro especial destinado a las diferentes formas de extinción del contrato de trabajo), y no como sucede actualmente, pues la Ley reguladora de la jurisdicción social prevé más de una veintena de modalidades procesales, lo cual es un dislate. Ello permitiría no solo un proceso ágil, económico y garantizador, sino también posibilitaría la indubitada aplicación, ya no supletoria, de la ley procesal civil incluido el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alemañ Cano, J. *Bases históricas para la reforma del proceso laboral*. Estudios Deusto. Enero-junio 2009.
- Alemañ Cano, J. *Estructura del proceso laboral*. Tiran lo blanch. Valencia, 2008.
- Alemañ Cano, J. *Origen de la denominación "recurso de suplicación". Aproximación histórica*. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 156, 2012.
- Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J. y Fernández López, M. F. *Instituciones de Derecho procesal laboral*. Trotta. Valladolid, 1995.

³⁸ Cfr. Rodríguez-Piñero Royo, M. C. *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina: revisión crítica*. La Ley. Madrid, 1999, págs. 226 y 304-305.

³⁹ Alemañ Cano, J. *Estructura del proceso laboral*. Tiran lo blanch. Valencia, 2008, págs. 149 y ss.

- Casas Baamonde, M. E. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el sistema de recursos en el orden jurisdiccional social*. LA LEY 5893/2002.
- Cea Ayala, A. Los recursos ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la nueva Ley de la Jurisdicción Social: el recurso de casación para la unificación de doctrina. La Ley 22117/2011.
- García-Gallo, A. *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho español I*. Artes Gráficas y Ediciones, S.A. Octava edición revisada. Madrid, 1979.
- Gimeno Sendra, V. *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. Colex. Madrid, 2010.
- Gimeno Sendra, V. *Las Siete Partidas, con las variantes de más interés y con la glosa del Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M. Vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D. Ignacio Sanpots y Barba, D. Ramón Martí de Eixalá, y D. José Ferrer y Subirana, profesores que han sido de jurisprudencia en la universidad literaria de Barcelona*. Imprenta de Antonio Bergnes y C^a. Barcelona, 1843
- Manresa y Navarro, J. M. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1883.
- Martín Valverde, A. *Sistema judicial y jurisdicción laboral (Un ensayo de Derecho comparado)*. En *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Obra colectiva. Lex Nova. Valladolid, 2001.
- Molina Navarrete, C. *El sistema de recursos en el proceso social: ¿«modernización» o «autopista» para la «congestión»?* LA LEY 3230/2012
- Montero Aroca, J. *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*. Tirant lo blanch. Valencia, 2001, pág. 414.
- Montero Aroca, J. *El proceso laboral II*. Bosch. Barcelona, 1981.
- Montero Aroca, J. *Introducción al proceso laboral*. Marcial Pons. Madrid, 2000.
- Montero Aroca, J. *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. Impresa en Madrid en 1805.
- Nores Torres, L. E. *Configuración y reforma del proceso laboral. Una justicia laboral para el Siglo XXI*. Tirant lo blanch. Valencia, 2024.
- Pérez de Guzmán Pérez, N. *Determinación de la fecha en la que debe entenderse efectuado un acto de comunicación procesal mediante el sistema Lexnet. Una cuestión de gran relevancia práctica*. Diario La Ley, núm. 10413.
- Ramos Méndez, F. *Derecho procesal civil. Tomo II*. Bosch. Barcelona, 1990.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. *El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina: revisión crítica*. La Ley. Madrid, 1999.
- Salinas Molina, F. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: innovaciones afectantes a los medios de impugnación y a las ejecuciones*. LA LEY 19344/2011.
- Sánchez, G. *Curso de Historia del derecho*. Estudios Universitarios. Editorial Miñón. Décima edición. Valladolid, 1980.
- San Cristóbal Villanueva, J. M. *La tramitación del proceso social por medios telemáticos y sus problemas*. La Ley 13557/2020.

Sempere Navarro, A. V. *Un recordatorio sobre el recurso de queja en el orden social*. Revista Aranzadi Doctrinal num.7/2012.

LA DIRECCIÓN PÚBLICA DE LOS CENTROS DE
GOBIERNO ¿ASESORAMIENTO O
COPRESIDENCIA? EL JEFE DE GABINETE DE LA
CASA BLANCA COMO ESTUDIO DE CASO (1946-2024)

*The public direction of government centers: advising or co-
presidency? The White House Chief of staff as a case study
(1946-2024)*

Daniel Casal Oubiña, PhD¹.
Universidad Rey Juan Carlos, España.
<https://orcid.org/0000-0002-8960-5350>

<https://doi.org/10.18543/ed.3206>

Fecha de recepción: 11.07.2024

Fecha de aprobación: 22.10.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

El presente artículo se centra en la figura del Jefe de Gabinete de la Presidencia de los Estados Unidos como una élite político-administrativa del sistema institucional. El estudio tiene como principal pregunta de investigación conocer el proceso de reclutamiento de las personas que han ocupado el cargo entre 1946-2024. Para ello construye una base de datos con los perfiles de los 31 responsables del centro de gobierno de los Estados Unidos analizando que en su reclutamiento influyen factores territoriales vinculados al origen de los presidentes, elementos de formación educativa y características de experiencia profesional, constatando que el cargo no es

¹ El autor quiere dedicar este artículo a la memoria del Profesor Adolfo Calatrava García.

atractivo para personas con una carrera política dilatada y que al mismo tiempo tampoco es un puesto que impulse carreras políticas posteriores debido a su alta rotación.

Palabras Clave

Dirección y Organización Pública. Jefe de Gabinete. Presidencia. Unidades de Staff. Elites Político-Administrativas

Abstract

This article focuses on the figure of the Chief of Staff to the President of the United States as a political-administrative elite within the institutional system. The main research question of the study is to understand the recruitment process of individuals who have held the position from 1946 to 2024. To achieve this, a database was constructed with the profiles of the 31 heads of the U.S. center of government, analyzing the influence of territorial factors related to the person who holds the presidency, educational background, and professional experience in their recruitment. The study finds that the position is not attractive to individuals with long political careers and that it does not significantly promote subsequent political careers due to its high turnover rate.

Keywords

Public Management and Organization. Chief of Staff. Presidency. Staff Units. Political-Administrative Elites

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. 1. Bases teóricas. 1.1. *Los centros de gobierno*. 1.2. *El Gabinete de la Casa Blanca*. 1.3. *La figura del Jefe de Gabinete*. 2. Diseño de la investigación. 3. Resultados. 3.1. *Origen*. 3.2. *Trayectoria política previa*. 3.3. *Trayectoria política posterior*. 4. Discusión de resultados. II. CONCLUSIONES. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier organización pública dispone de una estructura en la que existen un conjunto de mecanismos que, sin perder la capacidad de dirección y la visión integrada, tienen como finalidad el alcanzar la división de tareas en diferentes áreas especializadas. Según Ramió² este tipo de estructuras cuentan con cinco componentes fundamentales: jerarquía y divisionalización, sistemas de coordinación y control, puestos de trabajo, unidades y diferenciación entre prestación de servicios sectoriales y comunes.

La referencia a las unidades se vincula con la existencia de órganos que para el desarrollo de sus funciones cuentan con capacidades personales, materiales y presupuestarias. En este aspecto se suele señalar que toda estructura administrativa cuenta con dos tipos de unidades, por un lado las de línea o de mando, que tienen por función la de realizar tareas ejecutivas dentro de su específico ámbito de actuación, mientras que de forma paralela, las organizaciones públicas disponen de unidades staff cuya finalidad es analizar, estudiar y, en definitiva, aconsejar y prestar asistencia inmediata a la estructura decisional de la Administración Pública.

Dentro de este conjunto de unidades staff es necesario destacar a los centros presidenciales³ o centros de gobierno⁴ más conocidos como gabinetes presidenciales que desarrollan y proyectan la realización de este tipo de funciones hacia los titulares del poder ejecutivo. El interés científico por este tipo de organismos comienza a cobrar relevancia a partir de la década de 1990 debido a dos factores, en primer lugar por la emergencia de enfoques académicos centrados en los mecanismos de coordinación en el ámbito de las políticas públicas y, en segundo término, por el interés que despiertan los

² Ramió, C. *Teoría de la Organización y de la Administración Pública*. (Barcelona-Tecnos, 2016), 45.

³ Lanzaro, Jorge. *Centro Presidencial. Presidencias y Centros de Gobierno en América Latina, Estados Unidos y Europa* (Madrid-Editorial Tecnos, 2018).

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *Centre Stage: The Organisation and Functions of the Centre of Government in OECD Countries*. (París-OCDE, 2018).

fenómenos de “presidencialización” de los ejecutivos en los sistemas parlamentarios que es convergente con la “imperialización” de las jefaturas de gobierno en los sistemas presidencialistas⁵. Sin embargo los estudios en torno a los centros de gobierno se ha centrado en su posición sobre los procesos de toma de decisiones y, no tanto, en comprender el perfil de sus titulares como élites político-administrativas.

En este sentido la pregunta principal de este paper consiste en determinar qué tipo de perfil suele acceder a la dirección de los centros de gobierno. Para responderla el artículo selecciona como estudio de caso al *Chief of Staff* de la Casa Blanca de los Estados Unidos, debido a que es el sistema presidencialista por excelencia, y el primer país que configura un centro presidencial.

El artículo cuenta con cuatro partes claramente diferenciadas. En primer lugar se expone el marco teórico a partir del estudio de tres dimensiones: la conceptualización de los centros presidenciales, y la configuración del centro presidencial en los Estados Unidos. A continuación se establece el diseño metodológico de la investigación a partir de la construcción de una base de datos sobre los perfiles de los Jefes de Gabinete de la Casa Blanca. En tercer lugar se exponen y discuten los principales hallazgos de la investigación y, finalmente, se plantean las conclusiones.

1. BASES TEÓRICAS

1.1. Los centros de gobierno

Todas las organizaciones cuentan con una estructura que hace mención a una serie de mecanismos cuya finalidad radica en alcanzar la división de tareas en distintas áreas especializadas sin perder las capacidades de dirección y visión integrada. Este tipo de estructuras cuentan con cinco componentes fundamentales: jerarquía y divisionalización, sistemas de coordinación y control, puestos de trabajo, unidades y diferenciación entre prestación de servicios sectoriales o comunes⁶.

La jerarquía y la divisionalización hacen mención al conjunto de niveles de dirección o de mando que existen en una organización. Mientras que la jerarquía permite obtener una apreciación adecuada de la altura que tiene una estructura, la divisionalización es un instrumento clave para comprender la especialización del

⁵ Picarella, Luca. "Presidencialización y Personalización en el Sistema Político Español: 1975-2008." *Revista Enfoques* 7, no. 11 (2009): 515-544. Heffernan, Richard. "Prime Ministerial Predominance? Core Executive Politics in the UK." *British Journal of Politics and International Relations* 5, no. 3 (2003): 347-372. Poguntke, Thomas, y Paul Webb. *The Presidentialization of Power: A Comparative Study of Modern Democracies*. (Oxford-Oxford University Press, 2005).

⁶ Ramió, *Teoría de la Organización y de la Administración Pública*, 45.

trabajo⁷. La segunda de estas componentes tiene que ver con los instrumentos de coordinación y control, se trata de los mecanismos que permiten vertebrar las partes que conforman la estructura con la finalidad de alcanzar los objetivos públicos predefinidos en el momento de su constitución⁸).

En tercer lugar es necesario hacer mención a los puestos de trabajo que son las unidades básicas, específicas e impersonales creadas para el cumplimiento de un conjunto de actividades precisas⁹. Finalmente la diferenciación entre el tipo de servicios prestados permite apreciar la orientación de la organización pública, si presta servicios que se proyectan al exterior, se trata de una especialización en servicios sectoriales que constata una personalidad exógena, mientras que si por el contrario se orientan hacia dentro de la estructura se puede identificar claramente una organización especializada en la prestación de servicios comunes que tiene vocación endógena.

Las unidades hacen referencia a órganos dotados de un conjunto de capacidades para cuyo ejercicio disponen de recursos materiales, personales y presupuestarios. Según Ramió¹⁰ toda estructura administrativa cuenta con dos tipos de unidades: en primer lugar existen las unidades de línea de mando cuya función es la de realizar funciones ejecutivas dentro de su específico ámbito de actuación. En paralelo existe un conjunto de unidades de staff que se centran en analizar, estudiar y aconsejar así como realizar determinadas tareas de asistencia inmediata que se proyectan hacia a ciertas unidades de mando gubernamental.

Las unidades de staff más relevantes son los centros presidenciales o de gobierno, que prestan apoyo y asistencia inmediata a los responsables del poder ejecutivo en niveles nacionales, regionales e incluso locales, no obstante, también son de gran relevancia este tipo de unidades cuando su función se proyecta hacia órganos directivos de las administraciones públicas¹¹.

El análisis de los gabinetes presidenciales parte de la premisa consistente en que las administraciones públicas contemporáneas disponen de una enorme pluralidad de agentes gubernamentales que van desde el equipo de gobierno, en sentido estricto, hasta cualquier órgano directivo. Ello supone que la relación principal agente, como acertadamente señala

⁷ Criado Grande, Juan Ignacio. "Organización y Estructura Administrativa." En *Documentación sobre Gerencia Pública*, VV.AA. (Toledo-Escuela de Administración Regional de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2009), 2.

⁸ Mintzberg, Henry. *La Estructuración de las Organizaciones*. (Barcelona-Planeta, 1999).

⁹ Gorriti, Mikel. "El Diseño de Funciones y Puestos en la Administración." *Nuevas Políticas Públicas* 3 (2007), 203

¹⁰ Ramió, *Teoría de la Organización y de la Administración Pública*, 56.

¹¹ Gutiérrez Vicen, Carlos. "Los Ministerios y su Estructura Interna." *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Extra 2 (2004): 127.

Whipple¹² se puede ver afectada por situaciones de descontrol, desacuerdo o conflicto para cuya resolución es imprescindible hacer efectivas las decisiones que adoptan las presidencias en tanto que entes responsables de la función de dirección política de la administración.

1.2. El Gabinete de la Casa Blanca

La sede de las instituciones de los Estados Unidos fue el resultado de un pacto político, plasmado en la Ley de Residencia de 1790, en el que se acordó que la ciudad que acogiese la capitalidad debía ser un reflejo del equilibrio y pluralidad del nuevo país. Como señalan López y Casal¹³, el río Potomac como línea divisoria entre las áreas comerciales e industrializadas del norte y las explotaciones extensivas del sur se convirtió en la zona idónea para albergar una nueva ciudad que fue denominada como Distrito de Columbia¹⁴ y cuyo territorio dejó de estar bajo la jurisdicción estatal para convertirse en un espacio bajo control directo de las autoridades federales.

La construcción de la sede del poder ejecutivo se inició el 13 de octubre de 1792, durante el mandato presidencial de George Washington, siendo John Adams, Presidente entre 1797 y 1801, el primer mandatario en residir en ella. Inicialmente fue denominada como *Executive Mansion* o Casa del Presidente y no fue hasta 1811 cuando cambió la denominación como Casa Blanca, siendo adoptada esta denominación de forma oficial en 1901.

El edificio, pensado como residencia y oficina de un equipo de personas muy reducido, fue incrementando el número de empleados públicos como consecuencia de la progresiva institucionalización de la figura presidencial, siendo especialmente intenso este proceso a partir de la Guerra Civil norteamericana. Durante la presidencia de Theodore Roosevelt se amplió la sede del poder ejecutivo con la edificación del Ala Oeste, como sede de la oficina ejecutiva y un Ala Este como sede de la Primera Dama, manteniéndose el espacio central como residencia y museo¹⁵.

¹² Whipple, Chris. *The Gatekeepers: How the White House Chiefs of Staff Define Every Presidency*. (Nueva York: Crown, 2017), 281.

¹³ López, Eliseo R., y Daniel Casal. «Las Capitales Federales del Continente Americano. Centralidad y Status Político.» *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales* 11 (2015): 204. <https://doi.org/10.32457/RIEM.V111.377>.

¹⁴ Cummings, Michael C., y Monroe C. Price. "The Creation of Washington, D.C.: Political Symbolism and Practical Problem Solving in the Establishment of a Capital City for the United States of America, 1787-1850." En *Capital Cities: International Perspectives*, editado por John H. Taylor, Jean G. Legenllé, y Cyril Andrew. (Ottawa-Carleton University Press, 1993).

¹⁵ Ragsdale, Lyn, y John J. Theis III. "The Institutionalization of the American Presidency, 1924-92." *American Journal of Political Science* 41, no. 4 (1997): 1286.

Actualmente la Casa Blanca cuenta con una plantilla de 502 empleados públicos¹⁶ organizada en una compleja estructura de unidades intradepartamentales. En este sentido se puede afirmar que la existencia de entidades de asesoramiento especial y consultoría política, así como de unidades especializadas en comunicación, asuntos legislativos, formulación e implementación de políticas públicas e incluso de continuidad del gobierno en caso de conflicto nuclear, hacen que el entramado que conforma el Centro Presidencial norteamericano actúe como una verdadera estructura gubernamental autónoma dentro del conjunto del gobierno de los Estados Unidos¹⁷ y otorgan al Jefe de Gabinete, como órgano de coordinación de las unidades intradepartamentales de la Casa Blanca, un papel central en el proceso decisional del ejecutivo norteamericano¹⁸.

1.3. La figura del Jefe de Gabinete

El diseño del *Chief of Staff* de la Casa Blanca tiene un doble origen, por un lado cuenta con una clara inspiración en el denominado *Privy Secretary* del Primer Ministro británico cuya función era la de coordinar los asuntos de despacho del jefe de gobierno del Reino Unido. Esta denominación fue empleada en los Estados Unidos en el cargo de Secretario Privado del Presidente, inicialmente sus funciones combinaban tareas personales de funcionamiento de la sede del poder ejecutivo con la realización de tareas vinculadas al protocolo, la gestión de la agenda y el asesoramiento político (siendo especialmente relevante la redacción de discursos o las relaciones con el Congreso).

En 1932 con la llegada a la Presidencia de Franklin Delano Roosevelt y la formulación del *New Deal* como política contra cíclica a la Gran Depresión iniciada en 1929 conllevó un incremento considerable de las políticas públicas desarrolladas desde el Gobierno Federal vinculadas a la expansión del Estado del Bienestar. Inicialmente se incrementó la Oficina del Presidente como primera respuesta ante la necesidad de dotar de más medios personales y materiales a la administración¹⁹.

¹⁶ Fuente: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/07/2024-July-1-Report-to-Congress.pdf> (consultado el 10 de octubre de 2024).

¹⁷ Arnold, Peri E., Charles E. Walcott, y Betty Patterson. "The White House Office of Management and Administration." *Presidential Studies Quarterly* 31, no. 2 (2001): 192.

¹⁸ Walcott, Charles E. y Hult, Karen, M. "White House Structure and Decision Making: Elaborating the Standard Model," *Presidential Studies Quarterly* 35 (2005).

¹⁹ Cohen, David B., Karen Hult, y Charles E. Walcott. "The Chief of Staff in the Modern White House: An Empirical Exploration." Ponencia presentada en la *American Political Science Association Meeting*, 2006.

A partir de 1939 la II Guerra Mundial, el contexto de Guerra Fría y la continuidad de las políticas expansivas, bajo la presidencia de Truman incrementaron las capacidades del centro presidencial y fue en 1946 cuando se crea la figura del Jefe de Gabinete de la Casa Blanca, inicialmente denominada como “Asistente del Presidente”²⁰ y posteriormente renombrada como *Chief of Staff* a partir de 1953, durante el mandato de Eisenhower.

El Jefe de Gabinete del Presidente es una figura que se caracteriza por su escasa regulación normativa²¹. Respecto de las capacidades del poder ejecutivo el Artículo II en la Clausula 1 de su Sección Segunda de la Constitución, señala que para aconsejar al Presidente al frente de cada Departamento Ejecutivo existirá un Secretario (siendo conocido el equipo conformado entre la presidencia y los secretarios como Gabinete de los Estados Unidos). El Código de los Estados Unidos (USC) en el Título III amplía estas capacidades a la conformación de una Oficina Presidencial a cuyo frente se sitúa el *Chief of Staff*.

Por tanto en el diseño es una figura que se asemeja mucho a la de un Secretario, que en este caso sería el responsable del departamento de la presidencia, sin embargo tiene importantes diferencias con esta figura. En primer lugar el USC lo excluye como miembro nato de gabinete ejecutivo, si bien forma parte de él en tanto en cuanto el Presidente le otorgue rango de miembro del Gabinete de los Estados Unidos, esta conceptualización jurídica tiene una importante consecuencia en el funcionamiento institucional puesto que excluye al *Chief of Staff* de la línea de sucesión y continuidad del gobierno contemplada en la Ley de Sucesión Presidencial de 1947 de la que forman parte el Vicepresidente, el Speaker de la Cámara, el Presidente Pro Tempore del Senado y los Secretarios por orden de antigüedad de su departamento²².

Adicionalmente, y a diferencia de la gran mayoría de miembros del ejecutivo, el Jefe de Gabinete es libremente designado y, en su caso, removido por el Presidente, no necesitando la evaluación del Congreso a través del procedimiento de *advice and consent*.

Esta regulación laxa tiene dos importantes consecuencias, la primera es que la figura no es de naturaleza necesaria, pudiendo prescindirse de ella, como hizo el Presidente Carter entre 1977-1979 que careció de Jefe de Gabinete o bien mediante su reconversión en otro tipo de diseño como la posición de Kenneth O’Donnell quien ejerció como “Secretario Personal” de los Presidentes Kennedy y Johnson (1961-1964). La segunda consecuencia es que

²⁰ Rossiter, Clinton L. “The Constitutional Significance of the Executive Office of the President.” *American Political Science Review* 43, no. 6 (1949): 1206.

²¹ Blumstein, James F. “Regulatory Review by the Executive Office of the President: An Overview and Policy Analysis of Current Issues.” *Duke Law Journal* 51 (2001).

²² Fleming, James E. “Presidential Succession: The Art of the Possible.” *Fordham Law Review* 79 (2010): 954.

por su carácter tan próximo al titular de la presidencia se entiende que además de voluntaria, es una figura que tiene un carácter voluble de acuerdo con las necesidades del titular del poder ejecutivo. En este sentido Whipple²³ señala que cada Presidente define a su Jefe de Gabinete de forma personal y vinculada a las coyunturas que rodean cada mandato, de este modo, como acertadamente indica Virgala Foruria²⁴, se pueden identificar distintos modelos de configuración de la Administración basados en un diseño fuertemente politizado con un destacado papel protagonista del *Chief of Staff* en el proceso decisional que contrastan con modelos más burocratizados en los que se tiende a imponer el criterio técnico de los departamentos y agencias.

Como figura que actúa como el alter ego del Presidente y que proyecta su autoridad hacia el centro presidencial, el Jefe de Gabinete, tiene funciones de coordinación política intradepartamental sobre los organismos de la Casa Blanca que permiten al Presidente de los Estados Unidos ejercer sus facultades como titular del poder ejecutivo y como jefe de Estado²⁵.

Tabla 1. *Correlación entre las facultades del Presidente de los Estados Unidos y la estructura interna del Centro Presidencial.*

Rol	Funciones	Organismos Dependientes del Centro Presidencial
Jefe de Estado	Protección del Orden Constitucional	- Consejo de Política Interior; - Comisión de Relaciones Intergubernamentales - Oficina de Asuntos Legislativos - Consejería Jurídica del Presidente;
	Comandante en Jefe	- Oficina del Consejero de Seguridad Nacional. - Oficina Militar.
	Representación Internacional	- Oficina del Consejero de Seguridad Nacional. - Oficina de Política Climática. - Oficina de la Primera Dama. - Oficina de Operaciones Presidencial
	Gracia y Perdón	- Consejería Jurídica del Presidente

²³ Whipple, Chris. *The Gatekeepers: How the White House Chiefs of Staff Define Every Presidency.*

²⁴ Virgala Foruria, Eduardo. "La Organización Interna del Poder Ejecutivo en los Estados Unidos. El Presidente, el Gabinete y la presidencia institucionalizada". *Revista de Estudios Políticos* 83 (1994):173

²⁵ Pfiffner, James P. "The President's Chief of Staff: Lessons Learned." *Presidential Studies Quarterly* 23, no. 1 (1993): 77-102.

Rol	Funciones	Organismos Dependientes del Centro Presidencial
Jefe de Gobierno	Agenda Política	<ul style="list-style-type: none"> - Secretaría de Prensa. - Oficina de Comunicaciones. - Oficina de Redacción de Discursos. - Oficina de Estrategia Política. - Oficina de Estrategia Digital
	Adopción de iniciativas	<ul style="list-style-type: none"> - Oficina de Asuntos Legislativos. - Consejería Jurídica. - Gabinete del Presidente.

Fuente: Elaboración propia.

Como muestra la Tabla 1 cada una de las facultades con las que cuenta el Presidente de los Estados Unidos cuenta con una unidad específica de apoyo para su ejercicio integrada en el Centro Presidencial. La gestión de personal y coordinación política interna, que asume el Jefe de Gabinete, es un elemento clave para entender cómo una figura inicialmente prevista para ofrecer asistencia inmediata y asesoramiento y dotada de un marco regulatorio muy escaso, se ha convertido en un órgano central del sistema político norteamericano.

2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Como se ha señalado en el apartado introductorio, este trabajo tiene como pregunta principal de investigación determinar el tipo de perfil que accede a la dirección de los centros presidenciales. El objetivo principal que se plantea se centra en comprender la figura del responsable de los gabinetes presidenciales como una élite político-administrativa en los modelos demoliberales, especialmente en aquellos que cuentan con un diseño de tipo presidencialista.

Como objetivos específicos se encuentran el avance en la construcción de una base de datos sobre los titulares de los centros de gobierno, la conceptualización de modelos de dirección de este tipo de organismos así como la comprensión de los gabinetes presidenciales que constituye un espacio poco estudiado en la Ciencia Política y de la Administración a pesar de su indudable interés en los procesos de toma de decisiones así como en las diferentes fases de formulación e implementación de las políticas públicas por parte de los gobiernos.

Para responder la pregunta principal de investigación se han seleccionado a los responsables del centro de gobierno de los Estados Unidos. La razón de esta elección responde a que el modelo norteamericano constituye el ejemplo más reconocido de diseño presidencialista.

El periodo temporal seleccionado corresponde, en el caso de los Estados Unidos con el espacio comprendido entre 1946, año en el que se crea el cargo de Jefe de Gabinete del Presidente y 2023.

Para el estudio de los perfiles del *Chief of Staff* de la Casa Blanca se ha seleccionado el modelo de acumulación de capitales que según Bourdieu²⁶ define el acceso a la posición de élite política. La base de datos construida cuenta con tres grandes variables analíticas: origen, trayectoria política previa y trayectoria política posterior.

Tabla 2. *Variables de análisis.*

Variable	Indicadores	Subindicadores
Origen	<ol style="list-style-type: none"> 1. Procedencia Geográfica 2. Edad. 3. Formación Académica 4. Experiencia Profesional 	<ol style="list-style-type: none"> 1.a) Coincidencia con el Presidente. 3.a) Titulación 1. 3.b) Centro de Estudios 1. 3.c) Titulación 2. 3.d) Centro de Estudios 2. 3.e) Titulación 3. 3.f) Centro de Estudios 3. 4.a) Actividad Profesional 4.b) Años de Experiencia.
Trayectoria Política Previa	<ol style="list-style-type: none"> 1. Experiencia en el Poder Ejecutivo 2. Experiencia en el Poder Legislativo 3. Experiencia en la Política Local/Regional 4. Experiencia Internacional 	<ol style="list-style-type: none"> 1.a) Cargos. 1.b) Años. 2.a) Cargos. 2.b) Años 3.a) Cargos. 3.b) Años. 4.a) Cargos. 4.b) Años.
Trayectoria Política Posterior	<ol style="list-style-type: none"> 1. Experiencia en el Poder Ejecutivo 2. Experiencia en el Poder Legislativo 3. Experiencia en la Política Local/Regional 4. Experiencia Internacional 	<ol style="list-style-type: none"> 1.a) Cargos. 1.b) Años. 2.a) Cargos. 2.b) Años 3.a) Cargos. 3.b) Años. 4.a) Cargos. 4.b) Años.

Fuente: Elaboración propia.

²⁶ Bourdieu, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. (Bilbao-Desclée De Brouwer, 1983).

La primera de las dimensiones que sirven como parámetro analítico tiene que ver con la edad, el origen geográfico, educativo y profesional de las personas que ocuparon la dirección del centro presidencial de los Estados Unidos. Esta variable permite observar la acumulación de capital cultural y social, con carácter previo a la responsabilidad administrativa desarrollada y analizar si determinados espacios geográficos, centros educativos o colectivos profesionales influyen en el reclutamiento de este tipo de figuras políticas²⁷.

En segundo término se estudia la trayectoria política previa al momento de ocupar el cargo, que constituye un elemento de una extraordinaria relevancia para medir si las personas que acceden a este tipo de responsabilidades acumulan capital social y simbólico²⁸ a través de un *background* institucional anterior a su responsabilidad como responsables de centros de gobierno, o si por el contrario son perfiles que no han estado expuestos en cargos públicos. Esta dimensión se subdivide en cuatro grandes indicadores: la experiencia en puestos en el poder ejecutivo, en el parlamento, en la política regional o local (estatal en la terminología norteamericana) así como la posible experiencia en instituciones internacionales.

Finalmente un aspecto de gran interés, escasamente estudiado en lo relativo al análisis de las élites político-administrativas tiene que ver con la trayectoria institucional posterior al desempeño del cargo y permite observar si la dirección de un centro de gobierno construye capital social y simbólico²⁹ y se convierte en un elemento de impulso a una carrera política posterior o sí, por el contrario, terminado el mandato de un Presidente, el titular de su gabinete se retira con él. En este punto nuevamente se acude a los mismos indicadores: trayectoria política posterior en los poderes ejecutivo y legislativo, en la política regional o local y en organizaciones internacionales.

Adicionalmente la investigación culmina el estudio de los responsables de los centros presidenciales estudiando el sesgo político, la estabilidad y la rotación en el puesto de este tipo de figuras políticas.

3. RESULTADOS

3.1. Origen

Como se ha indicado en el epígrafe metodológico el primero de los elementos que se toman como parámetro analítico de la investigación tiene que

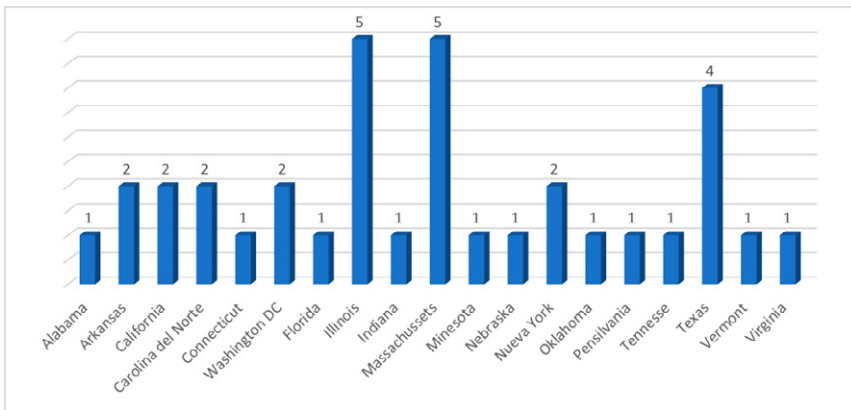
²⁷ Bourdieu, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*, 135

²⁸ Putnam, Robert D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. (Nueva York-Simon and Schuster, 2000). Woolcock, Michael, y Deepa Narayan. "Social Capital: Implications for Development Theory, Research, and Policy." *The World Bank Observer* 15, no. 2 (2000): 226

²⁹ Ansart, Pierre. *Les Sociologies Contemporaines*. (Paris-Seuil, 1999).

ver con la procedencia de las personas que han ocupado la posición de jefe de gabinete en la Casa Blanca desde la creación del cargo en 1946. Para comprender los perfiles de reclutamiento se han tomado como unidades de análisis: el Estado de procedencia, para ver si el factor territorial actúa como elemento de incorporación así como la posible proximidad territorial entre los presidentes y los responsables del centro de gobierno; la edad de acceso al cargo ya que permite ver si para este tipo de responsabilidades se opta por perfiles experimentados o por el contrario por figuras incipientes, el centro de estudios, para poder determinar si las universidades constituyen espacios de reclutamiento, así como la trayectoria profesional previa y los años de experiencia.

Gráfica 1. *Origen geográfico.*



Fuente: Elaboración propia.

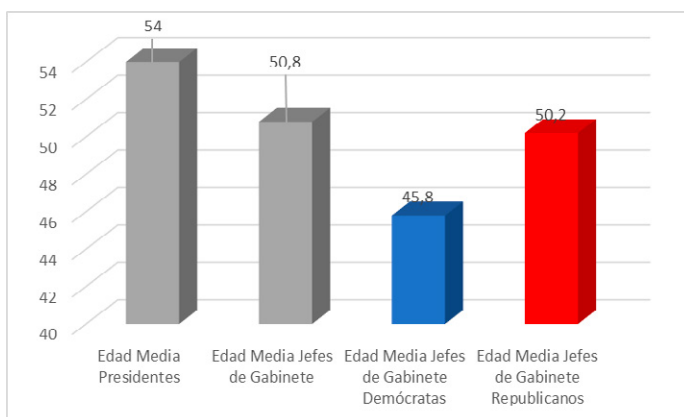
Como muestra el Gráfico 1, el factor territorial no constituye un elemento determinante a la hora de observar patrones de reclutamiento de los responsables del centro presidencial de los Estados Unidos. Las 31 personas que han ocupado el cargo, provienen de 18 estados y del Distrito de Columbia, sede de la capital. Los territorios de Illinois, Massachussets (5) y Texas (4) son los que más jefes de gabinete han aportado al conjunto de las administraciones que se han sucedido desde 1946.

Tabla 3. *Coincidencia geográfica jefe de gabinete-presidente.*

	Presidente	Partido Político	Estado de origen
Kenneth O'Donnell	John Kennedy	Demócrata	Massachussets
Marvin Watson	Lyndon Johnson	Demócrata	Texas
HR. Haldeman	Richard Nixon	Republicano	California
James Baker	George Bush	Republicano	Texas
Mack McLarty	Bill Clinton	Demócrata	Arkansas
Rahm Emmanuel	Barack Obama	Demócrata	Illinois
Bill Daley	Barack Obama	Demócrata	Illinois

Fuente: Elaboración propia.

Un elemento interesante es que aproximadamente la tercera parte de las personas que han desempeñado el cargo tenían una procedencia geográfica coincidente con el presidente que les designó. Esta práctica ha venido siendo más frecuente entre gobernantes pertenecientes al Partido Demócrata, además la tendencia general es que este tipo de coincidencias se den al inicio del primer mandato presidencial. Sin embargo George Bush, con la elección de Baker al final de su único periodo en la Casa Blanca, y Obama, con el nombramiento de Bill Daley al final de su primer mandato, constituyen excepciones a esta práctica.

Gráfico 2. *Edad en el momento de acceder al cargo.*

Fuente: Elaboración propia.

El estudio de la edad en el momento de tomar posesión del cargo es sumamente interesante para comprender el perfil del reclutamiento. Como claramente muestra el Gráfico 2, la media de edad de los nombramientos se sitúa en los 50,8 años, lo que supone que son siempre elegidos perfiles cuatro años más jóvenes que la media de los presidentes. Esta tendencia es más acusada entre los presidentes demócratas, que eligen jefes de gabinetes, de media, casi diez años más jóvenes, mientras que los pertenecientes al Partido Republicano (GOP) eligen perfiles con una edad similar a la media. En este aspecto es relevante señalar que la persona más joven en alcanzar el cargo fue Dick Cheney que con 34 años fue nombrado *Chief of Staff* por el Presidente Gerald Ford (GOP) mientras que el más veterano fue Donald Regan, también republicano, que con 67 años se hizo cargo del centro de gobierno bajo el mandato de Ronald Reagan.

Tabla 4. *Formación de grado y postgrado.*

	Titulación	Centro de Estudios	Titulación 2	Centro de Estudios 2
John Steelman	B.A. Artes	Henderson Brown Colege Arkansas	Máster en Artes	Vanderbilt
Sherman Adams	BA Artes	Darmouth		
Wilton Persons	Ingeniero Electrónico	Instituto Politécnico de Alabama	Oficial del Ejercito de los EE.UU	Forth Leavenworth
Kenneth O'Donnell	BA Artes	Harvard	Derecho	Boston College
Marvin Watson	BA Artes	Baylor	Máster en Artes	Baylor
James R. Jones	Ba Artes	Oklahoma	Derecho	Georgetown
H. R. Haldeman	Ba Artes	UCLA		
Alexander Haig	Oficial del Ejercito	West Point	MBA	Columbia
Donald Rumsfeld	Ciencia Política	Princeton		
Dick Cheney	BA Artes	Wyoming		
Hamilton Jordan	Ciencias Políticas	Georgia		
Jack Watson	BA Artes	Vanderbilt	Derecho	Harvard

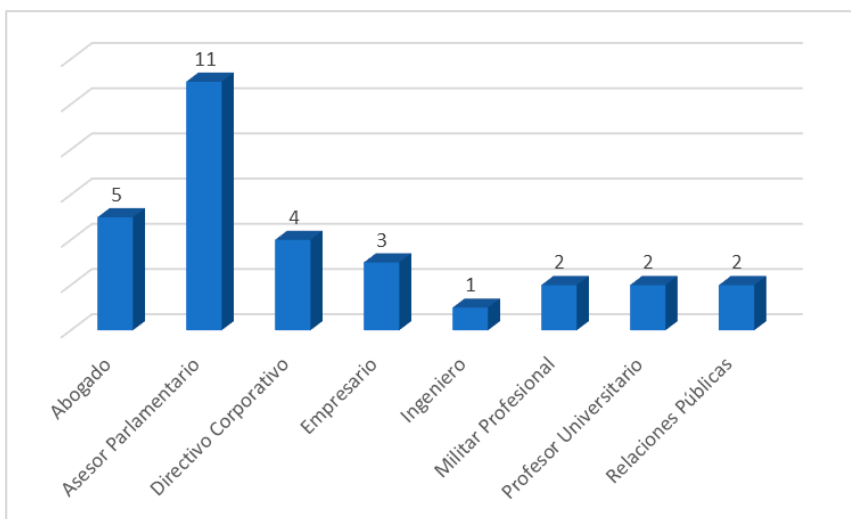
	Titulación	Centro de Estudios	Titulación 2	Centro de Estudios 2
James Baker	BA Artes	Princeton	Derecho	Texas
Donald Regan	BA Artes	Harvard		
Howard Baker	BA Artes	McCallie	Derecho	Tulane
Kenneth Duberstein	BA Artes	Franklin and Marshall College	Máster en Artes	American University
John Sununu	Ingeniería Mecánica	MIT	Máster en Ingeniería Mecánica	MIT
Samuel Skinner	Contabilidad	Illinois	Derecho	De Paul
James Baker	BA Artes	Princeton	Derecho	Texas
Mack McLarty	Empresariales	Arkansas		
Leon Panetta	Ciencias Políticas	Santa Clara	Derecho	Santa Clara
Erskine Bowles	Empresariales	Carolina del Norte	MBA	Columbia
John Podesta	BA Artes	Knox College	Derecho	Georgetown
Andrew Card	Ingeniero Civil	Carolina del Sur	Gobierno	Harvard
Joshua Bolten	Ciencias Políticas	Princeton	Derecho	Stanford
Rahm Emanuel	BA Artes	Northwestern	Comunicación Política	Northwestern
Pete Rouse	BA Artes	Colby College	Master en Artes	London School of Economics
Bill Daley	BA Artes	Loyola	Derecho	John Marshall
Jack Lew	BA Artes	Harvard	Derecho	Georgetown
Denis McDonough	BA Artes	Saint John	Máster en Relaciones Internacionales	Georgetown

Fuente: Elaboración propia.

El análisis de la formación revela dos aspectos de gran relevancia: en primer lugar que todas las personas que han sido designadas como jefes de gabinete de la Casa Blanca contaban con formación universitaria de grado, en la

mayoría de los casos algún título de Ciencias Sociales (*BA Arts*) y, salvo algunas excepciones, también de postgrado siendo especialmente la formación como juristas de 15 jefes de gabinete o en Ciencia Política de otros 4. La segunda cuestión que se extrae del análisis formativo es que si bien se detectan hasta 42 centros formativos, las universidades de Harvard y de Georgetown formaron a 11 de los 31 jefes de gabinete que ha habido en la Casa Blanca.

Gráfica 3. *Experiencia profesional previa (por sectores de actividad).*



Fuente: Elaboración propia.

Finalmente la última de las unidades analíticas muestra que los jefes de gabinete atesoraban, en el momento de su designación, una dilatada experiencia profesional de 17,6 años de media. El sector de actividad más frecuente ha sido el trabajo vinculado al asesoramiento parlamentario en alguna de las dos cámaras del Congreso de los Estados Unidos, que fue el espacio en el que 11 personas contaban experiencia, también es relevante la experiencia jurídica en el ejercicio de la abogacía que acreditaron 5 de los jefes de gabinete o la trayectoria en consejos de administración de grandes empresas.

3.2. Trayectoria política previa

La segunda de las dimensiones de estudio en torno a la figura del *Chief of Staff* tiene que ver con la experiencia política previa al nombramiento. Para

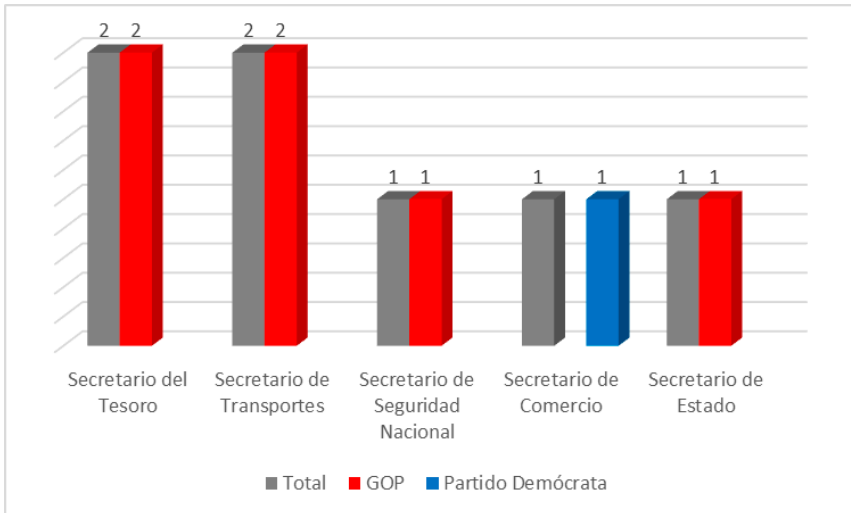
analizarlo se han tomado cuatro unidades de referencia: experiencia como miembro del poder ejecutivo federal, trayectoria como representante en cualquiera de las dos cámaras del Congreso, experiencia en la política subnacional (a nivel estatal o local) y experiencia en relaciones internacionales. Estos parámetros de estudio permiten observar si el perfil del jefe de gabinete se vincula a una trayectoria institucional más o menos extensa.

Tabla 5. *Experiencia en el poder legislativo.*

	Partido	Cargo	Años
Sherman Adams	Republicano	Congresista	2
Donald Rumsfeld	Republicano	Congresista	6
Leon Panetta	Demócrata	Congresista	16
Andrew Card	Republicano	Congresista	8
Rahm Emanuel	Demócrata	Congresista	6
Mick Mulvaney	Republicano	Congresista	6
Mark Meadows	Republicano	Congresista	7
Howard Baker	Republicano	Senador y Líder de la Mayoría Republicana	18

Fuente: Elaboración propia.

Un total de 8 personas (seis miembros del GOP frente a dos demócratas) que alcanzaron el cargo de *Chief of Staff* en la Casa Blanca contaban en el momento de su nombramiento con experiencia parlamentaria en el Congreso, son especialmente destacables los casos de Howard Baker, jefe de gabinete de Ronald Reagan que ocupó escaño en el Senado, representando al Estado de Tennessee durante dieciocho años, llegando a ser el Líder de la Mayoría en la cámara alta pero también de Leon Panetta que al asumir el puesto durante la presidencia de Bill Clinton había desempeñado durante dieciséis años el cargo de congresista demócrata por los Distritos 16 y 17 del Estado de California.

Gráfico 4. *Experiencia previa en el poder ejecutivo (por cargo).*

Fuente: Elaboración propia.

Como cuestión previa al análisis de la experiencia en el poder ejecutivo federal es necesario realizar una aclaración respecto de su organización en los Estados Unidos. El sistema político norteamericano se caracteriza por ser un ejemplo claro de presidencialismo, en este sentido el artículo II de la Constitución Federal es claro cuando señala que el conjunto de los poderes ejecutivos se acreditan a la persona que ostente la presidencia dando lugar a lo que se entiende como ejecutivo unitario³⁰ sin embargo como señala Reed Amar³¹ el control total del ejecutivo no excluye la facultad del jefe de gobierno de contar con la opinión de los titulares de los departamentos y agencias de la administración federal, aspecto que contempla el artículo 3 (sección 302) del USC y que se desarrolla en el artículo 5 en donde se indican

³⁰ Percival, Robert V. "Presidential Management of the Administrative State: The Not-So-Unitary Executive." *Duke Law Journal* 51, no. 3 (2001): 971. Calabresi, Steven G., y Christopher Yoo. *The Unitary Executive; Presidential Power from Washington to Bush*. (New Haven-Yale University Press, 2008). Barilleaux, Ryan J., y Christopher Kelley. *The Unitary Executive and the Modern Presidency*. (College Station-Texas A&M University Press, 2010).

³¹ Reed Amar, Akhil. "President, Cabinet, and Independent Agencies." *University of Saint Thomas Journal of Law* 5, no. 1 (2010): 36-61.

qué responsables de departamento y oficiales públicos asimilados ostentan la condición de miembros del Gabinete.

Como muestra el Gráfico 4, la experiencia previa en el poder ejecutivo federal que atesoran los jefes de gabinete desde 1946 es escasa en el momento de su nombramiento. Solamente 6 personas habían ocupado con anterioridad posiciones en el *Cabinet*, en el caso de James Baker, antes de volver a ser designado *Chief of Staff* en 1992 había ocupado los cargos de Secretario del Tesoro y de Secretario de Estado bajo las administraciones de Reagan y Bush. Los tres republicanos restantes que ocuparon cargos ejecutivos antes de su designación (Regan, Skinner, Card y Kelly) contaban con experiencia previa al frente de los departamentos del Tesoro, Transporte y Seguridad Nacional respectivamente. Por su parte el único demócrata que accedió al puesto, previa experiencia como Secretario de Comercio, fue Bill Dalley designado para el cargo por el Presidente Obama.

Tabla 6. *Experiencia política estatal y local.*

	Partido	Experiencia en Política Estatal y Local	Años
Mack McLarty	Demócrata	Electo en la Cámara de Representantes de Arkansas	2
Mick Mulvaney	Republicano	Electo en la Cámara de Representantes de Carolina del Sur Miembro del Senado Carolina del Sur	4
John Sununu	Republicano	Representante en la Cámara de Representantes de New Hampshire Gobernador de New Hampshire	8
Sherman Adams	Republicano	Gobernador de New Hampshire	4

Fuente: Elaboración propia.

La experiencia política previa en instituciones estatales y locales tampoco es un rasgo que atesoren los responsables del centro presidencial norteamericano. En la Tabla 6, se puede observar que solamente seis personas contaban con una trayectoria previa en la política subnacional. McLarty, Jefe de Gabinete con Bill Clinton, fue miembro de la cámara baba de la Legislatura Estatal de Arkansas, por su parte el republicano Mulvaney que ocupó el cargo bajo la presidencia de Donald Trump logró ser miembro de las dos cámaras legislativas del Estado de Carolina del Sur durante cuatro años.

Por su parte Sherman Adams, *Chief of Staff* del Presidente Eisenhower y John Sununu, que lo fue de George Bush, ocuparon en ambos casos el puesto

de Gobernador del Estado de New Hampshire, tradicionalmente feudo del GOP en el norte del país. En el caso de Sununu además fue miembro de la Cámara de Representantes de ese mismo Estado durante dos años.

La experiencia política internacional previa es todavía más escasa y, con la excepción del republicano Donald Rumsfeld, que antes de ser nominado para el cargo por Gerald Ford, había sido Embajador de Estados Unidos ante la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) ningún otro jefe de gabinete había tenido responsabilidades vinculadas a la política internacional.

3.3. Trayectoria política posterior

De forma complementaria a los orígenes territoriales y educativos, así como a la trayectoria política e institucional previa al ejercicio del cargo, un aspecto clave para comprender el rendimiento de la figura del Jefe de Gabinete en el sistema político-administrativo de los Estados Unidos reside en conocer la trayectoria una vez abandonan el cargo, puesto que permite verificar si la experiencia adquirida permite dar inicio a una carrera institucional.

Para analizarlo se han tomado los criterios de experiencia política federal (en el ejecutivo y el legislativo) estatal y local así como internacional que actúan a modo de espejo con los seleccionados para estudiar la experiencia previa.

Tabla 7. *Experiencia posterior en el poder legislativo federal.*

	Partido Político	Experiencia en el Legislativo	Años
James R. Jones	Demócrata	Congresista	14
Dick Cheney	Republicano	Congresista	10

Fuente: Elaboración propia.

Solamente dos antiguos jefes de gabinete desarrollaron su carrera posterior en el Congreso de los Estados Unidos, ambos en la Cámara de Representantes, el demócrata James R. Jones, que fue nombrado por Lyndon Johnson al final de su mandato pudo ejercer la función representativa durante 14 años por el primer distrito electoral del Estado de Oklahoma llegando a dirigir el comité presupuestario de la cámara baja. Por su parte Dick Cheney que fue designado por Gerald Ford, ocupó el cargo de Congresista por el Estado de Wyoming durante cinco elecciones que le permitieron disfrutar de un periodo de diez años en la Cámara de Representantes en donde llegó a ocupar el cargo de Líder de la Minoría Republicana.

Tabla 8. *Experiencia posterior en el gobierno federal.*

	Partido Político	Experiencia en el Poder Ejecutivo	Años
Leon Panetta	Demócrata	Director de la Agencia Central de Inteligencia (CIA)	4
Denis McDonough	Demócrata	Secretario de Asuntos de Veteranos	2
Donald Rumsfeld	Republicano	Secretario de Defensa	7
James Baker	Republicano	Secretario del Tesoro Secretario de Estado Jefe de Gabinete de la Casa Blanca	7
Jack Lew	Demócrata	Secretario del Tesoro	4
Dick Cheney	Republicano	Vicepresidente Secretario de Defensa	12

Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo si se observa un mayor desarrollo posterior de carreras políticas en el ámbito del poder ejecutivo, concretamente seis antiguos jefes de gabinete ocuparon, con posterioridad puestos de rango gubernamental. Son significativos los casos de James Baker y de Dick Cheney ambos del GOP. Baker, el único que ha repetido como Jefe de Gabinete con dos presidentes distintos, ocupó con posterioridad a su primer nombramiento los cargos de Secretario del Tesoro y de Estado bajo la presidencia de George Bush, por su parte Cheney ocupó la cartera de defensa con George Bush, durante cuatro años, y con posterioridad fue elegido Vicepresidente de los Estados Unidos conformando ticket electoral con George W. Bush y ocupando el cargo entre 2000-2008.

Los demócratas Leon Panetta, Dennis McDonough y Jack Lew llegaron a ocupar, respectivamente, la Dirección de la CIA, la Secretaría de Asuntos de Veteranos así como la Secretaría del Tesoro mientras que el republicano Donald Rumsfeld alcanzó la Secretaría de Defensa con posterioridad a su desempeño como *Chief of Staff*.

En lo referente a la trayectoria estatal y local posterior al ejercicio del cargo es necesario resaltar que solamente quien fuera responsable del centro presidencial bajo el mandato de Barack Obama, el demócrata Rahm Emanuel, desarrolló su carrera con posterioridad como Alcalde de Chicago. No obstante si conviene destacar que no fue el único que lo intentó, el también demócrata Kenneth O'Donnell que ocupó el cargo durante la presidencia de

Kennedy intentó, sin éxito optar al cargo de Gobernador del Estado de Massachusetts siendo derrotado en dos ocasiones en el proceso interno de primarias.

Tabla 9. *Experiencia posterior en política internacional*

	Partido Político	Cargo desempeñado	Años
Rahm Emanuel	Demócrata	Embajador en Japón	2
James R. Jones	Demócrata	Embajador en Japón	4
Howard Baker	Republicano	Embajador en Japón	4

Fuente: Elaboración propia.

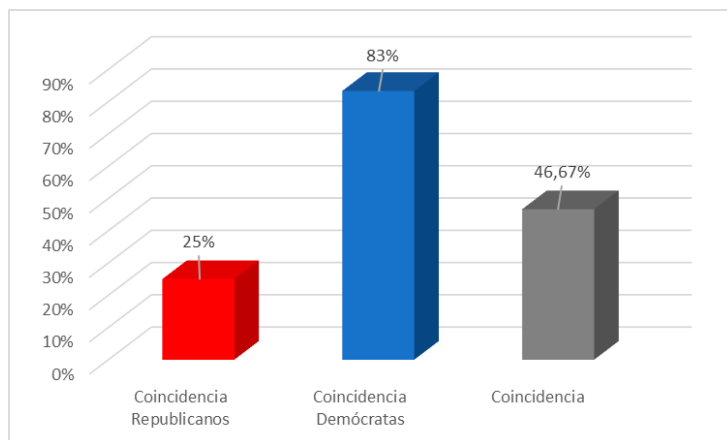
Por su parte tres antiguos jefes de gabinete tuvieron trayectoria internacional posterior a su paso por la dirección del personal de la Casa Blanca y curiosamente todos ellos ocuparon la embajada de los Estados Unidos en Japón. Rahm Emanuel, quien fuera jefe de gabinete de Barack Obama, lo hace en la actualidad, tras ser nominado para el cargo por el Presidente Biden. Previamente lo hicieron James R. Jones, responsable del gabinete de Lyndon Johnson y Howard Baker, que fue *Chief of Staff* de Ronald Reagan.

4. *DISCUSIÓN DE RESULTADOS*

A partir de la presentación de los principales hallazgos de la investigación realizada en el epígrafe anterior se pueden obtener cuatro consideraciones principales respecto de la posición del *Chief of Staff* en la estructura político-administrativa norteamericana.

En primer lugar es necesario destacar que de entrada se trata de un perfil caracterizado por una fuerte masculinización, como se ve en la Tabla 4, el cargo no ha sido ocupado desde 1946 por ninguna mujer y, al mismo tiempo, como se ve en el Gráfico 2 se observa un perfil de madurez en el acceso al puesto dado que la media de edad con la que se comienza a ocupar es de 50 años, siendo cuatro años menor que el promedio de edad con el que los Presidentes comienzan su mandato.

La segunda consideración previa que se puede obtener de la presentación de los resultados de la presente investigación tiene que ver con las dimensiones vinculadas al reclutamiento de las personas que ocupan la jefatura de gabinete en la Casa Blanca destacando una leve inercia a que en algún momento existan ciertas coincidencias geográficas con el Presidente y que, en todo caso, se trata de perfiles con un nivel educativo alto que generalmente ha cursado estudios en ciencias sociales, políticas y jurídicas.

Gráfico 5. *Coincidencia geográfica presidencia-jefe de gabinete.*

Fuente: Elaboración propia.

Si bien es cierto que no existe un vínculo geográfico claro que sugiera que por nacer en un territorio existe una mayor probabilidad de acceso al cargo, ya que como se ve en el Gráfico 1, ha habido 31 personas de 18 estados distintos (y del Distrito de Columbia). Se es necesario destacar que, como muestra el Gráfico 5 en conexión con la Tabla 3, hay una tendencia a que los presidentes designen a un Jefe de Gabinete con el que compartan origen geográfico generalmente al comienzo de su mandato y especialmente si el Presidente pertenece al Partido Demócrata.

Respecto del perfil educativo, como muestra la Tabla 4, es necesario señalar que estudiar en una determinada universidad no es condición decisiva para incrementar las probabilidades de acceder al cargo. Hay 42 centros formativos y una leve tendencia a que las personas nombradas tengan estudios en Harvard o Stanford. Lo relevante en materia educativa suele tener que ver más bien con los estudios cursados.

Tabla 10. *Estudios de grado y postgrado (por áreas)*

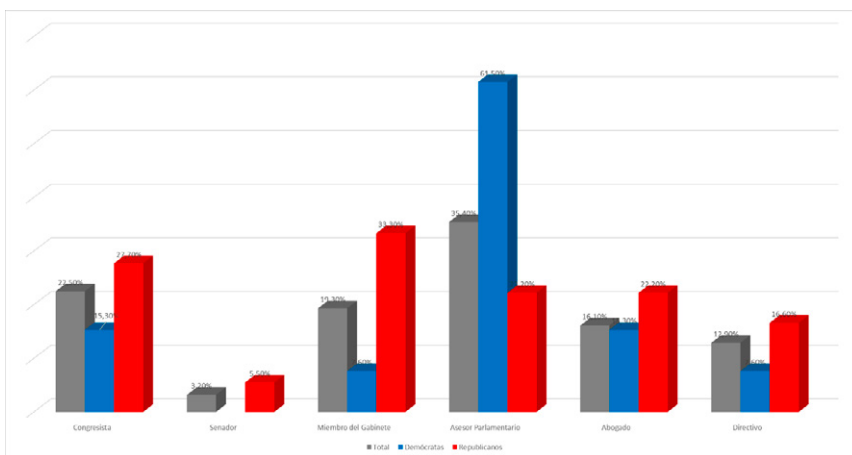
Grado		Postgrado	
Ciencias Sociales (BA Arts)	77,42%	Derecho	48,30%
Ciencia Política	16,10%	Ciencia Política	12,90%
Otros	29,00%	Otros	12,90%

Fuente: Elaboración propia.

En este sentido un 77,42% de las personas que fueron nombradas contaban con un grado en Ciencias Sociales, un 48,3% habían realizado un postgrado en Derecho y aproximadamente un 20% contaban con formación en materias vinculadas la Ciencia Política y de la Administración Pública.

La tercera consideración previa se vincula a la trayectoria previa al nombramiento al cargo pudiéndose afirmar que los jefes de gabinete que ha tenido la Casa Blanca desde 1946 se caracterizan por una altísima cualificación profesional y una baja experiencia política en puestos electos, gubernamentales, en cargos estatales y locales así como en política exterior.

Gráfico 6. *Trayectoria previa.*



Fuente: Elaboración propia.

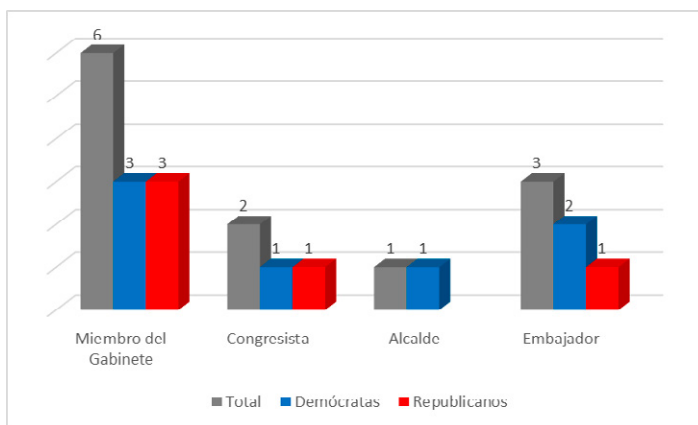
El primer elemento que llama la atención es la poca experiencia política en puestos electos o en nombramientos gubernamentales que han atesorado los jefes de gabinete y que se observan claramente en las Tablas 5 y 6 así como en la Gráfica 4 y que se sintetiza en la Gráfica 6. Esta poca experiencia es especialmente relevante entre las filas demócratas que se sitúan muy por debajo de los miembros del GOP que ocuparon el cargo.

Por su parte conjunto de personas que han ocupado el cargo acumulan una experiencia profesional media de 17,6 años. Su función se proyecta esencialmente en 3 sectores de actividad: La mayoría de ellos, especialmente los pertenecientes al Partido Demócrata, han desarrollado buena parte de su trayectoria profesional vinculados al asesoramiento parlamentario en alguna de las dos cámaras que integran el Congreso de los Estados Unidos, destacando en esta función Pete Rose, Jefe de Gabinete de Barack Obama, con 38 años

de experiencia y, sobre todo Ron Klain quien ejerció la asesoría parlamentaria tanto para diversos congresistas como para dos Vicepresidentes y que fue designado por Joe Biden como *Chief of Staff* en 2020.

En menor medida el perfil profesional del jefe de gabinete se proyecta al ejercicio de la abogacía, sobre todo entre los miembros del GOP, donde destaca la trayectoria de James Baker aunque también la del demócrata Bill Dalley, así como a la función directiva en empresas del sector privado siendo reseñable comentar la trayectoria de Samuel Skinner, *Chief of Staff* del republicano, George Bush, quien durante 29 años fue miembro del equipo de dirección de la empresa tecnológica IBM.

Gráfico 7. Trayectoria posterior.



Fuente: Elaboración propia.

Finalmente la última de las consideraciones previas se vincula con el hecho de la escasa trayectoria política posterior que han desempeñado quienes han accedido al cargo de jefe de gabinete en la Casa Blanca y que se constatan en las Tablas 7, 8 y 9. Mención singular merece la trayectoria de Dick Cheney quien con posterioridad a su paso por el cargo fue electo miembro de la Cámara de Representantes, ocupó el cargo de Secretario de Defensa y logró alcanzar la Vicepresidencia y mantenerla durante dos mandatos formando equipo con George W. Bush.

En el poder legislativo, junto al caso ya mencionado, solamente James R. Ross logró alcanzar un escaño. Mientras que en el ejecutivo, Leon Panetta llegó a ser Director de la CIA, James Baker, Secretario del Tesoro y de Estado, Donald Rumsfeld de Defensa y Denis McDonough, responsable del Departamento de Asuntos de Veteranos de Guerra.

La política estatal o local tampoco fue el destino de ningún antiguo Jefe de Gabinete, con la excepción de Rahm Emanuel, que alcanzó la alcaldía de Chicago después de trabajar liderando el equipo de Barack Obama. Por su parte el propio Emanuel, Jones y Howard Baker si desarrollaron parte de su carrera en la política exterior, en los tres casos, al frente de la Embajada de los Estados Unidos ante Japón.

Esta falta de proyección política posterior puede deberse a la alta rotación que ha venido caracterizando al puesto desde su creación en 1946. Durante ocho décadas ha habido 14 presidentes que han nombrado a un total de 31 responsables de su centro de gobierno. Esto supone una media de 2,4 jefes de gabinete por cada presidente, rotación que es más moderada entre los demócratas (1,6) que entre mandatarios pertenecientes al GOP (2,8).

Tabla 11. *Jefes de gabinete por presidentes.*

Presidente	Partido	Jefes de Gabinete
Truman	Demócrata	1
Eisenhower	Republicano	2
Kennedy	Demócrata	1
Johnson	Demócrata	2
Nixon	Republicano	2
Ford	Republicano	3
Carter	Demócrata	2
Reagan	Republicano	4
Bush	Republicano	3
Clinton	Demócrata	4
GW. Bush	Republicano	2
Obama	Demócrata	5
Trump	Republicano	4
Biden	Demócrata	2

Fuente: Elaboración propia.

Como muestra la Tabla 11, desde la llegada al poder de Gerald Ford y con las excepciones de George Walker Bush y Joe Biden, todos los presidentes han contado con al menos 3 jefes de gabinete. Son especialmente relevantes

los casos de Obama, que tuvo cinco personas ocupando el cargo durante sus dos mandatos y, muy especialmente de Donald Trump que nombró a cuatro personas en solo cuatro años de presidencia.

II. CONCLUSIONES

Una vez se ha construido el marco teórico de referencia, expuesto y discutido los principales hallazgos se hace necesario realizar el planteamiento de las principales conclusiones a las que se ha llegado en esta investigación. En primer lugar es necesario recuperar la pregunta principal de investigación consistente en averiguar el tipo de perfil que accede a la dirección de los centros presidenciales.

En este aspecto se puede señalar que la primera conclusión tiene que ver con que se ha conseguido responder de forma adecuada, pero limitada a la pregunta principal de investigación puesto que si bien es cierto, como se expone en la discusión de resultados que el *Chief of Staff* de la Casa Blanca se caracteriza por la masculinización, una tendencia temporal a la coincidencia geográfica con el presidente que le nombra, un perfil educativo orientado a las ciencias sociales y jurídicas y una elevada cualificación profesional que le permite conocer bien, sobre todo el Congreso de los Estados Unidos. También es preceptivo señalar que es que es una conclusión de carácter parcial puesto que se centra en un único caso, el sistema político norteamericano, y no aborda esta cuestión en otros países.

En este sentido, la segunda de las conclusiones a las que se puede llegar, es que el desarrollo de este trabajo abre la posibilidad de comprender mejor las dinámicas de funcionamiento de los sistemas presidenciales y de cómo quien detenta el poder ejecutivo elige a sus principales colaboradores y configura su centro de gobierno mediante su futura exportación a otros estudios de caso.

La tercera conclusión, de gran relevancia es que se ha logrado construir una base de datos capaz de identificar patrones de reclutamiento y seguimiento de trayectorias entorno a unas figuras que en los sistemas político-administrativos no son especialmente conocidas y que de su ampliación a otros casos permitiría contar con instrumentos que hiciesen posible la comparación entre perfiles que sería sumamente interesante para conocer los itinerarios que explican el reclutamiento de determinadas élites en la política y la Administración Pública.

En este aspecto es necesario destacar una limitación de ésta, así como de otro tipo de investigaciones similares en otros estudios de caso que se puedan desarrollar en el futuro: a diferencia de lo que sucede con las personas que han ocupado la presidencia u otras responsabilidades ejecutivas, la información de quienes han ocupado el cargo de jefe de gabinete se caracteriza por

no estar sistematizada en ningún tipo de repositorio institucional, lo que obliga a ir consultando numerosas fuentes abiertas que muchas veces no catalogan los datos de una forma que facilite su tratamiento, en este punto una recomendación hacia las instituciones sería la de que facilitasen determinada información de relevancia sobre posiciones gubernamentales que debería ser pública y de libre acceso para los investigadores.

III. BIBLIOGRAFÍA

- Ansart, Pierre. *Les Sociologies Contemporaines*. Paris: Seuil, 1999.
- Arnold, Peri E., Charles E. Walcott, y Betty Patterson. "The White House Office of Management and Administration." *Presidential Studies Quarterly* 31, no. 2 (2001): 190-220.
- Barilleaux, Ryan J., y Christopher Kelley. *The Unitary Executive and the Modern Presidency*. College Station: Texas A&M University Press, 2010.
- Blumstein, James F. "Regulatory Review by the Executive Office of the President: An Overview and Policy Analysis of Current Issues." *Duke Law Journal* 51 (2001): 851-899.
- Bourdieu, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Desclée De Brouwer, 1983.
- Calabresi, Steven G., y Christopher Yoo. *The Unitary Executive; Presidential Power from Washington to Bush*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- Casal, Daniel, y Beatriz Viladrich. "La Carrera hacia la Casa Blanca: Un Estudio sobre el Funcionamiento de la Alternancia en el Sistema Político de los Estados Unidos." *Más Poder Local*, no. 43 (2021): 48-75.
- Cohen, David B., Karen Hult, y Charles E. Walcott. "The Chief of Staff in the Modern White House: An Empirical Exploration." Ponencia presentada en la *American Political Science Association Meeting*, 2006.
- Criado Grande, Juan Ignacio. "Organización y Estructura Administrativa." En *Documentación sobre Gerencia Pública*, VV.AA. Toledo: Escuela de Administración Regional de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2009.
- Cummings, Michael C., y Monroe C. Price. "The Creation of Washington, D.C.: Political Symbolism and Practical Problem Solving in the Establishment of a Capital City for the United States of America, 1787-1850." En *Capital Cities: International Perspectives*, editado por John H. Taylor, Jean G. Legenllé, y Cyril Andrew. Ottawa: Carleton University Press, 1993.
- Fleming, James E. "Presidential Succession: The Art of the Possible." *Fordham Law Review* 79 (2010): 951-960.
- Gorriti, Mikel. "El Diseño de Funciones y Puestos en la Administración." *Nuevas Políticas Públicas* 3 (2007): 201-233.
- Gutiérrez Vicen, Carlos. "Los Ministerios y su Estructura Interna." *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Extra 2 (2004): 83-180.
- Heffernan, Richard. "Prime Ministerial Predominance? Core Executive Politics in the UK." *British Journal of Politics and International Relations* 5, no. 3 (2003): 347-372.

- Lanzaro, Jorge. *Centro Presidencial. Presidencias y Centros de Gobierno en América Latina, Estados Unidos y Europa*. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.
- López, Eliseo R., y Casal, D. "Las Capitales Federales del Continente Americano. Centralidad y Status Político." *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales* 11 (2015): 195-220. <https://doi.org/10.32457/RIEM.VI11.377>.
- Mintzberg, Henry. *La Estructuración de las Organizaciones*. Barcelona: Planeta, 1999.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *Centre Stage: The Organisation and Functions of the Centre of Government in OECD Countries*. París: OCDE, 2018.
- Percival, Robert V. "Presidential Management of the Administrative State: The Not-So-Unitary Executive." *Duke Law Journal* 51, no. 3 (2001): 963-1013.
- Picarella, Luca. "Presidencialización y Personalización en el Sistema Político Español: 1975-2008." *Revista Enfoques* 7, no. 11 (2009): 515-544.
- Pfiffner, James P. "The President's Chief of Staff: Lessons Learned." *Presidential Studies Quarterly* 23, no. 1 (1993): 77-102.
- Poguntke, Thomas, y Paul Webb. *The Presidentialization of Power: A Comparative Study of Modern Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Putnam, Robert D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Nueva York: Simon and Schuster, 2000.
- Ragsdale, Lyn, y John J. Theis III. "The Institutionalization of the American Presidency, 1924-92." *American Journal of Political Science* 41, no. 4 (1997): 1280-1318.
- Ramió, Carles. *Teoría de la Organización y de la Administración Pública*. Madrid: Tecnos, 2016.
- Reed Amar, Akhil. "President, Cabinet, and Independent Agencies." *University of Saint Thomas Journal of Law* 5, no. 1 (2010): 36-61.
- Rossiter, Clinton L. "The Constitutional Significance of the Executive Office of the President." *American Political Science Review* 43, no. 6 (1949): 1206-1217.
- Virgala Foruria, Eduardo. "La Organización Interna del Poder Ejecutivo en los Estados Unidos. El Presidente, el Gabinete y la presidencia institucionalizada". *Revista de Estudios Políticos*, 83 (1994):
- Walcott, Charles E. y Hult, Karen, M. "White House Structure and Decision Making: Elaborating the Standard Model," *Presidential Studies Quarterly* 35 (2005).
- Whipple, Chris. *The Gatekeepers: How the White House Chiefs of Staff Define Every Presidency*. Nueva York: Crown, 2017.
- Woolcock, Michael, y Deepa Narayan. "Social Capital: Implications for Development Theory, Research, and Policy." *The World Bank Observer* 15, no. 2 (2000): 225-249

LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA IMPOSICIÓN PERSONAL SOBRE LA RIQUEZA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE REDISTRIBUCIÓN

Decentralisation of personal wealth taxation in the light of constitutional principles of redistribution

Pedro García Guijarro
Personal Científico e Investigador
Universidad de Extremadura, España.
<https://orcid.org/0000-0003-3526-3030>

<https://doi.org/10.18543/ed.3208>

Fecha de recepción: 26.03.2024

Fecha de aprobación: 16.06.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

La descentralización tributaria cumple una función esencial en la consolidación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, como presupuesto material de su autonomía política. Mediante esta descentralización, el Estado ha cedido la recaudación, la gestión y las competencias normativas sobre varios impuestos, entre ellos los impuestos personales sobre la riqueza: el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Sin embargo, recientemente han aparecido numerosas investigaciones que alertan sobre los efectos contrarios a la redistribución de la riqueza que pueden derivarse de la cesión autonómica de este tipo de impuestos. En este trabajo proponemos una revisión constitucional de la descentralización de impuestos personales sobre la riqueza, contraponiéndola con los principios y mandatos de redistribución establecidos en nuestra norma fundamental.

Palabras clave

Redistribución, Solidaridad, Descentralización tributaria, Competencia fiscal, Equilibrio territorial.

Abstract

Tax decentralization plays an essential role in the consolidation of the financial autonomy of the Autonomous Communities, as a material presupposition of their political autonomy. Through this decentralization, the State has ceded the collection, management and regulatory powers over some taxes, including personal wealth taxes: the Wealth Tax and the Inheritance and Gift Tax. However, recently there have appeared numerous investigations that warn about the negative effects over the redistribution of wealth that can derive from the autonomic cession of this type of taxes. In this paper we propose a constitutional review of the decentralization of personal wealth taxes, contrasting it with the principles and mandates of redistribution established in our Constitution.

Keywords

Redistribution, Solidarity, Tax decentralization, Tax competition, Territorial balance.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA TEORÍA DEL FEDERALISMO FISCAL APLICADA A LOS IMPUESTOS REDISTRIBUTIVOS. III. EFECTOS REDISTRIBUTIVOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN TRIBUTARIA. 1. Resultados económicos de la descentralización. 2. Correspondencias con el federalismo fiscal e incidencia sobre el principio de progresividad. IV. LA DESCENTRALIZACIÓN TRIBUTARIA FRENTE A LOS PRINCIPIOS Y MANDATOS REDISTRIBUTIVOS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El constituyente optó, al redactar el Título VIII de la Constitución Española (CE), por una estructura territorial políticamente descentralizada, mediante unos preceptos constitucionales de marcado carácter abierto y dispositivo (Cruz Villalón 2006, 392 y 397). En la CE se establecen las bases de un modelo que se convertirá, con el paso de las décadas y el devenir del proceso político, en el Estado autonómico actual. Este se conforma por las Comunidades Autónomas (CCAA) que han accedido desde 1978 a la autonomía política (art. 137 CE). El reconocimiento de la autonomía resulta vacuo si no se acompaña de los recursos financieros necesarios para hacerla efectiva. Por ello, se establece también la autonomía financiera de las CCAA (art. 156.1 CE) en sus vertientes de ingresos (tributaria) y de gastos (presupuestaria).

Para garantizar la autonomía financiera de las CCAA en su vertiente de ingresos, el Estado ha llevado a cabo una progresiva descentralización tributaria por medio de los impuestos cedidos, que complementan los recursos recaudados por los tributos propios autonómicos. Esta descentralización encuentra su habilitación constitucional en la interpretación conjunta de varios preceptos. El Estado ostenta la potestad tributaria originaria, aunque las CCAA pueden establecer y exigir tributos de acuerdo con la CE y las leyes (art. 133.1 y 2 CE). A su vez, para hacer efectiva su autonomía financiera (art. 156 CE), las CCAA requieren del soporte material de los ingresos (STC 135/1992, FJ 8º), y el mayor volumen de estos se obtiene de los tributos. Y, finalmente, se determina que parte de los recursos financieros autonómicos estará compuesta por impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado (art. 157.1 CE).

De entre los impuestos cedidos a las Comunidades, el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) son aquellos que más atención jurídico constitucional han alcanzado en los últimos años. En primer lugar, porque ambos han sido objeto recientemente (o se pretende que lo sean) de la rebaja de su presión fiscal por parte de nuevas mayorías parlamentarias autonómicas. En segundo lugar, porque la autonomía de las CCAA en la gestión del IP ha sido contrapuesta con el contenido y efectos del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas

(ITSGF)¹, de ámbito estatal y aprobado por el legislador nacional. En tercer lugar, porque algunas de las CCAA que ya bonificaban el IP o que pretendían hacerlo se plantean recuperar su presión fiscal efectiva para retener la recaudación en su propia Comunidad, de tal forma que esta no se derive al Estado por medio del ITSGF.

Tanto el IP como el ISD son impuestos personales sobre la riqueza, y mediante ellos se pueden perseguir objetivos extrafiscales de redistribución. Las normas que regulan tales tributos y su cesión a las CCAA de régimen común son: la Ley 22/2009 por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (Ley 22/2009), la Ley Orgánica 8/1980 de Financiación de las CCAA (LOFCA), la Ley 29/1987 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), la Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP), las leyes de cesión de tributos en cada Comunidad autónoma, y sus respectivos estatutos de autonomía.

En ambos impuestos se ceden el rendimiento y el importe completo de la “recaudación líquida derivada de las deudas tributarias” obtenida (art. 26.1.A.a y b Ley 22/2009). Asimismo, el Estado cede a las CCAA competencias normativas sobre elementos tributarios que determinan esencialmente el alcance de los efectos redistributivos de estos impuestos (art. 17.c LOFCA). En el IP, las CCAA pueden asumir competencias sobre el mínimo exento, tipo de gravamen, deducciones y bonificaciones (arts. 19.2.b LOFCA y 47.1 Ley 22/2009). En el ISD, pueden asumir competencias sobre la reducción de la base imponible, la tarifa del impuesto, las cuantías y coeficientes del patrimonio existente, bonificaciones y deducciones, así como los aspectos de gestión y liquidación del impuesto (arts. 19.2.c LOFCA y 48.1 y 2 Ley 22/2009).

El ejercicio de las competencias normativas cedidas deberá ajustarse a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad², no sólo por mandato constitucional (arts. 2, 138.1 y 156.1 CE), sino también por mandato legal en virtud del artículo 19.2.II LOFCA, reforzado por la exigencia de que las CCAA ejerzan su actividad financiera con arreglo al principio de solidaridad entre las diversas nacionalidades y regiones³ (art. 2.1.e LOFCA). De

¹ Ambos impuestos presentan una identidad en el objeto de gravamen, el ámbito territorial, el régimen de sujetos pasivos, así como el de bienes y derechos exentos. La única diferencia estriba en que el ITSGF grava los patrimonios netos a partir de los 3.000.000 de euros.

² Ver Manzano Silva (2012) para un análisis de los principios de coordinación y solidaridad en el régimen común de financiación autonómica.

³ “El principio de solidaridad, además de servir de fundamento a la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, funciona como límite de las competencias de aquéllas y como factor de equilibrio entra la autonomía de las nacionalidades y regiones y el principio de unidad” (Agudo Zamora 2019, 34).

esta forma, las CCAA, en el ejercicio de su autonomía financiera, deben abstenerse de “adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses” (STC 64/1990, FJ 7º). La realización de este principio de solidaridad por parte de los poderes públicos puede ser delimitada y encuadrada en diversas dimensiones: personal, territorial y temporal; positiva o negativa; estática o dinámica; y transformadora o compensatoria (Barroso Márquez 2024).

A los efectos de este trabajo nos centraremos en la diferenciación entre las dimensiones compensatoria y transformadora de este principio. La solidaridad tendrá un efecto compensador cuando los mecanismos en los que se traduzca persigan la corrección de los efectos producidos por las desigualdades estructurales, pero sin llegar a superarlas; mientras que tendrá una finalidad transformadora cuando estén centrados en la eliminación de estas últimas alterando las posiciones iniciales en aras de una igualdad material efectiva y real. Es decir, no puede ser transformadora si está centrada sólo en los efectos de la desigualdad, sino que deberá actuar sobre las causas de esta para adoptar dicha dimensión (de Cabo Martín 2006, 101-5).

De una interpretación sistemática de la Constitución, tras poner en relación el contenido de los artículos 138.1 y 158.2 con el reconocimiento general del principio de solidaridad que se encuentra en el artículo 2 y la cláusula habilitante del artículo 9.2, se desprende la posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de que la solidaridad se manifieste en cualquiera de las dos dimensiones que acabamos de señalar; todo ello sin perjuicio de que, en la práctica, la traducción que el principio de solidaridad ha experimentado por parte del poder legislativo en las normas legales ha limitado su materialización a la dimensión compensatoria, pues estas no persiguen la erradicación de las desigualdades territoriales, sino únicamente la reducción de los efectos que se derivan de las mismas (Barroso Márquez 2024). Es decir, ante la posibilidad constitucional de realizar ambas dimensiones de la solidaridad, sólo sería necesario reformar determinadas normas y preceptos infraconstitucionales para desarrollar mecanismos y dinámicas de solidaridad transformadora.

No debe olvidarse que, además de ajustarse a los principios de solidaridad y de coordinación con la Hacienda estatal, las normas estatales de descentralización y las aprobadas en ejercicio de la autonomía tributaria de las CCAA están sujetas a otros principios y mandatos constitucionales (art. 9.1 CE) propios de nuestro Estado social, a los que nos referiremos como principios y mandatos redistributivos. De esta forma, el ejercicio de las competencias normativas cedidas en IP y en ISD a las CCAA debe estar informado por: el mandato de persecución de la igualdad real (art. 9.2 CE), la tributación de

acuerdo con la capacidad económica⁴ y la progresividad del sistema tributario (art. 31.1 CE), la función social de la propiedad privada y la subordinación de la riqueza al interés general (arts. 33.2 y 128.1 CE), la promoción de una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1 CE), y el mandato de establecimiento de un equilibrio económico interterritorial (art. 138.1 CE). Con todo, es una idea bastante pacífica entre la doctrina la afirmación de que la persecución de todos estos principios, reconducible a la habilitación del artículo 9.2 CE, de efectos potencialmente transformadores sobre la realidad socioeconómica, depende de la voluntad política de los poderes públicos, lo que convierte en “inatacables una multiplicidad de políticas intervencionistas, reguladoras y redistribuidoras” (Fernández-Miranda 2003, 167), pero también una multiplicidad de políticas no interventoras, desreguladoras y regresivas. De este modo, y como expresión del pluralismo político de nuestro Estado (art. 1.1 CE), las políticas autonómicas tributarias pueden ser dispares, y no tienen por qué perseguir en todo caso efectos extrafiscales redistributivos, siempre y cuando el conjunto de su sistema tributario sea progresivo (SSTC 27/1981 FJ 4º y 173/1996 FJ 1º).

Entendemos que se suscitan varias cuestiones de relevancia constitucional derivadas del escenario normativo expuesto. Estas guardan relación con las posibles dinámicas de competencia fiscal y con sus efectos en el cumplimiento de los mentados principios y mandatos. Así, nos preguntamos si, en primer lugar, la descentralización del IP y del ISD podría favorecer la atracción territorial de sus bases imponibles mediante la reducción por determinadas CCAA de su presión fiscal y, en su caso, si ello podría incentivar una competencia fiscal a la baja entre CCAA. En segundo lugar, y si puede confirmarse dicha competencia fiscal, ¿podría esta descentralización promover efectivamente el cumplimiento del principio de solidaridad en su dimensión transformadora, así como de los principios y mandatos constitucionales redistributivos? Y ello teniendo en cuenta que, como ha demostrado la literatura académica sobre la desigualdad en España, la principal manifestación de la desigualdad económica personal es la concentración de riqueza patrimonial⁵, mientras que la renta bruta se distribuye de forma más equitativa (Azpitarte Raposeiras 2010, 82).

En las próximas páginas trataremos de ofrecer una respuesta a estas preguntas como presupuesto para constatar la hipótesis de si el sistema de descentralización tributaria autonómico, en materia de impuestos personales

⁴ La tributación de acuerdo con la capacidad económica es uno de los pocos principios cuyo incumplimiento ha fundamentado una declaración de inconstitucionalidad, como se observa en la STC 73/2017 (FJ 5º.d) o en la más reciente STC 182/2021 (FJ 5º.D).

⁵ Este fenómeno no se circunscribe únicamente a España, sino que se trata de una tendencia global en expansión, sobre todo en Europa y en Estados Unidos, como se argumenta en Piketty (2014).

sobre la riqueza, incentiva el ejercicio de la autonomía tributaria a la baja de algunas CCAA por el que se reduce la disponibilidad de capacidad tributaria en otras CCAA, dificultando el cumplimiento de los principios y mandatos redistributivos establecidos en la Constitución.

A tal efecto, se presentarán los principales hallazgos de la teoría del federalismo fiscal respecto a las ventajas e inconvenientes económicos de descentralizar impuestos de carácter redistributivo, hallazgos que, seguidamente, serán contrastados con los efectos económicos sobre la redistribución territorial y personal de la riqueza, provocados por la descentralización del IP y del ISD. Finalmente, estaremos en disposición de responder a las preguntas planteadas, al contraponer los efectos redistributivos de esta descentralización con los principios y mandatos constitucionales que deberían informarla.

Es necesario realizar un último apunte acerca de la afectación del ITSGF sobre los resultados alcanzados. Este impuesto ha permitido al Estado gravar las bases del IP bonificadas en algunas CCAA, corrigiendo en cierto grado las dinámicas económicas contrarias a la redistribución, aumentando los ingresos públicos y presionando a estas Comunidades para que eleven su nivel de presión fiscal sobre la riqueza patrimonial. Asimismo, la constitucionalidad del impuesto ha quedado confirmada con la STC 149/2023, por lo que el Estado se encuentra plenamente habilitado para mantenerlo indefinidamente y, por ende, para estabilizar en el tiempo sus efectos sobre la redistribución patrimonial y sobre la minoración de las dinámicas de competencia fiscal. Aun así, el ITSGF se establece mediante ley ordinaria, la Ley 38/2022, sin alterar el régimen de cesión del IP que se mantiene con base en la LOFCA y en la Ley 19/2022. Ante la ausencia de modificación de una ley orgánica como la LOFCA, un cambio de la mayoría parlamentaria de ámbito estatal podría conllevar la derogación de la Ley 38/2022, de tal forma que las CCAA recuperarían los incentivos para desarrollar, como se indicará más adelante, una competencia fiscal en atracción de las bases imponibles del IP. Por esta razón, y pese a la vigencia actual del ITSGF, el estudio de la relación entre los principios y mandatos redistributivos constitucionales y la descentralización del IP y del ISD resulta útil, ya sea para comprender su funcionamiento y problemáticas previos a la introducción del ITSGF, o su posible evolución en caso de que este fuese derogado.

II. LA TEORÍA DEL FEDERALISMO FISCAL APLICADA A LOS IMPUESTOS REDISTRIBUTIVOS

El federalismo fiscal es la rama de la ciencia económica que estudia, entre otras cuestiones, las interacciones e interrelaciones entre distintas Administraciones Públicas (AAPP) territoriales y sus haciendas, dentro de un mismo Estado federal o descentralizado. El problema teórico central que trata de

resolver es la “determinación de la estructura óptima del sector público en términos de adscripción de las responsabilidades en la toma de decisión sobre unas funciones específicas a representaciones de conjuntos geográficos adecuados de la sociedad” (Oates 1977, 38). Se focaliza particularmente en el análisis de tres funciones del sector público: la garantía del uso eficiente de los recursos, el establecimiento de una distribución equitativa de la renta y la estabilización de los precios y de altos niveles de empleo (Oates 1977, 17). En este trabajo nos centramos en las aportaciones relativas a la función distributiva.

En materia de descentralización tributaria, el federalismo fiscal asume que el Estado central, que adopta el rol de principal en las relaciones del sistema, transfiere competencias y recursos a las entidades subestatales, con el rol de agentes (Bird 1993, 209). En este modelo⁶, las preferencias del principal son dominantes sobre las de los agentes, ya que el primero está en disposición de reestructurar el sistema según sus objetivos. Esta capacidad del principal suele positivizarse constitucionalmente para evitar conflictos posteriores sobre los fundamentos del sistema⁷ (Bird 1993, 209).

Este modelo teórico se erige sobre la hipótesis (Bahl y Martínez Vázquez 2023, 71) de que la población es concedora de sus intereses, agrupándose en torno a preferencias similares para lograr su satisfacción. Consecuentemente, prestan su apoyo a los partidos políticos en su ámbito territorial que propongan tal satisfacción, o se trasladan a otras entidades subestatales que ofrezcan alternativas más favorables al conjunto tributos-servicios presente en su propia entidad. La primera asunción es el fundamento de la responsabilidad político-fiscal de las entidades subestatales. La segunda describe el fenómeno de “votar con los pies”, con base en el cual el “consumidor-votante se mueve a aquella comunidad cuyo gobierno local satisfaga mejor su conjunto de preferencias” (Tiebout 1956, 418). Por este motivo, resulta esencial para el modelo de descentralización que las entidades subestatales tengan autonomía financiera (Weingast 2009, 281) para poder fijar una determinada correlación entre ingresos y gastos.

⁶ Se trataría de una aproximación teórica al problema del agente-principal. En las ciencias económicas, este problema hace referencia a las situaciones en que un actor económico (el principal) depende en cierto modo de las acciones y decisiones tomadas por otros actores económicos (los agentes), con quienes mantiene una relación de información asimétrica y, en ocasiones, de divergencia de objetivos. En un sistema federal, este problema se manifiesta en las relaciones fiscales entre el Estado central y las entidades subestatales, cuyo análisis y propuestas de solución se abordan desde las teorías del federalismo fiscal.

⁷ Esta es la realidad del sistema español, donde la potestad originaria sobre los tributos y la organización de su descentralización dependen de las leyes aprobadas por el legislador estatal, con base en la Constitución (arts. 133.1 y 157.3 CE).

El federalismo fiscal puede analizar el funcionamiento del sistema tributario descentralizado en su conjunto o en relación con alguno de sus elementos. Nosotros nos centramos en la descentralización autonómica de los impuestos personales sobre la riqueza. Numerosos estudios en este campo han argumentado la existencia de ciertas ventajas e inconvenientes asociados a la descentralización de impuestos redistributivos como estos.

Entre las ventajas se destacan el aumento de la responsabilidad fiscal y de la influencia ciudadana sobre el gobierno, el control sobre el incremento abusivo de la presión fiscal y la mejora de la eficiencia del sector público, particularmente en la asignación presupuestaria de los recursos financieros.

En primer lugar, el federalismo fiscal considera que a mayor descentralización fiscal, mayor influencia ciudadana sobre las decisiones del gobierno subestatal (Bahl y Martínez-Vázquez 2023, 155), como consecuencia de la responsabilidad político-fiscal generada. Por ello, una parte de sus autores recomiendan descentralizar las actividades gubernamentales en las AAPP más cercanas a los ciudadanos, es decir, aplicar el principio de subsidiariedad.

En segundo lugar, parte de la doctrina⁸ entiende que la competición entre entidades subestatales, originada por el fenómeno del voto con los pies, protege a la ciudadanía al impedir que el partido político en control de su entidad la sobrecargue tributariamente por encima de lo necesario para sustentar unos servicios públicos razonables. De esta manera, el gobierno se abstendrá de aplicar una carga tributaria excesiva ante el riesgo de traslado de los contribuyentes. La competencia fiscal a la baja no sería un problema porque aquellos sólo se trasladarían si el gobierno exigiera tributos superiores al precio de los servicios demandados.

No obstante, esta aproximación se asocia a una perspectiva de la competencia fiscal cuya premisa es la asunción, a nuestro juicio poco realista, de tres presupuestos: el general mantenimiento del principio de equivalencia fiscal⁹, la reducción del contribuyente a consumidor y la comprensión del gobierno como mero suministrador.

En un Estado descentralizado pueden existir entidades subestatales incapaces de respetar el principio de equivalencia. Y ello porque, frecuentemente, los gastos públicos para mantener su Estado social operativo requieren de ingresos superiores a los que pueden obtener tributariamente. Por consiguiente, en muchas ocasiones resulta inviable rebajar simultáneamente el gasto y los ingresos tributarios con base en determinadas preferencias ciudadanas. Además, la composición socioeconómica de la ciudadanía no es homogénea, por lo que los servicios que debe prestar cada gobierno tampoco

⁸ Ver Oates (1977, 179), McLure (1994, 160) y Weingast (2009, 281).

⁹ En virtud del cual, el gasto público debe ceñirse a los ingresos que cada Administración obtenga de sus contribuyentes.

lo serán. A mayor desigualdad material en una entidad subestatal, mayor será la necesidad de desarrollar su Estado social y sus servicios públicos, dirigidos principalmente a la ciudadanía con recursos más escasos, cumpliendo de esta manera con fines redistributivos. Por este motivo el gobierno no puede corresponder a todas las preferencias ciudadanas mediante su autonomía tributaria y presupuestaria. En este escenario, la competencia fiscal facilita la huida de las altas rentas y patrimonios¹⁰ de entidades con alta presión fiscal, mermando la capacidad tributaria con la que se mantienen los servicios públicos del resto de la ciudadanía y, por ende, la capacidad redistributiva del sistema tributario. Entendemos, por tanto, que la supuesta segunda ventaja de la descentralización tributaria no actúa generalmente¹¹ como tal, sino como una desventaja para la mayor parte de la ciudadanía.

En tercer lugar, se asevera que la descentralización fiscal incrementa la eficiencia del sector público subestatal, lo que repercute en una mejora del bienestar social y económico (Bahl y Martínez-Vázquez 2023, 77-78). Los electores podrían controlar la correlación entre los ingresos tributarios y su destino presupuestario. Ya no se trataría únicamente de que la carga tributaria no fuera abusiva, sino que además los gastos se contendrían y los recursos financieros se destinarían a partidas presupuestarias diferentes. Y ello debido al riesgo de asumir costes políticos en caso de ejercer la autonomía presupuestaria contra los intereses de los electores, riesgo inexistente si los ingresos provienen de transferencias del gobierno central (Bahl y Martínez-Vázquez 2023, 78). Es más, si la entidad carece de autonomía tributaria y sus ingresos proceden de transferencias estatales, tenderá a expandir sus servicios sobre el nivel óptimo, aumentando sus gastos y las necesidades de financiación, dado que la falta de autonomía financiera conlleva la ausencia de coste político por la presión fiscal aplicada (Guerrero Vázquez 2022, 199).

En lo que se refiere a los inconvenientes que pueden derivarse de la descentralización fiscal, sobre todo si presenta deficiencias en su diseño jurídico-institucional, se resaltan la aparición del fenómeno *free-rider*, la inauguración de una competencia fiscal a la baja, la infrafinanciación de los servicios públicos y el problema de la asignación de impuestos.

El fenómeno *free-rider* es la principal desventaja del sistema fiscalmente descentralizado, con efectos negativos en la distribución de la riqueza. La teoría sugiere que, en un Estado altamente descentralizado, “cualquier individuo dejaría para otros la carga de la financiación de programas redistributivos” (Oates 1977, 23). En otras palabras, aparecen incentivos para que las altas

¹⁰ Como se indica, entre otros, en McLure (1994, 166), Agrawal, Foremny y Martínez-Toledano (2020, 3-4) y López Laborda y Rodrigo Sauco (2022, 165-166).

¹¹ Con la excepción de la ventaja que supone para las altas rentas y patrimonios con posibilidad de trasladarse entre entidades subestatales por razones tributarias.

rentas y patrimonios tributen en territorios con menor presión fiscal progresiva y menos servicios públicos, mientras que las rentas y patrimonios más bajos se trasladan a territorios con mayor presión fiscal progresiva y mayor extensión de los servicios públicos (Oates 1977, 179). De este modo, se reconoce como más eficaz la articulación de una forma de gobierno unitaria (McLure 1994, 166) en materia financiera para lograr objetivos redistributivos: al aplicarse la misma carga tributaria en todo el Estado, con los mismos tipos impositivos, mínimos exentos, deducciones, bonificaciones y reducciones¹², la movilidad por razones tributarias desaparece. Sin embargo, esta centralización elimina el resto de las ventajas de las que hablábamos *supra*.

Para adaptarse al comportamiento *free-rider*, las entidades subestatales se incorporan a la competencia fiscal a la baja (Hall 1935, 31-33). La falta de mecanismos de cooperación y armonización suficientes entre entidades subestatales, y la competición por atraer capital, patrimonios y rentas a su territorio, están en el origen de prácticas incongruentes con los objetivos nacionales de redistribución. Por esta razón, las entidades que mantienen una imposición equitativa sobre la riqueza, para lo que se requiere cierto nivel de presión fiscal, parten de una desventaja comparativa dada su menor atracción de bases imponibles. Así, el aumento de la presión fiscal en una entidad subestatal, existiendo una regulación más favorable para el capital en otras, incentiva su traslado hacia estas últimas (Kim y Douglas Wilson 1997, 539). Esta competencia motiva la proliferación de las exenciones, deducciones y bonificaciones tributarias, además del surgimiento de paraísos fiscales dentro de un mismo Estado, desequilibrando la estructura impositiva estatal (Hall 1935, 41) y sus capacidades redistributivas. Debemos reseñar que, aunque parte de las entidades subestatales se introduzcan en la competencia fiscal, esta no suele ser una respuesta general. Para competir fiscalmente, se requiere de ingresos suficientemente elevados como para poder reducir el sacrificio fiscal exigido, o de disponibilidad para contraer el gasto público sin trastocar en exceso los servicios públicos fundamentales. De esta manera, sólo entidades subestatales con ingresos potenciales superiores a sus necesidades de gasto, o con capacidad de minorar dichas necesidades, pueden participar en la competencia fiscal a la baja sin comprometer su sostenibilidad financiera.

La tercera desventaja de la descentralización, directamente ligada a la competencia fiscal, es la tendencia hacia la infrafinanciación de los servicios públicos¹³. La reducción de los ingresos tributarios, resultante de la minora-

¹² La descentralización española de impuestos personales sobre la riqueza se configura de forma contraria: cada Comunidad puede establecer sus propios tipos impositivos, mínimos exentos, deducciones, bonificaciones y reducciones.

¹³ Ver Bahl y Martínez-Vázquez (2023, 80-81), donde se plantea un sumario de propiedades negativas que pueden desprenderse del diseño jurídico-institucional del sis-

ción de la presión fiscal hasta niveles ineficientemente bajos (López Laborda y Rodrigo Sauco 2017, 3 y 25), tiende a imposibilitar el mantenimiento de niveles deseables de gasto público ante la carencia de recursos financieros suficientes.

Finalmente, la cuarta desventaja es el problema de la asignación de impuestos (Bahl y Martínez-Vázquez 2023, 78-79). Dicho de otro modo, la dificultad de definir la forma en que se ejerce la autonomía tributaria de las entidades subestatales, y los tributos que deben serles cedidos. Resulta complejo establecer una preferencia generalizable entre determinadas características alternativas del sistema tributario. Verbigracia, la elección entre una lista cerrada o abierta de tributos asumibles por las entidades subestatales.

El conjunto de las desventajas descritas proyecta cierta incertidumbre sobre los sistemas de descentralización tributaria, sobre todo a la hora de acometer su diseño jurídico-institucional. Dicha incertidumbre es irresoluble, ya que las opciones y efectos entre los que se opta son dicotómicos. Por ejemplo, si se centraliza la autonomía tributaria se frena la competencia fiscal y aumentan los efectos redistributivos; sin embargo, disminuye la responsabilidad fiscal de las entidades subestatales, la influencia de la población sobre las políticas de gasto decrece y el gasto subestatal se incrementa por encima del nivel óptimo. De ahí que la teoría del federalismo fiscal entienda que “una situación en la que tanto los gobiernos del estado¹⁴ como el central insisten sobre sus esquemas particulares de distribución adecuada, como resultado final, no es factible: llevaría a una continua serie de ajustes y reajustes sin que se alcanzara un equilibrio final” (Musgrave 1968, 188-189).

Assumiendo esta dicotomía entre las opciones de diseño, se han sugerido varias propuestas para atenuar las desventajas originadas por el sistema descentralizado, o directamente para anularlas optando por uno centralizado.

Si se opta por un sistema descentralizado, se recomienda que los impuestos asignados a entidades subestatales graven bases imponibles inmóviles, para permitir a sus gobiernos cierto margen en la fijación de tipos (Bird 1993, 214), mínimos exentos, bonificaciones y deducciones. Este margen es mucho más limitado si los impuestos asignados gravan bases móviles, ante el riesgo de que se trasladen a territorios con menor presión fiscal.

También se propone la armonización de los impuestos que graven bases imponibles móviles, aun a riesgo de reducir el grado de autonomía tributaria y de responsabilidad fiscal (Oates 1977, 197-200). Se pretendería lograr la tributación similar, en todas las entidades subestatales, de las bases imponibles susceptibles de elevada movilidad territorial. Los tipos impositivos

tema fiscal descentralizado; y Oates (1977, 194) en relación con la problemática concreta de la asignación ineficiente de recursos.

¹⁴ Entendido aquí como entidad subestatal.

deberían armonizarse, no uniformizarse, permitiendo cierto grado de autonomía en su fijación.

Adicionalmente, un recurso ampliamente aplicado en los Estados descentralizados para solucionar los problemas de equidad es el uso de transferencias verticales u horizontales. Empero, su introducción responde al mismo tiempo a una lógica de unión, dado que “las regiones económicamente más débiles recibirán recursos a pesar de no haber sido responsables en su obtención y, por ello, el establecimiento de mecanismos de solidaridad en los sistemas de separación termina por desnaturalizarlos” (Guerrero Vázquez 2022, 198).

Si se prefiere un sistema más centralizado, se proponen principalmente dos alternativas (Oates 1977, 204). La solución más respetuosa con la autonomía subestatal pasa por asignar al Estado los impuestos redistributivos, generalmente aquellos que gravan la riqueza y la renta de las personas físicas o de las sociedades empresariales, mientras que a los gobiernos subestatales se les asignan impuestos no redistributivos. La solución más centralizadora (Hansen y Perloff 1944, 122-124 y 132) propone separar la autonomía tributaria de la presupuestaria, retirándole la primera a las entidades subestatales y pasando a depender el monto de sus presupuestos de las transferencias verticales del Estado central.

III. EFECTOS REDISTRIBUTIVOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN TRIBUTARIA

1. *Resultados económicos de la descentralización*

Los postulados del federalismo fiscal son susceptibles de contraste empírico mediante análisis econométricos. En el caso de la descentralización de los impuestos personales sobre la riqueza en España, varios estudios han obtenido resultados generalmente unánimes respecto a sus efectos sobre la redistribución territorial y personal de la riqueza. Estos resultados permiten entender si la descentralización del IP y del ISD es “un germen de desigualdad territorial entre los habitantes de los diversos entes” (Blanco Valdés 2017, 293) subestatales, las CCAA, o si por el contrario promueve el equilibrio económico territorial. De ello depende el grado de adecuación de dicha descentralización a los principios y mandatos constitucionales redistributivos.

En este apartado, manejamos las aportaciones obtenidas por diversos estudios que analizan la respuesta de las bases imponibles patrimoniales en relación con el diseño del IP y del ISD. La mayoría de las investigaciones se centran en las respuestas al diseño del IP, mientras que la literatura económica sobre las respuestas del ISD es menos profusa. No obstante, dado que ambos impuestos gravan la misma base imponible, el patrimonio personal,

aunque en momentos y por causas distintas, y varias reducciones aplicables al ISD se relacionan con exenciones del IP, puede establecerse cierta correspondencia entre las respuestas individuales al diseño y grado de tributación del IP y del ISD, puesto que las respuestas provocadas por cambios en el primero arrastran en sus efectos al segundo.

Partimos de la premisa de que los ingresos tributarios en impuestos personales sobre la riqueza de las CCAA no dependen únicamente de los tipos impositivos que fijan, sino también de las respuestas de los sujetos pasivos frente al diseño del impuesto (Advani y Tarrant 2021, 509-515). Estas respuestas están influidas, principalmente, por la definición de elementos patrimoniales exentos de tributación y por el grado de centralización impositiva, influyendo este último factor en la movilidad de bases imponibles y en la competición entre CCAA por estas.

Los análisis sobre la movilidad de bases imponibles han demostrado que la ausencia de presión fiscal sobre el patrimonio en una región española incentiva la huida de bases desde territorios con mayor presión fiscal, algo que no parece ocurrir si las diferencias entre presión disminuyen (Agrawal, Foremny y Martínez-Toledano 2020, 2). En la mayoría de los estudios disponibles esta región es la Comunidad de Madrid, y con base en sus resultados presentaremos las conclusiones económicas que serán contrastadas con las premisas constitucionales de este trabajo. Sin embargo, es menester tener en cuenta que muchas de las nuevas mayorías parlamentarias autonómicas surgidas tras las últimas elecciones (Comunidad Valenciana, Extremadura, La Rioja, Cantabria...) y el Parlamento de Andalucía (sobre todo desde 2021) han modificado o pretenden modificar sus normas tributarias para reducir la presión fiscal en ambos impuestos; e incluso otras, como la misma Comunidad de Madrid, se plantean eliminar la bonificación al IP para retener su recaudación en la Comunidad y evitar su trasvase al Estado mediante el ITSGF. Al tratarse de modificaciones tan recientes, o por realizar, no se dispone todavía de suficientes evidencias ni estudios acerca de sus efectos en la redistribución de la riqueza en España. De la misma manera, tampoco ha podido analizarse en profundidad en otras investigaciones los efectos del ITSGF en las dinámicas económicas redistributivas. No obstante, los datos acerca de la baja presión fiscal madrileña permiten extraer conclusiones suficientes para responder a nuestras preguntas de investigación. En todo caso, la disminución de la presión fiscal por otras CCAA en ISD y en IP no hace más que constatar la hipótesis de la competencia fiscal a la baja, y apunta a una problemática socioeconómica en expansión.

Volviendo a las evidencias económicas, se detecta que tras instaurar Madrid una bonificación del 100% sobre la cuota del IP, los sujetos pasivos del impuesto que reportaron su residencia fiscal en esta Comunidad se incrementaron en más de 6000 desde 2010 hasta 2015 (un incremento del 10% de

sujetos pasivos en cinco años), mientras que otras regiones perdieron de media alrededor de 375 sujetos pasivos en el mismo periodo (Agrawal, Foremny y Martínez-Toledano 2020, 2 y 41).

De hecho, parece existir una correlación directa entre el aumento de contribuyentes en Madrid y el establecimiento de la bonificación, destacándose que la movilidad se produce principalmente entre los individuos con mayor nivel de patrimonio, dado el diseño progresivo del IP (Agrawal, Foremny y Martínez-Toledano 2020, 3-12). Además, los movimientos efectuados suelen ser ficticios más que reales, mediante técnicas de ingeniería fiscal.

Asimismo, se han realizado proyecciones (Agrawal, Foremny y Martínez-Toledano 2020, 31 y 35) sobre la evolución de los ingresos por IP en un escenario simulado con un tipo mínimo para todas las CCAA, en las que se demuestra que los ingresos aumentarían ampliamente al poder gravar las bases imponibles madrileñas¹⁵. Ello reduciría los incentivos a la movilidad por razones tributarias, logrando un incremento de la recaudación en todas las CCAA. Las mismas proyecciones demuestran que en caso de armonizarse los tipos mínimos del IP, la movilidad de patrimonios entre el 1% más elevados habría aumentado un 8.7% en Madrid durante el periodo 2010-2015, frente al 16% alcanzado bajo el actual sistema de descentralización, demostrándose que la existencia de paraísos fiscales internos aumenta el desequilibrio en riqueza regional.

Finalmente, se estima que la descentralización del IP provoca un aumento de la movilidad de bases imponibles hacia la Comunidad de Madrid de un 23%, mediante cambio de residencia (Agrawal, Foremny y Martínez-Toledano 2020, 23-25). Por ejemplo, un incremento autonómico del 1% en el tipo impositivo del IP eleva la probabilidad de cambio de residencia hacia Madrid en un 8.2%, ya se trate de movimientos reales o simulados.

Las conclusiones aportadas por el IvieLAB apuntan en la misma dirección (IvieLAB 2020, 125 y 126). Utilizando datos del 2017 se detecta que la única bonificación relevante sobre el IP a efectos de recaudación es la de la Comunidad de Madrid. Con esta bonificación, dicha Comunidad deja de recaudar 996 millones de euros, que entre sus 16.861 declarantes a fecha de 2017 supone una pérdida por sujeto pasivo de más de 59.000 euros. A ello se suma que, estadísticamente, el patrimonio de los declarantes madrileños, bonificado al 100%, es unas tres veces superior a la media del resto de declarantes españoles, cuyo patrimonio ronda los 3.3 millones de euros.

La misma tendencia parece mantenerse con datos del periodo 2020-2021. En este último año, el conjunto de CCAA recaudaba 1.352 millones de euros

¹⁵ Estas proyecciones han sido confirmadas, en cierto modo, por la recaudación del ITSGF en Madrid, frente a la previa ausencia de tributación efectiva por patrimonio en esta Comunidad.

por IP, mientras que en la Comunidad de Madrid se dejaban de recaudar 1.212 millones (Agencia Tributaria 2021). Es decir, alrededor de la mitad de los ingresos potenciales por IP dejaban de ser recaudados por la bonificación madrileña sobre este impuesto.

Respecto a la recaudación del ISD por CCAA, el IvieLAB (2020, 127) compara la recaudación real obtenida por estas en 2017 y las predicciones de recaudación en caso de que ninguna hubiera concedido bonificaciones a la cuota tributaria del impuesto. El conjunto de las autonomías dejaba de ingresar más de 5.000 millones de euros por las bonificaciones, destacando de nuevo Madrid con los mayores ingresos potenciales dejados de recaudar, 2.663 millones.

En definitiva, con datos de 2017, el conjunto agregado de ingresos potenciales perdidos en IP y en ISD por las CCAA ronda los 6.000 millones de euros. El alcance de las bonificaciones aplicadas por la Comunidad de Madrid sobre ambos impuestos alcanza los 3.659 millones de euros, más de la mitad de los ingresos perdidos totales. Dado el carácter progresivo de los impuestos, estas bonificaciones benefician a los patrimonios más elevados dentro de cada Comunidad. De hecho, con los resultados de 2017, se calcula que si añadiéramos los beneficios fiscales del IRPF madrileño a los del IP y a los del ISD, el 7% de los contribuyentes con patrimonios más elevados “concentraría el 93% de los 4.163 millones de euros de beneficios fiscales de estos tres impuestos. Esto significaría una minoración media de las cuotas líquidas de estos contribuyentes cercana a los 16.200 euros anuales, una cifra que puede considerarse capaz de incentivar el cambio de domicilio fiscal” (IvieLAB 2020, 130). Es más, se puede afirmar que para el 1% de los contribuyentes con rentas y patrimonios más elevados, las únicas diferencias territoriales relevantes en la tributación del ISD y del IP son las resultantes de las bonificaciones aplicadas por la Comunidad de Madrid (López Laborda y Rodrigo Saucó 2022, 165-166).

La materialización de estos cambios de residencia por razones fiscales implica que las bonificaciones del IP y del ISD no afectan sólo a los ingresos tributarios de las CCAA receptoras de bases imponibles, sino también a los del resto de CCAA por la pérdida de dichas bases (IvieLAB 2020, 131), a la vista de que no hay ninguna Comunidad que obtenga los mismos ingresos o superiores por ISD de los que recaudaría si no ejerciera su autonomía tributaria a la baja. Esto podría indicar que el resto de CCAA han aplicado mayores rebajas sobre el ISD para retener hasta cierto punto las bases imponibles atraídas por Madrid.

Para reforzar la hipótesis de la competencia fiscal, se destaca que durante el periodo previo a la aprobación de la Ley 3/2008 de Medidas Fiscales y Administrativas, por la que la Comunidad de Madrid estableció la bonificación del 100% de la cuota del IP, esta Comunidad era una exportadora neta

de contribuyentes; en el periodo concurrente y posterior a este cambio normativo, su saldo de contribuyentes empieza a ser positivo, hasta el punto de que entre 2015 y 2018 se convierte en la principal Comunidad receptora, concentrando un 63% de los saldos positivos migratorios (IvieLAB 2020, 133), mientras que prácticamente todas las otras CCAA los pierden. Este cambio de tendencia migratoria se agudiza a partir de 2011, coincidiendo con la aprobación del Real Decreto-ley 13/2011 por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal (el IP llevaba materialmente suprimido desde la aprobación de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio). Así, en 2011, cuando se reintrodujo el IP en todo el territorio nacional, Madrid aplicó directamente la bonificación total del impuesto (aprobada en 2008), por lo que pudo actuar desde entonces como foco de atracción de bases imponibles del resto de CCAA, donde no se aplicaba dicha bonificación.

Aunque la Comunidad de Madrid es la mayor receptora de capacidad tributaria, el ejercicio de su autonomía tributaria a la baja no es el único que genera movimientos de bases imponibles por razones fiscales. Se ha demostrado (López Laborda y Rodrigo Saucó 2022, 166) que existen movimientos sujetos a los cambios en el grado de tributación del ISD en otras CCAA. Es decir, las otras CCAA pueden seguir compitiendo entre sí por las bases del ISD. Y ello, quizá, porque la presión fiscal en ISD todavía no ha sido totalmente suprimida en Madrid, a diferencia de lo que ocurre con el IP.

Resultados similares sobre la movilidad de bases obtienen López Laborda y Rodrigo Saucó (2017, 25), concluyendo que las diferencias en el ejercicio de la autonomía tributaria de las CCAA en IP y en ISD afectan a la elección de la Comunidad de residencia para los contribuyentes con rentas y patrimonios más elevados. También se confirma que la competencia fiscal a la baja puede conllevar la aplicación de tipos impositivos ineficientemente bajos, con una reducción del grado de tributación de ambos impuestos tan intensa que los elimine fácticamente del sistema tributario.

A causa de la acumulación de bases imponibles en una determinada comunidad, en este caso por razones fiscales, su capacidad tributaria aumenta, y con ella la disponibilidad de recursos financieros vía impuestos. Ello permite que para garantizar un nivel determinado de ingresos con el que financiar los gastos públicos, el sacrificio fiscal exigido a sus contribuyentes sea inferior al que necesitan mantener otras CCAA. Así, en lo que concierne al sacrificio fiscal a fecha de 2018, antes y después del ajuste efectuado por el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales (FGSPF)¹⁶, se

¹⁶ Se trata del principal fondo de nivelación estatal, con mayor dotación económica, por medio del cual se busca transferir a las CCAA “los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales, para financiar los servicios públi-

detecta que determinadas Comunidades con escasa capacidad tributaria aplican un sacrificio fiscal muy superior al de otras CCAA con mayor disponibilidad de esta, pese a los importantes reajustes operados por el FGSPF. Se observa que “las dos comunidades más beneficiadas por este fondo son Extremadura y Canarias, cuya presión fiscal se reduce en un 13,93% y 22,39%, respectivamente. Por el lado contrario, los madrileños son los contribuyentes que soportan un mayor incremento de su presión fiscal, al aumentar un 5,46%” (Instituto de Estudios Económicos 2022, 264 y 267). Con todo, el efecto nivelador del FGSPF no logra que la mayoría de las CCAA con un sacrificio inferior a la media alcancen este punto de referencia. Por consiguiente, pese a las aportaciones de ciertas CCAA al FGSPF para compensar la pérdida de ingresos por el escaso sacrificio que exigen, estas siguen sin necesitar aumentarlo en exceso para satisfacer tales aportaciones. Además, el FGSPF no incorpora la recaudación normativa del IP para el cómputo de sus transferencias (arts. 8 y 9.a Ley 22/2009). De esta forma, las CCAA que participen en la competencia fiscal del IP pueden mantener un sacrificio fiscal sobre aquel tan bajo como deseen para atraer bases imponibles, ya que no deben compensar los ingresos dejados de obtener (por la diferencia entre recaudación real y normativa en IP) al resto de CCAA mediante el FGSPF.

Aunque el cambio de residencia es uno de los métodos principales para reducir la tributación en IP y en ISD, existen mecanismos alternativos como consecuencia del deficiente diseño de ambos impuestos. Principalmente, se recurre a la reconfiguración del patrimonio personal, de tal forma que se componga de bienes y derechos exentos (Durán-Cabré, Esteller-Moré y Mas-Montserrat 2019, 9). Por ejemplo, los activos patrimoniales pueden destinarse a planes de pensiones, acciones, inversiones en arte, inversiones en negocios propios y en su capitalización, y demás activos exentos (arts. 4 LIP, 20.2.c y 20.6 LISD). Si parte de los activos patrimoniales quedan exentos por el IP, o permiten reducir la cuota tributaria del ISD, los contribuyentes pueden transferir su patrimonio a estos activos sin llegar a modificar su valor real, respuesta que no afecta al nivel de riqueza existente pero sí a su forma de posesión (Advani y Tarrant 2021, 511).

Se ha comprobado que las exenciones para los propietarios de negocios y de acciones han erosionado progresivamente la base del IP, invirtiendo estos propietarios gran parte de sus activos en tales bienes y derechos exentos, reduciendo de esta manera la capacidad redistributiva del impuesto (Alvaredo y Saez 2009, 1143). Muestra de ello es que, durante los 8 años siguientes a la introducción de estas exenciones, la composición del 0.01% de los

cos fundamentales...” (art. 15.2 LOFCA). Se nutre (art. 9 Ley 22/2009) de los recursos financieros obtenidos por las CCAA mediante la recaudación normativa de su capacidad tributaria (en un 75%) y de los fondos adicionales del Estado central (en un 25%).

patrimonios más elevados en España pasó de incluir un 15% de acciones exentas en 1994 a un 77% en 2002 (Alvaredo y Saez 2009, 1159-1160).

Ello constata que la valoración heterogénea de determinados activos patrimoniales puede provocar inequidad horizontal, la reconfiguración del patrimonio personal hacia activos difícilmente valorables o directamente exentos y, finalmente, la infravaloración del patrimonio real de los sujetos pasivos (Scheuer y Slemrod 2021, 207-208), todo lo cual desemboca en una intensa restricción de los efectos redistributivos de estos impuestos.

Finalmente, no sólo se detecta una disminución de la capacidad redistributiva territorial de ambos impuestos, sino también interpersonal. Los desequilibrios económicos territoriales agravados por su descentralización se acompañan de una importante reducción de la progresividad efectiva, al ser los patrimonios más elevados los más propensos a trasladar su residencia fiscal, y de una menor incidencia en la reducción de la desigualdad personal.

Actualmente sólo se dispone de evidencias empíricas del IP en este sentido, aunque la correspondencia observada entre las respuestas individuales a la presión fiscal por IP y por ISD permite predecir también una similitud entre ambos impuestos en la reducción de sus efectos redistributivos. Se ha demostrado que durante el periodo 2019-2020, los tipos medios del IP fueron generalmente decrecientes en relación inversamente proporcional al patrimonio poseído (López Laborda, Marín González y Onrubia 2023, 24-25). Es decir, a mayor patrimonio, menor fue el tipo medio efectivo del impuesto y viceversa, hasta el punto de contribuir al aumento de la desigualdad en la distribución de la renta en un 0.03% durante dicho periodo (López Laborda, Marín González y Onrubia 2023, 33).

2. Correspondencias con el federalismo fiscal e incidencia sobre el principio de progresividad

A la vista de los datos económicos presentados, consideramos constata-das dos de las predicciones del federalismo fiscal relacionadas con la descentralización de impuestos redistributivos: el efecto *free rider* y la competencia fiscal.

La descentralización de los impuestos personales sobre la riqueza ha generado incentivos para que los contribuyentes con patrimonios más elevados se trasladen a territorios con menor presión fiscal progresiva sobre el IP y el ISD, siguiendo el patrón del efecto *free rider*. En consecuencia, las CCAA económicamente capacitadas para ello se introducen en una competencia fiscal a la baja para mantener bases impositivas o limitar su pérdida, mediante el ejercicio de las competencias normativas sobre ambos impuestos. Históricamente, la Comunidad de Madrid ha sido la única en sostener esta competencia en el IP, aunque observamos cómo nuevas CCAA se suman

o pretenden sumarse a esta. En el ISD, la mayoría de CCAA han aplicado ya rebajas a su presión fiscal.

Junto a la constatación de las predicciones del federalismo fiscal, también se extraen conclusiones de relevancia constitucional en relación con el principio de progresividad (art. 31.1 CE). Queda demostrado que la movilidad territorial por razones tributarias, sumada al diseño de las exenciones y reducciones impositivas, están en el origen de la minoración de los efectos redistributivos del IP y del ISD. Estas dinámicas permiten a los patrimonios más elevados modificar la composición de sus activos para beneficiarse de más exenciones, o trasladarse a CCAA con un grado de tributación inferior al de su Comunidad de origen. La reducción de la progresividad resultante limita la redistribución interpersonal de la riqueza en su expresión patrimonial. Por ende, si afirmamos que esta redistribución es un objetivo basilar de nuestra Constitución de Estado social, las políticas de desconcentración patrimonial devienen indispensables. El problema es que, a la luz de la escasa progresividad de los impuestos personales sobre la riqueza, se dificulta esa desconcentración y, por tanto, la consecución de los objetivos constitucionales redistributivos. Esta insistencia en priorizar la redistribución patrimonial se fundamenta en el hecho de que, en España, la principal expresión de la desigualdad en la riqueza personal se halla en la acumulación de patrimonio y no en las desigualdades de renta (Azpitarte Raposeiras 2010, 82). Los índices relativos a la desigualdad en España durante 2019 y 2020 señalan que la desigualdad en la renta bruta se redujo un 1,5% en 2019 y en un 4,4% en 2020 (López Laborda, Marín González y Onrubia 2023, 34). No obstante, la renta bruta refleja los ingresos generados por el contribuyente, sin atender al estado de su patrimonio preexistente.

Llegados a este punto, y habiendo afirmado que la principal causa de la desigualdad personal en la riqueza es la desigualdad patrimonial, y que el IP y el ISD presentan un efecto redistributivo prácticamente inexistente, entendemos que la doctrina del TC, según la cual la progresividad debe desprenderse del conjunto del sistema tributario y no de sus tributos en concreto (SSTC 27/1981 FJ 4º, 173/1996 FJ 1º y 7/2010 FJ 6º), podría ser controvertida. Si desde la óptica constitucional se asume que el fin de nuestros principios y mandatos redistributivos, fundados en las lógicas del constitucionalismo social, es perseguir la redistribución general de la riqueza, el mantenimiento de la doctrina del TC parece adecuada y mientras exista una mínima redistribución de la renta bruta el sistema tributario cumplirá con el principio de progresividad. Si por el contrario entendemos que nuestro Estado social, en sus objetivos transformadores de las desigualdades materiales, exige la redistribución específica del patrimonio, la desconcentración patrimonial se revelaría como un objetivo del sistema tributario en su conjunto. Así, la escasa

capacidad redistributiva del IP y del ISD podría llegar a sustentar la vulneración de la progresividad del sistema tributario autonómico en su conjunto.

IV. LA DESCENTRALIZACIÓN TRIBUTARIA FRENTE A LOS PRINCIPIOS Y MANDATOS REDISTRIBUTIVOS

Demostrados los principales efectos adversos de la descentralización del IP y del ISD para la distribución territorial y personal de la riqueza, entendemos que estos dificultan el cumplimiento del principio de solidaridad en su dimensión transformadora, así como el del resto de principios y mandatos constitucionales redistributivos.

Empezaremos por la solidaridad transformadora. Hemos afirmado reiteradamente que la concentración patrimonial es la manifestación más acusada de la desigualdad económica interpersonal en España. Y hemos demostrado que la descentralización del IP y del ISD en las CCAA es disfuncional a la redistribución de la riqueza patrimonial, pues incentiva una competencia fiscal que provoca la ineficiencia impositiva en este sentido. Además, entendemos que la solidaridad territorial debe tener una naturaleza principalmente instrumental (Barroso Márquez 2023, 43), habida cuenta de que el territorio actúa como medio para la realización de la solidaridad personal (Vaquer Caballería 2017, 1939-1940). Y seguimos aquí al profesor de Cabo Martín (2006, 45-48) cuando considera la solidaridad como “un principio constitucional definitorio y fundante de este constitucionalismo del Estado Social”, como el constitucionalismo de la diferencia, con un importante potencial transformador de la realidad socioeconómica.

De este modo, la propia descentralización del IP y del ISD impide desarrollar sus efectos redistributivos sobre la riqueza patrimonial, aquella cuya acumulación es precisamente la mayor expresión de la desigualdad económica, de tal modo que el territorio, por la competencia fiscal, actúa como medio para obstaculizar la solidaridad personal. Por tanto, y mientras ambos impuestos carezcan prácticamente de efectos redistributivos, parece claro que la solidaridad territorial y personal difícilmente puede concebirse o aplicarse desde una perspectiva transformadora, ya que no es posible incidir sobre la principal manifestación de la desigualdad. Y no es posible porque esta descentralización impositiva, la competencia fiscal y la movilidad de bases resultante desactivan toda potencialidad redistributiva. Por ende, la solidaridad se ejerce principalmente desde la dimensión compensatoria, por el sistema tributario y por las transferencias, con la reducción de la desigualdad personal y territorial conseguida respectivamente mediante el IRPF y los

fondos estatales de nivelación¹⁷. Pero esta reducción, recordemos, se logra mientras el sistema tributario renuncia a aplicar efectivamente dos impuestos que podrían favorecer a los objetivos transformadores del constitucionalismo social de la diferencia, una diferencia en este caso personal y territorial que, actualmente, compensamos sin transformar y, por tanto, mantenemos sin remover.

Sería inexcusable no recuperar aquí una temprana y acertada reflexión del profesor Oscar de Juan (1984, 233) acerca de los efectos meramente compensadores del sistema tributario español:

“Admitimos que los impuestos han contribuido a reducir las distancias entre los niveles de renta; más patente parece, sin embargo, su incapacidad para conseguir una redistribución del patrimonio, o cualquier otro tipo de reforma estructural. La imposición detrae una parte considerable de las rentas a quienes poseen mayor capacidad económica, pero no atenta, ni estos tolerarían que lo hiciera, contra el poder económico que allí subyace”.

Nos referimos seguidamente al resto de los principios y mandatos constitucionales redistributivos. En primer lugar, los objetivos extrafiscales redistributivos del IP y del ISD devienen difícilmente alcanzables, pues el diseño de su descentralización neutraliza su carácter redistributivo. En consecuencia, el Estado central renuncia a dos instrumentos esenciales para la persecución de la igualdad real mandatada por la Constitución (art. 9.2 CE), como corolario de la cláusula de Estado social (art. 1.1 CE), para cuya consecución debe incidirse en la redistribución patrimonial. Hablamos de renuncia porque el legislador nacional mantiene esta descentralización disfuncional para la redistribución, mientras ostenta la potestad para reformarla *ex artículo* 157.3 CE. Y se renuncia a la persecución de dicha igualdad, por medio de estos impuestos, tanto desde la perspectiva territorial (igualdad entre comunidades), como personal (igualdad entre ciudadanos). Territorial porque se mantiene un sistema que favorece el trasvase de capacidad tributaria de unas CCAA a otras por razones de competencia fiscal. Personal porque tal competencia distorsiona los efectos redistributivos de ambos impuestos.

En segundo lugar, podría afirmarse que el IP y el ISD dejan de coadyuvar, materialmente, el sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de sus sujetos pasivos (art. 31.1 CE), puesto que la capacidad expresada mediante la propiedad patrimonial presenta un grado de tributación

¹⁷ Aunque los fondos de nivelación pueden ser utilizados para promover la solidaridad, no existe un mandato constitucional que así lo exija para la totalidad de los fondos. Dicha obligación sólo se establece para el Fondo de Compensación Interterritorial (art. 158.2 CE).

cada vez menor, tendente a la inaplicación efectiva. Por añadidura, el carácter progresivo de ambos impuestos es casi nulo, pese a que todavía arroje resultados mínimamente positivos. Aunque ateniéndonos a la jurisprudencia del TC ello no comporta consecuencia constitucional alguna, pues la progresividad debe desprenderse del sistema tributario autonómico en su conjunto.

En tercer lugar, la propiedad privada y la riqueza en su expresión patrimonial quedan exentas de función social alguna (art. 33.2 CE) y escapan de la subordinación al interés general (art. 128.1 CE), dados los muy limitados efectos redistributivos de ambos impuestos como consecuencia, en gran medida, de su descentralización. Esta contribuye a la concentración geográfica y a la acumulación personal de la riqueza patrimonial, fomentando una función no social, sino privativa, y consolidando su subordinación a un interés no general, sino particular, el interés de los estratos socioeconómicos que acumulan tales patrimonios.

En última instancia, alrededor de esta descentralización se articula un discurso económico-constitucional, muy recurrente para una parte de la doctrina en ambos campos, indirectamente legitimador del *statu quo* de la desigualdad económica patrimonial, sobre la que el sistema tributario deja de incidir en la práctica: generalmente se aduce que la recaudación de ambos impuestos (mermada por su deficiente diseño normativo y por la competencia fiscal) no compensa sus perniciosos efectos sobre la eficiencia económica, el ahorro y la inversión; pero ante cualquier propuesta de recentralización impositiva y reconfiguración normativa para reducir tales efectos y aumentar la recaudación, se alega que su descentralización es fundamental para garantizar la corresponsabilidad fiscal y la autonomía financiera de las CCAA¹⁸, constitucionalmente mandatadas (art. 156.1 CE)¹⁹. En resumidas cuentas, se vincula hasta tal punto la descentralización de estos impuestos con la garantía constitucional de la autonomía financiera de las CCAA, que toda alternativa de recentralización o de reconfiguración impositiva aparece constitucionalmente deslegitimada. Así, se opera tácitamente una sublimación, en términos ponderativo-constitucionales, de los preceptos que garantizan la autonomía financiera sobre aquellos que expresan los principios y mandatos redistributivos y, por tanto, se legitima constitucionalmente la priorización de las dinámicas de competencia fiscal sobre las de redistribución patrimonial.

¹⁸ Podemos encontrar un sostén doctrinal a este discurso, entre otros, en el programa de la economía constitucional de James M. Buchanan, desarrollado a lo largo de toda su obra, y revisado críticamente en Moreno González (2017; y 2024, 140 y 141).

¹⁹ Esta argumentación no deja de ser sumamente contradictoria, pues la relevancia que otorga al necesario mantenimiento de la descentralización autonómica del IP y del ISD se contradice frontalmente con la insistencia en resaltar sus ineficiencias económicas y lo insignificante de su recaudación.

En cuarto lugar, ninguno de los dos impuestos fomenta una distribución más equitativa de la renta personal y regional (art. 40.1 CE), como las dos principales magnitudes para aprehender el grado de equilibrio económico territorial. Tanto el IP como el ISD y el IRPF son impuestos personales, y gravan determinadas manifestaciones de la riqueza y la renta ligadas a una persona que, a su vez, se localiza siempre en un territorio concreto. Así, la obligación tributaria requiere de un punto de conexión para determinar la Comunidad Autónoma en que se entiende originada. Este punto de conexión, en los tres impuestos, es la residencia habitual del sujeto pasivo²⁰. Dado que la competencia fiscal en IP y en ISD promueve el cambio de residencia de los contribuyentes hacia las CCAA con menor presión fiscal, colateralmente sobreviene el nacimiento de la obligación tributaria por IRPF en la Comunidad de destino. Ello provoca el trasvase de los rendimientos por IRPF a las CCAA receptoras de bases imponibles, en detrimento de las CCAA de origen. De ahí que consideremos que esta descentralización obstaculiza el cumplimiento del mandato constitucional de distribución de la renta personal y regional, pues se favorece que una parte significativa de su manifestación se localice, por razones mayoritariamente tributarias, en unas concretas CCAA. A ello se suma que el FGSPF no incorpora la recaudación normativa del IP para el cómputo de las transferencias de nivelación, por lo que las Comunidades exportadoras de sus bases imponibles no recuperan los ingresos públicos dejados de obtener. Esto complica aún más el cumplimiento del mandato de distribución, puesto que estas CCAA reciben menos recursos financieros que podrían ser invertidos en gasto público con el que incrementar la renta regional y personal.

Finalmente, nos ocupamos del mandato de establecimiento del equilibrio económico interterritorial (art. 138.1 CE). El corolario de todo el discurso que hemos articulado en torno al principio de solidaridad transformadora, y a los principios y mandatos redistributivos, es que nuestra Constitución, fundada en las lógicas del constitucionalismo social, establece unas preferencias respecto a los objetivos redistributivos personales y territoriales. Indudablemente, esta clara preferencia no puede confundirse en modo alguno con una compulsión constitucional al legislador estatal o autonómico. De lo contrario, podría entenderse conculcado el valor del pluralismo político (art. 1.1 CE), bloqueando la discrecionalidad legislativa y predeterminando la política fiscal en un sentido socializante de alta presión fiscal redistributiva, lo que transformaría nuestra Constitución fiscal de pluralista a dirigente²¹.

²⁰ Este criterio territorial se encuentra, respectivamente, en los artículos 5.1.a y 5.2 LIP, 6.1 y 6.2 LISD y 72 LIRPF. En algunos supuestos del ISD, la determinación de la residencia habitual incorpora ciertas especialidades (arts. 32.5 y 28.1.1.b Ley 22/2009).

²¹ Para una aproximación al constitucionalismo dirigente, ver Gomes Canotilho (1995, 12-15).

Sin embargo, insistimos, el constituyente fue vehemente en el reconocimiento de la desigualdad personal y territorial como problemáticas socioeconómicas españolas de especial relevancia, y en la prioridad que debería informar la actuación de los poderes públicos para lograr su corrección. Así se desprende de los principios y mandatos redistributivos analizados. En nuestro Estado democrático, el valor del pluralismo mantiene abierta la Constitución fiscal a la discrecionalidad política, pero ello no puede ocultar que la política fiscal se encuadra en un Estado social con fines redistributivos.

De ello se infiere que el legislador nacional se ajustaría mucho más a los principios y mandatos constitucionales redistributivos si diseñara una descentralización del IP y del ISD que promoviera la convergencia autonómica en capacidad tributaria sobre ambos impuestos (o, como mínimo, que no agravara su desequilibrio), por los efectos que ello tiene sobre la convergencia de renta personal, renta territorial y riqueza patrimonial. Lo que demuestran los resultados económicos de la descentralización es que el legislador, al diseñarla, no sólo no promueve la convergencia sino que la dificulta, permitiendo que una parte significativa de la capacidad tributaria se localice, por razones fiscales, en unas CCAA con un desarrollo socioeconómico ya de por sí superior al del resto. Consecuentemente, desde la perspectiva de la capacidad tributaria, consideramos que el Estado no cumple con el mandato constitucional de equilibrio económico interterritorial.

Por todo lo anterior, entendemos constatada nuestra hipótesis de investigación. En efecto, el sistema de descentralización tributaria autonómico, en materia de impuestos personales sobre la riqueza, incentiva un ejercicio de la autonomía tributaria a la baja de algunas CCAA por el que se reduce la disponibilidad de capacidad tributaria en otras CCAA, dificultando el cumplimiento de los principios y mandatos redistributivos establecidos en la Constitución.

Para terminar, hacemos hincapié en dos tendencias político-económicas de relevancia constitucional que se derivan de las conclusiones obtenidas. La primera es la relativa dependencia estructural de ciertas CCAA de las transferencias de nivelación. A raíz de la competencia fiscal, las CCAA receptoras de bases imponibles pueden minorar el sacrificio fiscal exigido a su ciudadanía mientras que las exportadoras deben aumentarlo para poder mantener su estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Las diferencias en el sacrificio fiscal exigido sólo se reducen tras el reajuste de los fondos de nivelación estatales. El escenario resultante es el siguiente: unas pocas CCAA pueden exigir un sacrificio fiscal en IP y en ISD prácticamente inexistente, atrayendo bases de otras CCAA, mientras que estas combinan un alto sacrificio fiscal y el ingreso de transferencias para mantener el equilibrio entre ingresos y gastos públicos. Sin la existencia de las transferencias niveladoras, la mayoría de CCAA deberían contraer su presupuesto en el montante equivalente a los

ingresos tributarios dejados de percibir por la pérdida de bases imposables²². Por consiguiente, dichas CCAA mantienen cierta dependencia estructural de las transferencias para sustituir la capacidad tributaria deslocalizada.

La segunda es la profundización de la crisis de financiación del Estado social²³, a causa de la pérdida de ingresos generalizada en todo el territorio estatal por las bonificaciones del IP y del ISD. No solamente pierden ingresos las CCAA exportadoras de bases imposables, sino el sistema tributario en su conjunto si contabilizamos los ingresos dejados de obtener por las bonificaciones de las CCAA receptoras de bases.

Ambas tendencias ahondan en las problemáticas constitucionales que venimos planteando. La dependencia estructural de los fondos es una muestra de la ineficacia del principio de solidaridad en su dimensión transformadora, y expresa la cronificación de las desigualdades autonómicas en cuanto a la disponibilidad de capacidad tributaria. Mientras esta se concentre mayoritariamente en ciertos territorios y la descentralización impositiva estimule dicha tendencia, las CCAA mantendrán relaciones de dependencia respecto de las transferencias financieras para compensar la desigualdad existente. Aun así, la STC 31/2010 (FJ 134^o) ha fundamentado el mantenimiento de estos desequilibrios de capacidad, paradójicamente, en la garantía del principio de solidaridad y del equilibrio económico (Montilla Martos 2016, 249-50) entre las diversas partes del territorio español (art. 138.1 CE), al afirmar que la justicia y la adecuación que deben desprenderse del equilibrio entre Comunidades “no pueden redundar para las más ricas en mayor perjuicio que el inherente a toda contribución solidaria para con las menos prósperas en orden a una aproximación progresiva entre todas ellas, excluyéndose, por tanto, el resultado de la peor condición relativa de quien contribuye respecto de quien se beneficia de una contribución que dejaría entonces de ser solidaria...”. Esta línea jurisprudencial, cuyo origen está en la interpretación del artículo 206.5 del Estatuto de Cataluña, se conjuga perfectamente con la garantía del *statu quo* territorial preconizada en el artículo 5.1 párrafo segundo de la Ley 22/2009, en virtud del cual “se garantiza el *statu quo* del año 2009 con el sistema de financiación regulado en la Ley 21/2001...”. Queda por tanto avalado constitucionalmente el principio de ordinalidad como inherente al modelo de solidaridad interterritorial. En otras palabras, la jurisprudencia constitucional niega la posibilidad de desarrollar políticas de

²² Las transferencias sólo permiten recuperar parte de los ingresos perdidos por ISD, puesto que la recaudación normativa del IP no se utiliza para el cálculo de las transferencias del FGSPP.

²³ Ver de Cabo Martín (1986) para examinar los fundamentos de la crisis sistémica del Estado social, de la que forman parte las crisis de financiación y de capacidad redistributiva.

solidaridad transformadora mediante los fondos de nivelación, uno de los instrumentos con mayor capacidad de incidencia en la corrección de las desigualdades territoriales. Ello implica reconocer de forma implícita que la solidaridad constitucional sólo puede actuar compensadoramente, lo que favorece la petrificación de los desequilibrios autonómicos en capacidad tributaria y dificulta la activación de dinámicas de convergencia territorial.

De igual manera, la crisis de financiación del Estado social afecta negativamente a las posibilidades de redistribución territorial de la riqueza. Aunque en este trabajo nos hayamos enfocado en la perspectiva tributaria de la redistribución, esta también puede promoverse desde la vertiente presupuestaria, mediante el gasto público. Si se pretenden desarrollar políticas de solidaridad transformadora que persigan la convergencia territorial, no basta con que el Estado intervenga para corregir los efectos nocivos de la competencia fiscal, ni con modificar el funcionamiento de los fondos de nivelación. Es necesario establecer políticas de inversión pública, transformación del tejido productivo autonómico, reversión de tendencias demográficas, etc., y para ello “se necesitan medios y recursos económicos que puedan dar soporte a unos y otros y materializar así la potencialidad más transformadora del Estado social” (Moreno González 2019, 411). La pérdida sistemática de recursos en imposición personal sobre la riqueza, en cuanto intensifica la crisis de financiación del Estado social, constriñe las posibilidades transformadoras del gasto público, minorado proporcionalmente a la reducción de ingresos tributarios. Así, mediante la descentralización del IP y del ISD, el Estado se autolimita, parcialmente, en su capacidad de intervención económica en sus vertientes tributarias y presupuestarias.

V. CONCLUSIONES

En suma, la descentralización territorial española incorpora un sistema de financiación autonómica por el que se ceden competencias normativas a las CCAA sobre el IP y el ISD, ambos impuestos personales sobre la riqueza con marcado carácter y potencial redistributivo. Esta cesión incentiva la reproducción de dinámicas económicas predichas desde el federalismo fiscal: el efecto *free rider* y la competencia fiscal a la baja entre CCAA. Los efectos económicos que provocan dificultan sustancialmente la capacidad redistributiva predicada de ambos impuestos. Estos son los únicos dentro de nuestro sistema tributario que inciden directamente sobre la acumulación patrimonial, por lo que su descentralización en las CCAA, con los efectos económicos detectados, resulta un fuerte obstáculo para la promoción de políticas fiscales de desconcentración patrimonial y redistribución personal. Así pues, el Estado central, al mantener el actual diseño de la descentralización de ambos impuestos, obstaculiza el cumplimiento de los principios y mandatos

redistributivos prescritos por el constituyente, puesto que dicho diseño ha resultado funcional a la concentración geográfica y a la acumulación personal de patrimonios.

Que esta descentralización impositiva sea francamente contraria a los fines redistributivos expresados en varios preceptos constitucionales no determina, *per se*, la inconstitucionalidad de las normas que la regulan, ni de las normas autonómicas en ejercicio de las competencias normativas sobre el IP y el ISD.

Los límites constitucionales al diseño de la descentralización y al ejercicio de la autonomía tributaria son mayoritariamente principalistas y programáticos, de tal forma que la jurisprudencia constitucional ha interpretado muy restrictivamente la inconstitucionalidad de las normas tributarias que no se ajustan, o que directamente contradicen, el contenido de los preceptos programáticos redistributivos. Incluso en los escasos supuestos en que el TC acepta reconocer la inconstitucionalidad por incumplimiento de principios, como en el caso de la capacidad económica y de la progresividad, su casuística es tan reducida y concreta que permite mantener políticas fiscales opuestas al resto de principios redistributivos. Ello prácticamente imposibilita cuestionar en un sentido constitucional-material el ejercicio de la autonomía tributaria de las CCAA, por escasamente redistributivo que sea en su vertiente de la imposición personal sobre la riqueza. Por ello, con este artículo no se ha tratado de analizar unívocamente la constitucionalidad de la descentralización impositiva o del ejercicio de la autonomía tributaria, sino de determinar si se adecúan en mayor o menor medida a los principios y mandatos redistributivos.

Por tanto, consideramos absolutamente correcto interpretar como constitucionales las normas estatales de descentralización del IP y del ISD, y las normas autonómicas mediante las que se desarrollan políticas de competencia fiscal, de presión fiscal a la baja y de favorecimiento, directo o indirecto, de concentración geográfica y acumulación personal de patrimonios. Sin embargo, el reconocimiento de su constitucionalidad no debe eclipsar, acriticamente, el hecho de que estas normas y políticas fiscales, en su actual configuración y ante los resultados económicos que presentan, quedan lejos de adecuarse a un ajustado cumplimiento de los valores, fines, principios y mandatos redistributivos de nuestro constitucionalismo social.

Para finalizar, destacamos la importancia de mantener cierta atención doctrinal en el estado normativo del ITSGF, y en sus efectos económicos sobre las dinámicas de redistribución de la riqueza, así como en las modificaciones normativas sobre el IP anunciadas por varias CCAA, en respuesta a los efectos provocados por el ITSGF en la autonomía tributaria y en las distintas políticas fiscales autonómicas. El modelo de descentralización de los impuestos personales sobre la riqueza que surja de este proceso de

reconfiguración normativa será determinante, entendemos, para el futuro funcionamiento de las relaciones de desigualdad y dependencia interpersonales e interterritoriales, y para el de los instrumentos tributarios que deberían coadyuvar a su corrección o a su remoción, el IP y el ISD.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Advani, Arun y Hannah Tarrant. 2021. «Behavioural responses to a wealth tax». *Fiscal Studies* 42: 509-537. <https://doi.org/10.1111/1475-5890.12283>.
- Agencia Tributaria. 2021. «Estadística de los declarantes del Impuesto sobre Patrimonio 2021». Acceso el 20 de noviembre de 2023. https://sede.agenciatributaria.gob.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Estadisticas/Publicaciones/sites/patrimonio/2021/jrubikf8491a44e763102d1df925737c7114979b-8f9c41.html.
- Agrawal, David R., Dirk Foremny y Clara Martínez-Toledano. 2020. «Paraísos Fiscales, Wealth Taxation, and Mobility». *IEB Working Paper* 15. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3676031>.
- Agudo Zamora, Miguel. 2019. *Reforma constitucional y Estado autonómico*. Madrid: Tecnos.
- Alvaredo, Facundo y Emmanuel Saez. 2009. «Income and wealth concentration in Spain from a historical and fiscal perspective». *Journal of the European Economic Association* 7: 1140-1167. <https://doi.org/10.1162/JEEA.2009.7.5.1140>.
- Azpitarre Raposeiras, Francisco. 2010. «The household wealth distribution in Spain: The role of housing and financial wealth». *Hacienda Pública Española*, n.º 194: 65-90.
- Bahl, Roy W. y Jorge Martínez-Vázquez. 2023. «Perspectives in Fiscal Decentralization: Challenges and the Unfinished Agenda». *Canadian Tax Journal* 70: 69-96. Acceso el 16 de enero de 2024. <https://ssrn.com/abstract=4400664>.
- Barroso Márquez, Juan Francisco. 2023. «El principio constitucional de solidaridad territorial ante el reto demográfico». En *Las políticas de solidaridad ante el reto demográfico y territorial*, dirigido por Gabriel Moreno González y Fátima Pablos Mateos, 33-58. Cizur Menor: Aranzadi.
- Barroso Márquez, Juan Francisco. 2024. «Delimitación y alcance del principio constitucional de solidaridad: la teoría del caleidoscopio». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 131 (en prensa).
- Bird, Richard M. 1993. «Threading the fiscal labyrinth: Some issues in fiscal decentralization». *National Tax Journal* 46: 207-227. <https://doi.org/10.1086/NTJ41789011>.
- Blanco Valdés, Roberto Luis. 2017. *Los rostros del federalismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cruz Villalón, Pedro. 2006. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De Cabo Martín, Carlos. 1986. *La crisis del Estado social*. Barcelona: PPU.
- De Cabo Martín, Carlos. 2006. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons.

- De Juan Asenjo, Oscar. 1984. *La Constitución económica española: iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Durán-Cabré, José María, Alejandro Esteller-Moré y Mariona Mas-Montserrat. 2019. «Behavioural responses to the (re)introduction of wealth taxes. Evidence from Spain». *IEB Working Paper* 04. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3393016>.
- Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. 2003. «El Estado Social». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 69: 139-180.
- Gomes Canotilho, José Joaquim. 1995. «¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 43: 9-23.
- Guerrero Vázquez, Pablo. 2022. «Más allá de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas: implicaciones constitucionales para el diseño del sistema de financiación subcentral». *Revista Española de Derecho Constitucional* 126: 189-219. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.06>.
- Hall, James K. 1935. «The Coordination and Integration of Federal, State, and Local Tax Systems». *Washington Law Review* 10: 22-44. Acceso el 7 de febrero de 2024. <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol10/iss1/3>.
- Hansen, Alvin H., y Harvey S. Perloff. 1944. *State and Local Finance in the National Economy*. Nueva York: Norton & Company.
- Instituto de Estudios Económicos. 2022. «Libro blanco para la reforma fiscal en España. Una reflexión de 60 expertos para el diseño de un sistema fiscal competitivo y eficiente». Acceso el 21 de febrero de 2024. <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/IEE.-LIBRO-BLANCO-para-la-reforma-fiscal-en-Espana.pdf>.
- IvieLAB. 2020. «Madrid: capitalidad, economía del conocimiento y competencia fiscal». Acceso el 18 de febrero de 2024. https://www.ivie.es/es_ES/ptproyecto/ivielab-madrid-capitalidad-economia-del-conocimiento-competencia-fiscal/.
- Kim, Jinyoung y John Douglas Wilson. 1997. «Capital mobility and environmental standards: Racing to the bottom with multiple tax instruments», *Japan and the World Economy* 9: 537-551. [https://doi.org/10.1016/S0922-1425\(97\)00014-5](https://doi.org/10.1016/S0922-1425(97)00014-5).
- López Laborda, Julio y Fernando Rodrigo Saucó. «Movilidad de los contribuyentes de rentas altas en respuesta a las diferencias regionales en los impuestos personales». *Estudios sobre la Economía Española* 2017-2018. Acceso el 27 de enero de 2024. <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2017-28.pdf>.
- López Laborda, Julio y Fernando Rodrigo Saucó. 2022. «Mobility of Top Income Taxpayers in Response to Regional Differences in Personal Taxes: Evidence from Spain». *Economics* 16: 152-169. <https://doi.org/10.1515/econ-2022-0016>.
- López Laborda, Julio, Carmen Marín González y Jorge Onrubia. 2023. «Séptimo informe – 2019 y 2020, del Observatorio sobre el reparto de los impuestos y las prestaciones entre los hogares españoles». *Estudios sobre la Economía Española* 2023-01. Acceso el 29 de enero de 2024. <https://fedea.net/observatorio-sobre-el-reparto-de-los-impuestos-y-las-prestaciones-entre-los-hogares-espanoles-septimo-informe-2019-y-2020/>.
- Manzano Silva, María Elena. 2012. *Autonomía, coordinación y solidaridad en el régimen común de financiación autonómica*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

- McLure, Charles E. 1994. «The Tax Assignment Problem: Ends, Means, and Constraints». *Australian Tax Forum*, n.º11: 153-184.
- Montilla Martos, José Antonio. 2016. «La financiación autonómica en la reforma constitucional». En *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978. Parte segunda*, coordinado por Teresa Freixes Sanjuán y Juan Carlos Gavara de Cara, 227-255. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Moreno González, Gabriel. 2017. La teoría de la Constitución en James Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional. *Revista de Estudios Políticos* 177: 57-88. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.177.02>.
- Moreno González, Gabriel. 2019. *Estabilidad presupuestaria y Constitución: Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno González, Gabriel. 2024. «La responsabilidad líquida de los poderes públicos en un marco constitucional multinivel». En *Premisas del Derecho Constitucional*, dirigido por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, 125-155. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Musgrave, Richard Abel. 1968. *Teoría de la hacienda pública*. Madrid: Aguilar.
- Oates, Wallace E. 1977. *Federalismo fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Piketty, Thomas. 2014. *El capital en el siglo XXI*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España.
- Scheuer, Florian y Joel Slemrod. 2021. «Taxing Our Wealth». *Journal of Economic Perspectives* 35: 207-230. <https://doi.org/10.1257/jep.35.1.207>.
- Tiebout, Charles Mills. 1956. «A Pure Theory of Local Expenditures». *Journal of Political Economy* 64: 416-424. Acceso el 4 de diciembre de 2023. <https://www.jstor.org/stable/1826343>.
- Vaquero Caballería, Marcos. 2017. «El territorio (una aproximación a su concepto en el Derecho Público)». En *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, coordinado por Luciano José Parejo Alfonso y José Vida Fernández, 1933-1960. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Weingast, Barry Robert. 2009. «Second generation fiscal federalism: The implications of fiscal incentives». *Journal of Urban Economics* 65: 279-293. <https://doi.org/10.1016/j.jue.2008.12.005>.

ANÁLISIS DE LAS FORMAS ESPECIALES DE
EJECUCIÓN EXISTENTES EN EL ORDENAMIENTO
PENITENCIARIO ESPAÑOL PARA LOS PERFILES
MATERNAL Y PATERNAL: POSIBILIDADES,
CRÍTICAS, PROPUESTAS DE MEJORA Y DEFENSA
DE UNA APLICACIÓN EXTENSIVA A LOS PADRES
DE LAS POSIBILIDADES NORMATIVAS
PREVISTAS PARA LAS MADRES.¹

*Analysis of the special forms of execution existing in the
Spanish penitentiary system for maternal and paternal
profiles: possibilities, criticisms, proposals for improvement
and defense of an extensive application to fathers of the
normative possibilities foreseen for mothers.*

Tàlia González Collantes

Profesora de Derecho Penal y miembro del Instituto Universitario de Investigación en
Criminología y Ciencias Penales
Universitat de València, España.
<https://orcid.org/0000-0001-8541-8008>

<https://doi.org/10.18543/ed.3209>

Fecha de recepción: 17.07.2024

Fecha de aprobación: 18.09.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+I Modalidad “Generación de Conocimiento” 2021, Estudio crítico del uso de sanciones alternativas penales: una mirada a la salud mental y al género PID2021-126236OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por “FEDE una manera de hacer Europa”.

Resumen

En este trabajo se aborda el complejo problema de la encarcelación de las personas que tienen hijos e hijas a su cargo, sufrido especialmente por las mujeres, y el impacto que ello tiene en los y las menores y en las dinámicas intrafamiliares. Se exploran desde una perspectiva crítica las diferentes vías de cumplimiento de la pena de prisión en estos supuestos, defendiéndose la conveniencia de atender a las responsabilidades de cuidado de esos niños y niñas a la hora de tomar decisiones sobre cualquier aspecto de la detención, no únicamente evitando la separación de madres o padres y sus vástagos, sino también su entrada en un establecimiento penitenciario, al menos en uno de régimen ordinario. Se aboga, asimismo, por una aplicación extensiva de las posibilidades normativas previstas para el perfil maternal al perfil paternal.

Palabras clave

Maternidad, paternidad, infancia, prisión.

Abstract

This work addresses the complex problem of the incarceration of people who have dependent children, suffered especially by women, and the impact that this has on minors and on intra-family dynamics. The different ways of serving the prison sentence in these cases are explored from a critical perspective, and it is defended that when making decisions about any aspect of detention, the care responsibilities of these boys and girls should be taken into account, avoiding the separation of mothers or fathers and their children and, also, their entry into a penitentiary establishment, at least one with an ordinary regime. It is also advocated for an extensive application of the normative possibilities provided for the maternal profile to the paternal profile.

Keywords

Maternity, paternity, childhood, prison.

Sumario: I. MUJERES Y PRISIÓN: CONDICIONES DE CUMPLIMIENTO MÁS DURAS, MENORES OPORTUNIDADES DE REINSERCIÓN Y LA MATERNIDAD COMO COMPLEMENTO PUNITIVO. II. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PARA EL PERFIL MATERNAL. 1. La necesaria previsión de formas de ejecución de la pena de prisión específicamente pensadas para el perfil maternal: argumentos a favor de las mismas. 2. Las formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil maternal previstas en el ordenamiento penitenciario español. 2.1 *Las unidades de madres*. 2.1.1 Las unidades internas, externas y dependientes y la comunidad pedagógica de madres. 2.1.2 Requisitos y compromisos a cumplir por las internas para ingresar en una unidad de madres. 2.1.3 Los inconvenientes de las unidades de madres. 2.2 *El cumplimiento de la condena en el propio domicilio familiar: posibilidades y obstáculos a su concesión*. 3. La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto. 3.1 *La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto es posible*. 3.2 *La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto es aconsejable*. 3.3 *La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto es razonable*. III. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PARA EL PERFIL PATERNAL. 1. Formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil paternal previstas en el ordenamiento penitenciario español. 2. Argumentos a favor no solo de la previsión de formas especiales de ejecución para el perfil paternal sino también de una aplicación extensiva de las posibilidades normativas existentes para el perfil maternal. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. MUJERES Y PRISIÓN: CONDICIONES DE CUMPLIMIENTO MÁS DURAS, MENORES OPORTUNIDADES DE REINSERCIÓN Y LA MATERNIDAD COMO COMPLEMENTO PUNITIVO

Son varias las teorías criminológicas que sugieren que la cárcel es criminógena, entre las cuales podemos citar la teoría de la asociación diferencial de Sutherland², la del aprendizaje social planteada por Akers³ y desarrollada por

² Edwin Hardin Sutherland, *Principles of Criminology* (Chicago, Philadelphia: J.B. Lippincott Company, 1939).

³ Ronald Akers, *Deviant Behavior, a Social Learning Approach* (Belmont: Wadsworth, 1977). También este autor concluye que las cárceles son “escuelas del delito”. Él parte de la teoría de Sutherland y la completa y mejora con planteamientos conductivistas.

Burgess⁴ y sus discípulos, la de los vínculos sociales de Hirschi⁵ y la del etiquetamiento de Lemert⁶. Además, existen numerosos experimentos naturales, estudios experimentales y cuasiexperimentales, investigaciones impecables desde el punto de vista metodológico, que concluyen la menor capacidad preventiva especial de la indicada pena en comparación con otras sanciones alternativas, a cumplir en el seno de la comunidad⁷. A ello hay que sumar los muchos trabajos que denuncian y constatan empíricamente que la prisión posee un contenido aflictivo que va mucho más allá de la privación de la libertad. Es así porque esta, la libertad, constituye el sustrato básico para poder ejercitar la mayoría de los restantes derechos vitales de la persona, resultando, en consecuencia, afectada la mayor parte de ellos, pero también porque el encarcelamiento puede provocar efectos perjudiciales a las personas presas. Desde Clemmer⁸ se habla de la prisionización, desde que lo hicieran Sykes y Messinger⁹ también se apunta la aparición de una subcultura carcelaria, y siguiendo a Goffman¹⁰ hay quién se refiere a la mortificación del yo, la desculturación y la enculturación. Se trata de consecuencias sobre el comportamiento global de la persona. Se producen, igualmente, consecuencias sobre factores psicológicos individuales de cada interna e interno, como los siguientes: incremento de la sensibilidad interpersonal, disminución de la autoestima, incremento de la inestabilidad emocional, somatización, aparición o agravación de tendencias depresivas e ideas de suicidio, del nivel de ansiedad u otros comportamientos

⁴ Robert Burgess y Ronald Akers, “A differential association-reinforcement theory of criminal behavior”, *Social problems*, 14/2 (1966): 128-147.

⁵ Travis Hirschi, *Causes of Delinquency* (Berkeley: University of California Press, 1969).

⁶ Edwin Lemert, *Human deviance, social problems and social control* (New Jersey: Prentice-Hall, 1967). También podemos hablar de estigma social, término este acuñado por Goffman. Erving Goffman, *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity* (New York: Simon and Schuster, 1963).

⁷ Tàlia González Collantes, “¿Condenados a reincidir? (Una revisión analítica sobre la eficacia preventiva especial de las penas)”, en *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, dir. por Enrique Orts Berenguer, Alberto Alonso Rimo y Margarita Roig Torres (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 289-340; y “Evaluación de la eficacia preventiva especial de la pena de prisión en comparación con otras penas alternativas”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 27 (2017): 1-44.

⁸ Donald Clemmer, *The prison community* (New York: Holt Rinehart and Winston, 1958).

⁹ Gresham Sykes y Sheldon Messinger, “The inmate Social System”, en *Theoretical Studies in Social Organization of the Prison*, ed. por Richard Cloward (New York: Social Science Research, 1960).

¹⁰ Erving Goffman, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (New York: Doubleday, 1961); y del mismo autor, *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*.

psicopatológicos, así como un incremento del miedo, la desconfianza, la hostilidad, el resentimiento y la violencia, y un empeoramiento de las funciones cognitivas. Hay determinadas circunstancias que las personas presas perciben como especialmente difíciles de soportar, como la distancia de la familia y la falta de intimidad, y lo que es difícilmente tolerable genera consecuencias psíquicas. Además, se destaca como especialmente dolorosa la ausencia de relaciones sociales normalizadas, así como los problemas de etiquetamiento y estigmatización, que son consecuencias de tipo social de la prisión e incrementan el riesgo de exclusión. Otros efectos nocivos provocados por la reclusión son de tipo somático. Se producen problemas sensoriales (de visión, de audición, de gusto y de olfato), así como alteraciones de la propia imagen y, también, agarrotamiento o tensión muscular¹¹.

¹¹ Gresham Sykes, *The society of captives. A Study of a Maximum Security Prison* (New York: Princeton University Press, 1958); Stanley Coopersmith, "A Method for Determining Types of Self Esteem", *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 59, nº 1 (1959); Paul Paulus, Garvin McCain y Verne Cox, "Death rates, psychiatric commitments, blood pressure and perceived crowding as a function of institutional crowding", *Environmental Psychology and Nonverbal Behaviour*, nº 3 (1978): 107-116; Jean Pinatel, *La sociedad criminógena* (Madrid: Aguilar, 1979); Frank Porporino y Edward Zamble, "Coping with imprisonment", *Canadian Journal of Criminology*, vol. 6, nº 4 (1984): 403-421; Joel Feinberg, *Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 1988), 304 y 305; Timothy Harding y Erwin Zimmermann, "Psychiatric symptoms, cognitive stress and vulnerability factors: A study in a remand prison", *British Journal of Psychiatry*, nº 155 (1989): 36-43; César Manzano Bilbao, *Cárcel y marginación social* (San Sebastián: Tercera Prensa S.A., 1991); del mismo autor, *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar* (Bilbao: Universidad de Deusto, Departamento de Publicaciones, 1991); Paul Paulus y Mary Dzindolet, "Reactions of male and female inmates to prison confinement. Further evidence for a two-component model", *Criminal Justice and Behavior*, vol. 20, nº 2 (1993): 149-166; Julián Carlos Ríos Martín y Pedro José Cabrera Cabrera, *Mil voces presas* (Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1998); Francisco Javier Álvarez García, Pedro Ramón Díez González y José Antonino Álvarez Díaz, *Los efectos psicosociales de la pena de prisión* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009). Sin embargo, también hay estudios en que se detectan cambios, pero donde se afirma que no es la prisión la que produce estos efectos apriorísticamente, sino que los resultados dependen de características individuales de cada interno y del tipo de prisión. En este sentido pueden consultarse los siguientes trabajos: Peter Banister et al., "Psychological correlates of long-term imprisonment: I. Cognitive variables. II. Personality variables", *British Journal of Criminology*, vol. 13, nº 4 (1973): 312-323; Lee Bukstel y Peter Kilman, "The psychological effects of imprisonment on confined individuals", *Psychological Bulletin*, nº 88 (1980): 469-493; Barry Richards, "The experience of long-term imprisonment", *British Journal of Criminology*, vol. 18, nº 2 (1978): 162-169; Stephen Wormith, "The controversy over the effects of long-term incarceration", *Canadian Journal of Criminology*, vol. 24, nº 2 (1984): 423-437; José Ignacio Bermúdez Fernández, "Efectos psicológicos del encarcelamiento", en *Psicología forense: manual de técnicas y aplicaciones*, coord. por Juan Car-

La prisión tendrá un mayor o menor impacto en las personas que la sufren dependiendo, entre otras cosas, de las condiciones de reclusión, los recursos disponibles, la dureza del régimen al que están sometidas y del grado y tipo de apoyo familiar con el que cuentan. Y teniendo esto en cuenta hay que apuntar que, en el mundo en general y en España en particular, las condiciones de cumplimiento de la condena son más duras para las mujeres que para los hombres y a ellas les ofrecen menores oportunidades de reinserción, de ahí que se afirme que las presas sufren mayor victimización y estigmatización con el encarcelamiento¹².

Se llega a dicha conclusión, entre otras cosas, porque para ellas es más probable que la condena se cumpla en un centro alejado de su entorno familiar y afectivo, pues existen pocas prisiones de mujeres¹³ y no en todas las masculinas existen módulos para ellas, tratándose, en este caso, de módulos incrustados, con una mayor precariedad de espacios y peores condiciones de alojamiento. También existe una menor oferta de recursos y actividades, muchas de las cuales son tachadas de sexistas y criticadas por reforzar el rol doméstico. A ello hay que sumar que, pese al bajo nivel de conflictividad que suelen presentar y la poca frecuencia de intentos de fuga o de alteraciones importantes del orden, las presas no solo están sometidas a los mismos elementos de vigilancia y seguridad que los hombres, sino que, además, se les aplica el régimen disciplinario con un mayor nivel de exigencia y severidad. Aparte, no es excepcional la ausencia de separación interior en los centros según criterios de clasificación y la existencia de dificultades para que esta sea adecuada¹⁴. Que es así lo denuncia la doctrina especializada, pero tam-

los Sierra Freire, Eva María Jiménez González y Gualberto Buena Casal (Madrid: Biblioteca Nueva, 2006), 348-371; Jesús Valverde Molina, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada* (Madrid: Editorial Popular, 1997).

¹² Comparto, en consecuencia, la conclusión a la que llega Acale Sánchez, quien apunta que en el caso de las mujeres hay un *iter* discriminatorio particular que empieza con una victimización primaria, continúa con la criminalización y finaliza con la victimización secundaria en prisión. María Acale Sánchez, “El género como factor condicionante de la victimización de la criminalidad femenina”, *Papers Revista de Sociología*, vol. 102, nº 2 (2017): 3.

¹³ De los 63 centros penitenciarios gestionados por la Administración General del Estado, únicamente 3 son exclusivos de mujeres, en concreto el de Madrid I, el de Brieva (en Ávila), y el de Alcalá de Guadaíra (en Sevilla). A estas prisiones de mujeres se suma la de Wad-Ras, en Cataluña, que tiene competencias transferidas en materia penitenciaria.

¹⁴ Elisabet Almeda Samaranch y Encarna Bodelón González, *Mujer y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género* (Madrid: Dykinson, 2007); Concepción Yagüe Olmos, *Madres en prisión. Historia de las cárceles de mujeres a través de su vertiente maternal* (Madrid: Comares, 2007); de la misma autora, “Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 5 (2007): 1-24; y “Las mujeres encarceladas”, en *Mujeres en la periferia*.

bién lo reconoce, por ejemplo, la Asamblea General de Naciones Unidas, lo que la llevó a aprobar en 2011 las Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes (llamadas Reglas de Bangkok); también el Parlamento Europeo, tanto en su resolución de 13 de marzo de 2008 como en la de 5 de octubre de 2017; también el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura del Defensor del Pueblo español en varios de sus informes anuales; y también la propia Secretaria General de Instituciones Penitenciarias en su Orden de Servicios 6/2021. Aquí se admite que “esta Institución ha estado y está íntimamente ligada a una perspectiva de género eminentemente masculina y de carácter tradicional, reforzada por el menor peso cuantitativo de las mujeres en prisión. Este diferente peso poblacional de ambos géneros incide en las estructuras, en los equipamientos, en las normativas internas, en el lenguaje utilizado, en los servicios prestados, construyendo una normalidad en la gestión penitenciaria que ha supuesto la consolidación de situaciones de desigualdad en todos los estamentos penitenciarios”.

Y a las dificultades existentes para proporcionar a las mujeres unas condiciones penitenciarias adecuadas y en igualdad con los hombres hay que añadir otro factor que puede agravar su condena: la maternidad. Y la mayoría de las mujeres presas son madres, muchas de hijos e hijas menores. Efectivamente, la maternidad puede convertirse en un complemento punitivo, porque la imposibilidad de atender las necesidades y demandas familiares ejerce una presión interna hacia ellas mismas, acrecentada por el miedo a las dificultades y el rechazo que puedan experimentar sus hijos o hijas y a la desestructuración familiar. Esto suscita sentimientos de fracaso y culpa, llevándolas a desarrollar estados de inseguridad, baja valoración personal y depresión¹⁵.

Algunos debates sobre género y exclusión social, ed. por Adelina Calvo Salvador, Marta García Lastra y Teresa Susinos Rada (Madrid: Icaria, 2006), 121 y ss.; María Dolores Serrano Tárraga, “La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010): 483-544; Borja Mapelli Caffarena, Myriam Herrera Moreno y Bárbara Sordi Stock, “La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?: Una visión andaluza”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013): 62-66; Carmen Navarro, *L’execució de la pena de presó. Peculiaritats de l’execució penal femenina* (Barcelona: Càtedra UAB-CICAC Observatori Social i Econòmic de la Justícia, Barcelona, 2018); Margarita Aguilera Reija, “Mujeres en prisiones españolas”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 3 (2019): 37-49; Cristina Rodríguez Yagüe y Esther Pascual Rodríguez, *Las mujeres en prisión: la voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de las penas impuestas a mujeres a través de la cultura* (Madrid: Ediciones La Cultivada, Fundación Gabeiras, 2022), 14, 51 y ss. y 77 y ss.

¹⁵ Elisabet Almeda Samaranch, *Mujeres encarceladas* (Barcelona: Ariel, 2003); de la misma autora, “Las experiencias familiares de las mujeres encarceladas: El caso de Cataluña”, en *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción*

Esto puede deberse, en gran parte, al predominio de ideas androcéntricas y sesgadas del concepto de mujer-madre que implican la existencia de una exigencia social hacia ellas para que adquieran mayor responsabilidad y compromiso con la crianza y cuidado de su prole, o incluso una dedicación y entrega absolutas. Además, como apunta Contreras Hernández, “en el contexto carcelario tiende a ser más pujante la reproducción simbólica de: a) la maternidad como institución patriarcal; b) las diferencias de género; c) los estereotipos femeninos”¹⁶. Pero también hay que tener en cuenta que un porcentaje elevado de esas mujeres son, o eran, las principales o únicas sostenedoras del hogar y de los hijos e hijas, por la existencia de una estructura familiar matrifocal, de la que nos hablan, por ejemplo, Gruells e Igareda¹⁷, con lo cual, como indica de Miguel Calvo, en muchos casos “el binomio ganador de pan/ama de casa que describe la distribución tradicional de los hogares no se cumple”¹⁸; o bien por ser la suya una familia monoparental o, mejor dicho, monomarental, lo que, por otra parte, es habitual entre las mujeres encarceladas. En palabras de Almeda Samaranch, “la monomarentalidad es una tónica en la vida familiar de estas mujeres”¹⁹.

de control (Madrid: Ediciones Bajo Cero, 2005); Katherine Houck y Ann Loper, “The relationship of parenting stress to adjustment among mothers in prison”, *American Journal of Orthopsychiatry*, nº 72 (2002): 548-558; Alejandro Ayuso Vivancos, *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España* (Valencia: Nau Llibres, 2003); Marta Cruells y Noelia Igareda, *Mujeres, integración y prisión* (Barcelona: Aurea Editores, 2005); María Naredo Molero, “¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de reclusas extranjeras y gitanas”, *Humanismo y Trabajo Social*, nº 3 (2007): 67-94; de la misma autora, “Reclusas con hijos/as en la cárcel”, en *Mujeres y castigo: Un enfoque socio-jurídico y de género*, coord. por Elisabet Almeda Samaranch y Encarna Bodelon González, (Madrid: Dykinson, 2007), 263-276; Yagüe Olmos, “Mujeres en prisión ...”; Paz Francés y Guadalupe Serrano, *Mujeres en prisión. Voces desde dentro del centro penitenciario de pamplona* (Pamplona: Salthaketa, 2011); Holly Foster, “The strains of maternal imprisonment: Importation and deprivation stressors for women and children”, *Journal of Criminal Justice*, nº 2 (2012): 221-229; María José Gea Fernández, Mario Domínguez Sánchez-Pinilla e Igor Sádaba Rodríguez, *Una condena compartida: Un estudio de caso sobre el control penal* (Madrid: Tierradenadie, 2014); Paola Contreras Hernández, “Maternidad encarcelada: análisis feminista de las consecuencias personales, familiares y sociales en mujeres privadas de libertad”, *Revista Temas Sociológicos*, nº 22 (2018): 209-232; Aguilera Reija, “Mujeres en prisiones españolas”, 39 y 40; Rodríguez Yagüe y Pascual Rodríguez, *Las mujeres en prisión ...*, 55 y 78.

¹⁶ Contreras Hernández, “Maternidad encarcelada ...”, 212.

¹⁷ Cruells e Igareda, *Mujeres, integración y prisión*.

¹⁸ Estibaliz de Miguel Calvo, “Encarcelamiento de mujeres. El castigo penitenciario de la exclusión social y la desigualdad de género”, *Zerbitzuan: Gizarte Zerbitzueta-rako Aldizkaria*, nº 56 (2014): 78.

¹⁹ Almeda Samaranch, “Las experiencias familiares de las mujeres encarceladas ...”, 74. Pueden consultarse, también, los siguientes trabajos: Yagüe Olmos, “Mujeres en

II. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PARA EL PERFIL MATERNAL

1. *La necesaria previsión de formas de ejecución de la pena de prisión específicamente pensadas para el perfil maternal: argumentos a favor de las mismas*

Por cuanto se acaba de afirmar se comprueba que, efectivamente, la maternidad puede convertirse en un factor de agravación de la condena; que un castigo que separa traumáticamente a una mujer de su prole puede convertirse en un castigo inhumano. Y no sobra apuntar que el artículo 15 de la Constitución Española, en concordancia con las declaraciones internacionales de derechos, proclama la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes. Se trata, pues, de un argumento sólido a favor de la previsión de formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil maternal, pero no es el único. A ello hay que sumar el hecho de que las condenadas tienen derecho a la intimidad familiar, proclamado en el artículo 18.1 de la Constitución y del que gozan a pesar de estar cumpliendo condena, tal y como se desprende del artículo 25.2. Y, además, si tal y como consta en este mismo artículo de la Constitución, la ejecución de las penas privativas de libertad se debe orientar a la reeducación y reinserción social, importa tener en cuenta que los vínculos afectivos con los seres queridos, y por supuesto con los hijos e hijas, constituyen para las personas condenadas a privación de libertad un soporte emocional y motivacional para emprender un verdadero proceso de resocialización y que la relación maternal implica una asunción de responsabilidad y la realización de tareas de transmisión y formación que puede constituir un fuerte potencial en dicho proceso.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que en las Reglas de Bangkok se indica, en la regla 40, que los responsables de las prisiones elaborarán y aplicarán métodos de clasificación centrados en las necesidades y la situación de las mujeres reclusas, para asegurar la planificación y ejecución apropiadas e individualizadas de programas orientados a su pronta rehabilitación, tratamiento y reinserción social. E inmediatamente después se establece, en la regla 41, que en su distribución y en la planificación del cumplimiento de la condena se han de tener presentes, entre otras cosas, sus responsabilidades maternas y relativas al cuidado de su prole. Y en la regla 57 se subraya,

prisión...”, 5; Noelia Igareda, “La maternidad de las mujeres presas”, en *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coord. por Gemma Nicolás Lazo et al. (Barcelona: Anthropos, 2009), 165-168; Francés y Serrano, “Mujeres en prisión...”, 75; De Miguel Calvo, “Encarcelamiento de mujeres...”, 81-82; Carmen Juanatey Dorado, “Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20 (2018): 5.

nuevamente, la conveniencia de atender a las responsabilidades de cuidado de los hijos e hijas, esta vez a la hora de elaborar medidas opcionales y alternativas a la condena a prisión y de tomar decisiones sobre cualquier aspecto de la detención. También en las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas, revisadas por última vez por el Consejo de Europa en 2020, en concreto en la regla número 34, se apuesta por aplicar políticas específicas que integren el concepto de género y medidas positivas para satisfacer las necesidades particulares de las mujeres presas, concretándose a continuación que las autoridades respetarán sus responsabilidades en la atención de sus familiares a la hora de tomar decisiones sobre cualquier aspecto de su detención. También insta a que así se haga el Parlamento Europeo, por ejemplo en sus ya citadas resoluciones de 13 de marzo de 2008 y de 5 de octubre de 2017.

Además, en la búsqueda de argumentos a favor de las formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil maternal también hay que poner el foco sobre los niños y niñas cuya madre ha sido condenada, que no pueden ser sacrificados en nombre de una lógica punitiva. De lo previsto en los artículos 9.2, 10.1, 14, 18, 39.2 y 39.3 de la Constitución Española se desprende que los niños y las niñas son titulares de una serie de derechos inviolables que les son inherentes por su condición humana, pero que, además, su debilidad y fragilidad les hace merecedores de una especial atención. De aquí se desprende, igualmente, que esos niños y esas niñas tienen derecho a recibir asistencia y cuidados constantes por parte de sus progenitores en un entorno y en unas condiciones que permitan su adecuado desarrollo físico y psíquico, lo cual tiene que ser garantizado por la madre y el padre (o las madres, o los padres), pero también por el Estado. Pero es que, además, aparte de que en el artículo 10.2 se dice que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que reconoce la Constitución se interpretarán de conformidad con los textos internacionales, más adelante, en el artículo 39.4, se indica que los niños y las niñas gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, y esto obliga a tomar en consideración lo previsto en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Aquí, ya en el preámbulo, se dice que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. A continuación se afirma que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Posteriormente, en el articulado, se le reconoce, en concreto en el artículo 8, su derecho desde que nace a ser cuidado por sus progenitores, y también se dice que los Estados velarán por la aplicación del mismo. Se añade, en el artículo 5, que los Estados han de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de

los padres y las madres para ofrecer a su vástago la dirección y la orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Y se advierte, en el artículo 9, que los Estados velarán por que el niño o la niña no sea separado o separada de sus progenitores contra la voluntad de éstos, excepto cuando esa separación sea necesaria pensando en el interés superior del hijo o la hija. Por otra parte, en el artículo 3 se recoge el principio del interés superior de los niños y las niñas. Aquí se indica, en el apartado primero, que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; en el apartado segundo se dice que “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas; y en el apartado tercero consta que “los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

En síntesis, los niños y las niñas tienen derecho a recibir cuidados maternos constantes, y a recibirlos, además, en un entorno adecuado que permita un correcto desarrollo físico y psíquico, y el principio del interés superior de esos niños y esas niñas exige que se tengan en cuenta sus intereses más significativos e importantes a la hora de adoptar medidas que puedan afectarles, ya sean tomadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, o por los tribunales, o por las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Y ello no se refiere únicamente a las decisiones que tienen a los niños o a las niñas como destinatarios inmediatos, sino también a aquellas que, aunque dirigidas a otros sujetos, también tienen un impacto en ellos o ellas, como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su observación general n° 14 de 2013. El encarcelamiento de la madre, sin duda alguna, lo tiene, como reconoce, por ejemplo, el Parlamento Europeo, en cuyo informe de 5 de octubre de 2017 afirma que “la separación automática de madres e hijos ocasiona graves trastornos emocionales a los niños y puede asimilarse a una condena adicional tanto para las madres como para los hijos”.

Respecto a los perjuicios que acarrea el encarcelamiento de la progenitora, hay que saber, por una parte, que ello suele generar cambios abruptos en las dinámicas intrafamiliares, en lo relativo a la organización, la afectividad y el sostenimiento económico. El impacto que provoca alcanza no

únicamente la afectación propia del vínculo materno-filial, sino que se proyecta en prácticamente todos los aspectos de la vida de los niños y las niñas. Y, por otra parte, diversos estudios concluyen que en los y las menores la no presencia de su madre debido al encarcelamiento de esta puede llevarles a experimentar sentimientos de abandono, tristeza, ansiedad y depresión, afectar su rendimiento académico y su capacidad de concentración en los estudios, contribuir al desarrollo de trastornos de conducta y dificultades de integración social, etc. Ello puede producirse no únicamente como consecuencia de la separación, sino también por la estigmatización asociada a tener a una madre en prisión y la discriminación y rechazo por parte de sus compañeros y compañeras de clase y otros miembros de la comunidad. Y todo ello, además, puede implicar la exposición de esos y esas menores a un mayor riesgo de involucrarse en comportamientos antisociales y delictivos²⁰.

Resulta necesaria, pues, la previsión de formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil maternal, las cuales han de evitar la separación de la condenada madre y su prole, pero también, en la medida de lo posible, que la convivencia se desarrolle en prisión. El entorno en que madre e

²⁰ Joseph Murray y David Farrington, “The effects of parental imprisonment on children”, *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 37 (2008): 133-206; Jackie Crawford, “Alternative sentencing necessary for female inmates with children”, *Corrections today*, vol. 3, n° 65 (2003): 8-10; Kathleen Marshall, *Not seen, not heard, not guilty. Summary Report: The Rights and Status of the Children of Prisoners in Scotland* (Edimburgo: Scotland's Commissioner for Children and Young People, 2008); Una Convery y Linda Moore, “Children of imprisoned parents and their problems”, en *Children of imprisoned parents*, ed. por Peter Scharff-Smith y Lucy Gampell (Copenhague: Danish Institute for Human Rights, 2011); Kristiina Reed, “Children of prisoners: ‘orphans of justice’?”, *Family Law*, n° 44 (2014); Joyce Arditti, “A family stress-proximal process model for understanding the effects of parental incarceration on children and their families”, *Couple and Family Psychology: Research and Practice*, vol. 5, n° 2 (2016): 65.; Melody Hyppolite, “Understanding child outcomes within a multiple risk model: Examining parental incarceration”, *Social Sciences*, vol. 6, n° 3 (2017): 1-21; Marcus Shaw, “The reproduction of social disadvantage through educational demobilization: A critical analysis of parental incarceration”, *Critical Criminology*, vol. 27, n° 2 (2019): 275-290; Praballa Ashmitha y Narayanan Annalakshmi, “Resilience of prisoners' children-Teachers' voices”, *IAHRW International Journal of Social Sciences Review*, vol. 8 (2020): 382-393; Jessica Burkholder et al., “Training Counselors to Work With the Families of Incarcerated Persons: A National Survey”, *Professional Counselor*, vol. 10, n° 3 (2020): 318-326; Brae Young et al., “Incarceration and the life course: Age-graded effects of the first parental incarceration experience”, *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, vol. 6 (2020): 256-279; Julie Poehlmann-Tynan y Kristin Turney, “A developmental perspective on children with incarcerated parents”, *Child Development Perspectives*, vol. 15, n° 1 (2021): 3-11; Youngmin Yi et al., “Paternal Jail Incarceration and Birth Outcomes: Evidence from New York City, 2010–2016”, *Maternal and child health journal*, vol. 25, n° 8 (2021): 1221-1241.

hijo/hija interactúan es importante, y la cárcel es todo lo contrario a un lugar idóneo para que las relaciones socio-familiares se desarrollen positivamente, aparte de que la estructura penitenciaria no garantiza los derechos de los niños y las niñas allí internados junto a sus madres. A continuación veremos cuáles son las posibilidades previstas en el ordenamiento penitenciario español, pero también los inconvenientes que presentan y algunas de las mejoras, o cambios, que podrían introducirse.

2. *Las formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil maternal previstas en el ordenamiento penitenciario español*

2.1. Las unidades de madres

2.1.1. Las unidades internas, externas y dependientes y la comunidad pedagógica de madres

En los artículos 38 de nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria y 17 del Reglamento que la desarrolla se prevé el derecho de las madres a mantener a sus hijos o hijas menores de tres años con ellas durante el cumplimiento de la condena, cuando se considere que ello es lo mejor para el interés superior de esos niños y niñas.

Según consta en el citado artículo del Reglamento Penitenciario, el ingreso de los y las menores en los centros penitenciarios puede producirse de dos formas: puede pasar que la madre se presente en el centro penitenciario para ingresar en el mismo a cumplir condena y que lo haga acompañada de su hijo o hija, o puede suceder que la mujer ingrese sola, pero una vez allí solicite tenerlo o tenerla en su compañía. En el primer caso la Dirección del establecimiento admitirá al o la menor de tres años, pero para que pueda quedarse allí y convivir con la madre esta debe solicitarlo, acreditar la filiación y que esa situación no entrañará ningún riesgo para el niño o la niña. La decisión que se adopte debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos. En el otro supuesto, si el niño o la niña menor de tres años está bajo la patria potestad de la madre, la petición se dirige al Consejo de Dirección. Es este órgano el que autorizará que permanezca en el establecimiento penitenciario si se acredita la filiación y que dicha situación no supone ningún riesgo para él o ella, previa consulta al Ministerio Fiscal, a quien después se le ha de notificar la decisión adoptada.

Admitido el ingreso en prisión del niño o la niña, como también consta en el artículo 17 del Reglamento Penitenciario, deberá ser reconocido o reconocida por el médico del establecimiento y, si este no dispusiese otra cosa, según aquí se indica, pasará a ocupar con su madre la habitación que se les asigne dentro de una unidad de madres, diferenciándose entre unidades internas, externas y dependientes.

Las unidades internas, tal y que se indica en el citado precepto del Reglamento Penitenciario, están ubicadas dentro de un centro penitenciario ordinario, aunque separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, para de este modo facilitar las especificidades regimentales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los niños y niñas hiciesen necesarias, aparte de que obligatoriamente debe existir un local habilitado para guardería infantil. Consta, además, en el artículo 178, que, en el caso de madres que carezcan de medios económicos suficientes, la Administración proveerá lo necesario para el cuidado infantil de los hijos o hijas con los que compartan su internamiento; que en las referidas unidades los niños y las niñas tendrán cubierta la asistencia médica por un especialista en Pediatría; que la Junta de Tratamiento programará una serie de salidas al exterior de los y las menores, con especial atención a su integración social en la comunidad donde esté ubicado el establecimiento donde se encuentren; que la Junta de Tratamiento también programará las actividades formativas y lúdicas a desarrollar, bajo la orientación de un especialista en educación infantil; que ha de contarse, para todo ello, con la colaboración de los servicios sociales del centro correspondiente; y que hay que dedicar un espacio de acción formativa con elementos de juego y de entretenimiento.

Por otra parte, respecto a las unidades externas de madres, hay que saber que se encuentran alejadas de los centros penitenciarios convencionales, con vocación de integrarse en la comunidad. Cuentan, o han de contar, con una estructura y dotación pensadas para cubrir mejor las necesidades específicas de la población a la que están dirigidas y facilitar una más adecuada relación materno filial y un desarrollo más armonioso de los y las menores. Se debe procurar normalizar en la medida de lo posible la vida de las personas allí ingresadas, de las madres y sus hijos e hijas, que en principio deben ser menores de tres años. Excepcionalmente se permite la permanencia con sus progenitoras de los niños y las niñas hasta los seis años, cuando, una vez cumplidos los tres, se estime que su continuidad allí es mejor alternativa para su desarrollo que la separación de la madre. Incluso se permite que, si las mujeres destinadas en la unidad con algún hijo o hija menor de tres años tienen otro u otra que no supere los seis, puedan solicitar su ingreso.

Y de las unidades dependientes específicas para madres se dirá que a ellas hace referencia el artículo 180 del Reglamento Penitenciario y son viviendas ordinarias ubicadas en el entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa en lo referente a su dedicación. Tienen el fin primordial de acercar a esas mujeres y a sus hijos e hijas a una situación lo más normalizada posible a la existente en libertad y, aunque administrativamente dependen de un centro penitenciario, están gestionadas por asociaciones y organizaciones no gubernamentales. Además, aunque en principio la edad límite del hijo o hija que convive con la madre está fijada en tres años, igual que sucede en el caso

de las unidades externas, excepcionalmente podrán convivir con su madre hasta cumplir los seis.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, así como las unidades externas se crearon como modelo híbrido que compagina características comunes a las unidades internas y a las dependientes, recientemente se ha creado, como modelo intermedio entre las internas y las externas, en la unidad de madres del centro penitenciario de Fontcalent-Alicante, la primera comunidad pedagógica de madres, en la llamada residencia de madres Irene Villa González. Esta residencia, a diferencia de las unidades externas, no está alejada de la cárcel, sino que se ha construido dentro del complejo penitenciario, pero, conforme a un planteamiento de unidad externa, está fuera del muro exterior de cierre, abierta al exterior tanto física como tratamentalmente. Permitiendo como permite el artículo 115 del Reglamento Penitenciario crear comunidades terapéuticas para abordar diferentes problemáticas y adaptarse a las necesidades de determinados grupos de internos e internas, se quiso convertir la citada residencia en un espacio seguro para los niños y las niñas y de empoderamiento para las madres. Con su constitución se pretendió, por una parte, minimizar el impacto de la institucionalización penitenciaria en los y las menores, garantizar y desarrollar su integridad física, cognitiva, emocional, conductual y relacional, y ofrecerles oportunidades equivalentes a las que tendrían si estuvieran en el exterior; y, por otra parte, se quiso que sus madres, además de poder responsabilizarse de sus hijos e hijas de manera más adecuada, más respetuosa y con más seguridad, puedan reflexionar sobre las circunstancias, creencias, pensamientos, emociones y conductas que las han llevado hasta allí, adquirir autonomía, valía y resiliencia. Hay que tener en cuenta, además, que tal y como consta en el apartado segundo del citado artículo 115 del Reglamento Penitenciario, la Junta de Tratamiento que está al frente de la comunidad terapéutica asume las funciones que tienen atribuidas el Consejo de Dirección y la Comisión Disciplinaria del centro penitenciario, con exclusión, únicamente, de las que se refieran a los aspectos económico-administrativos.

2.1.2. Requisitos y compromisos a cumplir por las internas para ingresar en una unidad de madres

Obviamente, para poder ingresar en una unidad específica de madres las mujeres condenadas deben serlo. Debe acreditarse debidamente la filiación. Además, sus vástagos no pueden superar el límite de edad fijado para ello por la normativa penitenciaria. Se debe comprobar, igualmente, que la convivencia con su madre en un establecimiento penitenciario no entrañará ningún riesgo para ellos, tal y como se indica en el apartado primero del artículo 17 del Reglamento Penitenciario. En el apartado cuarto de este mismo artículo se deja claro, también, que, en los posibles conflictos entre los derechos del

niño o la niña y de la madre originados por el internamiento, deben primar los del hijo o hija que, en todo caso, deben quedar debidamente preservados en el modelo individualizado de intervención penitenciaria que se diseñe para la madre.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el ingreso en una u otra de las unidades existentes puede depender, o debería hacerlo, del grado de clasificación en el que se encuentre la madre. Y, siendo así, resulta pertinente explicar que a las condenadas a pena de prisión, a todas ellas, igual que a los penados, se les asigna un grado de clasificación, lo que determinará el régimen de vida que les corresponde, aparte de que ello constituye un elemento clave del tratamiento. En concreto, y tal y como consta en el artículo 72.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, existen tres grados de clasificación: el primero, el segundo y el tercero, a los que corresponden el régimen cerrado, el ordinario y el abierto o de semilibertad, respectivamente, con unas normas de control y seguridad muy restrictivas en el primero, pero que se atenúan en el segundo y más notablemente en el tercero. De hecho, uno de los principios inspiradores del régimen abierto, recogidos en el artículo 83.2 del Reglamento Penitenciario, es precisamente la atenuación de medidas de control, así como también la autorresponsabilidad, la normalización e integración social, la evitación de la desestructuración familiar y la coordinación con las instancias comunitarias de reinserción. A la hora de decidir qué clasificación corresponde a cada persona, las Juntas de Tratamiento han de tomar en consideración las variables recogidas en los artículos 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 102 del Reglamento que la desarrolla, que son la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo de la interna o el interno, la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Teniendo esto en cuenta, y tal y como consta en los artículos 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 102 del Reglamento, se clasificará en primer grado a las personas internas calificadas de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada; serán clasificadas en segundo grado las penadas en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad; y la clasificación en tercer grado se aplicará a aquellas que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitadas para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad²¹. Existe, además, la posibilidad de, por aplicación del artículo

²¹ El artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria requiere para la clasificación en tercer grado, además, la satisfacción de la responsabilidad civil, pero este requisito no puede, o no debe, considerarse una condición absoluta, sino que ha de abordar-

100.2 del Reglamento, adoptar un modelo de ejecución flexible en el que se combinen aspectos característicos de los diferentes grados de clasificación. Así, por ejemplo, y a los efectos de lo que en este apartado interesa destacar, es posible que, pese a la clasificación en segundo grado, el régimen penitenciario se flexibilice permitiendo condiciones similares a las del tercer grado, es decir, salir al exterior a diario para trabajar, hacer voluntariado o seguir tratamientos de reinserción fuera de la prisión.

Aclarado esto se dirá que las unidades internas están pensadas, a día de hoy, para las condenadas madres clasificadas en segundo grado. Estas mujeres también pueden ingresar en una unidad externa, pero no todas, pues, en principio, aquí está vetada la presencia de las penas por delitos de extrema gravedad y de las internas en periodos iniciales de cumplimiento de una condena de alta cuantía, o que hayan realizado intentos de evasión, o sean multirreincidentes con escalada delictiva, o tengan alguna característica similar a juicio del Centro Directivo. Por otra parte, aunque en las unidades externas encontramos a clasificadas en segundo grado, fueron concebidas para acoger, preferentemente, a las que, pese a encontrarse en este grado de clasificación, se les ha aplicado el artículo 100.2 del Reglamento y, excepcionalmente, a las clasificadas en alguna de las modalidades del tercer grado recogidas en los artículos 82.1, 83 y 100.2 del Reglamento Penitenciario. Exactamente lo mismo sucede en la unidad terapéutica de madres de Fontcalent-Alicante. Y, por último, se dirá que las clasificadas en tercer grado son las únicas que pueden ingresar en una unidad dependiente.

Hay que saber, asimismo, que el ingreso en alguna unidad de madres, la que sea, conlleva el conocimiento y aceptación previa por parte de la interesada de una serie de compromisos, como lo son el cumplimiento de las normas de convivencia vigentes en la unidad, el mantenimiento de un estilo de vida saludable y la participación voluntaria y activa en los programas terapéuticos propuestos. Entre estos se incluye, en caso de que la mujer haya sido consumidora, el programa libre de drogas, aparte de que se requerirá la aceptación de someterse a controles analíticos aleatorios con el fin de comprobar que no existe consumo. También se exige el compromiso de asumir hábitos

se desde una perspectiva preventivo-especial, exigiendo que la persona penada haya puesto de manifiesto su disposición a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima o perjudicado por su delito, habiéndose de tener en cuenta la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales ocasionados, pero también la asunción de un compromiso por su parte de hacerlo e incluso el ofrecimiento o la aceptación de garantías en este sentido, y siempre teniendo en cuenta sus circunstancias personales y patrimoniales a efectos de valorar su capacidad real, entre otras cosas porque puede tratarse de una persona que se encuentra en situación de insolvencia. Hay que engarzar este requisito con el relativo a la prognosis favorable de reinserción social.

laborales y cumplir con el itinerario de inserción laboral o formativa que se proponga.

2.1.3. Los inconvenientes de las unidades de madres

De las diferentes posibilidades existentes en el ordenamiento penitenciario español para el perfil maternal a las que nos hemos referido hasta el momento, la menos recomendable es, sin duda, la primera de las comentadas, la consistente en el ingreso en una unidad interna. La crianza intramuros, dentro de una prisión convencional, en un centro ordinario, que es donde se encuentran ubicadas estas unidades, es una cuestión que ha suscitado y sigue suscitando críticas. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que, como se ha dicho ya, los niños y las niñas solo pueden permanecer en un centro penitenciario convencional hasta que cumplen los tres años de edad. Con anterioridad a la reforma operada en la Ley Orgánica General Penitenciaria por la Ley Orgánica 13/1995 la edad límite para la permanencia con sus madres en prisión era de seis años, pero se decidió rebajarla a tres porque, según consta en la exposición de motivos de esta ley, más allá de esta edad el niño o la niña “se hace consciente de la privación de libertad que afecta a su madre y vincula la confrontación de su personalidad inicial a tal hecho”, pudiendo ello “llegar a comportar graves disfuncionalidades en su desarrollo emocional y psicológico”²². Antes de cumplir los tres años, en consecuencia, los niños y las niñas deben abandonar la prisión, y a no ser que se traslade a la madre a una unidad externa o a una unidad dependiente (o que se le permita cumplir la condena en su domicilio, posibilidad de la que se hablará más adelante), ello supondrá el fin de la convivencia. En estos casos, y como apunta Juanatey Dorado, “el contexto del niño no va a dejar de ser el que es y necesariamente tendrá que ser consciente de que su madre está presa, y es posible que pueda ser más traumático para él la separación y mantener su relación a través de visitas a un centro penitenciario”²³. A no ser que la madre disfrute de permisos de salida, el niño o la niña solo podrá tener contacto físico con ella a través de las comunicaciones familiares, mensualmente, y, al menos una vez al trimestre, a través de las de convivencia, siempre dentro de la cárcel, en un espacio que no es el más adecuado de los posibles, y previo

²² Podría haber otra razón que explica la reducción del límite de edad de los niños y las niñas que pueden convivir con sus madres en un establecimiento penitenciario: el incremento del número de mujeres presas y el alto porcentaje de las que son madres o están en edad de poder serlo. Esto supone un dato económico a tomar en consideración, por el alto coste que tiene adaptar las prisiones para hacer posible la presencia de niños y niñas conviviendo junto a sus madres. Serrano Tàrraga, “La consideración del género en la ejecución...”, 517.

²³ Juanatey Dorado, “Delincuencia y población penitenciaria femeninas...”, 7.

sometimiento a una serie de medidas de control que pueden resultar desagradables. Existen también las comunicaciones ordinarias orales, que pueden celebrarse semanalmente, aunque en estos casos el encuentro se produce en los locutorios de prisión, con mamparas de por medio, sin posibilidad de contacto físico alguno.

Sea como fuere, es importante dejar claro que, ciertamente, la vida en prisión no es aconsejable para los niños y las niñas a partir de los tres años, pero tampoco es inocua para los más pequeños. Por mucho que los mencionados módulos para madres se digan adaptados a su uso, carecen de espacios suficientes al aire libre, la normativa a cumplir sigue siendo también allí muy restrictiva, impidiendo una correcta libertad de movimiento, incluso dentro de la celda, aparte de que la presencia de funcionarios uniformados, los barrotes, los recuentos y cacheros, etc., pueden tener una serie de consecuencias negativas en el desarrollo de los niños y las niñas. Aunque estas pueden variar dependiendo de su edad, la duración de su estancia en prisión y las condiciones específicas de la cárcel en la que se encuentren, pueden consistir, por ejemplo, en el caso de los nacidos y las nacidas fuera de la prisión, en la pérdida del control de esfínteres, en un retroceso en el desarrollo del habla y del lenguaje o en la aparición de episodios de estrés; y en el caso de los nacidos y las nacidas en prisión, por ejemplo, a causa de la falta de acceso a estimulación temprana y actividades recreativas adecuadas, retrasos en el desarrollo cognitivo y social y, tras el encierro, dificultades en la capacidad para exponerse a espacios abiertos²⁴.

De hecho, fue precisamente la existencia de los riesgos y problemas apuntados la razón por la cual, en 2004, la entonces Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Mercedes Gallizo Llamas, propuso sacar a los niños y niñas de los recintos carcelarios y mejorar sus condiciones de vida, y se crearon, con este fin, las ya comentadas unidades externas de madres. Sin embargo, la aparición de estas unidades no ha supuesto su salida definitiva de los recintos carcelarios, con todo lo que ello implica y de lo que se ha hablado ya. Hasta 2020 existían tres unidades internas de madres, una en Madrid VI-Aranjuez, otra en Alcalá de Guadaíra y otra en Valencia Preventivas, pero en 2020 cerraron las dos últimas indicadas, y solo queda la de Madrid. Estos

²⁴ Jesús Jiménez y Jesús Palacios, *Niños y madres en prisión: desarrollo psicobiológico de los niños residentes en centros penitenciarios* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Ministerio del Interior, 1998); María José Gea Fernández, "Maternidad en prisión. Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena", *Papers. Revista de Sociología*, vol. 102, nº 2 (2007): 287-310; Horacio Lejarraja et al., "Crecimiento, desarrollo, integración social y prácticas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión", *Archivos argentinos de pediatría*, vol. 109, nº 6 (2011): 485-491.

cierres serían una buena noticia si fuesen acompañados de la creación de nuevas unidades externas y dependientes, pero no es así. Es más, pese a que el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios de 2005, aprobado en Consejo de Ministros del 18 de noviembre de ese año, preveía la creación de cinco unidades externas de madres, a día de hoy únicamente tres son una realidad. Se trata de las unidades externas para madres asignadas a los centros de inserción social (CIS) de Madrid, Sevilla, Mallorca. Tampoco se han creado nuevas unidades dependientes, sino todo lo contrario. Hasta 2020 solo existían las unidades dependientes de Nuevo Futuro y de Horizontes Abiertos, ambas en Madrid (dependientes de la prisión Madrid V y Madrid VI, respectivamente), pero dicho año, como se advierte en el Informe Anual de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, se cerró la primera de las mencionadas, con lo cual a día de hoy solo existe la segunda.

Paradójicamente, la única unidad de madres que se ha creado recientemente es la de Fontcalent-Alicante, la cual, como se ha indicado ya, pese a ubicarse fuera del muro exterior de cierre, está dentro del complejo penitenciario, con lo cual, aunque sí mejora, o pretende mejorar, las condiciones de vida de los niños y las niñas, no contribuye a su salida definitiva de prisión. Y no es esta la única crítica que puede hacerse a esta unidad. En un informe de fecha de 10 de octubre de 2024, el Defensor del Pueblo, tras la visita realizada a la residencia de madres Irene Villa González por un equipo del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, concluye, entre otras cosas, lo siguiente: las infraestructuras y los espacios comunes de los que dispone resultan totalmente insuficientes para las 32 plazas que ofrece; falta personal apropiado con cargo a la Administración Penitenciaria, tanto terapéutico como sanitario y, pese a que el apoyo de entidades sociales y de personal pediátrico y ginecológico voluntario compensa la falta de dotación de personal, dicha situación implica carencias y compromete la estabilidad a medio y largo plazo de la residencia; no existe historia de salud de los niños y las niñas, con lo cual frecuentemente sus circunstancias de salud se registran en la historia de las madres, generando situaciones confusas en las que, por un lado, no se diferencia a quien se refiere la información y, por otro lado, se produce una pérdida importante de datos respecto al estado de salud de los y las menores; la alimentación es inadecuada y de mala calidad; no existen programas para la promoción de hábitos saludables; las mujeres no tienen ningún espacio para realizar actividad física y esta carencia repercute seriamente en su salud; y, pese a lo esencial que resulta para el bienestar de las mujeres y el buen desarrollo de sus hijos e hijas la comunicación con el entorno familiar y social, la residencia carece de un espacio adecuado para las llamadas telefónicas.

Hay que apuntar, igualmente, que las unidades externas, aunque pueden acoger, y acogen, a internas clasificadas en segundo grado, cuentan con unas infraestructuras y espacios concebidos para residentes que entran y salen

asiduamente, no estando preparadas para personas que no salen al exterior, lo cual a medio y largo plazo repercute negativamente en ellas y en sus hijos e hijas. Y lo mismo puede decirse de la residencia de madres Irene Villa González, en la cual, además, por estar concebida como comunidad terapéutica, sería necesario potenciar, si no los terceros grados (que también), al menos sí la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, así como las salidas al exterior con el fin de poder lograr los objetivos de la residencia.

Y existe todavía otro inconveniente al ingreso de las condenadas madres en una unidad específicamente pensada para ellas, común a todas las modalidades comentadas. Son pocas las unidades existentes y no están bien distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional, con lo cual resulta difícil que esas mujeres estén cerca del resto de la familia, también de los hijos e hijas que no puedan vivir con ellas, igual que sucede con los niños y las niñas que sí lo hacen. La permanencia de estos y estas junto a sus progenitoras limitará el contacto con otros parientes, impidiendo o dificultando que se creen vínculos afectivos con ellos o debilitando los existentes. Que las personas condenadas a prisión deben ser destinadas a centros situados lo más cerca posible de su domicilio se recoge en la Ley Orgánica General Penitenciaria española (artículo 12), y también en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (regla 59), en el Conjunto de Principios de Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principio 20) y en las Reglas Penitenciarias Europeas (regla 17). Debe hacerse así para evitar su desarraigo, para que a esas personas les resulte posible mantener el contacto directo con su entorno familiar, porque así lo exige el dar una orientación resocializadora a la ejecución de dicha pena y porque de ello depende no violar su derecho a la vida privada y familiar, recogido en la Constitución Española (artículo 18), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8). Se tendría que desarrollar en todo el país una red de unidades específicas para madres, que, sin renunciar a la custodia, permiten atender mejor a las necesidades particulares tanto de las mujeres como de su prole. De hecho, no únicamente pensando en las penadas madres sino en todas las mujeres presas, ya en 2008, en su resolución de 13 de marzo, el Parlamento Europeo pidió a los Estados miembros garantizar la creación de centros penitenciarios para ellas y distribuirlos mejor en su territorio, para facilitar el mantenimiento de los lazos familiares. Y el Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, tras su visita a diversas prisiones españolas en 2020, recomendó apostar por las unidades pequeñas repartidas por todo el país, lo cual, aparte de facilitar el contacto con la familia, permitiría adaptar mejor su enfoque a las necesidades particulares de las mujeres y prepararlas para su reincorporación a la comunidad.

2.2. El cumplimiento de la condena en el propio domicilio familiar: posibilidades y obstáculos a su concesión

Las unidades dependientes son, sin duda, la mejor de las opciones hasta ahora comentadas para el perfil maternal, pero existe otra posibilidad contemplada en el Reglamento Penitenciario, que permite la convivencia de la mujer condenada y su prole en el propio domicilio familiar. En realidad, son dos las posibilidades existentes, una contemplada en el artículo 179 y otra prevista en el artículo 86.4.

Efectivamente, el artículo 179 del Reglamento Penitenciario permite a la Junta de Tratamiento aprobar un horario adecuado a las necesidades familiares de las internas con hijos o hijas menores, con el fin de fomentar el contacto con estos niños y niñas en el ambiente familiar, pudiendo la madre pernoctar en el domicilio e ingresar, durante las horas diurnas que se determinen, ya sin ellos o ellas, en uno de los establecimientos de régimen abierto a los que se refiere el artículo 80, esto es, en un centro de inserción social, en una sección abierta o en una unidad dependiente, donde seguirá un programa individualizado de tratamiento.

Y, por su parte, el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario permite estar en el propio domicilio y prescindir de esas horas diarias de ingreso en el establecimiento penitenciario, siempre y cuando, eso sí, la interna, de modo voluntario, acepte el control de su presencia fuera del centro. En principio este control se realiza mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria, pero estos pueden ser sustituidos por otras medidas, como, por ejemplo, controles sobre las actividades terapéuticas a realizar, comunicaciones telefónicas, entrevistas con la interna o con sus familiares por parte de profesionales penitenciarios, presentaciones en una unidad de la Administración Penitenciaria o en dependencias policiales o de la Guardia Civil, etc. En el citado artículo del Reglamento no consta de manera expresa que esta modalidad de vida resulte de aplicación en los supuestos concretos de progenitoras con hijos o hijas menores, pero sí se indica en la Instrucción 13/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y, también, en la Instrucción 8/2019, por la cual se actualizó aquella otra. En ambas Instrucciones se indica que esta posibilidad se facilitará a las madres siempre y cuando esos niños y niñas se encuentren efectivamente a su cargo y no existan, tras la valoración de las circunstancias familiares, otras alternativas preferibles para los intereses de los y las menores. En ambas Instrucciones se dice, también, que las Juntas de Tratamiento formularán los correspondientes estudios-propuesta con la antelación suficiente para que su efectiva autorización y aplicación pueda atender el fin perseguido y que se contemplarán las estrategias y los medios que favorezcan la continuidad de la atención a los niños y las niñas en el entorno más adecuado.

La condenada madre solo deberá acudir al establecimiento penitenciario quincenalmente, a pasar los controles y las entrevistas pertinentes. Las actividades específicas de tratamiento que cada caso demande (como, por ejemplo, la participación en programas de prevención y rehabilitación de adicciones, en programas formativos, de asesoramiento psicopedagógico, etc.) deberán realizarse, pero fuera del establecimiento penitenciario, aprovechando los recursos existentes en la comunidad.

Ahora bien, hay que saber que, a diferencia de lo que sucede en otros países, como en Italia, donde se prevé, como medida alternativa al cumplimiento de la pena de prisión para el perfil maternal, la detención domiciliaria, sin exigencia, en principio, del cumplimiento de una parte de la condena en prisión²⁵, en España se exige la clasificación en tercer grado. Que debe ser así se requiere tanto para la aplicación del artículo 179 como para la aplicación del artículo 86.4. Y esto supone, sin duda, un obstáculo para beneficiarse de dichas posibilidades. Es más, se convierte en el principal obstáculo para ello. Y es así porque, pese a que, como después se explicará, es posible la clasificación inicial en este grado superior y, en consecuencia, el acceso directo al medio abierto (salvo en una serie de casos concretos, previstos en los artículos 36.1, 36.2 y 78.3 del Código Penal, en los que sí se exige cumplir determinados plazos), esto no es, en absoluto, lo habitual, sino que por regla general se accede al mismo después de haber estado en el segundo grado. Además, aunque la revisión de la clasificación y, en su caso, la progresión en grado, en teoría tiene que hacerse obligatoriamente cuando la evolución del tratamiento así lo demande²⁶, en la práctica se realiza cada seis meses²⁷.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que para poder beneficiarse del horario flexible del artículo 179 del Reglamento Penitenciario sería necesario que la condenada tenga su residencia cerca de alguno de los establecimientos de régimen abierto indicados en el artículo 80, pues, en caso contrario, será más que complicado que pueda acudir a diario a realizar las actividades de tratamiento que se le hayan propuesto. Y, aunque los establecimientos de esa clase son más que los específicamente pensados para las madres con hijos y están mejor repartidos a lo largo del territorio nacional, esto no garantiza, en

²⁵ Artículo 47-ter de la Ley número 354, de 26 de julio de 1975, sobre el ordenamiento penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y restrictivas de la libertad.

²⁶ Así se desprende de lo indicado en los artículos 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 106.1 del Reglamento Penitenciario.

²⁷ Y ello a pesar de que los seis meses son, según consta en el artículo 105.1 del Reglamento Penitenciario, el plazo máximo para que las personas internas sean estudiadas individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial.

absoluto, que haya alguno lo suficientemente cerca del lugar de residencia de la condenada. Esto hace que no sea fácil beneficiarse de esta opción. Sin embargo, no es menos cierto que, existiendo como existe la posibilidad de conceder el tercer grado telemático del artículo 86.4 del Reglamento, entre ambas opciones se suele apostar por esta otra alternativa.

3. *La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto*

Tal y como acaba de indicarse, el requisito de clasificación en tercer grado es el principal obstáculo a la posibilidad de que las condenadas madres puedan cumplir su condena en el propio domicilio y, allí, poder cuidar y asistir a sus hijos e hijas menores. Además, también se exige la clasificación en tercer grado para poder ingresar en una unidad dependiente de madres que, tal y como se ha defendido, de las diferentes existentes en España para el perfil maternal, son la más idóneas para que las relaciones socio-familiares entre las condenadas y su prole se desarrollen positivamente, donde ellas mejor pueden ofrecer a los niños y niñas los cuidados constantes que necesitan y donde estos y estas menores pueden encontrar un entorno más adecuado para su correcto desarrollo físico y psíquico.

Aunque, tal y como se ha avanzado, lo habitual es acceder al tercer grado después de haber estado en el segundo, vía progresión, es posible, en principio, salvo algunas excepciones, la clasificación inicial en ese grado superior y, en consecuencia, el acceso directo al medio abierto. Ello permitiría, o bien que las condenadas madres no tuviesen que abandonar en ningún momento el domicilio familiar y pudiesen seguir conviviendo allí con sus hijos e hijas, o bien ingresar directamente, con ellos o ellas, en una unidad dependiente y convivir en una situación lo más normalizada posible a la existente en libertad. De la posibilidad de clasificación inicial en tercer grado y acceso directo al medio abierto hablaremos en este apartado. Veremos que ello no solo es posible, sino también aconsejable e, incluso, al menos en algunos casos, lo más razonable.

3.1. *La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto es posible*

Excepto en los casos previstos en los artículos 36.1, 36.2 y 78.3 del Código Penal, en los que se exige cumplir determinados plazos para la clasificación en tercer grado, en el resto la clasificación inicial en este grado superior es infrecuente pero perfectamente posible. Lo es porque en el artículo 72.3 de la Ley Orgánica General Penitenciarias se advierte de forma clara que, siempre que se reúnan las condiciones para ello, la persona penada podrá ser situada inicialmente en un grado superior sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden, y porque, además, en el artículo 104.3 del

Reglamento consta que esta clasificación es posible aun cuando no se tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas impuestas.

Recordemos que la condición a cumplir para la clasificación en tercer grado es mostrar capacidad para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, deducida de las circunstancias personales y penitenciarias de cada sujeto, y, si tenemos en cuenta lo previsto en la Instrucción 9/2007 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, será así siempre y cuando la persona no presente factores de inadaptación significativos y exista un pronóstico de reincidencia de medio bajo a muy bajo. Se consideran factores de inadaptación significativos, entre otros, la pertenencia a organizaciones delictivas, presentar una personalidad de rasgos de carácter psicopático, que exista una inadaptación a la prisión y una escalada delictiva. Y, respecto al pronóstico de reincidencia de medio bajo a muy bajo, será apreciado por la existencia de factores como el ingreso voluntario, que la condena o condenas impuestas no superen los cinco años, que exista primariedad delictiva o reincidencia escasa, que haga más de tres años desde la comisión del hecho y el ingreso en prisión, una correcta adaptación social durante dicho intervalo de tiempo, baja prisionización, contar con apoyo familiar pro social, que se asuma el delito cometido, que la persona presente una personalidad responsable y, en el caso de adicciones, que se halle en disposición de tratamiento.

En la Instrucción 6/2020 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, por la que se aprobó el protocolo de acceso directo al medio abierto, también se indica que se tendrán en cuenta las variables acabadas de indicar a la hora de tomar dicha decisión, con alguna precisión y añadiéndose la consistente en la satisfacción de la responsabilidad civil, declaración de insolvencia o compromiso de satisfacción de la misma de acuerdo con su capacidad económica²⁸. Consta, además, y es importante destacarlo, que a la hora de resolver si procede el acceso directo al medio abierto se han de tomar en consideración, aparte de las circunstancias arriba indicadas, las de especial vulnerabilidad que pueda presentar la persona penada o los familiares a su cargo, haciéndose una referencia expresa a los hijos e hijas menores.

3.2. La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto es aconsejable

En el caso de las mujeres en general y en el de las que son madres en particular, esa clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio

²⁸ Este requisito también consta en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pero, como se ha explicado en la nota 20 de este trabajo, no puede, o no debe, considerarse una condición absoluta para la concesión del tercer grado.

abierto no solo es posible, sino también aconsejable, por una serie de razones que a continuación enumeraré.

Lo es, por una parte, porque el medio abierto es el marco desde el que conseguir más eficazmente una intervención comunitaria que potencie las posibilidades de reintegración social, permitiendo evitar los perjuicios que puede ocasionar la reclusión.

Lo es, también, por otra parte, debido a las comentadas dificultades existentes para proporcionar a las mujeres unas condiciones penitenciarias adecuadas y en igualdad con los hombres, y por la mayor victimización y estigmatización que sufren ellas con el encarcelamiento.

Además, no podemos olvidarnos del complemento punitivo que suele suponer el ser madre y estar en prisión, ni tampoco de la existencia de los niños y las niñas a su cargo, de sus derechos y su bienestar, cuyo interés superior debe presidir las decisiones judiciales y administrativas, y velar por el mismo recomienda, o puede recomendar, el no ingreso de su madre en prisión.

Hay que tener en cuenta, igualmente, que, como hemos visto, en la normativa penitenciaria internacional se prevé la conveniencia de atender la existencia de responsabilidades maternas y relativas al cuidado de hijos e hijas menores a la hora de tomar decisiones sobre cualquier aspecto referente a la detención y la clasificación de las condenadas. Que debe ser así consta tanto en las Reglas de Bangkok (reglas 40, 41 y 57) como también en las Reglas Penitenciarias Europeas (regla 34).

Y no sobra recordar que en la anteriormente citada Instrucción 6/2020 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias consta que a la hora de resolver si procede el acceso directo al medio abierto se han de tener en cuenta, entre otras circunstancias, las de especial vulnerabilidad que pueda presentar la persona penada o los familiares a su cargo, haciéndose una referencia expresa a los hijos e hijas menores de edad²⁹.

3.3. La clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto es razonable

Además de ser posible y aconsejable, la clasificación inicial en tercer grado y el acceso directo al medio abierto es, también, al menos en algunos casos, lo más razonable. Lo es a la vista de las circunstancias personales de la mayoría de las mujeres condenadas a prisión, del delito por ellas cometido,

²⁹ Cuanto se ha dicho debe tenerse igualmente en cuenta respecto al acceso al tercer grado no de manera directa y con ello al régimen abierto, sino por la vía de la progresión, cuando la mujer penada se encuentre ya cumpliendo condena y clasificada en segundo grado, con aplicación del régimen ordinario que a este corresponde.

y teniendo en cuenta, igualmente, que en ellas la tasa de reincidencia penitenciaria es muy baja.

Por lo que respecta a sus circunstancias personales, la mayoría de las mujeres que delinquen, en general, y las presas, en particular, comparten unas características o condiciones específicas que conforman un perfil de exclusión. Se trata de mujeres que han vivido en ambientes deprimidos; que han sufrido desventajas estructurales y diferentes formas de violencia (muchas veces ocurridas primero en su entorno familiar y replicadas después en sus relaciones de pareja); que suelen tener cargas familiares (que a menudo tienen que asumir en solitario); que tienen una escasa formación y cualificación profesional; que muchas proceden, además, de minorías étnicas y nacionales; y a ello se suman los no poco frecuentes problemas de adicción y salud mental³⁰.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la femenina es una criminalidad de la pobreza, dirigida muchas veces a cubrir las necesidades de subsistencia, propia y familiar, en la que suelen estar ausentes la *vis* física y la *vis* psíquica, y muchas veces también la fuerza en las cosas. Si atendemos a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, más concretamente a los relativos a los años 2018 a 2022, podemos comprobar, por una parte, que las

³⁰ En la doctrina española se han ocupado de esta cuestión: Gabriela Hernández et al., *Mujeres gitanas y sistema penal* (Madrid: Metyel, 2001); Marta Cruells, Marta Tórens y Noelia Igareda, *Violencia contra las mujeres. Análisis en la población penitenciaria femenina* (Barcelona: SURT, 2005); Vicenta Cervelló Donderis, “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 5 (2006): 5 y 6; Cruells e Igareda, *Mujeres, integración y prisión*; Dolores Juliano, *Presunción de inocencia. Riesgo, delito y pecado en femenino* (Bilbao: Gakoia, 2011); Encarnación Bodelón González, “La violencia contra las mujeres en situación de encierro”, *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 15, nº 43 (2012): 43-58; Navarro, *L’execució de la pena de presó...*; Eva María Picardo Valverde et al., “Análisis de los factores de victimización en mujeres delinquentes”, *Boletín Criminológico*, vol. 24, nº 177 (2018): 1-8; Rodríguez Yagüe y Pascual Rodríguez, *Las mujeres en prisión...*, 51 y ss. Pueden consultarse, igualmente, entre otros, los siguientes trabajos: Pat Carlen, “Women’s imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules”, *Crítica Penal y Poder*, nº 3 (2012): 148-157; y Stephanie Covington y Barbara Bloom, “Gendered Justice: Women in the Criminal Justice System”, en *Gendered Justice: Addressing Female Offenders*, ed. por Barbara Bloom (Durham: Carolina Academic Press, 2003), 1-20. En cualquier caso, hay que decirlo, este perfil no es, ni mucho menos, exclusivo de las mujeres presas. También los hombres encarcelados han sufrido múltiples formas de exclusión previa a su detención. Al respecto: Tàlia González Collantes, “Presos y excluidos. Excluidos y presos. La prisión como problema y no como solución”, en *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho Penal*, dir. por Jorge Correcher Mira (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), 305-342. Sin embargo, en el caso concreto de las mujeres convergen otras variables de género, algunas vinculadas con el ejercicio de la maternidad y las experiencias de violencia de género previas.

mujeres delinquen menos que los hombres. Teniendo en cuenta el total de personas condenadas, el porcentaje de mujeres no alcanza el 20%³¹. Y vemos, también, que los delitos que cometen en mayor número las mujeres son contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Tanto es así que aproximadamente la mitad de las condenas recaídas sobre mujeres lo son por la comisión de uno de estos delitos³², principalmente por hurtos³³, seguidos de las defraudaciones³⁴. Y también si atendemos a la relevancia femenina de la frecuencia de la comisión de las diferentes figuras delictivas comprobamos que entre estas están las infracciones referidas, y entre las defraudaciones las de fluido eléctrico y análogas³⁵, a las que se suman, también entre los delitos del Título XIII del Libro II del Código Penal, las usurpaciones u ocupaciones ilegales de vivienda³⁶. Así lo concluye Borja Jiménez, quien además afirma que el rol tradicional que otorga a la mujer la competencia de procurar el sustento material de los miembros del clan familiar y el bienestar del hogar explicarían su incidencia en la criminalidad patrimonial de la pobreza con relevancia femenina en los delitos indicados³⁷. Ello vendría a confirmar la teoría surgida en la década de 1980, con la publicación de *Women and*

³¹ En 2018 el 19,58% de las personas condenadas eran mujeres. En 2019 ese porcentaje se situó en el 19,52%. En 2020 el mismo bajó al 18,1%. En 2021 se redujo al 17,87%. Y en 2022 constituyó el 17,51%.

³² En 2018 el 30,72% de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico lo cometieron mujeres. En 2019 ese porcentaje se situó en el 30,49%. En 2020 en el 28,55%. En 2021 en el 28,30%. Y en 2022 en el 27,75%. Respecto al total de mujeres condenas por la comisión de algún delito, en 2018 el 55% lo fueron por un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en 2019 el 53,64%, en 2020 el 50,51%, en 2021 el 48,83% y en 2022 el 47,48%.

³³ En 2018 el 42,37% de las condenas por hurto recayeron sobre mujeres. En 2019 el 42,05%. En 2020 el 39,83%. En 2021 el 39,41%. Y en 2022 el 38,79%. Respecto al total de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico cometidos por mujeres, las condenas por hurto en 2018 representaron el 67,87% del total, en 2019 el 69,76%, en 2020 el 66,53%, en 2021 el 63,25% y en 2022 el 63,67%.

³⁴ En 2018, de las personas condenadas por la comisión de una defraudación, el 27,13% eran mujeres. En 2019 lo fueron el 26,23%. En 2020 el 25,43%. En 2021 el 26,41%. Y en 2022 el 25,72%.

³⁵ En 2018, de las personas condenadas por defraudación de fluido eléctrico, el 34,06% eran mujeres. En 2019 lo fueron el 32,76%. En 2020 el 28,37%. En 2021 el 29,06%. Y en 2022 el 27,81%.

³⁶ En 2018, de las personas condenadas por un delito de usurpación el 52,21% eran mujeres. En 2019 lo fueron el 51,12%. En 2020 el 48,65%. En 2021 el 47,65%. Y en 2022 el 46,89%.

³⁷ Emiliano Borja Jiménez, “Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina”, *Revista Penal*, nº 53 (enero, 2024): 38-63.

Crime: The Female Offender, de Chesney Lind³⁸, según la cual lo que explicaría el incremento registrado de la criminalidad entre las mujeres sería la marginalidad económica y la necesidad de supervivencia, la incorporación de las mujeres a la bolsa de la pobreza, una bolsa en la que, importa subrayarlo, cada vez hay más mujeres con hijos e hijas a su cargo. Hay que reconocer que esta explicación por sí misma resulta insuficiente y, de hecho, así lo criticaron, entre otras, ya en la década de 1990, Steffensmeier y Allan, en su artículo *Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending*³⁹. No podemos, ni debemos, equiparar pobreza, y en términos generales exclusión social, con delincuencia. La delincuencia es un fenómeno complejo que no puede explicarse por el hecho de padecer una situación de exclusión y, de hecho, ni siquiera se ha podido demostrar que las y los excluidos delincan más. Sin embargo, no es menos cierto que existen asociaciones entre ambas, y a mayor acumulación e intensidad de factores de exclusión social, mayor probabilidad de desarrollar comportamientos delictivos y, también, de acabar en prisión. A esto último también contribuye, sin duda, la intensificación de la política de control sobre las y los excluidos, considerados grupos de riesgo, un peligro para la sociedad, el enemigo incómodo que resume, simboliza y se convierte en blanco de todos los miedos y ansiedades de la sociedad. Las instituciones de control, persecución, enjuiciamiento y sanción no actúan, no siempre, con la objetividad y la imparcialidad que se predica, sino que ejercen, consciente o inconscientemente, un filtro que contribuye a explicar por qué la cárcel acaba siendo el destino de una mayoría de infractoras e infractores que pertenecen a los grupos más marginados de la sociedad o, citando a Wacquant, “los desposeídos y no honorables, por estatus o por origen”⁴⁰.

También son sobre todo los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico los que llevan a un mayor número de mujeres a prisión, a los que se suman los delitos relacionados con las drogas⁴¹. Según los últimos datos

³⁸ Meda Chesney-Lind, "Women and Crime: The female offender", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 12, nº 1 (1986): 78-96.

³⁹ Darrell Steffensmeier y Emilie Allan, "Gender and crime: Toward a gendered theory of female offending", *Annual Review of Sociology*, vol. 22, nº 1 (1996): 459-487.

⁴⁰ Loïc Wacquant, "Ordering Insecurity: Social Polarization and the Punitive Upsurge", *Radical Philosophy Review*, vol. 11, nº 1 (2008): 12. Se puede consultar, asimismo, del mismo autor, *Las cárceles de la miseria* (Buenos Aires: Manantial, 2004).

⁴¹ Tras los indicados delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, los que cometen las mujeres en mayor número son contra la seguridad colectiva. Sobre todo cometen delitos contra la seguridad vial, pero son principalmente los delitos contra la salud pública los que implican su ingreso en prisión. En 2018 el 14,01% de las personas condenadas por un delito contra la salud pública eran mujeres. En 2019 lo fueron el 14,65%. En 2020 el 13,66%. En 2021 el 13,23%. Y en 2022 el 13,07%.

publicados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que son los relativos al año 2022, a fecha de 31 de diciembre de dicho año el total de mujeres que se encontraban en calidad de penadas en un centro penitenciario era de 2.763⁴², de las cuales 1.190 lo estaban por la comisión de un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el 38,1%, incluyéndose condenadas por hurto. Y, de ese total, 693 mujeres lo estaban por un delito de tráfico de drogas, el 26,3%. Es decir, un total de 1.883 mujeres estaban presas por estos delitos, como condenadas, lo que representa el 64,4% del total⁴³. Y no sobra apuntar que el 35,1% de las mujeres que en 2022 se encontraban en un centro penitenciario cumplían condenas de entre 3 meses y 3 años⁴⁴, y ello a pesar de que si no se superan los dos años el legislador considera que razones de prevención general pueden ceder y permite recurrir a la suspensión de la ejecución de la condena.

Y, en tercer lugar, por lo que respecta a la baja tasa de reincidencia penitenciaria registrada entre las mujeres, hay que saber que, según el estudio elaborado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias entre 2009 y 2019, dicha tasa se situó en el 19,98%, y solo el 5,03% de las personas reincidentes fueron mujeres, frente al 94,97% de hombres.

Todo cuanto se ha indicado nos lleva a afirmar que razones de prevención general y de prevención especial no justifican el ingreso en prisión de un buen número de mujeres. La imposición y cumplimiento de esta pena excede, en muchos casos, de razones de necesidad, y el principio de última ratio exige limitar el uso de la cárcel a lo estrictamente necesario⁴⁵. Lo prioritario debería ser, siempre que resulte posible, evitar la imposición de dicha pena y potenciar las penas y medidas alternativas o, en su caso, la suspensión de la ejecución. En el supuesto de que no pueda ser así, los órganos de decisión de

⁴² El total de mujeres presas en la fecha indicada, contando a las preventivas y a aquellas que se encontraban cumpliendo una medida de seguridad, era de 3.371. Se produce un incremento del 2,2% respecto al año 2021, el cual es mayor que el incremento experimentado en el caso de los hombres, que ha sido del 1%. Sin embargo, si únicamente tenemos en cuenta a las penadas, en el año 2022 hubo menos que en 2021. En 2022 las penadas eran 2.756 por aplicación del Código Penal en vigor y 7 por aplicación del Código Penal derogado. En total 2.763. En el año 2021 el total de penadas fue de 2.779.

⁴³ El porcentaje, recogido en la Memoria Anual de Instituciones Penitenciarias, se calcula sobre el número total de mujeres condenadas por aplicación del Código Penal de 1995, que, como se ha indicado, es de 2.756. Las cifras del año 2021 son solo ligeramente diferentes, constando que las mujeres condenadas por los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico fueron 1.183 y las condenadas por tráfico de drogas 728, cuando el total de penadas en prisión era, como se ha dicho ya, de 2.779. En 2021 las presas en calidad de penadas por los delitos indicados representaban el 68,77% del total.

⁴⁴ El porcentaje, además, es superior al del año 2021, siendo entonces el 34% las mujeres cumpliendo condenas de entre 3 meses y 3 años.

⁴⁵ Juanatey Dorado, "Delincuencia y población penitenciaria femeninas...", 1-32.

Instituciones Penitenciarias deberían optar por modalidades de cumplimiento más flexibles, por potenciar la clasificación en tercer grado y, en consecuencia, el régimen abierto, a ser posible el ingreso directo en el mismo, permitiendo así que se disfrute de manera inmediata de la semilibertad. Todas las mujeres deberían poder beneficiarse de las indicadas propuestas, pero, por las razones explicadas en este trabajo, entiendo que sobre todo resulta urgente evitar el encarcelamiento (o adelantar la excarcelación) de aquellas que son madres y principales cuidadoras de hijos y/o hijas menores.

III. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PARA EL PERFIL PATERNAL

1. *Formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil paternal previstas en el ordenamiento penitenciario español*

En este apartado veremos que en el ordenamiento penitenciario español existen formas especiales de ejecución de la pena de prisión para el perfil paternal, pero también que son menos que las contempladas para el perfil maternal. Y al respecto hay que comentar, en primer lugar, que, como ya se ha dicho, tanto en el artículo 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria como en el artículo 17 del Reglamento que la desarrolla se indica que las mujeres podrán tener en su compañía a los hijos o hijas menores de tres años. Siguiendo el tenor literal de los citados artículos no se contempla que los internos padres puedan estar acompañados de sus vástagos y, de hecho, ellos no pueden ser destinados a ninguna de las unidades específicas para madres a las que nos hemos referido en este trabajo, ni a las internas, ni a las externas, ni a las dependientes, ni siquiera en los supuestos en los esos hombres sean cabezas de familia monoparental. Y ello es así a pesar de que en las Reglas Penitenciarias Europeas de 2020 no se hace distinción sobre este particular entre internas madres e internos padres, sino que, en la regla 36, se dice que los niños y las niñas podrán permanecer en prisión con uno de sus progenitores.

A decir verdad, en España existe una posibilidad de la que no se ha hablado hasta el momento, que permite la convivencia de padres e hijos o hijas dentro de la cárcel, pero está condicionada a la convivencia junto a ellos de la madre, que también debe estar cumpliendo condena de prisión. Aparte de ello, lógicamente, se exige reunir por parte de ambos adultos un mínimo perfil de seguridad y, por supuesto, ofrecer garantías del buen cuidado de esos niños o niñas, que no pueden superar la edad de tres años. Me estoy refiriendo al ingreso en una unidad familiar, lo cual, más allá de evitar la desestructuración familiar, favorece, e incluso promueve, la asunción por parte de ambos progenitores de un modelo de crianza saludable y corresponsable. Sin

embargo, sin entrar (de nuevo) a mencionar cómo de perjudicial puede resultar para esos niños y esas niñas vivir en una prisión, a pesar de su corta edad y aunque estén con su madre y con su padre, sí conviene comentar que únicamente existe una unidad de esta clase en España, en el centro penitenciario Madrid VI – Aranjuez, y también que no da solución a los supuestos en los que solo el padre está preso, o en los que la madre ha fallecido o, por cualquier otra razón, es él quien tiene en exclusiva la patria potestad o la custodia y ha venido ocupándose en exclusiva del cuidado y crianza de sus hijos o hijas.

Aparte de ello, los hombres no pueden acogerse al horario flexible de cumplimiento contemplado en el artículo 179 del Reglamento Penitenciario, pues esta opción está reservada a las mujeres (condenadas y clasificadas en tercer grado) con hijos o hijas menores, con lo cual parece que a ellos no se les permitiría pernoctar a diario en su domicilio e ingresar en el establecimiento penitenciario durante las horas diurnas que se determinen.

Ellos sí que podrían, sin embargo, beneficiarse de la posibilidad de cumplimiento domiciliario prevista en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario, siempre y cuando, eso sí, cumplan con los requisitos exigidos para que así sea, entre los cuales encontramos la aceptación de modo voluntario del control de su presencia fuera del centro penitenciario. Además, aunque la Instrucción 13/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias solo contemplaba esta posibilidad para los condenados padres en ausencia de la madre, y siempre y cuando se acreditase que los niños y las niñas se encontraban efectivamente a su cargo y cuidado, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias actualizó la citada Instrucción a través de otra, la Instrucción 8/2019, y aquí se equipara a la mujer y al hombre en la labor de atención familiar y cuidado de los hijos e hijas menores. Se habla de progenitores. Se dice que la referida modalidad de vida se facilitará para que los progenitores que se encuentran cumpliendo condena puedan mantener su atención a la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos o hijas menores, aunque continúa requiriéndose acreditar que estos se encuentran a su cargo y que no existen, tras valoración de las circunstancias familiares, otras alternativas preferibles para sus intereses. Esta modalidad de cumplimiento, llamada tercer grado telemático, también exige, como su nombre indica y como se ha dicho anteriormente, la clasificación en tercer grado, la cual, pese a no ser lo habitual, y como también se ha explicado, puede concederse de inicio y accederse directamente al medio abierto. Los requisitos exigidos para ello, previstos en la Ley Orgánica General Penitenciaria, en el Reglamento Penitenciario y en las Instrucciones 9/2007 y 6/2020, son los mismos para las mujeres que para los hombres. Además, cuando en esta última Instrucción de 2020 se indica que deben tenerse en cuenta, a la hora de tomar la decisión, las circunstancias de especial vulnerabilidad de los familiares a su

cargo, no se da por hecho que son las mujeres quienes asumen y deben asumir esa responsabilidad, pues se habla de los familiares de la persona penada, con lo cual no debería importar el género.

2. *Argumentos a favor no solo de la previsión de formas especiales de ejecución para el perfil paternal sino también de una aplicación extensiva de las posibilidades normativas existentes para el perfil maternal*

En páginas anteriores se ha explicado que el ingreso en prisión de una madre suele generar graves perturbaciones en su vida familiar, lo cual repercute negativamente en sus hijos e hijas, pero ello también sucede o puede suceder cuando quien ingresa en prisión es el padre. Se ha defendido, por otra parte, la necesidad de evitar la separación de las condenadas madres y sus hijos e hijas para evitar el impacto emocional y psicológico que ello puede suponer para ambas partes, pero el ingreso en prisión del padre y la consiguiente separación de sus descendientes puede tener las mismas consecuencias. Se ha hecho referencia, igualmente, al derecho a la intimidad familiar, del que son titulares las madres, pero también los padres. También se ha hablado del derecho (y el deber) que ambos tienen a cuidar y atender a su prole. Se ha indicado, asimismo, que los niños y las niñas tienen derecho a recibir asistencia y cuidados constantes por parte de sus progenitores, de los dos, en un entorno y en unas condiciones que permitan su adecuado desarrollo físico y psíquico, lo cual tiene que ser garantizado por ambos y, también, por el Estado. Y a ello puede añadirse, por otra parte, que urge superar la concepción de la desigualdad entre mujeres y hombres propia de una visión reductiva y estereotipada de las diferencias; que hay que abandonar una visión homogénea y sexista de la mujer en su rol social más generalizado, el de madre, no siendo este un rol existencial e irremplazable. De hecho, debería reemplazarse este rol por otros que se basen en la igualdad y la diversidad, para lo cual se requieren, entre otras muchas cosas, programas dirigidos a superar los estereotipos sociales y a promover la corresponsabilidad de los hombres en la crianza de los hijos e hijas y las tareas familiares. Y ello no se conseguirá negando o limitando para ellos las formas especiales de ejecución que toman en consideración la existencia de descendientes a su cargo. Como apuntan Solar Calvo y Lacal Cuenca: “La maternidad importa lo mismo que la paternidad. Solo haciéndonos conscientes de ello dejaremos de caer en la paradoja de defender la igualdad otorgando una importancia cualificada solo a la maternidad”⁴⁶. Es más, el que en el ordenamiento penitenciario español

⁴⁶ Puerto Solar Calvo y Pedro Lacal Cuenca, “Parentalidad activa en prisión. Por una igualdad de hecho y derecho”, en *Legal Today*, 2022. Acceso el 20 de junio de 2024.

no se prevean las mismas opciones para los condenados padres que para las condenadas madres podría constituir un trato discriminatorio a esos hombres y la vulneración del principio de igualdad.

Respecto a esto último importa aclarar, antes que nada, que introducir la perspectiva de género en la ejecución de las penas privativas de libertad, que se atienda a las necesidades especiales de las mujeres, busca lograr en lo sustancial la igualdad entre ambos géneros y, siendo así, no deberá considerarse discriminatoria hacia los hombres. Ello se deja claro en la primera de las Reglas de Bangkok, aparte de que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia*, de 24 de enero de 2017, da por buena la diferencia de trato que puedan recibir las mujeres condenadas respecto a los hombres condenados. En este caso el Tribunal de Estrasburgo también indica que está justificado introducir la perspectiva de género en la ejecución de las penas privativas de libertad debido al interés público reflejado en los textos internacionales y europeos sobre la necesidad de la prevención de la violencia de género, del abuso y acoso sexual en el ambiente de la prisión, así como por las estadísticas oficiales que muestran una diferencia considerable entre el número total de presos con respecto del de presas. Ahora bien, dicho esto, hay que preguntarse si el hecho de que la normativa penitenciaria en España únicamente permita a los padres convivir con sus hijos o hijas en prisión si es en compañía de las madres, también presas, y no se les permita el ingreso, ni siquiera en los supuestos en los que sean cabezas de familia monoparental, en las unidades internas, externas y dependientes, o en otras equivalentes, supone una discriminación en relación a esos hombres y la vulneración del principio de igualdad. Entre la doctrina hay quien, como Serrano Tárraga⁴⁷, entiende que sí se está discriminando a los hombres. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al respecto. Tampoco lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal de Estrasburgo, en su sentencia de 3 de octubre de 2017, sobre el caso *Alexandru Enache contra Rumanía*, ha afirmado que no se viola el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 del mismo por el hecho de que la legislación de un determinado país permita una suspensión de la ejecución de la condena por maternidad, pero no por paternidad (§§ 70-79). Sin embargo, creo que lo aquí indicado no serviría para negar la discriminación respecto a la cuestión ahora comentada. Lo creo así porque es cierto que este Tribunal concluye que las situaciones personales concretas referidas al lazo entre la madre y el hijo o la hija durante el embarazo y el primer año de vida pueden constituir una base suficiente

<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penitenciario/parentalidad-activa-en-prision-por-una-igualdad-de-hecho-y-derecho-2022-08-05/>.

⁴⁷ Serrano Tárraga, “La consideración del género...”, 536.

para justificar el trato diferenciado, añadiendo, también, que la maternidad presenta características específicas que deben tomarse en consideración, a menudo mediante medidas de protección, tal y como está previsto que se haga en el derecho internacional, lo cual no debe considerarse discriminatorio, y que lo mismo ocurre, afirma, cuando la mujer en cuestión ha sido condenada a una pena de prisión. Pero al mismo tiempo subraya que el reconocimiento de esa posibilidad a las mujeres no es automática, y que el derecho penal rumano proporciona a los presos, con independencia de su género, otras vías para solicitar una suspensión de la ejecución de la sentencia. Esto también ha sido tenido en cuenta por este Tribunal a la hora de concluir que la diferencia de trato impugnada no dio lugar a una discriminación prohibida en el sentido del artículo 14 del Convenio. En cambio, la normativa penitenciaria española, con la única excepción del ingreso en una unidad familiar, que exige la presencia allí también de la madre presa, no proporciona opciones para que, en caso de que se tenga que ejecutar la pena de prisión y se rechace el tercer grado telemático, esos padres que han tenido bajo su cuidado y responsabilidad directa a sus hijos o hijas menores puedan continuar conviviendo y encargándose de ellos o ellas si se concluye que esto es lo mejor para esos niños o niñas.

Los argumentos esgrimidos a favor de la previsión de formas de ejecución de la pena de prisión específicamente pensadas para el perfil paternal y la posible vulneración del principio de igualdad y prohibición de discriminación que puede estar produciéndose por el hecho de no preverse en el ordenamiento penitenciario español las mismas opciones a los condenados padres que a las condenadas madres, nos lleva a abogar por una aplicación extensiva de las posibilidades normativas previstas para el perfil maternal. Debería, o bien poder admitirse a los padres en las unidades pensadas para las madres, o bien crearse unidades específicas para ellos, o permitirse que las familias monoparentales puedan ingresar en una unidad familiar. Aparte de ello, debería permitirse que también ellos pudiesen acogerse al horario flexible de cumplimiento contemplado en el artículo 179 del Reglamento Penitenciario.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Acale Sánchez, María. “El género como factor condicionante de la victimización de la criminalidad femenina”. *Papers Revista de Sociología*, vol. 102, nº 2 (2017): 1-30.
- Aguilera Reija, Margarita. “Mujeres en prisiones españolas”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 3 (2019): 37-49.
- Akers, Ronald. *Deviant Behavior, a Social Learning Approach*. Belmont: Wadsworth, 1977.
- Almeda Samaranch, Elisabet y Encarna Bodelón González. *Mujer y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson, 2007.

- Almeda Samaranch, Elisabet. "Las experiencias familiares de las mujeres encarceladas: El caso de Cataluña". En *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control*, 69-104. Madrid: Ediciones Bajo Cero, 2005.
- Almeda Samaranch, Elisabet. *Mujeres encarceladas*. Barcelona: Ariel, 2003.
- Álvarez García, Francisco Javier, Pedro Ramón Díez González y José Antonino Álvarez Díaz. *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Arditti, Joyce. "A family stress-proximal process model for understanding the effects of parental incarceration on children and their families". *Couple and Family Psychology: Research and Practice*, vol. 5, nº 2 (2016): 65-88.
- Ashmitha, Praballa y Narayanan Annalakshmi. "Resilience of prisoners' children-Teachers' voices". *IAHRW International Journal of Social Sciences Review*, vol. 8 (2020): 382-393.
- Ayuso Vivancos, Alejandro. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Valencia: Nau Llibres, 2003.
- Banister, Peter et al. "Psychological correlates of long-term imprisonment: I. Cognitive variables. II. Personality variables". *British Journal of Criminology*, vol. 13, nº 4 (1973): 312-323.
- Bermúdez Fernández, José Ignacio. "Efectos psicológicos del encarcelamiento". En *Psicología forense: manual de técnicas y aplicaciones*, coordinado por Juan Carlos Sierra Freire, Eva María Jiménez González y Gualberto Buela Casal, 348-371. Madrid: Biblioteca Nueva, 2006.
- Bodelón González, Encarnación. "La violencia contra las mujeres en situación de encierro". *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 15, nº 43 (2012): 43-58.
- Borja Jiménez, Emiliano. "Política criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina". *Revista Penal*, nº 53 (enero, 2024): 38-63.
- Bukstel, Lee y Peter Kilman. "The psychological effects of imprisonment on confined individuals". *Psychological Bulletin*, nº 88 (1980): 469-493.
- Burgess, Robert y Ronald Akers. "A differential association-reinforcement theory of criminal behavior". *Social problems*, 14/2 (1966): 128-147.
- Burkholder Jessica et al. "Training Counselors to Work With the Families of Incarcerated Persons: A National Survey". *Professional Counselor*, vol. 10, nº 3 (2020): 318-326.
- Carlen, Pat. "Women's imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules". *Crítica Penal y Poder*, nº 3 (2012): 148-157.
- Cervelló Donderis, Vicenta. "Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género". *Revista General de Derecho Penal*, nº 5 (2006): 1-27.
- Chesney-Lind, Meda. "Women and Crime: The female offender". *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 12, nº 1 (1986): 78-96.
- Clemmer, Donald. *The prison community*. New York: Holt Rinehart and Winston, 1958.
- Contreras Hernández, Paola. "Maternidad encarcelada: análisis feminista de las consecuencias personales, familiares y sociales en mujeres privadas de libertad". *Revista Temas Sociológicos*, nº 22 (2018): 209-232.

- Convery, Una y Linda Moore. "Children of imprisoned parents and their problems". En *Children of imprisoned parents*, editado por Peter Scharff-Smith y Lucy Gampell, 12-29. Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, 2011.
- Coopersmith, Stanley. "A Method for Determining Types of Self Esteem". *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 59, nº 1 (1959): 87-94.
- Covington, Stephanie y Barbara Bloom. "Gendered Justice: Women in the Criminal Justice System". En *Gendered Justice: Addressing Female Offenders*, editado por Barbara Bloom, 1-20. Durham: Carolina Academic Press, 2003.
- Crawford, Jackie. "Alternative sentencing necessary for female inmates with children". *Corrections today*, vol. 3, nº 65 (2003): 8-10.
- Cruells, Marta y Noelia Igareda. *Mujeres, integración y prisión*. Barcelona: Aurea Editores, 2005.
- Cruells, Marta, Marta Torrens y Noelia Igareda. *Violencia contra las mujeres. Análisis en la población penitenciaria femenina*. Barcelona: SURT, 2005.
- De Miguel Calvo, Estibaliz. "Encarcelamiento de mujeres. El castigo penitenciario de la exclusión social y la desigualdad de género". *Zerbitzuan: Gizarte Zerbitzuetarako Aldizkaria*, nº 56 (2014): 75-86.
- Feinberg, Joel. *Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1988.
- Foster, Holly. "The strains of maternal imprisonment: Importation and deprivation stressors for women and children". *Journal of Criminal Justice*, nº 2 (2012): 221-229.
- Francés, Paz y Guadalupe Serrano. *Mujeres en prisión. Voces desde dentro del centro penitenciario de pamplona*. Pamplona: Salhaketa, 2011.
- Gea Fernández, María José, Mario Domínguez Sánchez-Pinilla e Igor Sádaba Rodríguez. *Una condena compartida: Un estudio de caso sobre el control penal*. Madrid: Tierradenadie, 2014.
- Gea Fernández, María José. "Maternidad en prisión. Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena". *Papers. Revista de Sociología*, vol. 102, nº 2 (2007): 287-310.
- Goffman, Erving. *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*. New York: Doubleday, 1961.
- Goffman, Erving. *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*. New York: Simon and Schuster, 1963.
- González Collantes, Tàlia, "Evaluación de la eficacia preventiva especial de la pena de prisión en comparación con otras penas alternativas". *Revista General de Derecho Penal*, nº 27 (2017): 1-44.
- González Collantes, Tàlia. "¿Condenados a reincidir? (Una revisión analítica sobre la eficacia preventiva especial de las penas)". En *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, dirigido por Enrique Orts Berenguer, Alberto Alonso Rimo y Margarita Roig Torres, 289-340. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- González Collantes, Tàlia. "Presos y excluidos. Excluidos y presos. La prisión como problema y no como solución". En *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho Penal*, dirigido por Jorge Correcher Mira, 303-342. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

- Harding, Timothy y Erwin Zimmermann. "Psychiatric symptoms, cognitive stress and vulnerability factors: A study in a remand prison". *British Journal of Psychiatry*, nº 155 (1989): 36-43.
- Hernández, Gabriela et al. *Mujeres gitanas y sistema penal*. Madrid: Metyel, 2001.
- Hirschi, Travis. *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press, 1969.
- Houck, Katherine y Ann Loper. "The relationship of parenting stress to adjustment among mothers in prison". *American Journal of Orthopsychiatry*, nº 72 (2002): 548-558.
- Hyppolite, Melody. "Understanding child outcomes within a multiple risk model: Examining parental incarceration". *Social Sciences*, vol. 6, nº 3 (2017): 1-21.
- Igareda, Noelia. "La maternidad de las mujeres presas". En *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, coordinado por Gemma Nicolás Lazo et al., 159-194. Barcelona: Anthropos, 2009.
- Jiménez, Jesus y Jesús Palacios. *Niños y madres en prisión: desarrollo psicobiológico de los niños residentes en centros penitenciarios*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Ministerio del Interior, 1998.
- Juanatey Dorado, Carmen. "Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20 (2018): 1-32.
- Juliano, Dolores. *Presunción de inocencia. Riesgo, delito y pecado en femenino*. Bilbao: Gakoa, 2011.
- Lejarraga, Horacio et al. "Crecimiento, desarrollo, integración social y prácticas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión". *Archivos argentinos de pediatría*, vol. 109, nº 6 (2011): 485-491.
- Lemert, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967.
- Manzano Bilbao, César. *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*. Bilbao: Universidad de Deusto, Departamento de Publicaciones, 1991.
- Manzanos Bilbao, César. *Cárcel y marginación social*. San Sebastián: Tercera Prensa S.A., 1991.
- Mapelli Caffarena, Borja, Myriam Herrera Moreno y Bárbara Sordi Stock. "La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?: Una visión andaluza". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013): 59-95.
- Marshall, Kathleen. *Not seen, not heard, not guilty. Summary Report: The Rights and Status of the Children of Prisoners in Scotland*. Edimburgo: Scotland's Commissioner for Children and Young People, 2008.
- Murray, Joseph y David Farrington. "The effects of parental imprisonment on children". *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 37 (2008): 133-206.
- Naredo Molero, María. "¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de reclusas extranjeras y gitanas". *Humanismo y Trabajo Social*, nº 3 (2007): 67-94.

- Naredo Molero, María. “Reclusas con hijos/as en la cárcel”. En *Mujeres y castigo: Un enfoque socio-jurídico y de género*, coordinado por Elisabet Almeda Samaranch y Encarna Bodelon González, 263-276. Madrid: Dykinson, 2007.
- Navarro, Carmen. *L'execució de la pena de presó. Peculiaritats de l'execució penal femenina*. Barcelona: Càtedra UAB-CICAC Observatori Social i Econòmic de la Justícia, Barcelona, 2018.
- Paulus, Paul y Mary Dzindolet. “Reactions of male and female inmates to prison confinement, Further evidence for a two-component model”. *Criminal Justice and Behavior*, vol. 20, nº 2 (1993): 149-166.
- Paulus, Paul, Garvin McCain y Verne Cox. “Death rates, psychiatric commitments, blood pressure and perceived crowding as a function of institutional crowding”. *Environmental Psychology and Nonverbal Behaviour*, nº 3 (1978): 107-116.
- Picardo Valverde, Eva María et al. “Análisis de los factores de victimización en mujeres delincuentes”. *Boletín Criminológico*, vol. 24, nº 177 (2018): 1-8.
- Pinatel, Jean. *La sociedad criminógena*. Madrid: Aguilar, 1979.
- Poehlmann-Tynan, Julie y Kristin Turney. “A developmental perspective on children with incarcerated parents”. *Child Development Perspectives*, vol. 15, nº 1 (2021): 3-11.
- Porporino, Frank y Edward Zamble. “Coping with imprisonment”. *Canadian Journal of Criminology*, vol. 6, nº 4 (1984): 403-421.
- Reed, Kristiina. “Children of prisoners: ‘orphans of justice’?”. *Family Law*, nº 44 (2014): 60-68.
- Richards, Barry. “The experience of long-term imprisonment”. *British Journal of Criminology*, vol. 18, nº 2 (1978): 162-169.
- Ríos Martín, Julián Carlos y Pedro José Cabrera Cabrera. *Mil voces presas*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1998.
- Rodríguez Yagüe, Cristina y Esther Pascual Rodríguez. *Las mujeres en prisión: la voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de las penas impuestas a mujeres a través de la cultura*. Madrid: Ediciones La Cultivada, Fundación Gabeiras, 2022.
- Serrano Tàrraga, María Dolores. “La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010): 483-544.
- Shaw, Marcus. “The reproduction of social disadvantage through educational demobilization: A critical analysis of parental incarceration”. *Critical Criminology*, vol. 27, nº 2 (2019): 275-290.
- Solar Calvo, Puerto y Pedro Lacal Cuenca. “Parentalidad activa en prisión. Por una igualdad de hecho y derecho”. *Legal Today*, 2022. Acceso el 20 de junio de 2024. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penitenciario/parentalidad-activa-en-prision-por-una-igualdad-de-hecho-y-derecho-2022-08-05/>
- Steffensmeier, Darrell y Emilie Allan, “Gender and crime: Toward a gendered theory of female offending”. *Annual Review of Sociology*, vol. 22, nº 1 (1996): 459-487.
- Sutherland, Edwin Hardin. *Principles of Criminology*. Chicago, Philadelphia: J.B. Lippincott Company, 1939.

- Sykes Gresham y Sheldon Messinger. "The inmate Social System". En *Theoretical Studies in Social Organization of the Prison*, editado por Richard Cloward, 5-19. New York: Social Science Research, 1960.
- Sykes, Gresham. *The society of captives. A Study of a Maximum Security Prison*. New York: Princeton University Press, 1958.
- Valverde Molina, Jesús. *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*. Madrid: Editorial Popular, 1997.
- Wacquant, Loïc. "Ordering Insecurity: Social Polarization and the Punitive Upsurge". *Radical Philosophy Review*, vol. 11, nº 1 (2008): 1-19.
- Wacquant, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004.
- Wormith, Stephen. "The controversy over the effects of long-term incarceration". *Canadian Journal of Criminology*, vol. 24, nº 2 (1984): 423-437.
- Yagüe Olmos, Concepción. "Las mujeres encarceladas". En *Mujeres en la periferia. Algunos debates sobre género y exclusión social*, editado por Adelina Calvo Salvador, Marta García Lastra y Teresa Susinos Rada, 121-146. Madrid: Icaria, 2006.
- Yagüe Olmos, Concepción. "Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas". *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 5 (2007): 1-24
- Yagüe Olmos, Concepción. *Madres en prisión. Historia de las cárceles de mujeres a través de su vertiente maternal*. Madrid: Comares, 2007.
- Yi, Youngmin et al. "Paternal Jail Incarceration and Birth Outcomes: Evidence from New York City, 2010–2016". *Maternal and child health journal*, vol. 25, nº 8 (2021): 1221-1241.
- Young, Brae et al. "Incarceration and the life course: Age-graded effects of the first parental incarceration experience". *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, vol. 6 (2020): 256-279.

IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE DDHH Y EMPRESAS

*Constitutional implications of the guiding principles on
human rights and business*

Ana María Ovejero Puente
Universidad Pontificia de Comillas, España
<https://orcid.org/0000-0002-9072-4912>

<https://doi.org/10.18543/ed.3210>

Fecha de recepción: 16.07.2024

Fecha de aprobación: 14.10.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

Se ha cumplido una década desde la adopción de los Principios Ruggie de Naciones Unidas y corresponde evaluar si el desarrollo de estas nuevas herramientas ha afectado a los sistemas constitucionales tradicionales de protección de los DDHH, bien a través de los instrumentos privados de auto regulación empresarial, o de las reformas en la legislación civil y mercantil sobre responsabilidad social corporativa, en los que se han traducido. Esto permitirá determinar si se han establecido, como se esperaba, unas bases constitucionales a partir del respeto y protección de los DDHH para ordenar la relación transnacional entre ciudadanos y poder económico; o si, por el contrario, seguimos buscando un marco aceptado por todos para la gobernanza de la globalización.

Palabras clave

DDHH, Principios Rectores, Gobernanza de la globalización, Regulación empresarial, diligencia debida.

Abstract

A decade has passed since the adoption of the Ruggie Principles of UN. Consequently, we can evaluate if their internal development in companies has affected the traditional constitutional systems of Human Rights protection. The outcomes will allow us to analyze the resulting social situation (nationally and internationally), and it will help us to determine whether constitutional bases on respect and protection of HR have been established, as expected, to order the transnational relationship between citizens and the economic power; or if, on the contrary, we continue searching for a framework accepted by all, for the governance of globalization.

Keywords

Human rights, guiding principles, globalization governance, business regulation, due diligence.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL TRAS 10 AÑOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RUGGIE. 1. La excepción de los Estados que actúan como empresas. 2. La desatención a la cuestión constitucional. II. DDHH Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO RUGGIE. III. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE DDHH Y EMPRESAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. 1. La innovación auto regulatoria frente a las herramientas más tradicionales para exigir el respeto de los DDHH. 2. La limitada capacidad de la Constitución para mantener el monopolio de la creación normativa. 3. La superación del Derecho público por la prevalencia del Derecho privado como instrumento para la ordenación de la economía global. 4. Los sistemas promocionales frente a los sistemas coercitivos de protección de los DDHH. IV. LA PROYECCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL MARCO REGULATORIO DE LOS DDHH Y EMPRESAS Y SUS CONSECUENCIAS. 1. La colonización de los contratos privados por parte del Derecho de los DDHH. 2. Principios Rectores versus eficacia directa de los derechos fundamentales. V. CONCLUSION. VI. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL TRAS 10 AÑOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RUGGIE

Se ha cumplido más de una década desde la adopción del marco de referencia para trabajar el respeto de los DDHH en el entorno empresarial. Los Principios Rectores sobre DDHH y Empresas¹, conocidos como Principios Ruggie, señalaron a las empresas transnacionales o multinacionales como auténticos protagonistas en el desarrollo de la globalización económica, y como agentes determinantes para la protección de los DDHH en las relaciones internacionales -y en las relaciones internas- entre ciudadanos y poder económico.

Con motivo de este aniversario, el Grupo de Trabajo sobre DDHH y Empresas, dependiente del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DDHH, publicó en 2021 un informe de evaluación en el que se analiza el nuevo “esquema regulatorio” dado por los Estados y por las empresas transnacionales, como resultado de estos 10 años de aplicación del marco Ruggie².

¹ Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. ONU (2011)

² X aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos humanos: balance del primer decenio. A/HRC/47/39. Informe del Grupo de Trabajo sobre

Algunas de sus conclusiones revelaron importantes cambios de perspectiva sobre cuáles eran los sistemas más idóneos para garantizar los Derechos humanos (DDHH) en un mundo intercomunicado y dominado por poderes económicos transnacionales, y se pusieron en cuestión los sistemas constitucionales y las herramientas más tradicionales de protección de los derechos fundamentales de las personas, tal y como ya se había advertido con anterioridad (Ovejero *et al*, 2020). Sin embargo, si realmente se busca un desarrollo sostenible y justo de las relaciones entre poder económico y ciudadanos se debería reconsiderar la perspectiva constitucional en el análisis de este fenómeno, volviendo a categorías básicas de protección de derechos ya previstas por el Derecho Constitucional porque, al fin y al cabo, el poder económico y empresarial debe estar igualmente limitado por el respeto a la dignidad de las personas como cualquier otra manifestación de poder, o debería estarlo.

Cuando hablamos de Derecho Constitucional nos referimos a aquel que se refiere a los principios y normas que organizan el funcionamiento del Estado, y los valores, principios y derechos fundamentales de las personas frente al poder. Es decir, el Derecho que establece, a través de la Constitución, cómo se debe ejercer el poder, cuales son los fines del poder, y cuales son sus límites.

El poder privado de las empresas ha demostrado ser capaz de dotarse a sí mismo de reglas de comportamiento internas para el propio funcionamiento empresarial, e incluso, para las relaciones con su cadena de valor, aunque no existiera legislación al respecto, y esta capacidad ha cuestionado el modelo tradicional de gobierno político-social en el que los estados eran los encargados de elaborar y de hacer cumplir las leyes, también para las empresas (Peters, 2007:35). Los estados regulaban el funcionamiento empresarial y las relaciones mercantiles entre personas jurídicas y acordaban internacionalmente entre ellos cómo debían relacionarse cuando sus empresas actúan en el exterior. El rol del Estado en el S. XXI es duramente cuestionado por estos fenómenos, entre otras cosas por su incapacidad frente a los procesos económicos de la globalización. El poder estatal frente al mercado internacional y frente a las grandes compañías internacionales y transnacionales parece diluido, mermado en su capacidad de regular la actuación de sus empresas en el exterior y de proteger a los ciudadanos frente al abuso de poder económico de las empresas extranjeras que operan en su territorio o con sus ciudadanos. En consecuencia, las herramientas tradicionales del Derecho público en general y del Derecho constitucional en particular son también cuestionadas

la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. UN Working Group on Business and Human Rights. Website:<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>. Ginebra, junio de 2021.

porque parecen incapaces de trascender los límites de la territorialidad, o de alcanzar los ámbitos privados en los que se proyecta hoy día la relación entre ciudadanos y empresas. Este es el quid de la cuestión.

Los principios Ruggie surgen tras la gran crisis económica del 2008 para dar respuesta a los gravísimos casos de violaciones de DDHH producidos por empresas multinacionales en países en vías de desarrollo³.

Sin embargo, siguen vigentes a día de hoy, porque el contexto internacional sigue siendo básicamente el mismo, incluso tras haber superado la crisis producida por la pandemia de COVID-19, como consecuencia de la crisis climática, la guerra en Europa, África y oriente medio. Como señaló el Secretario General de las Naciones Unidas, ante el aumento del etnonacionalismo, el populismo, el autoritarismo, cualquier crisis puede servir de pretexto para adoptar medidas represivas y limitativas de los DDHH, y por eso tenemos que seguir avanzando en encontrar los sistemas más eficaces de protección.

El aumento de la discriminación laboral, la incitación al odio a través de las redes sociales, el maltrato a los migrantes, la violencia sexual y de género, la trata de personas, la exclusión del acceso a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de muchos grupos de población, los conflictos medioambientales y la explotación abusiva de los recursos naturales, la contaminación industrial, etc siguen siendo violaciones de DDHH en las que las empresas multinacionales tienen mucho que decir. Hay que tener en cuenta que, más allá de cuestiones ideológicas, la garantía de los DDHH es también una cuestión económica, de gestión de recursos y de servicios públicos, con impacto en las cuentas públicas y privadas de quienes están sujetos a estas obligaciones o de quienes prestan estos servicios, y que el respeto a los DDHH conlleva el desarrollo una actividad económica y comercial determinada, que tanto los estados como las empresas que operan de forma transnacional deben aplicar. En este contexto, los sistemas constitucionales nacionales de protección de derechos fundamentales se ven evidentemente afectados.

El diseño constitucional del siglo XX fue una solución para ordenar las relaciones políticas entre ciudadanos y estados, y para articular el ejercicio de

³ Casos como el de Rana Plaza en la india, causado por la industria textil; el de la compañía Pacific Rim Cayman en El salvador por la explotación minera; el desastre causado por la petrolera Shell en la Patagonia Argentina, o las muertes causadas por la multinacional Sygenta en el uso de plaguicidas prohibidos en la India. El CETIM realizó un estudio de todas estas violaciones y lo entregó al grupo de trabajo de ONU en 2018 con estos y otros ejemplos de multinacionales vulneradoras. Ver en Contribución escrita del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM) del Institute for Policies Studies/Transnational Institute. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/fr/dernières-actualités/contribución-escrita-del-centro-europa-tercer-mundo-cetim-del-institute-for-policies-studiestransnational-institute-y-los-amigos-de-la-tierra-internacional/> (consulta el 4 de febrero 2023).

los derechos fundamentales, la democracia, o simplemente, el diseño de los ordenamientos jurídicos, a partir de la relación entre la Constitución y la ley (Prieto Sanchis, 2013). Esta solución es la que parece no ser ya suficiente porque los fenómenos sobre los que se proyecta la sociedad actual tampoco son los mismos, y es esto lo que, entre otras cosas, está causando una crisis de confianza en la Constitución como sistema de valores eficaz para gobernar la globalización (López Guerra, 2016: 33 y ss). Sea cual sea la causa, a día de hoy, cualquier represión o desatención de los DDHH, sigue teniendo una inevitable proyección constitucional.

Los objetivos planteados en 2011 por el grupo de trabajo de Naciones Unidas, siguen vigentes, porque es necesario establecer unos principios comúnmente aceptados para la protección y respeto de los DDHH, en todos los entornos (sociales, políticos y económicos), que sean universalmente aplicables y que, a su vez, permitan la prevención y la reparación efectiva de cualquier violación, consecuencia de la actividad transnacional del infractor (Fernández Liesa, 2019: 117-147).

El informe de evaluación del 2021 señala importantes avances y el creciente número de compañías que muestran su compromiso con los Principios Rectores públicamente, y desarrollan programas de formación, guías de buenas prácticas, y procedimientos autorregulatorios internos, para garantizar el respeto de los DDHH en sus operaciones empresariales, y para afrontar las posibles repercusiones negativas que esta actividad⁴. Sin embargo, todavía son muy pocas las que gestionan su responsabilidad hacia los DDHH con solvencia, teniendo en cuenta que el 46,2% de las empresas evaluadas en 2020 por Corporate Human Rights Benchmark (CHRB) no consiguieron ningún punto en los indicadores de diligencia debida.

Es evidente que se siguen produciendo abusos por parte de las empresas en todas las regiones del mundo y en todos los sectores industriales, que dejan desamparados a los trabajadores y a las comunidades directamente afectadas por su actividad. Muy especialmente pueblos indígenas o población en situación de especial vulnerabilidad-, en riesgo extremo de exclusión para las que hay escasas probabilidades de reparación de los daños sufridos. Los sistemas constitucionales en estos casos no han sido capaces de hacer respetar la Ley cuando la actividad empresarial de terceros ha afectado a la vida, integridad física o derechos básicos de sus ciudadanos en sus territorios.

El reconocimiento de la responsabilidad internacional por vulneración de DDHH es también una tarea difícil, porque no existe un foro adecuado para la rendición de cuentas, ni un procedimiento internacional para la imputación

⁴ *Corporate Human Rights Benchmark 2020*, (CHRB) Consultarlo en <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/publication/chrb/>

(forzosa) de esa responsabilidad, en términos jurídicos. Cuando hemos encontrado pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵; o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶, siempre se señala que la responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos cometida por personas jurídicas, es decir, por las empresas, es del Estado, porque es el Estado el que asume la obligación internacional de respetar los derechos humanos y promover su garantía, y porque así aparece en la mayoría de las Constituciones liberales, que son las que establecen mecanismos para su protección y garantía. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de desarrollar mecanismos para exigir el respeto de los derechos humanos a las empresas y si estos mecanismos no son claros o deficientes y permiten la vulneración de derechos humanos, la responsabilidad internacional será del Estado, que es lo que exigieron las organizaciones internacionales creadas al efecto. Con lo cual, la relación entre la protección de los derechos humanos y la obligación de respecto de quienes tienen el poder económico está teóricamente mediatizada por la actuación del Estado y por la ley, sin que el reconocimiento de las empresas como agentes internacionales haya tenido ninguna repercusión en el esquema tradicional. Podemos afirmar, por tanto, que el foro y el procedimiento internacional de exigencia de responsabilidad de las empresas existe, pero está limitado a las obligaciones de los estados y condicionado por los ordenamientos constitucionales nacionales.

La doctrina constitucional no suele estar atenta a la economía, ni a las relaciones privadas. Es la regulación civil y mercantil la que establece límites al ejercicio abusivo de la actividad particular a través de la responsabilidad civil de las empresas. No hay siquiera un lenguaje común que permita el entendimiento entre Constitución y empresas. Si se producen daños por parte de las empresas como consecuencia de su actividad empresarial, es también muy difícil que los titulares de derechos puedan acceder a la reparación o que puedan ejercer de forma eficaz su derecho a reclamarla ante los tribunales nacionales o internacionales, porque no existe una situación real de paridad entre los contrincantes, y esto deforma e impide el ejercicio del derecho a la

⁵ Ver por ejemplo, la sentencia reciente en el caso *habitantes de la Oroya vs. Perú*, Sentencia CIDH del 27 de noviembre del 2023, en la que se ha condenado al Estado peruano por la violación al derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud, por los abusos cometidos por el complejo metalúrgico de La Oroya, y por el legado de contaminación ambiental y los graves impactos en la salud de los pobladores de La Oroya causados por las operaciones metalúrgicas de múltiples empresas transnacionales en la región, como la estadounidense Cerro de Pasco Cooper Corporation, la empresa Centro-min SA o Doe Run Perú filial de The Reco Group Inc de Estados Unidos.

⁶ Ver el caso *Chipre versus Turquía*. ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Judgment of 10 May 2001, pp. 81.

tutela judicial. Hay déficits graves en los sistemas de acceso a los mecanismos de denuncia y dificultad en la transmisión de información a los afectados (ya sean víctimas o *stakeholders*) lo que entorpece la imputación de responsabilidad, jurídicamente hablado (Fernández-Izquierdo *et al*, 2018).

Frente a esto, la dimensión universal de los derechos humanos trasciende las fronteras nacionales y se realiza también en el marco de una comunidad internacional abierta e inclusiva (Habermas, 2012: pp 93), y esto cuestiona aún más la hegemonía de los estados como sujetos protagonistas en el mundo globalizado, en contraposición con otros actores más relevantes e igualmente poderosos como las organizaciones no gubernamentales, las confederaciones sindicales o las empresas multinacionales (Usakova, 2024: pp 176).

Así las cosas, concurren también, otras cuestiones más específicas que complican el análisis y que no han sido tenidas en cuenta en el informe del 2021. Destacamos dos: los problemas que causa la actividad empresarial de los estados; es decir, el comportamiento de los estados que se comportan como empresas multinacionales, y que operan con la lógica privada empresarial, excepcionando para sí mismos en contextos internacionales, la aplicación de las normas que exigen a las demás empresas; y la desatención de la lógica constitucional, en favor de la lógica internacional, en el análisis de la situación y en la propuesta de soluciones para la protección de los derechos de las personas.

1. *La excepción de los estados que actúan como empresas*

En el mundo económico globalizado los propios estados actúan como empresas, bien como clientes o usuarios, bien como agentes empresariales en sí mismos, ya sea directamente (empresas estatales) o por participación en grandes compañías. Quizá este dato sea esencial para comprender el escaso número de estados comprometidos con los Principios Rectores.

A principios de 2021 había sólo 25 países con planes de DDHH y empresa: 2 con capítulos sobre empresas en sus estrategias nacionales de protección de DDHH y 18 en proceso de elaboración de planes específicos. Los estados están obligados internamente por sus propias constituciones y por los tratados internacionales a respetar y proteger los DDHH, por lo que es difícil explicar el valor añadido que pueden ofrecer este tipo de instrumentos. Además, la mayoría de los estados manifiestan que el problema no son las herramientas o las políticas que impulsan los estados, sino la práctica empresarial real, sobre el terreno, a pesar de los compromisos formales que hayan adoptado frente a terceros.

Los Principios Rectores partían de la obligación que todos los estados tienen (en términos constitucionales) de velar por la protección y el respeto de los DDHH en todas las formas de ejercicio de su actividad, lo que incluía su

actividad como actores y agentes económicos. Y asumían la consideración de la personalidad jurídica internacional de las empresas (Portmann 2010: pp 115-126) y su capacidad para respetar los derechos y responder por sus violaciones ante los órganos nacionales e internacionales competentes (Crawford, 2012), en temas esenciales como: la gestión de las empresas públicas; los créditos a la exportación; los seguros de inversiones oficiales o los criterios de licitación pública, entre otras muchas cosas. Es decir, cuando los estados actúan como empresas también están obligados a integrar la “devida diligencia” en materia de DDHH hacia sí mismos y hacia las empresas con las que se relacionan, asegurando ese respeto en su propia cadena de suministro. Primero, porque proyectan estas obligaciones constitucionales de los estados, a los que sí se reconoce pacíficamente personalidad jurídica internacional, a sus actividades como empresas. Segundo, porque como empresas asumen las obligaciones impuestas desde el Derecho privado y las reglas de comportamiento y cultura propias del mundo empresarial.

Esto debería haber sido también estimulante para que las empresas con las que se relacionan económica, financiera o comercialmente, respetasen los principios rectores (Principios Rectores, 4-6), y para que se generalizara el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las empresas que se relacionan con ellos. Cualquier obligación de respeto que el Estado exija a las empresas privadas, es igualmente aplicable a las empresas públicas o a las empresas semipúblicas en las que participe, y a las empresas que se relacionen con ellas a través de su cadena de valor (Principios Rectores, 8-10).

Al parecer esto no es así y no se han producido los efectos deseados. En el ámbito económico el Estado parece tener dificultades para respetar su marco constitucional propio, es decir las obligaciones de respeto de los derechos fundamentales de las personas, probablemente por cuestiones de competitividad y de coste económico. Y las empresas que se relacionan con los estados se aprovechan de la falta de unanimidad en su consideración como personas jurídicas plenas, en el ámbito internacional para salir inmunes de su responsabilidad. Son sujetos con personalidad restringida, lo mismo que los estados en su faceta empresarial.

A pesar de ello, las políticas económicas y empresariales de los estados son las que más estrechamente están relacionadas con el respeto a los derechos humanos y con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODSs). Por lo que el cumplimiento de una y de otra debería ser preferente y estar coordinado, porque se trata de compromisos constitucionales al más alto nivel e internacionales.

Los gobiernos no han sido coherentes y por eso el uso de su poder político en la regulación de las relaciones de las empresas con los ciudadanos no ha tenido la autoridad, la legitimidad, ni la fuerza necesaria para su respeto (art.

9 CE) y esto ha sido utilizado por las empresas multinacionales para evitar su control.

La Constitución Económica de un país o, mejor dicho, el modelo económico constitucional de un país, que incluye, necesariamente las garantías y derechos de los ciudadanos respecto de los poderes económicos o del ejercicio de actividades de contenido económico (López Garrido, 1993: 80). El artículo 130 de la Constitución española, el artículo 44 de la Constitución italiana de 1947, o el artículo 81 de la portuguesa de 1976 establecen los principios que deben guiar la relación entre el mundo económico y el ordenamiento constitucional, porque consideran a la economía materia esencial para el desarrollo social. En España, desde la STC 1/1982, de 28 de enero, consideramos que la “Constitución Económica” es el conjunto de normas constitucionales “destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica” (Aranda Alvarez, 2017: 888), en el que se determina quién tiene la legitimidad jurídico-constitucional para adoptar decisiones de contenido económico, y cuales son los límites que se imponen a esa capacidad de decisión, como garantía de cumplimiento de los principios y fines del Estado en el ámbito económico.

El Derecho Constitucional económico es un marco amplio y flexible, y permite distintas opciones en política económica, dentro de la economía de mercado. Faculta al Estado para intervenir el sistema económico y para imponer límites al poder económico (López Guerra, 1983), porque la Constitución no es neutral frente al abuso del poder, y alcanza al poder económico y empresarial. Se debe a unos fines previamente establecidos y al respeto de unos principios fundamentales y de los derechos fundamentales expresamente incluidos en la propia Constitución. La estructura socioeconómica constitucional tiene como misión la consecución de un orden económico y social justo, para asegurar una digna calidad de vida, y garantizar la democracia. En consecuencia, las libertades económicas deben conjugarse con el resto de postulados constitucionales, y de derechos y libertades fundamentales que pueden limitar, condicionar o, simplemente delimitar, el margen de actuación de las empresas (por todas, la STC 108/2014, de 26 de junio) y de cualquier agente económico que actúe como tal, empezando por el propio estado.

En conclusión, el Estado constitucional cuenta con herramientas para impedir el abuso del poder económico y la vulneración de los derechos fundamentales (Bassols Coma, 1988), que puede y debe aplicarse así mismo, a las empresas con las que se relaciona y a las empresas que se encuentran bajo su jurisdicción. Hay que plantearse qué está impidiendo que se utilicen.

Los poderes públicos pueden intervenir en el funcionamiento de la economía y del comercio del país siempre que concurran razones de interés general (arts. 33.3 y 128.2 CE). Y estas siempre van a producirse cuando existe una

violación de los derechos de las personas, como consecuencia de la actividad empresarial.

En el caso español la Constitución afirma incluso que toda la riqueza del país está subordinada a la consecución del interés general (art. 128.1 CE); que los poderes públicos tienen la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica (art. 40.1); o que el Estado, mediante la ley puede realizar la planificación de la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, armonizar y equilibrar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1).

Por lo tanto, las razones por las cuales el Estado desatiende sus obligaciones de respeto a los DDHH cuando actúa como empresa, no son la falta de previsión constitucional. Y tampoco podemos decir que las razones por las cuales las empresas no atienden a sus obligaciones de respeto de los DDHH sean por déficit de regulación constitucional. Existe un régimen económico constitucional que obliga a respetar los DDHH y que justifica que el Estado tenga capacidad y poder legítimo de intervención cuando se atente contra los derechos de los ciudadanos.

El proceso de dirección de la economía y de la sociedad en el S.XXI va a depender de la capacidad que los estados tengan de controlar eficazmente el ejercicio del poder económico de las multinacionales, para que responda a los objetivos de igualdad, justicia y libertad que proclaman las constituciones, evitando abusos o violaciones de los DDHH. Los instrumentos existen, es un problema de uso. Aunque dependen de la capacidad que las sociedades tengan de obligar a sus propios estados y a sus gobiernos para que cumplan con sus obligaciones de respeto de los DDHH cuando actúen como agentes económicos interna e internacionalmente.

Sin embargo, es importante que las empresas vean coherencia en los estados en la aplicación de estos criterios y en el respeto de estos límites porque cualquier excepción auto aplicada que beneficie a los estados, les deslegitimará y dificultará cualquier intervención posterior frente a un abuso empresarial.

2. *La desatención a la cuestión constitucional*

Siguiendo este argumento, el progreso más importante en materia de protección de los DDHH a raíz de los Principios Ruggie, ha sido, sin duda, la renovación del consenso de todos los implicados (estados, empresas, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, grupos indígenas, asociaciones profesionales, organizaciones internacionales, grupos científicos, etc), en el

reconocimiento de los DDHH como elemento esencial para el desarrollo económico, y la constatación de que los enfoques voluntarios no son suficientes por sí solos, siendo imprescindibles medidas coactivas para imponer el respeto de los DDHH a las empresas que no quieren voluntariamente asumir sus obligaciones de respeto.

A partir de esta conclusión se produce un nuevo y más sugerente debate sobre qué tipo de coacción es aconsejable, con qué tipo de herramienta se puede exigir el cumplimiento, y qué acciones pueden y deben adoptarse -y por parte de quién- para que la obligación pueda ser efectiva y reclamable, individual o colectivamente. La discusión, así planteada, constata los problemas que el sistema constitucional, y el Derecho Constitucional tienen en las sociedades hiper relacionadas y globalizadas, para poder garantizar los derechos de las personas frente al poder, en este caso, frente al poder económico multinacional de las grandes compañías -tecnológicas, energéticas, financieras, constructoras, etc-. Es también una llamada de atención sobre el peligro que generan los sistemas jurídicos débiles, con reducidas capacidades ejecutivas por falta de medios, o porque son muy rígidos y tienen dificultades para la innovación y la evolución.

Los Principios Rectores han puesto en la agenda pública la reflexión sobre cómo los estados y las empresas pueden y deben trabajar conjuntamente para crear un marco jurídico estable de respeto a los DDHH, que gobierne la globalización económica y comercial, en el que la dignidad de las personas y el medio ambiente sigan siendo lo prioritario. No olvidemos que esto es lo que marca el camino hacia el desarrollo sostenible, la transición verde justa y la recuperación económica responsable, de la que depende la paz, según Naciones Unidas.

Justicia, paz, libertad e igualdad son y han sido siempre principios constitucionales, comunes en todos los sistemas jurídico-constitucionales occidentales (incluyendo los latinoamericanos), y criterios hermenéuticos de interpretación del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, que la gobernanza de la globalización económica asuma que el respeto a los DDHH es esencial para alcanzar el desarrollo sostenible, es también reconocer que los principios de las constituciones liberal-democráticas les son aplicables, y que no son un sujeto político al margen o excepcionado de la regulación constitucional.

Las empresas multinacionales o transnacionales siempre estuvieron sometidas al régimen constitucional. Lo paradójico es que sea ahora cuando nos demos cuenta, gracias a esta iniciativa internacional. Por eso el análisis, la metodología y la lógica constitucional de respeto a los DDHH no ha estado presente ni en este debate, ni en las propuestas de solución.

Los principios rectores han conseguido que el respeto a los derechos se entienda como un objetivo económico, que convive con otros principios

tradicionales propios de la economía empresarial como la rentabilidad, maximización del beneficio, identidad, cultura organizacional, solidez o creación de valor. Y que en el lenguaje constitucional integre términos económicos, y use la sostenibilidad o el desarrollo sostenible para explicar el impacto social de los derechos.

En términos de gobernanza es también interesante es que se nos está mostrando cómo se está produciendo *de facto* una verdadera “gobernanza de la globalización” y el camino que puede seguir el desarrollo de esa gobernanza en un futuro.

En este sentido sabemos lo siguiente:

- a) El respeto a los DDHH de las empresas se desarrolla por medio de regulaciones privadas basadas en sistemas voluntarios de cumplimiento, que prefieren el impulso, el fomento o la estimulación antes que la exigencia, y que están lejos de los sistemas jurídicos públicos tradicionales de exigencia de responsabilidad.
- b) Estas normas se crean por poderes distintos a los poderes políticos del Estado, ya que son las direcciones de las empresas multinacionales las que las adoptan, por procedimientos no democráticos, o no garantizados democráticamente, aunque tienen alcance general (por el número de afectados) e impactan en bienes públicos como el bienestar o la seguridad. No es de extrañar que los altos cargos de estas grandes compañías ejerzan liderazgos muy mediáticos y visionarios, semejantes a grandes liderazgos políticos.
- c) Los nuevos modelos de protección de DDHH prefieren los sistemas privados de ordenación donde prima la relación directa empresa-persona, a los sistemas públicos intervenidos e intermediados por el Estado; y los procedimientos jurídico-privados frente a los procedimientos jurídico-públicos, aunque se trate de trabajar con bienes de interés general, porque son sistemas en los que prevalece el acuerdo entre partes.

La creación de la Ley, la potestad legislativa y la protección de los derechos de las personas son asuntos típicos y propios del Derecho Constitucional relacionados con el sistema de fuentes, con las garantías democráticas y de participación política, con los procesos de creación normativa y de toma de decisión, o con la garantía de los derechos fundamentales frente al ejercicio del poder. Sin embargo, el Derecho Constitucional no está presente en este debate. Los constitucionalistas podemos y debemos hacer autocrítica y entender por qué hemos sido excluidos del debate económico. Pero es más urgente que pensemos las repercusiones que este marco privado para la gobernanza de la globalización puede tener en nuestros sistemas

constitucionales públicos y en el diseño de las herramientas de garantía de los derechos fundamentales del futuro, teniendo en cuenta algunos elementos cruciales en la reflexión constitucional, como: la desigual relación entre empresas y particulares y por lo tanto, la desigual aplicación horizontal de los derechos fundamentales (Bilbao, 1997); la limitación territorial de la jurisdicción del Estado, de su legitimidad para el ejercicio del poder extraterritorial (Pérez Royo, 1994: 48 y ss), y las diferencias en la personalidad jurídica de las empresas dependiendo de que actúen interna o internacionalmente.

Partiendo de estas premisas, se plantean una serie de cuestiones que pueden ayudarnos a entender cómo se va a producir la “gobernanza de la globalización económica” desde la perspectiva de la obligación del Estado de proteger, y cómo ésta puede afectar a la responsabilidad de la empresa de respetar, para saber quién, cómo, cuándo y dónde debe regular estas obligaciones hacia los DDHH y garantizar su cumplimiento para conseguir un futuro mejor y más justo.

Las hipótesis de partida que hay que comprobar son las siguientes:

1. Si se ha producido una verdadera innovación auto-regulatoria privada que ha sustituido a las herramientas normativas públicas y constitucionales tradicionales para exigir la responsabilidad de respetar los DDHH. Y si esto ha producido una expansión del Derecho privado (civil y mercantil) que ha permitido controlar el poder económico, porque se haya rebajado la intensidad de exigencia de las obligaciones constitucionales.
2. Si las constituciones han sido incapaces de mantener el monopolio normativo y las empresas han sido capaces de auto regularse introduciendo las obligaciones de respeto en sus propios códigos de conducta y en las cláusulas de sus contratos privados, sustituyendo así la competencia estatal legislativa, por obligaciones contractuales entre particulares.
3. Si los sistemas promocionales del Derecho blando (*soft law*) han resultado más efectivos que los sistemas coercitivos de protección de los derechos para hacer que las empresas cumplan con sus deberes de respeto.

Aunque, antes de discutir todos estos elementos debemos analizar si existe una verdadera proyección de los principios constitucionales en los Principios Rectores, y qué relación existe entre las obligaciones constitucionales de proteger que tiene el Estado y la responsabilidad de las empresas en respetar ese marco y de reparar las lesiones que genere.

La gobernanza de la globalización tiene a los DDHH como límite de cualquier actuación, pero puede ser que esos DDHH sean otros distintos de los

que ya se incluyen en nuestras constituciones, y que, en relación con la globalización, no sea lo mismo hablar de DDHH que de derechos fundamentales.

II. DDHH Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO RUGGIE

Las constituciones nacionales hablan, en sus partes dogmáticas, de derechos humanos a través de su reconocimiento como derechos fundamentales, condicionados por las circunstancias políticas, sociales, históricas específicas de cada comunidad, por el territorio y por los sistemas de garantía que cada Constitución establece para su cumplimiento, de acuerdo con su propia tradición política. Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” se han utilizado como sinónimos, aunque es bien sabido que no son jurídicamente lo mismo, lo que ha generado frecuentes discusiones académicas. Es verdad que tanto unos como otros reconocen al individuo una serie de facultades frente al Estado, y los dos ofrecen protección y garantías para poder ejercerlas y llevar una vida plena y digna, frente al ejercicio del poder político y frente a los demás. Lo que los diferencia no es, jurídicamente hablando, el contenido de los derechos, es decir, el haz de facultades que reconocen a las personas, sino su lógica distinta de realización y de protección.

Asumimos pacíficamente que las Constituciones, y en concreto el reconocimiento y protección que éstas daban a los derechos fundamentales, era un elemento constitutivo del pacto político, que protege la dignidad humana en una comunidad política formada por ciudadanos libres e iguales, frente al Poder. Por lo tanto, eran las Constituciones -en términos materiales y formales- las que determinaban lo que podían y debían hacer los estados en ejercicio de ese poder, para respetar y proteger estos derechos, frente a la acción del propio Estado o de terceros, ya fueran estas personas individuales o personas jurídicas, bien directamente, bien a través de la Ley (Perez Tremps, 2016).

Por su parte, el Derecho internacional de los DDHH aunque reconoce y protege básicamente el mismo contenido subjetivo de los derechos, utiliza herramientas internacionales de relación entre estados para garantizar su eficacia únicamente frente a los abusos del poder del Estado (López Guerra, 2020), o con la intermediación del Estado en los casos de violaciones entre particulares.

La Constitución, como fuente del Poder político y como delimitación de la forma del poder (Rubio Llorente, 2012), ofrece garantías más eficaces que el Derecho Internacional porque son frente a todos y no solo entre los estados.

Hay que tener en cuenta, además que para que el Derecho internacional sea vinculante, requiere la integración de las obligaciones internacionales en los sistemas constitucionales, por lo que sus efectos jurídicos dependen también de su efectivo amparo constitucional para impedir las violaciones privadas de los derechos.

En el mejor de los casos, los sistemas internacionales cuentan con tribunales (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos), con facultades para obligar a los estados a reparar económicamente a los afectados por los daños producidos por terceros, pero sin capacidad para realizar un auténtico control interno en el uso del poder estatal (Ferrajoli, 2001) y sin poder imputar a los terceros directamente la responsabilidad por las vulneraciones de derechos cometidas. Esta es la diferencia entre “Derechos Humanos”, contexto internacional, sistema laxo de garantía; y “derechos fundamentales”, contexto nacional, sistema constitucional y normativo de garantía.

Para algunos autores la verdadera aportación de los Principios Rectores es que han sido capaces de crear un lenguaje común que sintoniza los términos “DDHH” y “derechos fundamentales”, y que supera la discusión, proporcionando un criterio acordado a nivel mundial sobre el mínimo común denominador de la obligación estatal de proteger los DDHH, que trasciende los límites constitucionales y que pone más el acento en el contenido de los derechos que en su forma de protección. Gracias a ello podemos saber lo que deben/pueden hacer los estados para proteger y respetar respectivamente estos derechos y la dignidad de las personas, en contextos empresariales, en todos los territorios, independientemente del alcance de la protección nacional (a través de la Constitución) que los ordenamientos internos ofrezcan a los derechos.

Para el profesor Ruggie, los Principios Rectores han servido para recordar a los estados sus viejas obligaciones constitucionales en materia de protección de los DDHH en relación con las empresas, y han aclarado la responsabilidad de las propias empresas de respetar los derechos fundamentales, incluso cuando los estados no están a la altura de sus propias obligaciones constitucionales (Ruggie, 2013) y carecían de un ordenamiento jurídico adecuado, con medios efectivos de cumplimiento. A esto nos referimos cuando afirmamos que los Principios Rectores han hecho posible un diálogo entre “DDHH” y “derechos fundamentales” gracias al uso de un lenguaje común, que entienden tanto los actores privados, como los estatales, que supera las especificidades constitucionales de cada Estado, y que universaliza el alcance y contenido de las obligaciones del Estado y de las empresas, antes totalmente sometido por la territorialidad (Ruggie, 1993: 139-174). Se podría afirmar, entonces, que cuando hablamos de la gobernanza de la globalización, los términos derechos fundamentales y DDHH son equivalentes, y por

eso, el fundamento y límite del ejercicio del poder económico debe ser el contenido protegido por los derechos, y no su sistema de protección.

Los principios rectores no se plantean problemas dogmáticos, ni entran en el análisis de las fuentes de legitimidad para la actuación del Estado sobre las empresas. Solo ha facilitado un punto de encuentro que, a pesar de proyectarse sobre relaciones “internacionalizadas” entre personas, empresas y estados, permite que trabajen los poderes tradicionales del Estado, para organizar las relaciones económicas y comerciales allí donde se producen, bajo la obligación de respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Al hacer equivalentes unos y otros, los Principios Rectores han encontrado una vía para **superar los problemas causados por límites territoriales de la proyección constitucional sobre la garantía de los derechos fundamentales**. Eso es una importante novedad para la gobernanza de la globalización desde un punto de vista constitucional.

III. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE DDHH Y EMPRESAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

A partir de aquí, ya podemos examinar las 3 hipótesis de partida sobre la gobernanza de la globalización económica, y las obligaciones estatales y empresariales de respeto de los DDHH para conseguir un futuro mejor y más justo.

1. *La innovación auto regulatoria frente a las herramientas más tradicionales para exigir el respeto de los DDHH*

Los sistemas constitucionales establecen la forma de garantizar el cumplimiento de la Ley, el respeto de la Constitución y de los DDHH, como derechos fundamentales. Así aparece, por ejemplo, en el artículo 9 de la Constitución española, en el artículo 20.3 de la Constitución alemana o en el artículo 5 de la Constitución francesa. Sin embargo, en muchas ocasiones el respeto de la Ley y, por lo tanto, de los derechos, depende de los recursos económicos con los que cuentan los gobiernos para perseguir la violación de los derechos y exigir responsabilidad: el personal de inspección, la organización de los servicios públicos de rendición de cuentas, la eficacia del propio poder judicial y el buen funcionamiento de los sistemas internos de justicia son determinantes en este sentido.

Si esto es común a todos, es especialmente relevante en los que llamamos estados débiles (Migdal, 2012), en los que no hay garantía del imperio de la Ley y aparecen grupos con intereses privados que ejercen militar o económicamente su capacidad de imposición sobre los ciudadanos, dejando la

Constitución y la ley como ideales al margen de la realidad (Fukuyama, 2004). La capacidad ejecutiva del Estado frente a las violaciones de derechos causadas por empresas y los sistemas de rendición de cuentas están condicionadas por el diseño jurídico-constitucional interno; por los recursos económicos estatales para asegurar sistemas ejecutivos eficaces y por los tiempos de tramitación de los procedimientos. El Estado de Derecho necesita sistemas garantistas y lentos, que se regulan por Ley y que requieren ingentes recursos económicos para perseguir, enjuiciar y posteriormente ejecutar o sancionar el incumplimiento de la ley. Los negocios necesitan sistemas ágiles, dinámicos, en los que no importa tanto determinar la culpabilidad o responsabilidad, sino gestionar adecuadamente las consecuencias del cumplimiento y absorber la cuantía económica de las sanciones o de las indemnizaciones por reparación. Ante esto, los Principios Rectores pusieron en valor la facultad auto regulatoria empresarial, y su capacidad contractual como métodos válidos para conseguir el objetivo de respeto de los DDHH, de forma más ágil y dinámica.

Las empresas crean normas internas que se exigen a los empleados y a los terceros con los que se relacionan (*stake holders*). Su inobservancia puede llegar a ser sancionada con la ruptura laboral o contractual. También crean expectativas de cumplimiento de esa regulación hacia el exterior, que inciden en la relación de confianza con inversores, financiadores, aseguradores etc, y que una vez publicadas y dadas a conocer pueden llegar a transformarse en reglas de conducta vinculantes y exigibles extracontractualmente que pueden reclamarse por vía de la responsabilidad extracontractual.

Así nació la diligencia debida, o la regulación para la revisión legal en los procesos de fusiones y adquisiciones (Hernando Cebriá, 2008), que inicialmente se aplicaba en los protocolos internos de valoración del riesgo en las operaciones de compra venta de empresas o en las de inversión, y en el control interno de la actuación de la empresa frente a terceros, para calcular el valor de la operación y la viabilidad del negocio, pero que pronto fue trasladada a la legislación mercantil y a la legislación financiera.

En este contexto, llega un momento en el que las violaciones de DDHH pasan a ser consideradas riesgos económicos o financieros de las empresas sobre las que hay que aplicar las reglas de diligencia dando cuenta a los inversores para que confíen en la sostenibilidad del negocio y en la baja probabilidad de tener que hacer frente a indemnizaciones muy gravosas para la empresa que pudieran cuestionar la solvencia de la empresa y su viabilidad en el futuro. Las empresas comienzan a necesitar procesos de evaluación del riesgo en DDHH e incorporarlos en los sistemas de valoración existentes. Aquella empresas con alto riesgo de causar daños medioambientales o en los derechos humanos de las comunidades con las que se relacionan tienen una menor valoración porque tienen riesgo de incurrir en costes económicos

altísimos, o de asumir indemnizaciones millonarias, si finalmente se produce el daño, por eso sus inversores y aseguradores evalúan estos riesgos para realizar los negocios con ellas, y es esta evaluación la que las obliga a adoptar medidas de prevención, y planes de respeto de los derechos humanos.

La diligencia debida en DDHH es lo que lleva a las empresas a establecer reglas internas de comportamiento, fijar principios y objetivos de actuación, y adoptar medidas de detección temprana del peligro para evitar que estos riesgos acaben con la empresa. Son pautas internas de conducta, guías de buenas prácticas, protocolos y procedimientos de actuación, de denuncia, de control, etc voluntarias y propias de cada empresa, que una vez adoptadas e incorporadas en los documentos de diligencia y en los documentos de gobernanza corporativa (*corporate governance*) adquieren un importantísimo papel frente a terceros, porque crean obligaciones de cumplimiento y pueden generar responsabilidad jurídica.

Esta idea es la piedra angular sobre la que se asientan los principios Ruggie y la responsabilidad empresarial de respetar los DDHH, que coincide, además en el tiempo con la nueva filosofía de gestión ética y de responsabilidad social corporativa, que al cabo de unos años se demostró como un método más útil y barato para los estados que el costoso sistema de imposición estatal y de ejecución del ordenamiento jurídico a través de los sistemas de inspección, fiscalización, enjuiciamiento y ejecución con las empresas multinacionales (Devinney, T. M., Schwalbach, J., & Williams, C. A. (2013) pp: 413-419).

El sistema es originariamente privado y depende de la iniciativa de las empresas que quieren comprometerse y de la exigencia y concienciación de sus grupos de interés -y de los ciudadanos que están en contacto con ellas-, que son los que reclaman el compromiso. Cuando los estados vieron su potencial empezaron a incorporar el sistema en las normas creadas por las organizaciones internacionales relacionadas con el comercio internacional⁷, y después en el ordenamiento nacional a través de la legislación mercantil sobre funcionamiento de las empresas⁸.

⁷ La diligencia debida en materia de derechos humanos aparece en la norma ISO 26000, en la Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales de la OIT de 2017. Es también referencia para el Pacto Mundial de ONU y organizaciones tan variadas como la FIFA, el COI, el Banco Europeo de Inversiones, la Corporación Financiera Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo asumen estos principios de diligencia debida en DDHH en sus políticas internas y en su relación con grandes entidades financieras como el Banco Mundial o el Banco Africano de Desarrollo.

⁸ Francia (Ley de deber de vigilancia de 2017); Países Bajos (Ley de debida diligencia en materia de trabajo infantil 2017), Alemania (Ley sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro 2021), Noruega (Ley de transparencia empresarial y trabajo con derechos humanos básicos y trabajo decente. 2021) ya tienen legislación

Al principio, solo para asuntos de gran repercusión (medioambientales, laborales, etc) en sectores industriales especialmente sensibles y de alto impacto social o medioambiental (energía, producción textil, minería, agricultura, etc). Más tarde las normas sobre diligencia debida se introdujeron en las Leyes de transparencia para el sector privado, obligando a las empresas a adoptar medidas de control sobre toda la cadena de valor cuando hacían negocios con los estados, para evitar la corrupción, ampliando así el objeto y el espectro de negocio afectado por las obligaciones de respeto a los DDHH.

Las leyes de transparencia son muy amplias, porque afectan a partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, y a grandes entidades privadas y a medianas empresas en relación económica con el Estado. Por eso permitieron asentar la cultura de publicidad activa y de suministro de información sobre la actividad empresarial para terceros, y la trazabilidad de la responsabilidad de las empresas matrices sobre las empresas con las que se relacionaban en su cadena de producción y suministro como actividad habitual.

Las leyes de transparencia obligaban a las empresas a publicar información de tipo institucional, organizativa y de planificación, así como información económica y presupuestaria. También debían aportar información sobre los contratos, convenios, subvenciones, cuando hubieran sido acordados con alguna entidad de la administración pública (Amoedo Barreiro, 2015). Para cumplir con estas obligaciones de información las empresas tuvieron que asumir cambios en su organización interna, y comenzaron a introducir pautas de comportamiento contra la corrupción que implicaban importantes dosis de ética empresarial ⁹.

Se consolidan así los conceptos de buen gobierno corporativo, los códigos de buen gobierno empresarial y la responsabilidad social corporativa, como instrumentos para canalizar las relaciones en el campo de la dirección, organización, gestión y control de la actividad empresarial, y se extiende la concepción de las empresas como entramados de relaciones no solo con

en vigor que recoge estos extremos. Otros países como Austria (proyecto de Ley de Responsabilidad Social en el sector textil 2020), Luxemburgo, Finlandia, Reino Unido o Suiza tienen legislaciones en estudio o en fase de proyecto.

⁹ Ver para ampliar estos datos el informe de Transparency Internacional España, Ley de Transparencia y grandes empresas en España (2017) sobre la Ley española 19/2013 de 9 de diciembre, transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y los antecedentes de esta regulación en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público. Y, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

propietarios, directivos, agentes y trabajadores, sino con todas las partes o grupos interesados en la existencia, actividad y marcha de la empresa (Lizcano (2006): pp 21), incluida la sociedad en su conjunto. El buen gobierno de las empresas implica por parte de las propias compañías asumir que existe una responsabilidad social en lo que hacen, reconociendo que la sociedad también se ve beneficiada o perjudicada por la actividad empresarial, que deja de ser un asunto exclusivamente privado y pasa a ser reconocida como crucial en la consecución del interés general, reservado hasta entonces a la política.

En la última década, la evolución en la regulación de la diligencia debida ha llevado a muchos estados a legislar sobre los procesos de diligencia, ampliando el alcance de las obligaciones de las empresas a las cadenas de valor e incorporando los DDHH en la metodología y en la legislación sobre gestión empresarial.

Se vincula el respeto de los derechos con las prácticas de buen gobierno empresarial, con la responsabilidad social corporativa y con los deberes de información y transparencia, y se incorporan instituciones estatales de control, y un sistema sancionatorio con multas económicas, a la vieja usanza, en caso de incumplimiento de las obligaciones de reporte. De hecho, se ha defendido que todos los avances en materia de derechos humanos y medioambiente en el plano internacional debían estar asociados con la evolución y transformación de la legislación interna y de los ordenamientos jurídicos nacionales, y por eso muchos cambios en la legislación civil y mercantil de todos los países del mundo han sido impulsados por el Derecho Internacional.

La Ley sobre el Deber de Vigilancia de las Empresas Matrices y de Subcontratación, aprobada en Francia en 2017, es la primera medida nacional que regula específicamente la diligencia debida en DDHH para todos los sectores industriales¹⁰. Obliga a las empresas a analizar y gestionar los impactos adversos de sus actividades en las personas y en el medioambiente, y a publicar anualmente estos planes de vigilancia, incluyendo a las compañías que se encuentren bajo su control directo como proveedores o subcontratas, con quienes mantengan una relación comercial regular (Ushakova, 2020: 192).

La Ley alemana de la cadena de suministro (LkSG 2021) exige a las grandes empresas que tomen medidas para garantizar que se cumplen las normas sociales y medioambientales alemanas en todas su cadena de suministro, controlando sus propias operaciones y sus proveedores directos, independientemente del lugar del mundo donde se encuentren. Se les obliga a

¹⁰ Loi no 2017-399, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», de 27 de marzo de 2017

tomar medidas si detectan riesgos o violaciones consumadas que afecten a la sostenibilidad. En 2023 se comenzó a aplicar a empresas con sede en Alemania, o a empresas extranjeras con sucursales registradas en Alemania, con más de 3.000 empleados. A partir de este año 2024 se aplica también a empresas medianas con más de 1.000 empleados. La ley exige a las empresas a identificar, evaluar, prevenir y remediar los riesgos, e incluso, a adoptar medidas para que los trabajadores de los proveedores indirectos puedan presentar quejas sobre las violaciones sociales o ambientales que detecten. Estos riesgos evaluables incluyen: Trabajo forzoso, trabajo infantil, discriminación, violaciones a la libertad sindical, empleo poco ético, condiciones de trabajo inseguras o degradación del medio ambiente. Si las empresas no cumplen con la ley se prevé un sistema sancionatorio que contempla multas, o la exclusión de la adjudicación de contratos públicos en Alemania durante un máximo de tres años. Como veremos, muchas de estas medidas han sido adoptadas en 2024 por la legislación europea.

Otro ejemplo, es **Países Bajos**. Su desarrollo legislativo vino inicialmente de la mano de la protección a la infancia y la lucha contra el trabajo infantil, aunque el objetivo real fue proteger a los consumidores y consumidoras holandesas. La primera ley que se aprobó en materia de diligencia debida fue la **Ley sobre Debida Diligencia en relación con el Trabajo Infantil 2019**, que obliga a detectar la existencia de trabajo infantil en todas las empresas relacionadas con empresas holandesas a lo largo de sus cadenas de suministro y que, en caso afirmativo, desarrollen planes para evitarlo. Se pretende con ello prevenir que productos o servicios que hubiesen sido producidos con mano de obra infantil lleguen a los consumidores en Holanda. Las empresas también están obligadas a presentar una declaración a las autoridades regulatorias sobre el proceso de debida diligencia en relación con el trabajo infantil que implica a toda su cadena de producción.

Este reporte no debe ser entendido como una obligación de información administrativa, sino una forma para garantizar que se introducen sistemas de debida diligencia en todas las empresas relacionadas y que se garantiza la transparencia en la gestión empresarial. Se prevé un régimen sancionatorio con multas económicas que se van elevando si reiteradamente se incumple con el deber de información o con las instrucciones o términos de ejecución impuestos por la autoridad regulatoria. La ley prevé también una autoridad administrativa de control, que determina cuando el proceso de debida diligencia no corresponde con la ley, y que puede imponer medidas de obligado cumplimiento a las empresas y un periodo de tiempo para su ejecución. Si la empresa reitera en el incumplimiento y es multada dos veces en 5 años, puede derivar en responsabilidad penal para el cargo directivo responsable.

Otros países, como **Italia, o Noruega**, cuentan también con propuestas legislativas sobre diligencia debida en DDHH y/o trata de personas y/o

medio ambiente. En **Suiza**, por ejemplo, fue una iniciativa popular de recogida de firmas la que instó al gobierno para que convocara un referéndum en relación con la debida diligencia en materia de derechos humanos de las multinacionales. La iniciativa fue sometida a referéndum en noviembre del 2020, y aunque obtuvo una mayoría de votos a favor (50,7%), no logró la mayoría de los cantones suizos, por lo que finalmente no fue adoptada.

España, siempre ha mostrado un fuerte compromiso por el respeto de los DDHH como parte esencial del pacto constitucional desde 1978 que se materializa a través de su adhesión a los principales instrumentos internacionales (DUDH y CEDH), y otras normas internacionales laborales (incluyendo el Programa de Trabajo Decente a escala internacional), o de protección del medio ambiente (Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático 2015, el Convenio sobre la Diversidad Biológica o la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación).

Cuando, en septiembre del 2015 España se compromete con el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/1), ya había una legislación en materia de transparencia, inicialmente sectorial, que culminaba en la Ley 19/2013¹¹ y que servía como fundamento para el cambio de paradigma en la gestión empresarial y la introducción de la filosofía de la ética social en los negocios. Entonces, ya se había producido el reconocimiento generalizado del peso e influencia de las empresas en las relaciones comerciales mundiales, y su poder sobre las personas, comunidades y ecosistemas sobre los que desarrollaba su actividad. Faltaban las medidas y los cambios en gestión empresarial que conllevaba el nuevo modelo.

El compromiso español con los Principios Rectores de la ONU se reflejó más claramente en el Plan de Acción en materia de Derechos humanos y empresas de 2017¹², en el que ya se contemplaban algunas actuaciones y políticas concretas a desarrollar por el Gobierno en esta materia, dentro de una estrategia más amplia que incluía la aprobación de una Proposición de Ley sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (aprobada el 21 de mayo de 2013 por el 90% de los diputados del Congreso), que derivó en la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (2014-2020), aprobada por el Consejo de Ministros el 24 de octubre de 2014. Este documento contemplaba un concepto de responsabilidad corporativa amplio que incluía cualquier impacto que las empresas pudieran producir en la

¹¹ Ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE nº 295 de 10/12/2013).

¹² Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, B.O.E. núm. 222, de 14 de septiembre de 2017.

sociedad, aunque sería el Estado español el que asumiría la responsabilidad de proteger frente a las violaciones y abusos cometidos por terceros y por tanto, no imponía ningún compromiso para las empresas ni instrumentos para exigir la responsabilidad, ni mecanismos de reparación¹³.

El plan asumía también las recomendaciones de la Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) 2011-2014¹⁴, y comprometía a las empresas, las administraciones públicas y al resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Se incluían objetivos dispares como la generación de empleo, o la promoción de modelos de gestión sostenible que ayuden a las empresas a ser más competitivas, o que impulsen la marca España y la credibilidad internacional del país, con medidas propias de protección de los derechos. Lo destacable es que se pretendía identificar, prevenir y eliminar los impactos negativos de la actividad empresarial no tanto para garantizar una protección eficaz de los DDHH de las personas con las que se relacionan las empresas españolas, sino para crear más valor, tanto para la propia empresa como para sus grupos de interés.

Los pilares de esta política española eran el fomento de la responsabilidad social de las empresas, la transparencia y la voluntariedad, y requería un compromiso por parte de las empresas a cambio de obtener un valor añadido al cumplimiento de la normativa. Eran medidas dirigidas claramente a impulsar el desarrollo de prácticas responsables, no a exigir las. Por eso, la Estrategia Española de RSE fue muy criticada por sindicatos y ONG's ya que sus propuestas no se llegaron a implementar en el periodo previsto. Cuando en 2015 el escenario global evolucionó impulsado por los movimientos sociales en materias como igualdad o medio ambiente, aparecieron nuevos casos de violaciones de DDHH en América latina, en Asia y en África, que aceleró los trabajos del parlamento europeo para regular la actividad de las multinacionales europeas, aunque ya se habían producido cambios importantes en la legislación interna de las principales potencias europeas. Se generalizó la idea de que la voluntariedad no era suficiente y de que la debida diligencia debía estar respaldada por sistemas estatales de obligado cumplimiento con capacidad ejecutiva.

En la actualidad se está trabajando en la elaboración de una ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales, aún en fase de anteproyecto, que sí pretende

¹³ Consejo Económico y Social, Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020. https://www.ces.es/documents/10180/2153922/Cauces_28_pp108-109.pdf (fecha de consulta 16/10/2024)

¹⁴ Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) 2011-2014 (COM/(2011)/068).

regular con carácter vinculante y general la obligación de las empresas españolas y de aquellas que operan en el mercado español, de respetar los derechos humanos y medioambientales en el conjunto de actividades de toda su cadena de valor y aportar seguridad jurídica a las relaciones entre estados miembros de la Unión Europea, para evitar la competencia desleal. Su intención es establecer las responsabilidades de las empresas de respeto de los DDHH y del medioambiente en el conjunto de sus actividades y en su cadena de suministro, incluyendo la obligación de llevar a cabo procesos de diligencia debida, así como garantizar el acceso a las víctimas a la justicia y a la reparación (Aguaman, 2022). Pero lo más destacable es que el Anteproyecto prevé establecer un sistema de control y rendición de cuentas y un régimen sancionatorio público para aquellas empresas que incumpliesen las obligaciones establecidas en la ley.

La propuesta española quedará afectada por la transposición de la nueva Directiva Europea 1760/2024 que analizaremos más adelante, pero nos permite ver como en el caso español también se ha asumido un modelo tradicional de regulación de la diligencia debida a través de la Ley mercantil, para asegurar el comportamiento empresarial respetuoso con los DDHH. El sistema voluntario y privado anterior se complementa con un sistema de rendición de cuentas público y con sanciones estatales para asegurarlo (Durán 2022). La idea de regular la diligencia debida en materia de DDHH para controlar los abusos de las empresas ha sido llevada por parte del Estado español a otros ámbitos, como el anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la explotación de seres humanos (abril 2024) que también incorpora la diligencia debida en materia de DDDH para las empresas en los contextos productivos, más allá de la mera regulación penal del fenómeno.

En definitiva, del análisis comparado de estas legislaciones podemos concluir que la regulación de la diligencia debida, que es el elemento clave con el que se garantiza el respeto de los DDHH por parte de las empresas, ha pasado del ámbito estrictamente privado al ámbito público, porque los estados han decidido utilizar sus poderes y competencias para conseguir los objetivos de respeto de los derechos. La cultura creada por los sistemas privados anteriores ha permitido de una forma más flexible y más dinámica alinear la gestión empresarial con el respeto a los DDHH, aunque no ha sido suficiente.

El elemento común en todas estas regulaciones es que se inician con la estimulación y las medidas de fomento empresarial en el ámbito privado, para no perjudicar la competitividad de las empresas, pero se terminan con sistemas de control y rendición de cuentas públicos, con regímenes sancionatorios más o menos innovadores (desde las tradicionales multas, hasta la restricción a la contratación pública o a la realización de servicios públicos) para casos de incumplimiento. No se ha producido la creación *ex novo* de herramientas privadas de cumplimiento voluntario, sino que las herramientas de

cumplimiento tradicionales ya previstas en las Constituciones de todos estos estados y la legislación civil y mercantil, pospuso la aplicación del Derecho más fuerte para conseguir otros objetivos económicos. Si los estados han preferido dejar que se extendieran las vías privadas de estímulo empresarial y no a vías coactivas para obligar a las empresas al cumplimiento de la ley, no ha sido por falta de herramientas constitucionales de cumplimiento, sino por falta de voluntad política, por miedo a que este tipo de acciones mermara la competitividad de las empresas en el comercio global, o por la persecución de intereses económicos. Siempre se ha contado con los medios tradicionales de cumplimiento de la ley para hacer efectivas las obligaciones de respeto de los DDHH. Quizá por ello algunos autores como Chantal MAK criticaron estas primeras regulaciones de la responsabilidad social corporativa por no propugnar cambios importantes respecto a los sistemas anteriores de exigencia de responsabilidad empresarial (Mak, 2022: p 301-303).

Todas estas regulaciones inspiraron en unos casos, y consolidaron en otros, la nueva cultura de la ética empresarial socialmente responsable. Sin embargo, hasta que no se produjo un consenso internacional en la necesidad de mejorar estas regulaciones privadas con medidas legislativas para su efectividad, las empresas trasnacionales, especialmente las de mayor tamaño y riesgo, no ajustaron verdaderamente su estrategia empresarial al respeto de los DDHH, ni incorporaron medidas operativas para dar cumplimiento a sus propios compromisos.

Hay que tener en cuenta que a finales del año 2010 la responsabilidad social corporativa había quedado reducida a una herramienta de análisis de software sobre funcionamiento interno, o a certificados y etiquetados llamativos, sin que se llegaran a tomar las decisiones estructurales en las empresas que permitieran reflejar en sus productos y servicios su alineación con estos criterios.

Por otro lado, los problemas de incumplimiento no se suelen producir en las empresas matriz, que son las que realmente pueden controlar los estados, sino en los segundos y terceros escalones de subcontratación, en empresas que no pueden adoptar una estrategia acorde con estos principios y que no están preparadas para adoptar medidas que eviten los impactos negativos de su actividad, o que no están capacitadas para identificarlos, preverlos y mitigarlos, y que se encuentran, además, en países con sistemas jurídicos débiles, incapaces de perseguir y remediar las violaciones de derechos. En estos casos la capacidad del Estado para hacer cumplir su Ley es insignificante.

La regulación de la diligencia debida para el riesgo de violación de DDHH que desarrollaron las empresas resultó más una técnica de ventas, y la legislación civil y mercantil que la desarrollaba tuvo un alcance limitado, porque no pudo acceder realmente a los niveles subcontratados, donde se producen los problemas más graves y no contó con instrumentos ejecutivos

de cumplimiento eficaces. Tampoco se aplicó en ámbitos cruciales, como los proyectos financiados por la cooperación al desarrollo, los proyectos en los que los estados actúan como empresas, o que cuando existían amenazas graves para la competitividad.

La regulación voluntaria, que deja en manos de las direcciones de las empresas el cumplimiento de objetivos públicos y el desarrollo de políticas públicas contra la desigualdad y la pobreza, en sus múltiples dimensiones, no tenía el necesario apoyo social y no solucionaba los problemas de las víctimas. Para las empresas, todo esto generaba más gasto interno y elevaba los costes de producción y de comercialización. Quizá por eso, la Cumbre de Finanzas en Común de 2020 —primera cumbre mundial de todos los bancos públicos de desarrollo— se negó a incluir el respeto a los DDHH en su programa y en la declaración final de la Cumbre. El Fondo Monetario Internacional se negó a relacionar la protección social con una economía sostenible, tal y como ha sido denunciado en numerosas ocasiones por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los DDHH.

Esto es lo que explica que se haya vuelto a recurrir a instrumentos tradicionales de cumplimiento, revitalizando las vías jurídicas tradicionales de rendición de cuentas, responsabilidad y sanción.

2. *La limitada capacidad de la Constitución para mantener el monopolio de la creación normativa*

La segunda de las hipótesis llama la atención sobre los sujetos regulatorios y el procedimiento en la toma de decisión. Es decir, quién tiene la capacidad de hacer las normas que obligan a las empresas a respetar los derechos de las personas y quien decide qué pasa si se incumple.

Como venimos diciendo, el sistema privado de respeto a los DDHH en la empresa proviene de normas que la propia empresa dicta y aplica. Son normas internas, que solo una vez publicadas o incorporadas a un contrato despliegan su eficacia general.

Pero, siendo normas importantes que afectan a los derechos de los trabajadores, a la seguridad de las sociedades, o a los derechos de la infancia, se redactan y aprueban de acuerdo con los procedimientos establecidos por las propias empresas, y sin participación de sus destinatarios (ni interna, ni externamente). Frente a esto, el desarrollo de la obligación de los estados de proteger los DDHH se realiza, principalmente, a través de la Ley; y la producción normativa -material y procesalmente- está determinada por la Constitución, sometida a las garantías democráticas y a los sistemas de participación y representación política, a través de los cuales se ejerce la soberanía popular (Rubio Llorente, 1998: 21-34).

La Ley, que es la manifestación del poder político, es el método de ordenación de las relaciones entre individuos, y de la relación entre ciudadanos y el poder. Es también lo que organiza la actividad empresarial, las relaciones laborales, las relaciones con los clientes, la producción, etc... respetando el principio de libertad empresarial (art.38 CE), que asegura la actividad empresarial “en libertad”, y que conlleva “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado” (STC 96/2013, de 23 de abril, con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 96/2002, de 25 de abril).

Solo la ley puede regular las relaciones *ad intra* y *ad extra* de las empresas con terceros (trabajadores, consumidores, suministradores, distribuidores... etc), para proteger la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y la economía de mercado, siendo la defensa de la competencia el presupuesto y límite de esa libertad, e impidiendo prácticas que puedan afectar o dañar la concurrencia entre empresas (SSTC 1/1982, 88/1986, 208/1999, de 11 de noviembre y 71/2012, de 16 de abril) la violación de los DDHH. Utilizando su poder económico y su capacidad de superar los límites espacio-temporales, las empresas tienen un amplio margen de actuación, gracias al reconocimiento de la libertad de empresa, que les permite crear sus propias reglas de comportamiento, sus propios procedimientos y sistemas de exigencia de responsabilidad, sus propias estructuras y sistemas organizativos de acuerdo con la Ley y son capaces de definir el espacio territorial donde se aplican.

Los sistemas empresariales de auto regulación tienen, por tanto, amparo en el desarrollo que el principio de libertad empresarial, que se reconoce constitucionalmente y que se desarrolla a través del Derecho Mercantil y el Derecho Civil. El Derecho privado determina el contenido y el alcance de esa libertad de empresa y sus límites respecto de la salvaguarda de la unidad de la economía nacional y del mercado único interior, por ejemplo, o del desarrollo de la competencia de coordinación de la planificación general de la actividad económica (SSTC 96/1984, 64/1990, 118/1996; 135/2012, o 227/1993). Pero también está condicionados por la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores (SSTC 88/1985, 80/2001, 20/2002 y 75/2010, de 19 octubre), y por el principio de Estado social (art. 1 CE) que impone a los poderes públicos la protección de los derechos de los ciudadanos y la garantía de la igualdad de oportunidades con independencia de la distinta situación económica y social de cada uno.

La libertad de empresa no es un derecho absoluto e incondicionado de las compañías (por todas, STC 18/2011, de 3 de marzo), sino que está delimitado por ley para el cumplimiento de los fines económicos y políticos del Estado.

Por lo tanto, es posible que, de acuerdo con la Constitución, se establecieran límites de actuación a las empresas y garantías de respeto a los derechos fundamentales, en materia de obligaciones y contratos de estas empresas, o en relación con la capacidad de auto regulación (Rubio Llorente, 1996). Entonces, ¿porque los estados no han utilizado esta vía para asegurar estas obligaciones empresariales de respeto a los DDHH?

Realizar una actividad empresarial “en libertad” conlleva la autonomía en la decisión de crear empresas, de establecer los propios objetivos y de dirigirla en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado (STC 83/1984, de 24 de junio). Esta libertad de decisión debe ser entendida como “libertad de actuación”, (STC 96/2013, de 23 de abril, con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 96/2002, de 25 de abril), pero no como libertad ajena a los mandatos económicos constitucionales y a la preservación de los principios constitucionales esenciales (Ruiz-Rico, 1995: 223-258). Quizá por ello la doctrina española viene reclamando desde hace tiempo una reforma del régimen del incumplimiento contractual en el vigente Código civil para introducir entre otras cosas, la obligación de respeto a los DDHH en las relaciones contractuales, tal y como defienden la CSIG, los Principios UNIDROIT, los PECL o las Directivas europeas (Gómez Calle, 2012: 29-102).

En todo caso, en lo que a este trabajo atañe, es muy destacable que las fórmulas de autorregulación hayan demostrado tener una importante vis expansiva y una, más importante aún, capacidad de exportación y de internacionalización, que no ha conseguido el Derecho privado nacional por sí mismo. La autorregulación ha permitido a las compañías ordenar desde sus matrices el funcionamiento de todas sus sucursales empresariales, en todos los territorios donde operan, directamente o a través de la cadena de valor, con o sin cobertura legal de los distintos países donde se encuentran. La garantía del cumplimiento de esa auto regulación era la propia red que conforma el conglomerado empresarial, y que funciona de forma vertical, bajo una ordenación jerárquica.

Es cierto que existe un Derecho privado común, asumido por la comunidad internacional, más o menos modificado por los elementos característicos y autóctonos de cada comunidad, o *lex mercatoria*, que permite el ejercicio empresarial extraterritorial a partir de unos principios que permiten ordenar la actividad respetando la dignidad de las personas. La base de este Derecho común es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para establecer los pactos, cláusulas y condiciones contractuales, siempre que no sean contrarios al Derecho, a la moral, ni al orden público establecido, como dice el art. 1255 CC español (Moreno Morales, 2006: p. 17 y ss).

Sin embargo, es muy relevante que la *Lex mercatoria* mantenga una conflictiva relación con los sistemas constitucionales y con los mecanismos de garantía de los derechos humanos, en el ámbito estatal y supranacional,

porque se asienta en una “asimetría normativa” entre sujetos (empresa/persona) (Aguaman, 2021: 89) y que se aproveche de que ciertas normas estatales se aplican más vigorosamente que otras, con desequilibrios entre los bienes jurídicos protegidos que se ven afectados por una misma situación de abuso, pero que son tratados en ámbitos jurídicos distintos, debido a la fragmentación de las legislaciones que los abordan.

La expansión de esta *Lex Mercatoria* para reglamentar las relaciones económicas y comerciales transnacionales, ha provocado que la capacidad de los estados para respetar, promover y proteger los derechos humanos en el ámbito económico y comercial, se haya reducido porque en estos casos la Constitución deja de mantener el control directo sobre la “producción normativa” y sobre el contenido de esa autorregulación, que queda en manos de órganos directivos de las empresas, que no operan bajo principios democráticos, que no tienen que garantizar el pluralismo y la representación política de los interesados para que la norma sea legítima y de obligado cumplimiento en sus ecosistemas empresariales, y que imponen su interés particular como interés general. El Estado solo puede intervenir *a posteriori* y a instancia de parte, cuando algún perjudicado denuncia, a través de vías privadas de exigencia de responsabilidad contractual o extra contractual, los daños causados por aplicación de estas normas.

No cabe un “control preventivo” sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad empresarial o de la libertad contractual, ni sobre la capacidad de auto regulación empresarial, sino solo un control “reactivo” por incumplimiento, cuando el daño sobre los derechos ya se ha producido. Por ello los estados, incluso aquellos que tienen mejores y más sofisticados sistemas de garantía de los DDHH, tienen dificultades para exigir el respeto por parte de las empresas, que se multiplican cuando éstas operan más allá de las fronteras nacionales, y cuando se amparan en la *Lex mercatoria* para actuar. Es lo que Pistor ha llamado “el capital global”, es decir, el capitalismo sin límites que domina la globalización económica y comercial (Pistor, 2019).

La pérdida del monopolio normativo en temas tan importantes como los DDHH, debilita la percepción ciudadana sobre la utilidad del sistema constitucional y del Estado para protección de sus derechos. Es una pérdida de control del Estado sobre la vida económica que protagonizan las empresas y que se ha considerado una de las causas de las crisis en los sistemas políticos democráticos actuales, que incide en la desmotivación para la participación ciudadana (Balaguer Callejón, 2018: 2).

Al menos en apariencia, existe un poder empresarial capaz de generar su propio “orden”, que actúa bajo “la legitimidad” que le da su poder económico, no democrático, y el principio de libertad empresarial, que puede afectar (y de hecho afecta) directa o indirectamente a millones de ciudadanos, a sus derechos fundamentales, no solo cuando son trabajadores de esas

empresas, sino cuando son usuarios de sus servicios, destinatarios finales de sus productos, o víctimas indirectas del uso ilegítimo de sus datos personales o de su huella digital, sin capacidad de control sobre esta actuación, sin herramientas de defensa frente a esos abusos, y con un mermado poder estatal que solo puede defenderles con las lentas y complejas herramientas de la Ley y con los sistemas judiciales nacionales totalmente colapsados.

No obstante, la regulación interna de las empresas y la aplicación de esa *lex mercatoria* internacional están sometidas, o debieran estarlo, a la Constitución de los países a los que estas empresas pertenecen. Por eso, y siempre que así esté previsto en la Constitución nacional, la libertad de empresa puede regularse, ordenarse, limitarse para evitar abusos de poder y proteger el interés público o el interés general, que es lo mismo que decir proteger los derechos humanos.

Consecuentemente, el Estado puede regular y delimitar la auto-regulación privada y puede imponer, mediante la legislación civil y/o mercantil, garantías para que estos procedimientos internos sean, sino democráticos, al menos, respetuosos con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales. De nuevo, es la desatención del Derecho constitucional y no su falta de recursos lo que explica esta situación. Cosa distinta es la voluntad política de hacerlo.

Los especialistas en Derecho privado ya han estudiado esta posibilidad y han propuesto interesantes reformas del Código civil en este sentido, (Diez-Picazo, L., 2011). La mayoría de la doctrina considera que una intervención estatal en la auto regulación empresarial implicaría una restricción tan importante en la libertad de empresa, que mermaría la creatividad y la capacidad de respuesta de las compañías a las cambiantes circunstancias actuales del comercio internacional, especialmente aceleradas en nuestra época, lo que terminaría lastrando su competitividad y afectando a la propia economía de los estados. Estas obligaciones supondrían mayores costes económicos en la producción o distribución de bienes y servicios, más complejos y lentos procedimientos y más burocracia.

Sin embargo, la Constitución sigue manteniendo el monopolio y la capacidad normativa en todos los ámbitos, y por lo tanto, es una decisión política utilizar las capacidades legislativas, o hacer dejación de funciones cuando se trata de empresas con alto poder económico. Una legislación estatal que impusiera mecanismos de protección de DDHH en los contratos privados, y que estableciera garantías de aplicación -a través de instrumentos privados y públicos de resolución de conflictos (incluyendo, por ejemplo, sistemas de arbitraje y mediación)-, permitiría devolver el control estatal sobre el funcionamiento privado de las empresas, y recuperar el monopolio normativo del Estado en la actividad empresarial, que tan alto impacto genera en los sistemas de convivencia pública.

Además, podría moderar los excesos del interés privado de unos pocos por aplicación de una *lex mercatoria* ajena a los sistemas democráticos, y a la representación política, que puede aplicarse sin control, evitando la arbitrariedad y el abuso de poder, y garantizando la aplicación ética de las herramientas de comercio internacional, al servicio del interés general de las personas y la reparación de los daños causados a las víctimas. Esto no reduciría la desventaja en la que se encuentran los ciudadanos frente a las grandes empresas energéticas, financieras, tecnológicas, etc, pero sí mejoraría el nivel de desigualdad entre ellas. La Constitución sí tiene capacidad para mantener el control en la producción normativa, pero es necesario que el titular de la potestad legislativa quiera utilizarlo.

3. *La superación del Derecho público por la prevalencia del Derecho privado como instrumento para la ordenación de la economía global*

Otra de las consecuencias de estos sistemas de auto regulación propiciados por los principios Ruggie ha sido la preferencia del Derecho privado sobre el Derecho público para ordenar las relaciones económicas y comerciales en la globalización, lo que ha alterado las bases teóricas sobre las que se sostienen los estados constitucionales.

Como se viene diciendo, la obligación de proteger los DDHH se materializaba a través de instrumentos típicos del Derecho Público, porque el objeto de esta regulación no era las relaciones entre dos particulares, sino que trascendía la esfera privada, para crear relaciones políticas públicas, límites del poder político. Sin meternos en la discusión doctrinal por las diferencias entre el Derecho público y el privado, la capacidad auto regulatoria de las empresas ha alterado esta tradicional delimitación funcional del *ius publicum* (Kaser, 1986: 1-101; y Ankun, 1983: 523-536). Ahora se permite que el Derecho Privado, creado entre particulares (empresas y particulares), ordene “intereses generales”, como la defensa de los DDHH, que afectan a un número indeterminado de personas, que pueden verse afectadas por su aplicación directa e indirectamente, pero que han permanecido ajenas a su creación. También ha cambiado la forma de garantía general de cumplimiento del Derecho privado, porque ya no solo es perseguida a iniciativa del titular lesionado, sino que al igual que el Derecho público se permite que el Estado vele por su incumplimiento e intervenga en caso de necesidad (Montoro Ballesteros, 2007:133–180), a posteriori.

Cuando las relaciones sociales en general se ven condicionadas o reguladas por fórmulas jurídicas privadas, en las que los miembros de esa sociedad ni están representados, ni participan, los incumplimientos y en nuestro caso, las reclamaciones frente a violaciones de DDHH, van a depender de la fuerza individual y de la organización de los afectados, y van a requerir siempre, al

menos en los momentos iniciales, el impulso de la acción privada de denuncia y defensa, lo que merma la capacidad preventiva del Estado y genera importantes diferenciaciones entre la población, dependiendo de su capacidad económica para llevar a cabo la reclamación, y de su capacidad acceso al sistema de justicia. La intervención del Estado no va a ocurrir siempre y en todos los casos en los que haya violaciones de DDHH, porque tiene que esperar a que el particular denuncie y porque, en muchas ocasiones, la resolución del conflicto va a seguir el circuito privado (nacional o internacional, cortes de arbitraje y mediación, o instituciones de arbitraje internacional, etc) de reparación y/o de exigencia de responsabilidad, que no controla.

Las reglas voluntarias, que se convierten en pactos contractuales o en compromisos públicos frente a terceros, se han ido extendiendo a través de cláusulas tipo o cláusulas formulario para contratos estándar, que se introducen en los modelos de contratación privada, que terminan convirtiéndose en fórmulas generalizadas por el sistema del corta-pega o por mimetismo en la redacción de contratos. En caso de vulneración o incumplimiento son reclamadas a través de sistemas de arbitraje y mediación, y rara vez a través de las acciones y recursos establecidos por el ordenamiento civil, ante la jurisdicción civil o mercantil. Mientras el Estado utiliza la lógica pública en defensa del interés general y el poder judicial, con todos los inconvenientes que esto supone.

No es que se haya producido una superación del Derecho público porque haya una mayor efectividad del Derecho privado como instrumento para la ordenación de la economía global, sino que el Derecho público no ha actualizado los instrumentos de respuesta, que siguen siendo los mismos desde hace 200 años lentos y escasos. Quizá, por esto el deber de protección del Estado deba complementarse y junto a los instrumentos públicos típicos (legislación o políticas públicas para prestación de servicios jurídicos relacionados con el ejercicio de los derechos,) incorporar otros instrumentos privados que ayuden a garantizar los DDHH en las relaciones privadas, ni abandonar la obligación de legislar en esta materia.

Ahora bien, esto no puede suponer dejar completamente en manos privadas la defensa de los perjudicados y de las víctimas en casos de vulneración de derechos. La desatención del Estado en estos casos lleva a incrementar la brecha de la desigualdad, y a generar sociedades rotas y desequilibradas en las que solo los más fuertes económicamente o los que cuenten con mejor formación pueden ejercer sus derechos frente a las grandes empresas y los más débiles y vulnerables son doblemente victimizados por la falta de intervención estatal. Los estados deben cumplir con sus obligaciones de defensa del interés general e intervenir ante cualquier vulneración de DDHH por parte de las empresas, independientemente de que esta afecte a uno o a muchos de los ciudadanos, porque cualquier afectación de los DDHH es una

afectación del interés general. Hay un interés público en el disfrute de los DDHH que es, además un interés social. El Estado puede hacerlo directa o indirectamente, según si interviene en la defensa de los afectados como parte, o bien creando los sistemas judiciales necesarios para remediar el daño que las empresas causen. Pero es parte de su función constitucional y su cometido esencial, también en los sistemas globalizados del Siglo XXI, e independientemente de cómo se ejerza la libertad empresarial.

Lex Mercatoria o ese Derecho Comercial Global, como denomina Hernández Zubizarreta debe incorporar obligaciones de salvaguarda y de respeto de los DDHH para las empresas multinacionales o las que operan de forma transnacional, de manera que su actividad internacional pueda también poder quedar controlada por las autoridades estatales de las matrices o de los sitios donde operen, asumiendo e introduciendo en la actividad comercial global los mismos estándares que cumplen en los países de origen. Ni las legislaciones nacionales de los países en los que residen las empresas matrices, o de los que acogen sus actividades, ni los mecanismos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son suficientes para someter a Derecho y para garantizar el respeto de los DDHH de todas las prácticas de las empresas transnacionales que atentan contra los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Por eso, la *lex mercatoria* podría complementar esta regulación nacional e internacional imponiendo a las empresas obligaciones extraterritoriales de respeto a los DDHH, y asumiendo los estándares nacionales e internacionales de respeto, en el ámbito que regula, es decir en las reglas generales que se aplican al comercio global (Hernández Zubizarreta, 2012).

4. *Los sistemas promocionales frente a los sistemas coercitivos de protección de los DDHH*

La última de las hipótesis, conectada con lo anterior, plantea la preferencia de los sistemas privados, más promocionales que coercitivos, más rápidos en la resolución de los conflictos. Sugería que las medidas de fomento han resultado mejores instrumentos para la protección de los DDHH que la imposición por la fuerza.

Aunque para el Estado son posibles distintos instrumentos para la protección de los derechos fundamentales, lo cierto es que la filosofía de los Principios Rectores claramente apostaba por el desarrollo de políticas públicas de promoción, frente a regímenes de imposición, con sanciones ligadas al incumplimiento. Esto es lo que explica que en estos 10 años de vigencia se haya dado tanta importancia a los Planes Nacionales de DDHH y Empresa.

No obstante, como hemos visto, esto también parece estar cambiado y las regulaciones nacionales más actuales, o el nuevo marco europeo de la

Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, están ya introduciendo sistemas sancionatorios fuertes y autoridades estatales de control, devolviendo al Derecho el papel relevante que siempre debió tener en este campo. Los mecanismos privados han resultado ser instrumentos de *soft law* con mucha capacidad de transformación cultural en las empresas, pero con poca capacidad de protección efectiva de los DDHH de las personas. Los sistemas promocionales han cumplido su función, pero las comunidades políticas organizadas a través de sus estados siguen teniendo capacidad para ordenar la convivencia y para impedir que los más poderosos (en este caso, económicamente poderosos) interfieran en sus esferas públicas y privadas de libertad, y en su dignidad. Solo tienen que ejercerla.

IV. LA PROYECCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL MARCO REGULATORIO DE LOS DDHH Y EMPRESAS Y SUS CONSECUENCIAS

Una vez analizadas las hipótesis de partida, queda examinar la influencia de los principios constitucionales en el desarrollo de este marco regulatorio que afecta al comercio y a la economía de global, la relación entre los DDHH y las empresas, y las consecuencias de este influjo en la gobernanza económica global, a través de dos fenómenos: la colonización del contenido de las obligaciones establecidas en los contratos privados por el Derecho de los DDHH; y la aplicación del efecto directo de los derechos fundamentales constitucionales en la regulación mercantil y empresarial.

1. *La “colonización” de los contratos privados por parte del Derecho de los DDHH*

La mención de respeto a los DDHH en las guías de buenas prácticas, compromisos de responsabilidad social de las empresas, o en los protocolos internos para la contratación, en las cláusulas contractuales estandarizadas etc... que hacen las empresas, no es meramente simbólica, sino que tiene contenido jurídico, porque el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los DDHH ya ha venido interpretando y dotando de significado material a los preceptos que reconocen derechos fundamentales, a lo largo de los años. Por lo tanto, este contenido, que nace del acervo interpretativo de los derechos acumulado a lo largo de los años, se impone sobre cualquier pacto privado que pretendiera realizar una interpretación distinta del alcance de las obligaciones que asumen las partes, o que quisiera determinar las facultades incluidas o excluidas en los derechos sobre los que se asume la obligación de respeto. En otras palabras, sabemos qué son y qué protegen

cada uno de los derechos que incluimos en la lista de los DDHH y, por eso, este contenido pasa a formar parte de la obligación privada que lo integra.

Este factor ha podido pasar desapercibido para los abogados mercantiles o corporativos para quienes la teoría general de los DDHH puede no ser aplicable en estos contextos económicos. Sin embargo, al introducir la referencia a los DDHH en los contratos y demás instrumentos privados de regulación, se abre la puerta al Derecho de los DDHH y se produce una suerte de externalización de las obligaciones privadas de respeto de las empresas, dejando de ser una mera cuestión particular, que puede ser determinada por el acuerdo entre las partes, para pasar a ser “informadas” por el contenido de los DDHH en términos constitucionales o en términos internacionales.

Podemos imaginar esta externalización como una suerte de “colonización de los contratos privados por parte del Derecho público de los DDHH”, que se está reconociendo muy lentamente. En los circuitos internacionales, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones de DDHH, siguen reclamando un tratado internacional que determine claramente el contenido de las obligaciones privadas que incluyen genéricamente la referencia al respeto de los DDHH (Márquez Carrasco, 2018: 707). Los mayores defensores de esta opción son sobre todo países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), con estándares de respeto a los derechos humanos elevados, que propugnan una regulación de la conducta empresarial más exhaustiva y de alcance mundial (Iglesias Márquez, 2019: 145-176). Pero desde el punto de vista constitucional esto no es realmente necesario.

El Consejo de DDHH de la ONU creó en 2014 un grupo de trabajo intergubernamental con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante con el que se pudiera exigir a los estados la puesta en marcha de medidas obligatorias de diligencia debida en materia de DDHH (Resolución 26/9). La Resolución fue impulsada por Ecuador y Sudáfrica y contó con 20 votos a favor, 13 abstenciones, y 14 en contra. Todos los países de la Unión Europea presentes, así como Japón y Estados Unidos votaron en contra. La Comisión Interamericana de DDHH recomendó en 2019 que sus estados miembros adoptaran la diligencia debida obligatoria.

La Resolución 26/9 reflejaba el deseo de estos países y de sus sociedades de superar las normas basadas en la voluntariedad e introducir obligaciones directas a las empresas transnacionales, tanto para sus matrices como para las actividades desarrolladas lo largo de la cadena global de valor. El asunto del tratado sigue en discusión, porque en caso de ser adoptado, generaría obligaciones internacionales, que tampoco solucionarían la asimetría jurídica entre las regulaciones internas de las empresas y el ordenamiento internacional, porque no hay foro de control y porque la protección de los DDHH no puede depender de la protección de los intereses de las corporaciones, es decir de

intereses privados, sino de su dimensión como interés público. Y este es el campo del Derecho constitucional interno de los estados.

En este contexto, la Unión Europea ha aprobado recientemente la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024¹⁵, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, que prevé una regulación intersectorial de la diligencia debida en materia de DDHH y medio ambiente para todas las empresas europeas, y que persigue fomentar su comportamiento sostenible y responsable a lo largo de sus cadenas de valor y suministro por todo el mundo. La Directiva se hace eco de la necesidad de salvaguardar unos estándares adecuados de comportamiento empresarial «*compliance*», que garanticen la protección de los DDHH y del medio ambiente más allá de las propias fronteras europeas, buscando la trazabilidad del trabajo empresarial europeo, independientemente de donde se realice, y una protección más amplia, efectiva y justa, de los DDHH de las personas que entren en contacto con estas empresas, que sea coherente con los objetivos, principios y valores constitucionales de la Unión Europea.

Esta regulación de la Unión Europea es un buen ejemplo de la colonización que sobre las herramientas privadas de regulación empresarial está realizando el Derecho Público de los DDHH, porque se utiliza la Ley (en este caso Ley europea) como instrumento de regulación y control, y se vuelve a reconocer su valor tradicional como manifestación del interés general, proyectado en este caso sobre las relaciones privadas de las empresas, a través de un procedimiento constitucional y democrático de creación del Derecho en el que participan todos los afectados y todos los que forman parte del interés general, y cuyo fundamento es impedir el abuso de poder económico empresarial. Esto, como se puede ver, es un discurso plenamente constitucional. La Directiva, además, complementa la regulación de la diligencia debida con instrumentos tradicionales de garantía (como la supervisión por parte de los estados y un sistema sancionatorio aplicable de forma proporcional por los estados miembros). Lo más importante es que prevé autoridades estatales de control y supervisión y un sistema eficaz de tutela judicial de los derechos de las víctimas, en caso de vulneración de derechos coherente con los principios y valores constitucionales europeos.

Para las empresas europeas la Directiva aporta seguridad jurídica y garantiza condiciones de competencia equitativas, porque impone condiciones para el ejercicio empresarial comunes, eliminando la voluntariedad de los compromisos internos de *compliance*, y evitando que las empresas más irrespetuosas con los DDHH se beneficien del comportamiento menos ético

¹⁵ DOUE» núm. 1760, de 5 de julio de 2024, páginas 1 a 58 (58 págs.). DOUE-L-2024-81037

(Oderinger, H., Salinier, C., Torres-Cortés, F. et al., 2020). Para los consumidores y los inversores la Directiva aportará transparencia y será más fácil establecer -y por lo tanto exigir- responsabilidades por las actividades que desarrollen filiales o terceras personas vinculadas en sus cadenas de valor (Ortiz-Arce Vizzarro, 2024: p 151). Para los trabajadores, estén donde estén y trabajen en la central, o en la cadena de valor, e independientemente del grado de desarrollo en el que se encuentre la protección jurídica y estatal de los DDHH en los países donde operen, supondrá el acceso a unas mínimas condiciones laborales de acuerdo con la normativa europea, y el acceso a un sistema judicial de garantía en caso de incumplimiento. En estados africanos o asiáticos, con estándares de protección de derechos inferiores a los europeos se abriría una vía de protección de los derechos de los trabajadores relacionados directa o indirectamente con empresas europeas muy interesante, que puede ayudar a superar las carencias de estados débiles, con índices bajos de cumplimiento del *rule of law*, que puede convertirse en un poderoso instrumento de cooperación internacional y de ayuda al desarrollo.

Las autoridades administrativas nacionales designadas por los estados miembros de la UE serán responsables de supervisar el cumplimiento de estas nuevas normas y podrán sancionar a las empresas por sus incumplimientos. Además, las víctimas de abusos empresariales tendrán la oportunidad de emprender acciones legales por los daños y perjuicios, causados por desatención a la diligencia debida.

Por último, los directivos de empresas multinacionales europeas deberán establecer y supervisar la aplicación de la diligencia debida y de integrarla en la estrategia empresarial, y asumirán responsabilidad en caso de incumplimiento. Esto implica que se imponen obligaciones de comportamiento a los administradores y demás órganos de gestión de las empresas, que asumen el respeto a los DDHH como parte del contenido obligatorio de sus funciones porque así se lo exige la ley. Para cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, los directivos deberán tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de DDHH, y su impacto en el cambio climático y medioambiente, ya que eso es parte de la diligencia debida y responden por ella.

En todos estos casos, el contenido de estas obligaciones legales de respeto de los DDHH, es decir, las facultades personales que las empresas, los estados y los directivos de estas empresas tienen que respetar respecto de las personas que entran en relación con ellos (trabajadores, usuarios, clientes, suministradores, etc), deberían ser las que para cada derecho subjetivo de los incluidos en la lista de DDHH reconoce la jurisprudencia del TEDH y del TSJUE, en el ámbito de la UE.

Los obstáculos que dificultan un completo despliegue de la potencialidad de estas vías de protección en los países no matrices, siguen estando presentes en la nueva Directiva: Primero, porque el acceso a los remedios y a los

sistemas de reparación sigue siendo de iniciativa privada, aunque se haya ampliado la posibilidad de que las organizaciones representativas de las víctimas o sus intereses o de la sociedad civil puedan interponer demandas de responsabilidad civil, individuales o colectivas, en caso de vulneración empresarial. Por consiguiente, los Estados miembros no participan directamente y dependerá de la cultura social de cada Estado, del nivel de organización social de los afectados y de su capacidad de ejercer su defensa frente a la multinacional europea que el sistema de reparación funcione o no. Por otro lado, tenemos que ver si esta regulación realmente pone a las empresas europeas en desventaja competitiva con empresas de los gigantes chino, ruso, indio etc... donde la filosofía del *due diligence* de los DDHH aún no está plenamente extendida, porque los resultados económicos marcarán determinadamente el éxito o fracaso de esta Directiva.

2. Principios Rectores versus eficacia directa de los derechos fundamentales

Una vez se descrito el fenómeno de colonización, la pregunta es si la falta de interés del Derecho Constitucional en estos temas privados ha llevado a otras ramas del Derecho a ofrecer soluciones alternativas a la protección de los derechos fundamentales, aplicando su propia lógica jurídica, o si se trata de un problema de insuficiencia de regulación constitucional, que ha venido a ser cubierto por estas reglas de *soft law* empresarial. También se plantea por qué esta regulación privada empresarial de respeto de los DDHH parece más eficaz que las herramientas públicas de protección de derechos, y por qué los estados, que antes no veían cómo ejercer el control sobre el poder empresarial, han encontrado en estas fórmulas que han ido integrando en su ordenamiento nacional métodos más eficaces de cumplimiento.

Este problema nos lleva a recordar la famosa cuestión de la “*Dritt-wirkung*” o eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (García Torres y Jiménez-Blanco, 1988) formalizada por la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, que planteaba hace ya años que las obligaciones constitucionales de respeto de los derechos fundamentales son aplicables a todos sin excepción, poderes públicos y particulares, lo que en resumidas cuentas suponía el reconocimiento constitucional del efecto directo de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas, con o sin mediación legislativa, tal y como recoge, por ejemplo, el artículo 9.1 de la Constitución española (Art. 9.1 CE, en el que se establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico).

La doctrina de la *Dritt-wirkung* supuso una revisión a la visión liberal de los derechos fundamentales de acuerdo con la cual las garantías de los

derechos sólo afectaban a las relaciones entre Estado y ciudadanos. De manera que, las garantías de los derechos fundamentales entre ciudadanos o entre particulares quedaba mediatizada por la ley. Por eso, en el caso de los derechos de contenido económico, por ejemplo, se hablaba de derechos de configuración legal (Rubio Llorente, 1979: 67). A partir de esta interpretación, los Derechos fundamentales se comprenden como derechos individuales subjetivos frente a todos, aunque es cierto que dependiendo del tipo de relación jurídica en la que se ejercen, con distinto alcance y eficacia.

En unos casos esto dependerá de la propia configuración normativa del derecho fundamental, es decir de los términos en los que la Constitución – o en su caso, la ley que lo desarrolla – lo hayan definido, y de si el contenido protegido por el derecho fundamental es o no susceptible de ser lesionado por particulares (véase, por ejemplo, el derecho a la Justicia, cuyo ámbito exclusivo de aplicación será siempre la relación entre el ciudadano y el Estado). En otros, dependerá de si se trata de derechos de amplio espectro, que consagran bienes jurídicos, como la intimidad, o la libertad de expresión, que pueden ser afectados tanto por los poderes públicos, como por los particulares.

Está pacíficamente aceptado que los Derechos fundamentales despliegan su eficacia en todas las relaciones sociales, tanto en las públicas como en las privadas imponiéndose incluso sobre la autonomía de la voluntad (Stark, 2002: 65-89), que constituye el núcleo esencial de la actividad privada.

Por eso, el Estado tiene el doble deber de respetar los derechos fundamentales en sus relaciones con terceros, y de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los particulares puedan ejercer esos derechos fundamentales en sus relaciones entre ellos, respetándose entre sí, lo que conlleva la obligación de adoptar una regulación de las relaciones privadas, que proteja eficazmente al individuo cuando otro particular lesione alguno de sus derechos fundamentales, y le obligue a reponer la situación y compensar el daño generado (Cruz Villalón, 2013:36).

Las medidas de protección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas que puede adoptar el Estado serán diferentes dependiendo de que afecten a relaciones voluntarias, basadas en la igualdad entre las partes; o de que afecten a relaciones en las que no hay igualdad entre las partes, porque una de ellas ocupe una posición prevalente frente a la otra, o porque hay una distinta intención en la relación. En los dos casos, el Estado debe actuar para que no se sobrepasen los límites constitucionales de respeto a los derechos (art. 10.1 CE). En los acuerdos voluntarios entre particulares, se excluirán todos aquellos que sea contrarios a la Ley, a la moral y al orden público, y se considerarán ineficaces cuando sean una renuncia “inadmisibles” para la dignidad de la persona (imaginemos un contrato de venta de órganos humanos), o una afectación total de su libertad (venta de niñas para la prostitución o contratos de esclavitud). En las relaciones no voluntarias o no equitativas

los poderes públicos estarán obligados a establecer los límites para el desarrollo de estas relaciones; es decir, a exigir y garantizar su cumplimiento frente a cualquier lesión de los derechos causada en ejercicio de un poder arbitrario, abusivo y desigual, y a remover los obstáculos que impidan el pleno ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad (Art. 14 CE).

El instrumento que utiliza el Estado para garantizar el respeto de los derechos y el cumplimiento de la Ley que los desarrolla es la sanción y la reparación del daño causado. Por eso, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y de respeto a los derechos por parte de las empresas se requiere aplicar -exactamente- la misma “cantidad” de poder político sobre las empresas, que el que se viene ejerciendo desde siempre sobre el resto de ciudadanos: un régimen sancionatorio eficaz, basado en el monopolístico uso de la fuerza del Estado y en su capacidad coercitiva para asegurar el cumplimiento de la Ley. Y ahí nos encontramos de nuevo con la necesidad de un sistema judicial, de un sistema procesal, y de un sistema punitivo (administrativos y penal) ágil, fuerte y adecuado a la magnitud de los deberes y los fines a los que van destinados, como siempre. Esto es a lo que Petersmann, se refería cuando afirmaba que en materia de DDHH y empresas resulta de vital importancia asegurar el acceso y la efectividad en la defensa y reclamación de la vulneración de los derechos, ya sea por vía judicial, administrativa o extrajudicial (Petersmann, 2012: p.230).

En conclusión, el ejercicio antisocial y contrario a los DDHH por parte de una empresa “agresora” se reduce a un problema de tutela efectiva de los derechos subjetivos del lado de la víctima, al diseño de un sistema de recuperación de derechos lesionados que funcione, y a que se organicen unos servicios públicos eficaces, preventivos y restauradores de justicia, suficientemente dotados para poder imponer el respeto a la Ley. Es por esto que la Directiva europea (UE) 2024/1760 regula unos procedimientos específicos de rendición de cuentas sobre la responsabilidad corporativa y unos sistemas reparación de daños para las víctimas, cuya finalidad última es que las empresas «respondan por los efectos adversos, potenciales o realmente producidos, a los que se hayan contribuido o causado, ya sea por la vinculación de su actividad directa; ya, de sus filiales o de aquellas con una relación comercial (art 1.1)». Lo que explica que se establezcan sanciones en caso de incumplimiento normativo que derive en responsabilidad por daños y perjuicios (art. 1.1 b), y la consagración del derecho de las víctimas a una indemnización (Ortiz-Arce Vizzarro, 2024: p 156 y 160).

Antes de existir los Principios Rectores, todas las empresas, incluyendo las grandes compañías transnacionales, ya tenían la obligación directa de respetar los derechos fundamentales, es decir los DDHH constitucionalizados de los particulares con los que se relacionaban, independientemente de dónde se relacionasen con ellos, aunque es cierto que estas obligaciones solían estar

mediatizadas por el cumplimiento de la ley nacional. Pero la obligación como tal, en términos jurídico-constitucionales, existía, y existía por efecto directo de los derechos proyectados en las relaciones entre particulares. Lo que al parecer faltaba eran cauces eficaces para exigir la responsabilidad en caso de incumplimiento y procedimientos que impusieran a los responsables responder por las vulneraciones de DDHH producidas, ya sea por la vinculación directa de su actividad empresarial, o por la indirecta de sus filiales o de aquellas otras con las que mantiene una relación comercial. Faltaba también un sistema eficaz de sanciones que pudieran aplicarse a las empresas en caso de incumplimiento.

Las herramientas del *soft law* fomentan, inducen, e influyen para que las empresas creen una cultura de respeto de los derechos, pero han generado confusión sobre quién obliga a quién y a qué. Las empresas para dar cumplimiento a sus intereses en relación con su responsabilidad social creían que ya no están intervenidas por los estados, sino por sus propias convicciones o sus propias decisiones, en términos éticos; que adoptaban estas soluciones como consecuencia de su propia ética en la gestión empresarial. Sin embargo, no es así. Las empresas habían actuado con impunidad en el abuso de su actividad empresarial, no porque no hubiera obligaciones jurídicas de respeto de derechos, sino porque los sistemas estatales eran incapaces de exigirles su responsabilidad en caso de incumplimiento y no existen sistemas internacionales que lo permitan.

La auto regulación de las empresas no sule, ni ha sustituido el sistema constitucional de protección. En los casos más positivos lo complementa, porque permite un compromiso de cumplimiento y de respeto de los derechos por voluntad propia, por propio interés de la empresa, evitando la irresponsabilidad en caso de que los recursos públicos de justicia no sean los adecuados o sean insuficientes.

De cara a la efectiva protección de los DDHH lo importante no es cómo se crean estas obligaciones para las empresas, sino si su cumplimiento viene o no garantizado por un sistema de reclamación y de reposición de los derechos lesionados, y eso por ahora, incluso en las regulaciones más avanzadas como la nueva Directiva de la UE siguen estando en manos de los estados¹⁶.

¹⁶ La directiva deja en manos de las autoridades nacionales de control la imposición de sanciones pecuniarias de carácter administrativo, que sean proporcionales al volumen de negocios, y, en caso de impago, el establecimiento de una declaración pública de la infracción, o la retirada de productos del mercado o, incluso, la prohibición de su exportación (Considerando 76). Los Estados también pueden sancionar a estas empresas vulneradoras restringiendo la adjudicación en la contratación pública o los contratos de concesión públicos, o excluyéndolas cuando hubieran incurrido en incumplimiento de las normas medioambientales, sociales o laborales nacionales (Considerando 92 y art. 31).

Así ha sido siempre. Esto es algo que podemos y debemos trabajar desde el Derecho Constitucional, y que podía haberse analizado mucho antes. Desde el punto de vista constitucional y de los DDHH cualquier vulneración de los DDHH individual o colectiva es reclamable a través de las vías estatales de responsabilidad, siempre que exista un nexo de causalidad entre los daños y perjuicios causados y las actividades empresariales vulneradoras.

V. CONCLUSION

Al inicio de este trabajo se quería evaluar si el desarrollo de los nuevos instrumentos privados de auto regulación empresarial o las reformas en la legislación mercantil sobre responsabilidad corporativa, consecuencia de la adopción generalizada de los Principios Ruggie de Naciones Unidas, había afectado a los sistemas constitucionales tradicionales de protección de los DDHH, y si se había creado otro modelo jurídico para ordenar la relación entre ciudadanos y poder económico, porque a todas luces parecía que la globalización de las relaciones económicas y comerciales había creado un marco jurídico, político y económico distinto en el que las empresas transnacionales podían desenvolverse en impunidad y sin contrapesos suficientes (Hernandez Zubizarreta (2009).

En el análisis hemos visto que ni el Derecho Internacional, ni los sistemas privados de autorregulación empresarial, cuentan con herramientas capaces de someter a las multinacionales a control en caso de actividades vulneradoras de DDHH, si no se recurre a los sistemas tradicionales de rendición de cuentas y exigencia de responsabilidad en términos jurídicos. Los sistemas constitucionales nacionales no han querido ejercer las capacidades que se reconoce a los estados para hacerlo por razones de interés económico, por dificultades de financiación de los servicios públicos de justicia o para no perder la posición dominante en el comercio internacional. Pero se ha visto que los sistemas constitucionales tradicionales de protección de los DDHH siguen teniendo capacidad y potencialidad para ordenar la relación entre ciudadanos y poder económico, ya sea esta nacional o transnacional, y pueden y deben ordenar las relaciones económicas y comerciales de sus empresas multinacionales para evitar el abuso de poder económico y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas relacionadas con ellas a través de su cadena de valor.

Los sistemas internacionales de protección de los DDHH, los que garantizan los derechos laborales, o los sistemas de protección medioambiental entre otros, requieren de la colaboración de los estados que son quienes mantienen la fuerza coactiva, y quienes, a falta de un foro internacional eficaz, pueden articular los recursos y servicios necesarios para exigir la responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento y proteger a las víctimas. Los

códigos deontológicos, los compromisos asumidos por la Responsabilidad Social Corporativa son complementos que no pueden neutralizar la fortaleza del Derecho, ni sustituir la capacidad de la Ley para regular las relaciones comerciales globales. Aunque estas herramientas de *soft law* empresarial han contribuido decisivamente a generar un debate y una cultura sobre la ética en la actividad económica y comercial internacional, y a crear un acervo común empresarial sobre la gestión socialmente responsable, basado en principios articulados en torno a los DDHH.

Los Principios Rectores y su aplicación por parte de los estados y las empresas transnacionales a través del desarrollo de la *due diligence* nos han permitido discutir sobre vías alternativas de solución frente a la inactividad estatal, acercar posturas con relación a cómo debe realizarse un control efectivo de las empresas transnacionales, y alcanzar algunos acuerdos de naturaleza fundacional que, quizá, puedan ser muy importantes de cara a sentar las bases de una futura gobernanza global. Al fin y al cabo, este debate se ha vuelto a plantear cuáles son las bases para un pacto de convivencia entre empresas, ciudadanos y estados de ámbito global, y el resultado ha sido que los derechos y la dignidad de la persona son los límites a la acción del poder y el fundamento de toda regulación, incluyendo la que afecta al poder económico globalizado.

Es cierto que la actividad ética y socialmente responsable de algunas empresas transnacionales puede no ser suficiente para neutralizar el abuso de la posición de poder de otras grandes compañías, ni los excesos del capitalismo global. Estas soluciones solo son verdaderamente efectivas si suceden en todas las empresas a la vez y en todas partes. Pero al intentarlo se ha vuelto a plantear si existe un interés general en la globalización, o lo que es lo mismo, si es posible llegar a un acuerdo mínimo, en relación con el futuro de las relaciones humanas que, sea cual sea la forma de ordenación que vaya a elegir, -multilateral, internacional, bilateral o nacional- tenga a los derechos fundamentales de las personas y su protección y respeto, como eje articulador y como instrumento de defensa frente al ejercicio de cualquier forma abusiva de poder.

El interés general en términos constitucionales, es la garantía de los derechos fundamentales de los individuos y su dignidad, y este debería también el interés general en el contexto económico internacional. Los DDHH constituyen -y deben constituir- la base sobre la que alcanzar cualquier pacto, desarrollo normativo, acuerdo regulatorio, u ordenación de los poderes públicos y del poder económico empresarial privado, así como de los individuos en sus relaciones sociales, económicas, comerciales, etc... en los niveles internos y en la comunidad internacional. En este proceso y en esta discusión el Derecho Constitucional sigue teniendo un importante papel a pesar de que, por el momento, no haya querido ejercer sus capacidades y sus competencias.

Quizá pueda hablarse de una constitucionalización de las relaciones internacionales para ordenar la globalización, fundamentándola en el respeto y la protección de los derechos de las personas, y no en el beneficio económico de las empresas y de los países. Los derechos fundamentales son (y deben ser) el elemento definitorio, constitutivo de cualquier relación jurídica, y son (y deben ser) el límite y la justificación del ejercicio del poder, adopte la naturaleza que adopte (político, económico, social, cultural...).

Es cierto que cuando se trata de relaciones entre particulares el problema no es tanto limitar y dividir el poder, para evitar el abuso o la tiranía (Asis Roig, 2000), sino también hacer posible el ejercicio de los derechos de todos, a la vez, en todas partes, protegiendo a los particulares más débiles de las agresiones procedentes de otros particulares más fuertes o en situación de ventaja, para mantener la paz social (art. 10 CE). Y que esto depende de la existencia de instrumentos que permitan la tutela judicial efectiva de los derechos y sistemas de reparación eficaz en caso de vulneración o incumplimiento.

Por eso la intervención del legislador y los instrumentos legislativos constitucionales son imprescindibles, también en estos casos, independientemente de que pueda haber o no un tratado internacional específico sobre esta materia, que no parece necesario si se activan los recursos constitucionales y se dotan adecuadamente los servicios judiciales nacionales. Hay que evitar que se produzca la impunidad en caso de abuso por parte de una empresa transnacional, impidiendo que se manipule y se utilice la debilidad del Estado en su favor, y hay que asegurar que las víctimas tienen acceso a la tutela judicial de sus derechos, en condiciones posibles, de forma efectiva y de manera cercana.

No es cuestión de establecer de nuevo, con otro formato, obligaciones o instrumentos de garantía de la efectividad de las normas que desarrollan o que protegen los derechos de las personas ya que las constituciones los prevén y los regulan suficientemente, sino de encontrar remedios, métodos, recursos para que esos instrumentos constitucionales puedan ser aplicables a estas nuevas formas de vulneración de los derechos de naturaleza transnacional, y sean eficaces y útiles para las víctimas.

Esto pasa por reactivar el conocimiento y aplicación de lo que hemos denominado “la Constitución económica”, es decir, la regulación constitucional de la actividad económica y comercial, y por devolver a las personas y al conjunto de la sociedad la capacidad de control político de las empresas con las que se relacionan.

Por lo tanto, el desarrollo de los instrumentos privados de auto regulación empresarial, o las reformas en la legislación civil y mercantil sobre responsabilidad social corporativa, no han alterado el sistema constitucional tradicional de protección de los derechos fundamentales, pero sí han ayudado al

debate sobre el papel de los DDHH en la gobernanza de la globalización y a la creación de una cultura de compromiso y cumplimiento privada, autoimpuesta y voluntaria, conectada con el movimiento en favor de la ética en los negocios, que ha resultado ser muy beneficioso para plantearnos cuáles debe ser los límites de la acción económica y empresarial global, y reactivar el ejercicio de los poderes del Estado, que había sido superado por la necesidad de defensa de los intereses económicos. En cualquier caso, no debemos olvidar que el problema de los DDHH como límites al ejercicio del poder se fundamenta en una determinada forma de entender las relaciones entre los ciudadanos y el Derecho, y entre el Derecho y el poder, y en una concepción de los derechos subjetivos de las personas como elemento “constituyente” de esa relación (McInwail, 1991).

VI. BIBLIOGRAFIA

- Peters G. (2007). Globalización, gobernanza y Estado: algunas proposiciones acerca del proceso de gobernar. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 39, 33-50.
- Ovejero, et al. (2020). *Derechos humanos y empresas*. Valencia: Tirant lo Blanc
- Prieto Sanchis, L. (2013). *El Constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta
- Fernández Liesa, C. (2019). Los actores no estatales y el Derecho internacional de los DDHH. *Revista derechos y libertades*, 41, 117-147.
- Transparency Internacional España (2017), *Informe Ley de Transparencia y grandes empresas en España*.
- Amoedo Barreiro, D. (2015). Consecuencias legales y económicas de la Ley de Transparencia para empresas privadas que producen servicios públicos o que tienen contratos con el sector público. Madrid: Transparencia Internacional España. Proyecto Integridad.
- Lizcano, JL (2006). Buen gobierno y responsabilidad social. *Partida doble*, vol. 182, (p. 20 y ss).
- Ushakova, T (2020) La responsabilidad de las empresas en el sistema del Consejo de Europa, *Lex Social*, vol. 10, núm. 2
- Portmann, Roland (2010), *Legal Personality in International law*, Edit Cambridge University Press, Cambridge.
- Crawford, James, (2012), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 115-126.
- Fernández-Izquierdo, M.Á., (2018). Las agencias de calificación de la sostenibilidad, impulsoras de la inversión socialmente responsable. *Boletín de Estudios Económicos*, 73, 224, 367-385.
- López Garrido, D (1993). Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15, 79-96.
- Aranda Alvarez, E. (2017). Derecho Constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales. *Revista de Derecho Político*, 100.
- Güiza Suárez y Kaufmann, (2024), Justicia ambiental y personas defensoras del ambiente en América Latina. Edit. Universidad del Rosario

- López Guerra, L. (1983). El modelo económico en la Constitución. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 2, 17-25
- Bassols Coma, M. (1988). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos
- Bilbao Ubillas, JM (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.
- Pérez Royo, J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons
- Pérez Tremps, P. (2016). *Los Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Rubio Llorente, F. (2012). *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEPC.
- Ferrajoli, L. et al. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ruggie, J.G., (2013). *Just business: Multinational corporations and human rights*. New York: WW Norton & Company
- Migdal, J. (2012). *Estados débiles, estados fuertes*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Fukuyama, F. (2004). *La construcción del Estado; Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones BSA.
- Hernando Cebriá, L. (2008). La revisión legal (“legal due diligence”) en el Derecho Mercantil: transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa. *Comares*.
- Devinney, T. M., Schwalbach, J., & Williams, C. A. (2013). Corporate social responsibility and corporate governance: Comparative perspectives. *Corporate Governance: An International Review*, 21(5), pág. 413-419.
- Durán Ayago, A. (2022). Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N° 22.
- Guamán, A. (2022) Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 87 (marzo) (1-31).
- Mak, C., (2022) Corporate sustainability due diligence: More than ticking the boxes? », en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, núm. 3, pp. 301-303.
- Rubio Llorente, F. (1996). *La libertad de empresa en la Constitución, Estudios jurídicos homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*. Madrid: Civitas, 431-446
- Ruiz-Rico G (1995). La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia. *Revista de Derecho Mercantil*, 215, 223-258
- Gómez Calle, E. (2012). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia. *Anuario de Derecho Civil*, 54, 29-102
- Aguamán, A (2021). Lex Mercatoria: una aproximación desde la óptica de los Derechos Humanos. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2021, vol. 1, no 374, (p. 89-126).

- Moreno Morales, (2006). *Evolución del concepto de obligación en Derecho español: La modernización del Derecho de obligaciones*. Madrid: Aranzadi.
- Pistor, K. (2019). *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Oxford.
- Balaguer Callejón, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30, 2
- Diez-Picazo, L. (2011). La propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Madrid: *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2130
- Kaser, M. (1986). *Ius publicum' und, ius privatum'*. *Zeitschrift der Savigny- Stiftung für. Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*. 103, 1, 1-101
- Ankum, H. (1983). La noción de *ius publicum* en Derecho Romano. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 523-536
- Montoro Ballesteros, A. (2007) Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica. *Revista Anales de Derecho*, 25, 133-180
- Márquez Carrasco, C. (2018). Las Relaciones entre el Derecho Internacional y la Práctica Interna en el ámbito de los DDHH y la Responsabilidad de las Empresas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 707 y ss.
- Iglesias Márquez, D. (2019). Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y DDHH: viejos debates, nuevas oportunidades. *Deusto Journal of Human Rights*, 4, 145-176
- Oderinger, H., Salinier, C., Torres-Cor-tés, F. et al., Study on due diligence requirements through the supply chain. Part I, Synthesis report, Comisión Europea, D.G. Justicia y Consumidores Publications Office, 2020, pp. 65-71.
- Ortiz-Arce Vizcarro (2024). Nuevos horizontes para la UE en la Directiva Due Diligence: derechos humanos, medio ambiente y rendición de cuentas corporativa en las cadenas de valor, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024.
- García Torres y Jimenez Blanco (1996). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas
- Rubio Llorente (1979), La Constitución como fuente del Derecho», *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid.
- Starck, C. (2002). Derechos fundamentales y derecho privado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 65-89
- Cruz Villalón P. (2012). *Conclusiones del Abogado General 18 de julio de 2013 caso Association de médiation sociale*, (asunto C-176/2012), apdo. 36
- Petersmann, Legal and Political Strategies for Making Multilevel Economic Regulations Consistent with Human Rights, en *International economic law in the 21st century: constitutional pluralism and multilevel governance of interdependent public goods*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 214 y 224
- De Asis Roig, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson
- Hernández Zubizarreta, J. (2012): 'Asimetría normativa' y 'Lex mercatoria', en *Diccionario Crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*. Paz con Dignidad. Colección Antrazyt, Icaria, Barcelona.

McInwail, (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: CEPC.

Hernandez Zubizarreta (2009), *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Edit. Universidad del País vasco, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional (Hegoa).

DERECHO FUNDAMENTAL AL AMOR EN COLOMBIA: UN COMPROMISO CONSTITUCIONAL RETÓRICO CON LIMITADA MATERIALIZACIÓN PRÁCTICA

*Fundamental right to love in Colombia: a rhetorical
constitutional commitment with limited practical
materialization*

Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados

Profesor Invitado

Universidad Tecnológica de Bolívar, Colombia

<https://orcid.org/0000-0001-5283-7601>

<https://doi.org/10.18543/ed.3211>

Fecha de recepción: 04.08.2024

Fecha de aprobación: 25.10.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

La Constitución Política colombiana de 1991 transforma el panorama jurídico existente hasta ese momento, dado que acoge un Estado Social de Derecho que clasifica a los derechos humanos en diferentes generaciones. La primera de esas generaciones corresponde a los derechos fundamentales, los cuales tienen la posibilidad de ser exigidos de manera inmediata a manera de mínimos necesarios para la subsistencia de cualquier persona. Así, y como una innovación disruptiva, esta norma superior consagra al amor como un derecho fundamental para los niños y las niñas. Sin embargo, su carácter indeterminado impide una materialización plena a través de acciones constitucionales, pues no es posible obligar a alguien a amar a otra persona. En consecuencia, en este artículo se delimita el alcance iusteórico de este derecho como un principio y valor constitucional, que solo podrá ser materializado a través de

otros derechos según cada una de las realidades desde y para las cuales sea aplicable.

Palabras clave

hermenéutica constitucional; derechos humanos; derecho al amor; Infancia y Adolescencia; antiformalismo jurídico.

Abstract

The Colombian Political Constitution of 1991 transforms the legal landscape that existed until then, given that it embraces a Social State of Law that classifies human rights into different generations. The first of these generations corresponds to fundamental rights, which can be demanded immediately as the minimum necessary for the subsistence of any person. Thus, and as a disruptive innovation, this higher standard enshrines love as a fundamental right for boys and girls. However, its indeterminate nature prevents full materialization through constitutional actions, since it is not possible to force someone to love another person. Consequently, this article delimits the theoretical scope of this right as a constitutional principle and value, which can only be materialized through other rights according to each of the realities from and to which it is applicable.

Keywords

constitutional hermeneutics; human rights; right to love; Childhood and Adolescence; legal anti-formalism.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN Y DISEÑO METODOLÓGICO. II. DELIMITACIÓN IUSTEÓRICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AMOR DESDE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES COLOMBIANAS. III. ALCANCES SUSTANCIALES PARA MATERIALIZAR EL AMOR COMO MARCO IUSTEÓRICO. 1. El amor desde los derechos de primera generación que implican la congrua subsistencia. 2. El amor desde los derechos de segunda generación referentes a las relaciones en su contexto inmediato. 3. El amor desde los derechos de tercera generación que exigen una corresponsabilidad ambiental. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y DISEÑO METODOLÓGICO

El ordenamiento jurídico colombiano es entendido como el conjunto sucesivo de sistemas jurídicos, cada uno de los cuales es determinado por una Constitución Política en particular (Restrepo y Betancur 2020, 107). Así, a través de la historia de Colombia, se ha tenido una diversidad de enfoques constitucionales, los cuales han llevado a configurar una cultura jurídica ecléctica (Delgado y Contreras 2023, 111); no se trata de un asunto que pueda ser catalogado como incorrecto o anormal, sino que se considera como una interpretación auténtica que responde a procesos contextualizados de creación del derecho constitucional (Arenas 2021, 52). Esto se justifica al considerar que, en Colombia, el ordenamiento jurídico ha acogido sistemas jurídicos con enfoques opuestos entre sí, los cuales han aportado a consolidar un conjunto de normas adscritas a muy variadas escuelas del derecho (Caballero 2022, 2015; Perilla 2024a, 63). En consecuencia, actualmente, en Colombia coexisten materializaciones normativas adscritas a escuelas como el naturalismo, el positivismo en diferentes variaciones, el realismo, el utilitarismo, el funcionalismo, entre otras múltiples posibilidades que contribuyen a considerar un esquema normativo dinámico y que responde a las exigencias de un conglomerado social particularmente diverso.

En este sentido, el actual sistema jurídico establecido por la Constitución Política colombiana de 1991 pretende responder a las exigencias que el conglomerado social formuló en su momento al sistema jurídico propio de la Constitución Política colombiana de 1886 (Olano 2019, 170). Así, la Constitución Política colombiana de 1991 pretende acoger en sus normas escritas una iusteoría antiformalista con sentido social, para generar una transformación del alcance formalista con énfasis liberal clásico que tenía la norma superior anterior (Perilla 2021, 23). Para ello, el Constituyente de 1991 consolidó un alcance dogmático disruptivo a la nueva norma de normas, procurando incluir en él esperanzas de transformación que beneficiaran a un conglomerado social colmado de marcadas necesidades de reconocimiento.

Y para ello, las nuevas disposiciones constitucionales complementaron los alcances naturalistas y positivistas existentes hasta ese momento, para darle un sentido desde el utilitarismo tendiente a maximizar la esperanza del bienestar general desde la norma escrita. Consecuentemente, se crearon a nivel constitucional diferentes expresiones dogmáticas dirigidas a empoderar al conglomerado social desde la esperanza de la transformación social.

De esta manera, la primera parte de la Constitución Política colombiana de 1991 incluye un número plural de expresiones esperadas por un conglomerado social que se enfrentaba a grandes problemas estructurales para el ejercicio de los derechos. Este tipo de expresiones inician desde la adopción de un alcance social que propende por beneficiar el interés general sobre el particular, asumiendo compromisos como la dignidad, el trabajo, la solidaridad, la paz, entre otras expresiones socialmente esperadas y difícilmente medibles desde criterios objetivos inmediatos (Leiva y Jiménez 2019, 153). Se configuró en este sentido un conjunto de valores y principios orientadores, pero no necesariamente de derechos exigibles. Por lo mismo, en su mayoría, la parte dogmática de la norma de normas establece un marco hermenéutico orientador, pero no necesariamente exigible desde acciones jurídicas concretas con alcance inmediato (Adame 2020, 199). Sin embargo, dentro de ese ejercicio constituyente encaminado a fortalecer el empoderamiento social a través de expresiones difícilmente exigibles, se estableció que el amor no era en sí mismo un principio o un valor del marco hermenéutico, sino que se consagró a nivel constitucional como un derecho fundamental exigible a través de acciones preferentes como la tutela.

Y aunque el amor como derecho fundamental se circunscribe a su exigibilidad por parte de los menores de edad, representa un reto práctico al ser una de las pocas Constituciones Políticas a nivel global que lo incluye de manera escrita en la máxima norma estatal y, al mismo tiempo, le da carácter de exigible a una prerrogativa jurídica con tal nivel de indeterminación (García 2012, 33). A este debate se suma que el derecho al amor no está desarrollado en el nivel constitucional y que el alcance orgánico de la misma Constitución Política colombiana de 1991 no está adscrito propiamente al sentido esperanzador del utilitarismo. Por el contrario, el entramado de autoridades encargadas de materializar los derechos fundamentales en Colombia tienden a centrarse en escuelas positivistas, naturalistas y, eventualmente, realistas o funcionalistas. Por lo tanto, se configura un importante reto para que un derecho fundamental exigible por los menores de edad pueda ser plenamente materializado en la práctica por parte de los menores de edad titulares de accionar a través de vías judiciales que pretenden generar impactos concretos en la realidad social.

Como consecuencia de lo anterior, el presente artículo acoge la siguiente pregunta de investigación: ¿cómo puede ser materializado el derecho

fundamental al amor, consagrado expresamente por la Constitución Política colombiana de 1991 a favor de los menores de edad, desde su alcance indeterminado a través de acciones judiciales como la tutela para impactar realidades contextuales específicas que así lo exijan? Para responder a esta pregunta se acoge una hipótesis según la cual el derecho al amor debe ser entendido como marco hermenéutico a manera de principio o valor constitucional, para dotarlo de alcances concretos desde deberes particulares que se deben cumplir respecto de los menores de edad en Colombia. Para responder la anterior pregunta de investigación y validar la hipótesis formulada se acoge un enfoque de investigación hermenéutico crítico, el cual pretende generar derivaciones de conocimientos con la utilización de métodos de investigación cualitativos y cuya principal estrategia de recolección de información es la revisión documental.

En el marco de este diseño metodológico, y guardando alineación con el alcance de la investigación pretendido, se adopta como objetivo general de investigación de este artículo el siguiente: determinar cómo puede ser materializado el derecho fundamental al amor, consagrado expresamente por la Constitución Política colombiana de 1991 a favor de los menores de edad, desde su alcance indeterminado a través de acciones judiciales como la tutela para impactar realidades contextuales específicas que así lo exijan. Para alcanzar este objetivo, el mismo es desglosado en los siguientes objetivos específicos de investigación y que determinan la estructura argumentativa del artículo por responder a cada una de las secciones que lo componen, a saber: primero, delimitar iusteóricamente el derecho fundamental al amor contemplado a favor de los menores de edad por la Constitución Política colombiana de 1991 vigente en la actualidad; y, segundo, establecer alcances sustanciales del amor constitucional para viabilizar su materialización como marco iusteórico desde y para realidades concretas.

II. DELIMITACIÓN IUSTEÓRICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AMOR DESDE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES COLOMBIANAS

La Constitución Política colombiana de 1991 es resultado de un proceso de movilización social que exigía transformaciones estructurales para el ejercicio generalizado de los derechos humanos, dado que, a pesar de su reconocimiento universal desde 1948, las dinámicas propias del contexto colombiano lo impedían (Lozano y Caballero 2023, 7). Entre otras razones, hasta 1991 estuvo vigente la Constitución Política colombiana de 1886 y que estaba adscrita a un enfoque del liberalismo clásico, el cual avalaba la posibilidad de que cada persona tuviese diferentes derechos por asuntos como el sexo, la raza, su propiedad privada, entre otros (Botero 2010, 182). Este diseño

institucional generó pugnas en el ejercicio del poder y la exclusión de grupos minoritarios, teniendo repercusiones violentas que aún tienen efectos en la realidad colombiana. Estos asuntos eran atendidos por el Estado desde un formalismo iusteórico que poco a poco llevó a que Colombia se considerara como un Estado fallido (Coll 2021, 48; Lemaitre 2009, 31). Así, el derecho mantenía una aspiración de perfección desde una aparente legitimidad dada por ser la creación del legislador tradicional, exigiendo a los operadores jurídicos interpretaciones miméticas que desde la práctica no encontraban ningún tipo de aceptación ni obediencia.

En este sentido, el Estado de Derecho, con un alcance liberal clásico establecido por la Constitución Política de 1886, carecía de la posibilidad de ejercer su soberanía en todo el territorio nacional y la población se enfrentaba a condiciones que no eran previsibles desde las normas escritas vigentes para ese momento. Esto implicaba que el Estado se ubicaba en una posición contraria a la población en general, por lo cual el conglomerado social empezó a considerar que la norma superior vigente hasta ese momento debía ser cambiada para responder a su propia realidad (Gómez 2021, 460). Y este imaginario colectivo se veía reforzado si se tiene en cuenta que los sujetos de especial protección, por regla general, eran los grandes propietarios o aquellos que tenían un poder político acumulado a través del tiempo. Por lo mismo, los sujetos que en realidad necesitaban de una atención reforzada por parte de las normas constitucionales no encontraban las garantías esperables por el Estado. Entre estos sujetos se encontraban los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres, las personas con necesidades especiales, sin recursos económicos, entre otros.

Para procurar superar esta problemática situación, la Constitución Política colombiana de 1991 pretende responder a estos sujetos de especial protección constitucional con una estructura bipartita y que conjuga postulados dogmáticos con postulados orgánicos. El alcance constitucional dogmático hace referencia a principios, valores y derechos, mientras que el alcance orgánico busca materializarlos a través de autoridades y acciones. Y este diseño estructural responde a una gran variedad de escuelas del derecho, las cuales van a agruparse iusteóricamente en la categoría del antiformalismo e implica que el derecho es entendido como un marco de interpretación con múltiples fuentes para que los sujetos adelanten interpretaciones auténticas (Leyva y Olaya 2020, 228). En este sentido, el texto constitucional no es el fin en sí mismo del proceso constituyente, sino que se trata de una enunciación que requiere ser actualizada según las dinámicas cambiantes de la sociedad a lo largo del tiempo; la sociedad del momento en el cual fue creada la norma constitucional no siempre será la misma, pues su naturaleza cambiante implica transformaciones estructurales permanentes. Esto implica que, desde la formulación inicial de los principios, valores, derechos,

autoridades y acciones, se pueden generar derivaciones para materializar esos compromisos mínimos.

En el marco de la mencionada estructura dogmática se tienen principios y valores cuya función es inspirar el ejercicio de la labor orgánica, pero no son propiamente exigibles a través de acciones. Así, por ejemplo, el texto constitucional contempla a la paz como un principio y un valor, que, aunque las personas pueden tener derecho a ella, no se pueden exigir a través de acciones orgánicas específicas. Esto se justifica al considerar que la paz es un propósito general, pero el Estado no se puede comprometer a asegurar que en todo el territorio nacional sea posible materializarla plenamente (Duque y Duque 2019, 83). No obstante, a diferencia de estos principios y valores, los derechos constitucionales sí tienen plena exigibilidad según tres generaciones previstas para darles prioridad de ejercicio, a saber: la primera generación corresponde a los derechos fundamentales, los cuales tienen la posibilidad de exigirse de manera inmediata a través de la acción de tutela en caso de vulneración real o eventual; la segunda generación corresponde a los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales no necesariamente tienen una aplicación inmediata, sino que se espera de ellos una aplicación programática, es decir, extendida en el tiempo; y la tercera generación hace referencia a los derechos colectivos y del medio ambiente, los cuales materializan una visión antropocentrista del derecho constitucional y permite su exigencia a través de acciones que tampoco tiene una inmediatez plena.

Esta clasificación de derechos constitucionales no significa que hayan derechos humanos más importantes que otros, pues todos tienen un carácter superior desde una perspectiva normativa. Por el contrario, lo que representan estas generaciones es la manera de asegurar su materialización a través de la parte orgánica de la Constitución, dado que los recursos son limitados y se debe considerar un nivel de prioridad para asegurar su exigencia (Garrido 2019, 182). A pesar que se trata de una visión problemática desde los compromisos universales que existen al respecto, fue la forma que el constituyente encontró para que todos los derechos fuesen protegidos por diferentes rutas (Grisales 2022, 100). Pero más allá de este debate orgánico, desde la perspectiva dogmática el debate se centra en determinar el alcance de los derechos de protección inmediata por ser fundamentales (Restrepo 2024, 7). En este caso existen algunos derechos que no tienen ninguna discusión, dado que son mínimos sin los cuales es imposible vivir. Por lo mismo, como derechos fundamentales se encuentra la vida, la dignidad, la igualdad, la libertad, entre otros que no están sujetos a discusión por corresponder a asuntos básicos para que una persona pueda desarrollarse con equidad desde una perspectiva humana. En realidad, el debate se da en torno a innovaciones más abstractas que el constituyente incluyó como una reivindicación de los vacíos que las normas tenían hasta ese momento, pero que su plena materialización aún tiene significativas dificultades.

Entre las múltiples innovaciones dogmáticas en torno a la creación de nuevos derechos fundamentales se encuentra el amor, el cual no es contemplado expresamente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En realidad, no es del todo claro que las normas jurídicas del derecho internacional consideraran al amor como un derecho humano y, menos aún, como un derecho fundamental en los términos de exigibilidad inmediata previstos por la Constitución Política colombiana de 1991 (Perilla 2023, 156). Por el contrario, desde el contexto internacional el amor ha sido considerado por la Convención de los Derechos del Niño de 1989 como una característica esperable del contexto en el cual se desarrollan los niños y las niñas, por lo tanto tiene el alcance de un valor constitucional y no de un derecho humano en particular. En consecuencia, es posible considerar que desde el marco normativo que tenía el constituyente colombiano de 1991 para crear los derechos humanos, la inclusión del derecho fundamental al amor en el texto constitucional es una innovación disruptiva consagrada a nivel constitucional.

Ahora bien, además de la innovación jurídica que representaba este derecho fundamental en el marco internacional mencionado, también resulta especialmente llamativo que se trata de un derecho fundamental que no es predicable de todas las personas. Esto, en sí mismo, resulta una contradicción interna desde la conceptualización de los derechos fundamentales, puesto que, precisamente, hasta ese momento se había discutido en la historia de Colombia la práctica común de reconocer derechos constitucionales a unos pocos. Sin embargo, a este cuestionamiento se ha respondido al considerar que el derecho al amor es en sí mismo una acción afirmativa que pretende garantizar de manera reforzada los derechos de un grupo específico de sujetos de especial protección constitucional: los niños y las niñas (Cely 2015, 43). En consecuencia, y considerando el principio de la prevalencia de los derechos de estos sujetos respecto de los demás, las discusiones gestadas al interior de la Asamblea Nacional Constituyente no centraron sus reparos en la redacción de esta particular disposición constitucional. Por el contrario, la sociedad en conjunto acogió positivamente el énfasis en la protección reforzada que se le daba a los niños y las niñas, como sujetos fundamentales para el desarrollo del país.

Sin embargo, es cuestionable que el amor sea considerado como un derecho, pues su naturaleza imprecisa y ambigua sugiere que puede ser tanto un principio como un valor constitucional. Esto se justifica al considerar que es muy difícil llegar a exigir el amor por parte un niño o una niña, dado que eso implicaría que otra persona debe tener la obligación de sentir amor. El problema fundamental es que desde una perspectiva realista, no es posible obligar a ninguna persona a que sienta amor respecto de un sujeto, por lo cual una orden judicial en sede de tutela en este sentido sería totalmente cuestionable

por su imposibilidad de ser materializada a plenitud (Daza 2018, 75). Y a esta problemática se suma que no existe ningún tipo de definición jurídica que pueda ser aplicada para la comprensión de este concepto en particular. Por lo tanto, en principio, el derecho fundamental al amor quedó consagrado a nivel constitucional, pero destinado, en el mismo sentido, a carecer de una aplicación viable desde su alcance literal y abstracto. Por lo mismo, es importante considerar que, desde una perspectiva antiformalista, el amor sería entendido como un marco que hay que dotar de sentido desde el análisis de situaciones concretas, lo cual depende en gran medida de aquel sujeto que desde su alcance orgánico aborde la tarea de interpretar tal disposición jurídica.

De esta manera, la dependencia del derecho fundamental al amor respecto al análisis de situaciones concretas implica que si bien la literalidad constitucional lo reconoce como un derecho fundamental, el alcance orgánico lo entenderá en realidad tanto como principio como valor constitucional. Esto significa que no se trata de una orden de interpretación inequívoca, pues solo podrá ser entendido el amor desde condiciones concretas que tengan relación con otros derechos de aplicación contextualizada (Tocaría 2020, 95). Así, por ejemplo, no sería dable ordenar a través de una acción de tutela que se concedan las pretensiones del accionante para que el accionado sienta amor, sino que se deberá considerar acciones específicas que puedan llevar a considerar que los niños y las niñas tienen un trato enmarcado por el amor. Tal sería el caso del pago de las cuotas de alimentos, el cumplimiento del régimen de visitas, el trato digno, el acceso a la educación, el buen trato, entre otros derechos autónomos cuyo cumplimiento en conjunto pueden ser interpretados como un contexto mediado por un principio constitucional de amor. En consecuencia, el amor constitucionalmente previsible es un marco antiformalista para la resolución de casos desde las autoridades y acciones previstas por el alcance constitucional.

Este marco antiformalista del amor implica que se trata de un compromiso superior a favor de los niños y las niñas, con una naturaleza abierta que no está plenamente delimitada desde el texto constitucional. Esa naturaleza abierta implica la configuración de una guía para interpretar las situaciones en las que estén involucradas los niños y las niñas, más desde una aspiración general que como una conducta concreta (Galindo y Escamilla 2023, 46). Este marco servirá, entonces, para interpretar los debates en torno a la prestación de derechos concretos y desde la multiplicidad de fuentes previstas en el sistema jurídico colombiano actual, donde no es admisible una definición genérica del amor, sino una construcción desde cada cotidianidad. Por lo tanto, a diferencia de otros derechos con naturaleza definida, lo que para un niño o una niña es amor en un contexto determinado, podrá tener un alcance diverso respecto de la realidad de otro niño o niña. No se trata, en sí mismo, de un trato inequitativo, sino de la interpretación de cada realidad tendiente a

reconocer derechos desde y para realidades concretas. En últimas, esta multiplicidad de fuentes aplicables según las exigencias de cada sujeto, permite consolidar interpretaciones auténticas con sentido garantista del derecho constitucional.

Adviértase en este punto que las interpretaciones auténticas no implican, desde la perspectiva del amor constitucionalmente considerado en Colombia, que se tiene una autonomía plena para la aplicación de los mandatos constitucionales. Sería erróneo considerar que lo auténtico de un ejercicio hermenéutico avala la creación discrecional de normas y decisiones, desconociendo los mínimos constitucionales previstos en el sistema jurídico colombiano (López 2006, 78). Por el contrario, la interpretación auténtica que es exigible desde el marco del amor constitucional implica que se deben respetar irrestrictamente las normas jurídicas superiores y cuando no hay norma directamente aplicable en una situación se deben interpretar los mandatos superiores para otorgar una respuesta coherente a quienes están exigiéndola desde la perspectiva orgánica. Por lo tanto, el amor como principio constitucional indeterminado no avala una labor desmedida de las autoridades llamadas a garantizar los derechos de los niños y las niñas, sino que se trata de un principio constitucional que debe ser materializado desde el marco normativo superior.

Para ello, la Constitución Política colombiana de 1991 reconoció la existencia de una autoridad encargada de guardar la integridad de la norma superior y garantizar una interpretación enmarcada en esos mínimos que el constituyente primario previó. Se trata de la Corte Constitucional colombiana, la cual tiene la facultad de analizar casos concretos para determinar cuál es el sentido que deberían tener principios como el amor que aquí se discute (Benítez y González 2016, 49). Para ello adelanta discusiones y formula acuerdos técnicos que son de obligatoria observancia por las demás autoridades, las cuales se entienden subordinadas a ellas. Por lo tanto, la Corte Constitucional es la única autoridad a la cual se le reconoce la posibilidad de hacer dotar de discrecionalidad a las interpretaciones auténticas, pues solo de esta manera se puede dotar de contenido al amor como principio y valor. Sin embargo, a todas las demás autoridades les corresponde adoptar interpretaciones auténticas cuya discrecionalidad está limitada por los pronunciamientos de la Corte Constitucional (Pulido 2018, 319). Y solo en caso en que la Corte Constitucional carezca de pronunciamiento de fondo sobre el particular, se le permitirá a esas autoridades inferiores ampliar una discrecionalidad limitada no por el amor sino por todos los demás principios y valores de la carta magna.

En este sentido, y atendiendo a los debates abordados en esta primera sección, es posible establecer que el amor contemplado por la Constitución Política colombiana de 1991 no se puede delimitar como un derecho fundamental

en sí mismo, sino como un principio y un valor constitucional. Esto se justifica al considerar que no es viable exigir acciones tendientes a obligar a una persona a amar a otra, pues escapa al sentido práctico de los alcances dados a acciones como la tutela. Por el contrario, el amor debe ser un marco hermenéutico para interpretar casos que exijan la materialización de otros derechos, los cuales en conjunto permitirán concluir que los niños y las niñas tienen un ambiente marcado por el amor. En consecuencia, el amor tiene un alcance iusteórico desde el antiformalismo y exigirá interpretaciones auténticas desde y para realidades concretas. Este tipo de interpretaciones no pueden ser interpretadas como discrecionales, sino que deben atender a mínimos provenientes de normas como la Corte Constitucional o vacíos jurídicos a manera de casos sin respuesta exacta. En tal sentido, a continuación se establecerán aquellos alcances sustanciales del principio y valor del amor constitucional que deben atenderse para materializarlo desde y para situaciones concretas.

III. ALCANCES SUSTANCIALES PARA MATERIALIZAR EL AMOR COMO MARCO IUSTEÓRICO

Según se analizó anteriormente, la Constitución Política colombiana de 1991 pretende transformar el alcance liberal clásico dado al Estado de Derecho y otorgarle un sentido social, centrado en el interés general sobre el particular. En esta tarea, la norma superior estableció una estructura que inicia por postulados dogmáticos que contemplan principios, valores y derechos constitucionales con tres alcances: primero, fundamentales; segundo, sociales, económicos y culturales; y, tercero, colectivos y del medio ambiente. Aunque los principios y valores no tienen la posibilidad de ser exigidos de forma inmediata a través de acciones previstas por el alcance orgánico de la norma de normas, los derechos sí tienen la vocación no solo de ser exigibles, sino de imponer obligaciones para que otros los materialicen. Y es en este punto donde aparece el amor como un derecho fundamental para los niños y las niñas, el cual es una innovación disruptiva desde el marco internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, la naturaleza amplia del amor implica que no es un derecho en sí mismo, sino que se trata en realidad de un principio o valor constitucional con naturaleza abierta, que desde el antiformalismo como iusteoría exige la consolidación de interpretaciones auténticas para realidades específicas.

Este ejercicio hermenéutico auténtico significa que el amor debe poder materializarse a través de la apreciación dinámica de otros derechos concretos, estableciendo un marco para que las diferentes autoridades cumplan sus funciones. En el caso concreto de la jurisdicción constitucional, este marco hermenéutico del amor es delimitado en un primer momento por la Corte

Constitucional y ha de ser atendida por los jueces inferiores. Por lo mismo, los principios y los valores no avalan la posibilidad de tomar cualquier tipo de decisión, sino de materializar los mínimos constitucionales en disposiciones jurídicas particulares (Camargo 2019, 248) Y parte de esas disposiciones son los derechos constitucionales en sí mismos, que al estar categorizados en tres generaciones pueden dar un sentido jurídico para el ejercicio profesional de los operadores del derecho. Así, el amor podrá ser materializado a través de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del medio ambiente. Por lo mismo, los niños y las niñas tienen un principio y valor constitucional que trasciende las categorías de los derechos constitucionales, para ser un imperativo aplicable no solo desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Sobre el particular se advierte que el alcance concreto del amor como principio y valor dependerá en gran medida de cada situación, pues no es esperable que todos los niños y las niñas tengan los mismos intereses, necesidades y exigencias. Por el contrario, al analizar las condiciones de cada uno de estos sujetos de especial protección constitucional será posible establecer el alcance específico, sin depender de una comparación con otros niños o niñas (Ruiz 2022, 88). No se trata de un trato diferente, sino de un trato coherente con la realidad en la cual se encuentra cada uno de los niños (Woolcott y Camargo 2022, 270). Así, por ejemplo, se puede considerar como un alcance del amor constitucional que todos los niños puedan tener acceso a alimentos, pero eso no significará que todos deban comer lo mismo. En realidad, la dieta de cada niño dependerá en gran medida de sus condiciones médicas, su contexto cultural e, incluso, el territorio en el cual se ubique. Por lo tanto, la garantía del amor a través de la alimentación deberá ser suplida para todos los niños y las niñas, sin pretender que la materialización concreta sea exactamente igual para todos. De lo contrario, dejaría de tratarse de un principio y un valor constitucional antiformalista, para constituirse en una norma abstracta sin plena materialización práctica.

Con este imperativo de coherencia en la materialización contextual del amor constitucional, se deben considerar los siguientes alcances para cada una de las generaciones de derechos: primero, para los derechos fundamentales el amor debe ser aplicado desde el cumplimiento de los mínimos necesarios para la congrua subsistencia de cada niño y niña; segundo, para los derechos sociales, económicos y culturales, se hace referencia a la posibilidad de mantener relaciones sanas con el círculo social inmediato en el cual se encuentra inmerso para generar sus dinámicas de relacionamiento; y, tercero, para los derechos colectivos y del medio ambiente se refiere a las condiciones que debe garantizar la sociedad en su conjunto, como obligado por pasiva para que los niños y las niñas tengan un pleno desarrollo humano. Desde esta delimitación, en las secciones anteriores se encuentran los alcances del amor

desde cada una de las generaciones de derechos que pueden orientar el ejercicio procesal desde acciones constitucionales como la tutela propia del sistema jurídico colombiano.

1. *El amor desde los derechos de primera generación que implican la congrua subsistencia*

Considerando que los derechos fundamentales previstos por la Constitución Política colombiana de 1991 tienen una connotación de mínimos necesarios para que las personas puedan vivir, se debe entender que el amor para los niños y las niñas se materializará desde la perspectiva de asegurar su congrua subsistencia. Aunque tradicionalmente se ha entendido que la congrua subsistencia hace referencia de manera exclusiva a recursos económicos, se ha de entender en este caso que se refiere a los recursos de todo tipo que se requieren para que un niño o una niña alcance condiciones de vida dignas (Henaó 2012, 145). Así, se adopta el compromiso del Estado Social de Derecho vigente en Colombia, donde las relaciones humanas tienen como punto de inicio indispensable la dignidad de las personas que allí se encuentran. Por lo tanto, el amor como principio y valor constitucional se ve materializado en la medida en que se cumpla la dignidad de los niños y las niñas.

La mencionada dignidad, como mínimo constitucional enmarcado en el amor, requiere de la garantía de seis rubros fundamentales, a saber: alimentación, vivienda, vestido, salud, educación y recreación. Estos rubros se acogen desde los imperativos jurídicos vigentes en Colombia y que, sin referirse al amor propiamente hablando, sí pretenden garantizar aquellas condiciones necesarias para que los niños y las niñas puedan vivir en condiciones mínimas. Así, es fundamental que los menores tengan los alimentos adecuados para asegurar su nutrición y desarrollo en condiciones biológicas adecuadas, complementándolo con un lugar en el cual vivir (Lozano 2016, 68). Ese lugar debería atender a mínimos que incluyan servicios públicos, bienes como el vestido y seguridad para su integridad personal. De manera concomitante, la salud resulta fundamental, así como el acceso a la educación y la recreación. Se esperaría que, en conjunto, los niños pueden tomar esta garantía como la materialización del amor como principio; un menor se considerará amado en la medida en que se garanticen los mínimos aquí incluidos.

Ahora bien, el debate gira en torno a quiénes son los sujetos que se encuentran obligados a garantizar estas condiciones tendientes a materializar el amor. Sobre el particular se debe considerar que este principio y valor constitucional implicaría una corresponsabilidad, en la medida en que los derechos fundamentales de los niños y las niñas deberían ser garantizados en primera medida por sus padres. Pero en el caso en que esto no sea posible, podrá considerarse con responsabilidad la familia extendida de ese niño o

niña, en caso en que aplique (Quintero 2011, 123). Sobre el particular es importante considerar que la obligación principal de los padres y de la familia extendida no implica que el Estado asuma un rol subsidiario, pues al complementar al amor desde la corresponsabilidad es fundamental tener en cuenta que el Estado también es un obligado principal. Así, por ejemplo, si un padre no tiene los medios suficientes para garantizar los mínimos de sus hijos, deberá el Estado generar acciones concretas para que la garantía de estos derechos fundamentales sea una realidad. En últimas, el Estado representa a toda una sociedad en conjunto que aporta solidariamente a través del pago de sus tributos para la materialización de los imperativos constitucionales.

2. El amor desde los derechos de segunda generación referentes a las relaciones en su contexto inmediato

Como un complemento de los derechos fundamentales que materializan el amor como principio y valor constitucional, los derechos de segunda generación empiezan a cobrar sentido desde un alcance social programático. Este sentido programático significa que los derechos fundamentales son un mínimo de inmediata observancia, mientras que los derechos sociales, económicos y culturales son un esperable desde acciones que no siempre son inmediatas. Así, los derechos de segunda generación hacen referencia a aquellas condiciones que no son intrínsecas, sino que se refieren a las relaciones con las personas que rodean de manera inmediata al niño o niña de la cual se trate (Vélez y Chacón 2020, 120). Al respecto se puede considerar en un primer lugar que la familia es un derecho social que debe ser garantizado a los menores, en el sentido en que nadie puede ser separado arbitrariamente de su familia y se deben asegurar las garantías suficientes para que ese núcleo familiar asegure bienestar a los menores de edad. En la medida en que el núcleo familiar sea sólido, el niño o la niña podrá sentirse amado desde la perspectiva constitucional que se analiza.

Es de anotar que cuando se hace referencia a la familia se considera un sentido amplio de la palabra, por lo cual no se limita solamente a la relación de padres e hijos. Por el contrario, también hace referencia a las múltiples formas de la familia que desde la voluntad responsable la norma constitucional tiene previstas. La naturaleza amplia de la familia puede comprender la familia extendida, los hogares amigos, los hogares de paso, las relaciones de crianza, entre otras múltiples posibilidades (Perilla 2024b, 9). Lo importante, para efectos de la materialización del amor, no es que el niño o la niña mantenga un contacto directo con sus padres, sino que se refiere a que tenga relaciones adecuadas al interior de ese núcleo familiar diverso y en caso en que no sea así se acojan estrategias de mejoramiento. Esto significa que cuando

un niño está en riesgo de garantizar las prerrogativas sociales que tiene a su favor, se deberá considerar el nivel de afectación que se tenga para efectos de activar una ruta de acción coherente con tal condición.

En este sentido, podrá considerarse que los derechos sociales se ven afectados desde condiciones leves, graves o gravísimas, lo cual depende de la apreciación hermenéutica de cada operador jurídico. Cada uno de estos niveles debe ser interpretado de manera auténtica, para determinar de qué manera se asegura la materialización del amor constitucionalmente consagrado. Así, por ejemplo, una falta leve puede ser dejar a un niño en la casa sin acompañamiento de un adulto por algunas horas, mientras que una falta grave puede ser dejarlo de manera recurrente en esas condiciones y el alcance gravísimo puede conllevar, adicionalmente, que el niño no solo es dejado solo recurrentemente, sino abusado cuando se encuentra acompañado (Bonet 2018, 9). En estos casos, el alcance orgánico de la norma superior sugerirá que la garantía del amor en los casos leves puede ser un llamado de atención, en las situaciones graves una intervención del Estado sin separar al niño de su familia y en las situaciones gravísimas un retiro del núcleo familiar para garantizar sus derechos de manera inmediata.

Sin embargo, debe considerarse que esa separación del núcleo familiar inmediato no puede ser entendido como una separación definitiva de toda su familia. Por el contrario, se debería tener la posibilidad de buscar en un primer lugar dentro de su familia extendida una persona que pueda restablecer ese trato amoroso que se busca, al tiempo que solo excepcionalmente se declararía en estado de adoptabilidad para que pase al cuidado del Estado (Muñoz 2018, 20). Por lo tanto, el amor desde los derechos de segunda generación se refieren a las condiciones contextuales inmediatas que deben ser garantizadas a cada niño y niña, luego de haberse cumplido sus condiciones mínimas desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, el Estado deberá separar a ese niño o niña de su contexto si no se han garantizado las condiciones mínimas de los derechos de primera generación, ni tampoco las condiciones contextuales inmediatas de la segunda generación. Pero se espera que el amor pueda ser garantizado desde el alcance individual y social inmediato de los menores, para que así las dos generaciones de derechos tengan la posibilidad de ser materializadas en situaciones concretas.

3. *El amor desde los derechos de tercera generación que exigen una corresponsabilidad ambiental*

Como tercera generación de derechos se encuentra la de los derechos colectivos y del medio ambiente, la cual trasciende el alcance personal de los derechos de primera generación y social de los derechos de segunda generación. Así, se refiere a la realidad general en la cual se encuentra el menor de

edad y en la cual influyen muy variados factores, donde la corresponsabilidad es liderada por el Estado. Esto implica que cada niño y niña debe tener el derecho a tener un ambiente sano, en el cual se incluyan estrategias para evitar la contaminación, fortalecer la seguridad, garantizar el saneamiento básico de los territorios y, en general, todas aquellas condiciones necesarias para que un niño o niña pueda desarrollarse plenamente fuera de su hogar (Garín 2019, 201). De esta manera, se considera que el amor a favor de los niños y las niñas no puede limitarse al interior de su hogar, dado que se debe garantizar que más allá de estos límites se encuentre la posibilidad de desarrollarse a plenitud. Para ello, el Estado colombiano ha dispuesto el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, que agrupa a todos los actores, públicos y privados, que deben velar por la garantía de los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y los demás miembros de la familia que ocupan un rol como sujetos de especial protección constitucional.

En este sentido, resulta particularmente relevante que el principio y valor del amor a favor de los menores de edad trasciende un sentimiento abstracto entre personas, puesto que representa un compromiso institucional de amplia trascendencia para responder a los propósitos garantistas de la Constitución Política colombiana de 1991. Este compromiso se materializa en diversas leyes y políticas públicas que refuerzan el marco de protección integral para la infancia y la adolescencia. Entre estas, destaca la Ley 1098 de 2006, también conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia, que establece un sistema integral de protección basado en los derechos de los menores y crea mecanismos específicos para garantizar su bienestar y desarrollo (Restrepo y García 2021, 394). Esta ley no solo responde a una necesidad de legislación específica para los menores de edad, sino que encarna un profundo respeto y cuidado hacia su bienestar, que establece un marco legal integral que cubre todos los aspectos del desarrollo infantil y adolescente, incluyendo la protección contra cualquier forma de violencia, abuso o negligencia. La ley se basa en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, adaptando estos principios al contexto colombiano y asegurando que los derechos de los niños y adolescentes sean una prioridad en la legislación nacional.

Esto ha llevado, al mismo tiempo, a que se fortalezca la participación activa de los niños y adolescentes en la toma de decisiones que les afectan, reconociendo su capacidad para expresar sus opiniones y ser escuchados en asuntos que inciden en su vida. Este enfoque participativo refleja un profundo respeto por la dignidad y autonomía de los menores, al tiempo que fomenta su desarrollo integral y su integración en la vida social (Rojas y Ramírez 2021, 107). Además, el Estado colombiano, en su obligación de asegurar los derechos de los niños y niñas, acoge el compromiso formal de la promoción de la cultura de paz y el respeto hacia los derechos humanos

desde una edad temprana (Bustamante y López 2018, 208). En consecuencia, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar no solo actúa como un ente coordinador, sino que también opera bajo un enfoque integral que busca armonizar la intervención del Estado con la colaboración de la sociedad civil, los organismos internacionales y el sector privado, con el fin de crear un entorno en el que cada niño y niña pueda alcanzar su máximo potencial y gozar de una vida digna y segura.

El problema fundamental de este asunto es que la formulación jurídica hasta aquí limitada se da desde una perspectiva formalista, por lo cual las realidades aún distan mucho del ideal pretendido para estos casos. A pesar que existe un marco normativo, aparentemente, suficiente, la implementación efectiva de sus disposiciones enfrenta desafíos significativos (Barreto 2018, 5). Entre estos desafíos se incluyen la falta de recursos adecuados, la insuficiente capacitación del personal encargado de la protección infantil, y la escasa coordinación entre los distintos actores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (Ravetlat y Díaz 2022, 22). Además, la brecha entre la normativa y la práctica se evidencia en la desigualdad en la aplicación de los derechos y servicios entre diferentes regiones del país, así como en la persistencia de problemas como la violencia infantil, el trabajo infantil y el abandono. La realidad social y económica a menudo limita el acceso a servicios básicos y de calidad, comprometiendo así los objetivos de la ley. En consecuencia, y para materializar a plenitud el amor como principio y valor constitucional, es esencial avanzar hacia un enfoque que no solo se enfoque en el marco hermenéutico desde una perspectiva formal, sino también en la implementación efectiva, el monitoreo constante y la adaptación de las políticas para enfrentar las realidades cambiantes que exigen de forma permanente la garantía de los derechos organizados en las tres generaciones hasta aquí formuladas.

IV. CONCLUSIONES

Colombia cuenta con un ordenamiento jurídico con múltiples enfoques teóricos para la comprensión del derecho, el cual ha estado conformado por un número plural de sistemas jurídicos establecidos por diferentes Constituciones Políticas. Así, desde 1886 el Estado de Derecho en Colombia estuvo adscrito a un enfoque liberal clásico, que implicaba el reconocimiento de derecho a unos pocos sujetos y atendiendo a condiciones comprendidas como privilegios económicos, políticos, familiares, entre otros. Con el paso del tiempo este modelo llevó a que el Estado colombiano fuese catalogado como fallido, que mantenía una importante distancia entre los postulados jurídicos y lo que sucedía en la realidad social. Por lo mismo, el conglomerado social entendía que el derecho era lejano a los contextos cotidianos que

exigían respuestas más allá de la literalidad de la ley. En consecuencia, se consolidaron movimientos ciudadanos encaminados a promover una reforma constitucional, que no solo acogiera a plenitud los compromisos internacionales en torno a los derechos humanos, sino que también promoviera el apoyo a sujetos de especial protección constitucional.

En este sentido, la Constitución Política colombiana de 1991 reemplazaría a la de 1886 dotando de un alcance social al Estado de Derecho, por lo cual el interés general primaría sobre el particular. Para ello, esta norma superior consolidó un alcance bipartito: dogmático con principios, valores y derechos; y orgánico, con autoridades y acciones. Con este diseño se desplazó el formalismo imperante hasta ese momento y se empezó a adoptar una iusteoría antiformalista, la cual contempla que el derecho tiene una naturaleza abierta en la cual coexisten diferentes normas jurídicas. En este marco antiformalista se categorizaron los derechos en tres generaciones, las cuales pretenden mantener la primacía de los derechos humanos y dotar de una inmediatez diferente a las acciones que están llamadas a garantizarlos desde el alcance orgánico constitucional. Así, la primera generación son los derechos fundamentales, la segunda corresponde a los derechos sociales, económicos y culturales, y la tercera a los colectivos y del medio ambiente. En general, cada uno de estos derechos tiene la vocación para ser exigible a través de la imposición de obligaciones a cargo de sujetos que deben garantizarlos.

En esta clasificación de derechos constitucionales llama la atención el derecho fundamental al amor, el cual está destinado a los niños y las niñas de manera disruptiva con relación a las normas jurídicas preexistentes hasta ese momento. El amor no había sido considerado expresamente en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, al tiempo que había sido considerado como principio o valor en otras normas internacionales. Por lo mismo, es innovador que el Estado colombiano se haya comprometido a garantizar un derecho cuyo alcance es indeterminado y difícilmente exigible. Resulta aún más problemático pensar en ordenar a un accionado que ame a un accionante, dado que se trata de un asunto que trasciende las dinámicas jurídicas contempladas por la parte orgánica de la norma constitucional. Siendo así, del análisis del amor se concluye que no es un derecho en sí mismo, sino un principio o valor constitucional que establece un marco para interpretar derechos constitucionales pertenecientes a las tres generaciones antes mencionadas. Así, el amor constitucional establece una serie de criterios orientadores para fallar casos en los cuales estén involucrados derechos de primera, segunda y tercera generación de niños y niñas.

Por lo anterior, el amor esperable para los niños y las niñas en Colombia es un principio y un valor constitucional que puede materializarse de manera concreta en las tres generaciones de derechos mencionadas. Así, en el caso de

la primera generación el amor se materializa en la medida en que se garantizan los mínimos para la congrua subsistencia de un niño o niña, incluyendo recursos de muy diversas índoles que garanticen alimentación, vivienda, vestido, salud, educación y recreación. Siendo así, el amor desde los derechos constitucionales de primera generación adquiere un sentido individual, dado que se están garantizando mínimos de un sujeto en particular y de acuerdo con sus propias condiciones. Por lo mismo, la garantía del amor dependerá en gran medida del contexto, costumbres, región, entre otras variables en las que estén creciendo cada niño o niña. Pero a este alcance individual es fundamental aportar un alcance social dentro de las relaciones inmediatas que tienen estos menores, caso en el cual se habla de los derechos de segunda generación. En este caso no se trata solo de un alcance individual, sino que la realidad inmediata del niño o niña debe garantizarle las condiciones adecuadas para un desarrollo humano con equidad.

Y en la medida en que las condiciones individuales y sociales inmediatas sean satisfechas, el amor constitucional deberá ser garantizado desde los derechos colectivos y del medio ambiente propios de la tercera generación. Así, los menores deberán no solo tener garantías individuales y al interior de su núcleo familiar, sino que la sociedad en su conjunto debe garantizar tales condiciones. Para ello se ha consolidado todo un Sistema Nacional de Bienestar Familiar, del cual hacen parte todas las autoridades públicas y personas del derecho privado que tengan relación con el proyecto de vida de los menores de edad. Esto sugiere un robusto compromiso jurídico por asegurar a todo nivel las condiciones de desarrollo óptimas de los destinatarios del amor constitucional, pero el problema es que se vuelve al mismo diseño formalista que pretendía superar la Constitución Política colombiana de 1991. Esto se justifica al considerar que el alcance antiformalista de consolidar el derecho desde y para realidades concretas, está siendo formulado por lo pronto desde la teoría abstracta de los derechos. Por lo cual aún falta un riguroso proceso de trabajo empírico para que el amor como principio y valor superior pueda verse plenamente materializado, superando las prácticas de pretender transformar la cotidianidad con una norma en el papel.

De esta manera se responde a la pregunta y se desarrolla el objetivo general de investigación, por lo cual es posible aceptar la hipótesis según la cual el derecho al amor debe ser entendido como marco hermenéutico a manera de principio o valor constitucional, para dotarlo de alcances concretos desde deberes particulares que se deben cumplir respecto de los menores de edad en Colombia. Este marco de interpretación tiene límites fijados no solo por la Corte Constitucional, sino por el texto mismo de la norma de normas desde sus diferentes alcances. Por lo tanto, el enfoque de investigación hermenéutico crítico permite establecer un punto de partida para que con la utilización de métodos cualitativos pueda seguir profundizándose en la garantía de los

derechos de los niños y las niñas en el marco del amor constitucional. Se trata de una interpretación disruptiva y retardadora, que de forma permanente exhorta a asumir el reto de desarrollar interpretaciones auténticas contextualizadas. Por lo tanto, los lineamientos de interpretación aquí incluidos no son el fin, sino el punto de partida para que el compromiso constitucional del amor acogido para los niños y las niñas por la norma superior pueda ser materializado más allá de los debates abstractos que en sí mismos no impactan realidades concretas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Adame, Jorge. 2020. «La interpretación de textos jurídicos». *Problema Anuario de filosofía y teoría del derecho*, n.º 14: 175-215. doi: 10.22201/ijj.24487937e.2020.14.14909.
- Arenas, Hugo. 2021. «200 años de Constituciones nacionales colombianas (1821-2021)». *Cuestiones constitucionales* 45: 47-76. doi: 10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16657.
- Barreto, Andrea. 2018. «Política pública para la primera infancia: alcances desde su gestión educativa». *Política* 39, n.º 52: 1-11. Acceso el 01 de julio de 2024. <http://es.revistaespacios.com/a18v39n52/a18v39n52p37.pdf>.
- Benitez, Vicente y Germán González. 2016. «El rol de las Cortes y la protección de la democracia: una aproximación desde regímenes transicionales». *Revista Derecho del Estado* 36: 41-67. doi: 10.18601/01229893.n36.02.
- Bonet, Ana. 2018. «Derechos sociales, normas de acceso y democracia. La agenda de los derechos humanos para una convivencia solidaria». *Revista latinoamericana de derecho social* 26: 3-27. doi: 10.22201/ijj.24487899e.2018.26.11858.
- Botero, Andrés. 2010. «El Estado democrático liberal burgués escenario para la búsqueda de los principios inspiradores de las codificaciones civil y mercantil». *Revista Estudios de Derecho* 67, n.º 150: 179-189. doi: 10.17533/udea.esde.331374.
- Bustamante, Alexander y Gloria López. 2018. «El aula de paz: familia y escuela en la construcción de una cultura de paz en Colombia». *Revista Perseitas* 5, n.º 1: 206-223. doi: 10.21501/23461780.2243.
- Caballero, Adriana. 2022. «Nuevo realismo jurídico: una teoría jurídica prometedora para la investigación interdisciplinar y empírica sobre el derecho en la práctica». *Novum Jus* 16, n.º 1: 209-228. doi: 10.14718/novumjus.2022.16.1.9
- Camargo, Rosa. 2019. «Génesis y perspectivas de protección de los derechos humanos de la niñez». *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales* 25: 742-773. Acceso el 15 de julio de 2024. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32325>.
- Cely, Delfina. 2015. «Análisis De Los niños, niñas Y Adolescentes Como Sujetos De Derechos». *Salud & Sociedad Uptc* 2, n.º 1: 41-47. doi: 10.19053/19092407.3978.
- Coll, Alex. 2021. «El derecho de interés público y la intersubjetividad de las relaciones socio-jurídicas: profanando el determinismo normativo-formalista». *Ius et Praxis* 27, n.º 2: 41-54. doi: 10.4067/S0718-00122021000200041

- Daza, Julie. 2018. «Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. Criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes». *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 34: 69-89.
- Delgado, Pedro y Contreras, Nydian. 2023. «Cultura Jurídica en Colombia: interacciones con la educación, la historia y la sociedad del país». *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época*, n.º 29: 103-120. doi: 10.24310/rejie.vi29.16960.
- Duque, Sandra y Mónica Duque. 2019. «Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial». *Revista Encuentros* 17, n.º 1: 80-95. doi: 10.15665/encuent.v17i01.1917.
- Galindo, Doris y Virgilio Escamilla. 2023. *Fundamentos jurídicos de derecho de familia, civil, penal e internacional sobre la responsabilidad relacionada con la infancia y adolescencia en Colombia*. Torino: Youcanprint.
- Garín, Andrea. 2019. «Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático». *Revista Derecho del Estado* 44: 195-226. doi: 10.18601/01229893.n44.08.
- García, Gustavo. 2012. «El derecho a estar solo, a la pareja, a la familia y al amor en Colombia y algunos países de Latinoamérica». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 42, n.º 116: 23-50. Acceso el 17 de julio de 2024. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862012000100002&lng=en&tlng=es.
- Garrido, Isabel. 2019. «Los derechos fundamentales entendidos como responsabilidades de los estados». *Boletín mexicano de derecho comparado* 52, n.º 155: 779-798. doi: 10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14948.
- Gómez, Alejandro. 2021. «La consagración y vigencia del principio de separación de poderes en las constituciones colombianas del siglo XIX». *Revista de estudios histórico-jurídicos* 43; 439-463. doi: 10.4067/S0716-54552021000100439.
- Grisales, William. 2022. «El derecho: una dinámica no lineal». *Praxis Filosófica*, n.º 54: 91-110. doi: 10.25100/philosofica.v0i54.11942
- Henao, Juan. 2012. «Evolución y origen del concepto de “estado social” incorporado en la constitución política colombiana de 1991». *Ratio Juris UNAULA* 7, n.º 14: 141-158. doi: 10.24142/raju.v7n14a5.
- Leiva, Eric y Guillermo Jiménez. 2019. «Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo». *Revista Derecho del Estado* 42: 149-180. doi: 10.18601/01229893.n42.06.
- Lemaitre, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Leyva, Santiago y Carlos Olaya. 2020. «Social policy, target populations and policy analysis in Colombia». *Policy Analysis in Colombia-Bristol UK* 1: 223-238. doi: 10.51952/9781447347729.ch013.
- López, Diego. 2006. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

- Lozano, Agustín. 2016. «Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación». *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 14 n.º 1: 67-79. doi: 10.11600/1692715x.1413290515.
- Lozano, Johan y Sergio Caballero. 2023. «El Constitucionalismo De Los Derechos Sociales a Partir De La Constitución Política De 1991 En El Estado Colombiano». *Academia & Derecho* 14, n.º 25: 1-19. doi: 10.18041/2215-8944/academia.25.10528.
- Muñoz, Lourdes. 2018. «Los derechos humanos de los niños: ciudadanía más allá de las “3Ps”». *Sociedad e infancias* 2: 17-37. doi: 10.5209/SOCI.59491.
- Olano, Hernán. 2019. «Historia de la regeneración constitucional de 1886». *Revista IUS* 13, n.º 43: 161-178. Acceso el 17 de julio de 2024. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472019000100161&lng=es&tlng=es.
- Perilla, Juan. 2021. «El Estado retado desde el constructivismo antiformalista: legitimidad y convicción». *Criterios* 14, n.º 1: 21-36. Acceso el 4 de agosto de 2024. doi: 10.21500/20115733.5669
- Perilla, Juan. 2023. «La protesta social como derecho fundamental desde la Corte Constitucional colombiana». *Estudios de Deusto* 71, n.º 2: 147-165. doi: 10.18543/ed.2930
- Perilla, Juan. 2024a. «El misreading como posibilidad creadora de iusteorías en un contexto globalizado desde la transnacionalidad». *Estudios de Derecho* 81, n.º 177: 58-71. doi: 10.17533/udea.esde.v81n177a3.
- Perilla, Juan. 2024b. «La familia de crianza desde la jurisprudencia constitucional colombiana». *Revista de Derecho* 16, n.º 1: 1-22. doi: 10.32361/2024160116288.
- Pulido, Fabio. 2018. «Poderes normativos de la Corte Constitucional colombiana». *Ius et Praxis* 24, n.º 3: 309-334. doi: 10.4067/S0718-00122018000300309.
- Quintero, Angela. 2011. «Modelos de políticas públicas de Colombia, en beneficio de las familias». *Revista Katálysis* 14, n.º 1: 116-125. doi: 10.1590/S1414-49802011000100013.
- Ravetllat, Isaac y Juliana Díaz. 2022. «Un ombudsperson para la infancia y la adolescencia en Colombia: ¿ Un camino inacabado? ». *Jurídicas* 19, n.º 1: 19-38. doi: 10.17151/jurid.2022.19.1.2.
- Restrepo, John y Guillermo Betancur. 2020. «Del principio de planeación en la contratación estatal: Un análisis teórico y fáctico en el orden jurídico colombiano». *Ius et Praxis* 26, n.º 2: 104-124. doi: 10.4067/S0718-00122020000200104.
- Restrepo, Juan. 2024. «Naturaleza y fundamento de los derechos fundamentales en el orden jurídico colombiano». *Revista de Derecho* 61, n.º 1: 1-17. doi: 10.14482/dere.61.980.861
- Restrepo, Yusty y John García. 2021. «El agente educativo en la garantía de la protección integral de la primera infancia». *El Ágora USB* 21, n.º 1: 386-401. doi: 10.21500/16578031.4597.
- Rojas, Luis y Amanda Ramírez. 2021. «Participación política de los jóvenes del Valle del Cauca, Colombia, en la toma de decisiones públicas». *Prospectiva: Revista de Trabajo Social e Intervención Social* 32: 103-124. doi: 10.25100/prts.v0i32.10123

- Ruiz, Irene. 2022. «Derecho a la participación de las personas menores de edad en la actualidad». *Revista Espiga* 21, n.º 44: 70-99. Doi: 10.22458/re.v21i44.4384
- Tocaría, Ana. 2020. «La materialización del principio de contradicción como garantía del debido proceso en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en Colombia». *Verba Iuris* 43: 87-103. doi: 10.18041/0121-3474/verbaiuris.43.6465.
- Vélez, Juan y María Chacón. 2020. «Los derechos humanos de primera y segunda generación y su realización por parte de los estados». *Magazine De Las Ciencias: Revista De Investigación E Innovación* 5, n.º7: 116-124. Acceso el 01 de agosto de 2024 <https://revistas.utb.edu.ec/index.php/magazine/article/view/961>.
- Woolcott, Olenka y Rosa Camargo. 2022. «Niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional frente a la publicidad en Colombia». *Novum Jus* 16, n.º 3: 257-282. doi: 10.14718/NovumJus.2022.16.3.10.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y COMPETENCIAL DE LOS CABILDOS INSULARES EN CANARIAS

*Historical and competential evolution of the island councils
in the Canary Islands*

Florentino De Guzmán Plasencia Medina
Doctor en Derecho y miembro de la Cátedra de Movilidad
Universidad de La Laguna, España.
<https://orcid.org/0009-0004-9115-2938>

<https://doi.org/10.18543/ed.3212>

Fecha de recepción: 04.08.2024

Fecha de aprobación: 20.09.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

Este artículo analiza la evolución histórica de los cabildos insulares en Canarias y las competencias atribuidas a la Administración local. Se examina la normativa, doctrina y jurisprudencia que determinan las competencias propias, delegadas y encomendadas de los cabildos. Además, se estudia el marco del Estatuto de Autonomía de Canarias y se compara con otras comunidades autónomas para identificar similitudes y diferencias en la gestión territorial. El estudio concluye que los cabildos insulares han experimentado un proceso de descentralización que les ha otorgado un papel crucial en la gobernanza del archipiélago canario.

Palabras clave

Cabildos insulares, Canarias, administración local, competencias, Estatuto de Autonomía, descentralización.

Abstract

This article analyzes the historical evolution of the island councils in the Canary Islands and the competencies assigned to local administration. It examines the

regulations, doctrine, and jurisprudence determining the island councils' own, delegated, and entrusted competencies. Additionally, the framework of the Canary Islands Statute of Autonomy is studied and compared with other autonomous communities to identify similarities and differences in territorial governance. The study concludes that the island councils have undergone a process of decentralization that has given them a crucial role in the governance of the Canary Islands.

Keywords

Island councils, Canary Islands, local administration, responsibilities, Statute of Autonomy, decentralization.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CABILDOS INSULARES. III. COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. COMPETENCIAS DE LOS CABILDOS INSULARES. 1. Competencias propias. 2. Competencias delegadas. 3. Competencias encomendadas. V. COMPETENCIAS DE LOS CABILDOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la continuidad de la línea argumental este artículo se dedica a un análisis detallado sobre la evolución histórica de los cabildos insulares en el ámbito competencial. Los cabildos insulares, como instituciones clave en la administración de Canarias, han experimentado una notable transformación desde el inicio de la autonomía del archipiélago. El objetivo principal de este estudio es identificar y analizar las competencias propias, delegadas y encomendadas de los cabildos, en concordancia con la normativa, doctrina y jurisprudencia vigente. Además, se pretende evaluar si las competencias descritas en el Estatuto de Autonomía de Canarias son aplicables a la propuesta contenida en este artículo, y comparar estas competencias con aquellas de otras comunidades autónomas con características similares, especialmente en lo referente a iniciativas de movilidad sostenible.

Así mismo, continuamos con la exposición y estudio de las competencias de los cabildos insulares, acorde con lo planteado en la normativa, doctrina y jurisprudencia al respecto, identificando las competencias propias de las delegadas, y finalmente de las encomendadas. De esta manera, se introducen las competencias de los cabildos en el marco de la comunidad autónoma de Canarias, identificando lo descrito en el estatuto de autonomía al respecto, y contemplando si las mismas tienen una aplicabilidad a la propuesta contenida en este trabajo.

La tesis que defiende este estudio es que los cabildos insulares han experimentado un proceso de descentralización que les ha otorgado un conjunto significativo de competencias, lo que les ha convertido en actores clave de la gobernanza territorial en Canarias. Este proceso ha sido impulsado por una legislación específica que ha delimitado y ampliado las responsabilidades de los cabildos, permitiéndoles gestionar eficazmente una amplia gama de asuntos públicos. La investigación sostiene que este modelo de descentralización ha sido beneficioso para el desarrollo sostenible del archipiélago, particularmente en el ámbito de la movilidad sostenible, y que las competencias adquiridas por los cabildos son únicas y adaptadas a las necesidades específicas de Canarias.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CABILDOS INSULARES

Tal como se ha mencionado en diversos párrafos del capítulo anterior, los cabildos insulares disponen de una serie de competencias que los ha transformado en modelos de “administraciones públicas” con una sustancial importancia para el marco administrativo del archipiélago.¹ En este contexto, es posible mencionar que, esta concesión y traspaso de competencias a los mencionados organismos, ha conllevado una de las materializaciones más importantes de todo el procedimiento descentralizador en relación a las entidades y organismos locales, el cual ha tenido lugar en España durante las pasadas dos décadas.²

Esta situación ha conllevado que, desde el comienzo de la autonomía del archipiélago, se mantuviera una conciencia total de la necesidad de gestionar el proceso como una forma que permitiera cumplir con los aspectos recogidos en la CE,³ tal como recoge el artículo 103 del estatuto en vigor de la autonomía canaria⁴:

“En el marco de la legislación básica estatal, corresponde a la comunidad autónoma de Canarias la competencia sobre la determinación, creación, modificación y supresión de las entidades locales que configuran la organización territorial de Canarias, así como el desarrollo de las previsiones del título III del presente Estatuto, respetando la garantía institucional establecida en los artículos 140 y 141 de la Constitución”

No obstante, también se han tenido en cuenta los principios de carácter estatutario, los cuales se describen de forma pormenorizada en el precepto 6⁵ de la misma norma, y son propugnados considerando a los mismos como la “piedra angular” de las organizaciones de carácter administrativo, los cuales son implantados y desarrollados dentro del contexto del “estado autonómico”.⁶

A tenor de lo dispuesto, podemos encontrar las menciones a este elemento específico en la evolución normativa del archipiélago,⁷ como es el

¹ Sarmiento Acosta, M. “Las competencias de los cabildos insulares: análisis y perspectivas”. *Vector plus: miscelánea científico-cultural*, 1994, no 1, p. 29

² Prieto González, L., F. “Las administraciones públicas canarias”. *Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global*. 2007. p. 92

³ Sarmiento Acosta, M. “Los cabildos insulares: notas sobre las últimas reformas”. *Actualidad administrativa*, 1998, no 6, p. 77

⁴ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018

⁵ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018

⁶ Prieto González, L., F. “Las administraciones públicas...”, op., cit., p. 94

⁷ Suay Rincón, J. “Sobre los Cabildos Insulares y...”, op., cit., p. 172

caso de lo mencionado en la “Ley de Cabildos” del año 1986⁸ que se encuentra actualmente derogada, pero que contenía los siguientes aspectos sobre el tema en cuestión:

“La Ley pretende construir un ordenamiento coherente que refleje los principios políticos expuestos a partir de afirmaciones generales que sientan la definición de cada administración pública canaria, regulan las técnicas de atribución de competencias propias a cada una de ellas y prevean las relaciones recíprocas, generando, en definitiva, una actuación administrativa eficaz y coordinada.”

Así como en el precepto 6.2 de la misma normativa ya derogada, y que mencionaba lo siguiente:⁹

“2. El parlamento de Canarias, en ejercicio de su potestad legislativa, podrá atribuir competencias a las diferentes administraciones por cualquiera de los títulos y con ajuste a los principios y las reglas establecidos en el Estatuto de Autonomía de Canarias, en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y en la presente Ley. Mediante la correspondiente legislación autonómica se habilitar al Gobierno de Canarias para que, por medio de los pertinentes decretos, proceda a su desarrollo y ejecución.”

Mientras que el artículo 8 del derogado estatuto contemplaba lo siguiente en relación a las competencias:¹⁰

“1. Cuando no se aprecien las circunstancias previstas en los apartados a) y b) del artículo anterior, en el interés general al que sirve la competencia exija una acción administrativa regional y los principios de eficacia, economía y máxima proximidad a los ciudadanos así lo aconsejen en el caso concreto, el ejercicio de la competencia se asignará a los cabildos insulares a título de gestión ordinaria como Instituciones de la comunidad autónoma, sin perjuicio de la retención por la administración autonómica de la plena disposición sobre dicha competencia conforme a esta Ley. 2. En el supuesto de que esta última reserva de la disposición sobre la competencia no sea indispensable para la adecuada protección del interés general regional, la atribución de la competencia a los cabildos Insulares se hará a título de delegación y en idéntica condición de Instituciones de la Comunidad, 3. No serán trasladables a los cabildos insulares las funciones normativas, de planificación y coordinación en relación con competencia alguna de carácter regional.”

⁸ Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 304, de 20 de diciembre de 1986

⁹ Ibidem

¹⁰ Ibidem

No obstante, la mención también se recogió en otras normas sobre los cabildos,¹¹ como acontece con lo dispuesto en el precepto 8.2 de la también derogada “Ley de Cabildos” del año 1990¹² la cual recoge lo siguiente en relación a las competencias y el ajuste de las mismas a otras normas:

“2. El Parlamento de Canarias, en ejercicio de su potestad legislativa, atribuirá competencias a las diferentes Administraciones por cualquiera de los títulos y con ajuste a los principios y las reglas establecidas en el Estatuto de Autonomía de Canarias, en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y en la presente Ley.”

Dicho lo cual, puede resultar obvio que, para poder llevar a cabo este proceso descentralizador, es indispensable trasladar y atribuir, por medio de las diversas delegaciones, transferencias y encomendaciones de gestión, las posibles competencias en favor de las Corporaciones Insulares, situación que se lleva planteando y materializando desde la década de 1980 hasta la fecha.¹³

Como consecuencia, es posible diferenciar las competencias que los cabildos insulares consideran para las entidades de carácter local,¹⁴ y aquellas que se llevan a cabo bajo el marco de la nueva denominación de “Organismos o Instituciones propias de la Autonomía de Canarias”.¹⁵ Por ende, en el siguiente apartado se realiza un estudio sobre las competencias que corresponden a la administración local, con el fin de identificar las principales diferencias de estas respecto al resto de competencias.

III. COMPETENCIAS DE LA ADMININTRACIÓN

En lo que respecta a este tipo de competencias, las mismas se determinan por un proceso de igualdad o equidad (y como se suele repetir en diversas ocasiones dentro del marco del Derecho de carácter local de España),

¹¹ Carballo Armas, P. “Canarias y su hecho diferencial algunas consideraciones sobre el fundamento histórico de la diferencialidad canaria”. *Revista de ciencias jurídicas*, 2001, no 6, p. 39

¹² Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

¹³ Sarmiento Acosta, M. J. “Los Cabildos Insulares de Canarias”. *Revista de estudios de la administración local*, 2003, no 291, p. 1097

¹⁴ Carballo Armas, P. *Nacionalidad, nacionalismo y autonomía en Canarias*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 74

¹⁵ Agudo González, J. “La regulación de las capitales regionales y su trascendencia a nivel territorial”. *Cuadernos de derecho local*, 2012, no 30, p. 89

respecto a las que disponen las distintas diputaciones de índole provincial, tal como menciona la Ley 7/1985¹⁶ en su precepto 41.1:

“1. Los cabildos insulares canarios, como órganos de gobierno, administración y representación de cada isla, se rigen por las normas contenidas en la disposición adicional decimocuarta de esta ley y supletoriamente por las normas que regulan la organización y funcionamiento de las Diputaciones provinciales, asumiendo las competencias de éstas, sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto de autonomía de Canarias”.

No obstante, es importante mencionar que, el Parlamento canario desempeña un rol trascendental, porque se encuentra legitimado para conceder funciones o poderes a los cabildos, especialmente, en lo que respecta al contexto de actuación de las competencias que han sido asumidas por los mismos.¹⁷

En este orden de cosas, podemos encontrar que, la Ley 14/1990,¹⁸ y que ha sido reformada por la Ley 4/1996¹⁹ y, de forma más reciente por la Ley 8/2001, ha mantenido el criterio establecido en el Estatuto de Autonomía²⁰, definiendo que los cabildos ostentan una atribución de gobierno, gestión y representación del archipiélago, y ostentan una total autonomía para ejercer las competencias de carácter propio.

Por tanto, podemos mencionar que las competencias atribuidas a los cabildos, al mismo tiempo que reconocen dentro del precepto quinto de la Ley de 11 de julio de 1912²¹ son todas aquellas que se pueden atribuir a tenor del carácter en cuestión,²² de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1985, al igual que lo mencionado en las normas reguladoras de los diferentes ámbitos

¹⁶ Ley 7/1985, DE 2 DE ABRIL, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985.

¹⁷ García Herrera, L. M. “La reorganización del gobierno urbano en España: la Ley de medidas para la modernización del gobierno local”. *Coloquios de Historia Canario Americana*, 2006, p. 159

¹⁸ Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

¹⁹ Ley 4/1996, de 5 de noviembre, de modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 283, de 23 de noviembre de 1996

²⁰ Ley 8/2001, de 3 de diciembre, de modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 21, de 24 de enero de 2002

²¹ La Ley sobre Organización Administrativa y Representación a Cortes en las Islas Canarias, aprobada el 11 de julio de 1912, comúnmente denominada y conocida como Ley de Cabildos Insulares.

²² Sarmiento Acosta, M. “Los cabildos insulares...”, op., cit., p. 79

de la gestión de carácter público, tal como se recoge en la Ley 14/1990, específicamente en su precepto 42:²³

“Son competencias propias de los cabildos, además de las reconocidas en el artículo 5 de la Ley 11 de julio de 1912, de Régimen del Archipiélago Canario, las que se les atribuyan con tal carácter, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, y en las leyes reguladoras de los distintos sectores de la actuación pública. Idéntico carácter tendrán las competencias transferidas a los cabildos por Leyes del Parlamento de Canarias.”

En este orden de cosas, las competencias de índole propio son ejercidas dentro del régimen de autonomía y acorde con la responsabilidad propia de cada uno de los cabildos²⁴, constituyendo de esta manera, el epicentro clave de la autonomía que se garantiza y salvaguarda nuestra Carta Magna²⁵. Solamente podrán ser estipuladas mediante una norma²⁶, y no podrán ser consideradas como aspectos de controles de carácter genérico o poco definidos, lo que se traduce en que deben disponer de controles y gestión específicas.

Además, en términos generales, es posible afirmar que, las mencionadas competencias son atribuidas acorde con las diferentes normas de índole sectorial, en otras palabras, son todos los textos normativa que sirven para regular los diversos ámbitos y contextos donde tiene lugar la acción de carácter público (como acontece con la vivienda, las aguas, el urbanismo, turismo, sanidad, patrimonio, entre otros), los cuales serán dictaminados por los legisladores autonómico o estatales, durante la aplicación de las competencias en cuestión, y dentro del marco determinado por el llamado “bloque de constitucionalidad” relativo a las competencias ejercidas por las CC. AA., y que ha sido respaldado por el propio TC, tal como recoge la STC de 214 de diciembre de 1989 que menciona lo siguiente:²⁷

“Esta argumentación compleja debe ser atendida. El precepto impugnado establece el orden de prelación de normas aplicables a las distintas materias que conciernen a la Administración Local, situando en primer lugar los contenidos en la propia Ley, que tiene así efectivamente una

²³ Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990.

²⁴ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985. Artículo 7.2.

²⁵ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Artículos 137.

²⁶ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985. Artículo 7.1.

²⁷ STC de 21 de diciembre de 1989 (online: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1990-624>, consultado el 21 de marzo de 2024)

pretensión de superioridad ordinamental, que se hace explícita en su exposición de motivos. En cuanto que enumera las normas aplicables en una materia en la que la competencia legislativa está dividida entre el estado y las comunidades autónomas: el precepto ha de ser entendido, en consecuencia, como una norma interpretativa de lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad respecto de esta materia.”

De esta manera, existen una serie de competencias que son reconocidas y propias para que los cabildos insulares puedan llevar a cabo su gestión y trabajo, algunas de las cuales se analizan de forma detallada en los siguientes apartados.

IV. COMPETENCIAS DE LOS CABILDOS INSULARES

Tal como hemos podido apreciar, uno de los aportes más importantes de los Estatutos de Autonomía y la normativa que se ha aprobado por el Parlamento Canario tiene que ver con la posición y competencia que tienen los cabildos en esta demarcación. Sin lugar a dudas, la denominación de los mismos como “instituciones de la comunidad autónoma”, emerge como una forma de incluir a las Corporaciones de carácter insular dentro del esquema de la Comunidad, y, por ende, sacar el máximo partido a la solidez y experiencia que las mismas tienen al momento de administrar y gestionar los problemas de índole insular.²⁸

Como consecuencia, la citada definición debe tener una aplicación efectiva y real dentro del marco de competencias atribuido a los cabildos insulares, ya que, en caso opuesto, solamente nos moveríamos en un plano netamente retórico.²⁹ Por este motivo, y en línea con el posicionamiento de las instituciones de la comunidad autónoma. El Estatuto de autonomía Canario concede un grupo de competencias que brindan cierto contenido al marco institucional de las citadas organizaciones.

De esta forma, se sostiene que las mismas tiene un respaldo legislativo dentro del Parlamento autonómico, como se describe de manera detallada en el propio Estatuto de Autonomía en su precepto 44.1 y 2 que describen lo siguiente:³⁰

²⁸ Parejo Alfonso, L., J. “Artículo 2. Los poderes de Canarias”. *Comentarios a la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias*. Boletín Oficial del Estado, BOE, 2020. p. 56

²⁹ López Aguilar, J., F.; García Mahamut, R. “El nuevo estatuto de autonomía de Canarias”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2019, no 115, p. 18

³⁰ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018.

“1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno de Canarias y a los diputados, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento. 2. La iniciativa legislativa corresponde, asimismo, a cada uno de los cabildos insulares, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento.”

Situación similar a lo dispuesto en el precepto 36.2 a), 37 y el 39 de la Ley 14/1990,³¹ cuando este último describe lo siguiente:

“1. El procedimiento se iniciará mediante la presentación, ante la Mesa del Parlamento de Canarias, de la documentación a que se refiere el artículo anterior. 2. Las proposiciones de Ley de los cabildos insulares deberán ser examinadas por la Mesa de la Cámara para la verificación de los requisitos de admisibilidad, según lo establecido en la presente Ley y en el Reglamento del Parlamento de Canarias. 3. Admitida la proposición de Ley se tramitará en la forma prevenida en el Reglamento del Parlamento de Canarias.”

Sin embargo, la citada iniciativa no expone un tipo de pre – análisis o valoración de la titularidad del propio poder de carácter legislativo, ya que lógicamente, el mismo corresponde al Parlamento Canario, y puede abordar cuando ámbito sobre el que se requiera su pronunciamiento en el marco legislativo de la CC. AA.³²

No obstante, existen diversos tipos de competencias que pueden ostentar los cabildos. De esta manera, podemos distinguir una serie de competencias propias, delegadas y encomendadas de los cabildos, las cuales se analizarán en los siguientes apartados.

1. *Competencias propias*

En este marco, las competencias de índole propio disponen de una importancia sustancial para estos organismos, ya que las mismas facilitan la determinación de una capacidad o poder efectivo para que los cabildos, dentro de su desempeño como “corporaciones locales”, puedan gestionar y ordenar un porcentaje importante de acontecimiento que tienen lugar en el marco público insular.³³

Esta afirmación se ve respaldada por lo dispuesto en el precepto 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local³⁴, la cual menciona lo siguiente:

³¹ Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

³² López Aguilar, J., F.; García Mahamut, R. “El nuevo estatuto de autonomía...”, op., cit., p. 19

³³ García Mexia, P. “Breves apuntes sobre el Senado y los entes locales”. *Teoría y realidad constitucional*, 2006, no 17, pp. 337-354. 342

³⁴ Carta Europea de Autonomía Local. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985. «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 1989.

“1. Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.”

Por tanto, los cabildos insulares, ejerciendo su labor como organismos de administración, gobierno, y representación del archipiélago, tienen la posibilidad de ejercer una serie de competencias propias que se relacionan con la labor y administración del territorio, y las cuales serán delegadas por otras administraciones en el marco de lo dispuesto en la normativa de régimen local, así como en la normativa disponible para ello.³⁵

En un marco similar, la normativa expone que, los cabildos insulares en aquellas localidades con menos de 20.000 habitantes, deberán trabajar en la prestación de una serie de servicios de carácter municipal que se contemplan en la normativa básica del régimen de ámbito local, especialmente en los diversos términos y directrices que se determinan en la misma, y en caso que se estime oportuno, en la normativa desarrollada por la comunidad autónoma de Canarias.

En una línea similar, la norma profundiza en las atribuciones competenciales propias de los cabildos insulares, determinando que la CC. AA de Canarias, al determinar los distintos ámbitos de aplicación de las acciones públicas que se contemplan en el Estatuto de autonomía y que concede potestad de carácter legislativo a la misma, concederá a los cabildos insulares la titularidad y el poder ejercer las competencias que sirvan para dar respuesta a los problemas insulares. De esta manera, la norma estipula lo siguiente en su artículo 9.2 y 9.3³⁶:

“La ley determinará con precisión las competencias propias que se atribuyen a los cabildos insulares, de forma que impida las duplicidades administrativas con las competencias de la administración pública de la comunidad autónoma y con las atribuidas a otras administraciones públicas. 3. En aplicación del principio de suficiencia financiera, la atribución de nuevas competencias propias a los cabildos insulares, de acuerdo con lo previsto en este artículo, que supongan cargas económicas adicionales para los mismos, llevarán aparejados los correspondientes traspasos de medios en la forma prevista en esta ley para la transferencia de competencias.”

Sin embargo, estas no son las únicas competencias que ostentan los cabildos, ya que dentro de este marco también podemos encontrar las

³⁵ Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares. Comunidad autónoma de Canarias «BOC» núm. 70, de 14 de abril de 2015 «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015.

³⁶ Ibidem.

competencias denominadas “delegadas” que se analizan de forma pormenorizada en los siguientes apartados.

2. *Competencias delegadas*

Tal como se ha comentado previamente, conjuntamente con las competencias propias, los cabildos pueden hacer empleo de competencias de carácter delegado, las cuales se suelen desarrollar bajo lo definido en la delegación, y son sometidas a una serie de controles y gestiones mucho más estrictas por parte de la Administración que las delega,³⁷ y que, en algunos casos, podría conllevar incluso la revocación de la mencionada delegación, tal como se describe en la Ley 14/1990 en su precepto 55.2³⁸:

“2. Si la advertencia no fuera atendida en los plazos indicados en el apartado anterior, el Gobierno de Canarias, mediante Decreto publicado en el «Boletín Oficial de Canarias», podrá dejar sin efecto, suspendiendo o revocando, la delegación y ejecutar a través de su Administración propia, la competencia delegada. La publicación del Decreto llevará consigo automáticamente la reintegración a la Administración de la Comunidad de los medios y recursos entregados al cabildo insular con ocasión de la delegación.”

Como consecuencia, es posible aplicar a las mismas una serie de estrategias y medidas de gestión y dirección de oportunidad, que, en cualquier escenario, tendrán que mostrar total respeto por la potestad de auto – gestión de los servicios que brindan los cabildos,^{158F}³⁹ tal como se describe en el precepto 7.3 de la Ley 7/1985:⁴⁰

“3. El estado y las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en las entidades locales el ejercicio de sus competencias. Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia.”

³⁷ Tasa Fuster, V. “La provincia como institución local supramunicipal en España”. *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, no 27, p. 328

³⁸ Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

³⁹ Fernández Díaz, A. “Estabilidad presupuestaria y entidades locales: una visión de conjunto”. *Revista española de control externo*, 2008, vol. 10, no 29, p. 93

⁴⁰ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985.

Al igual que lo dispuesto en el artículo 37 de la misma normativa⁴¹ antes mencionada, y que hace alusión a la delegación de las competencias en las Diputaciones,⁴² recogiendo lo siguiente:

“1. Las comunidades autónomas podrán delegar competencias en las diputaciones, así como encomendar a éstas la gestión ordinaria de servicios propios en los términos previstos en los estatutos correspondientes. En este último supuesto las Diputaciones actuarán con sujeción plena a las instrucciones generales y particulares de las comunidades. 2. El estado podrá, asimismo, previa consulta e informe de la comunidad autónoma interesada, delegar en las diputaciones competencias de mera ejecución cuando el ámbito provincial sea el más idóneo para la prestación de los correspondientes servicios. 3. El ejercicio por las diputaciones de las facultades delegadas se acomodará a lo dispuesto en el artículo 27.”

De esta manera, los cabildos insulares disponen de diversas competencias de carácter autonómico que se les han atribuido, delegado o transferido, como es el caso de las dispuestas en el artículo 6 de la normativa en vigor⁴³ y que se recogen en la siguiente tabla:

Atendiendo a lo dispuesto previamente, es posible afirmar que el Gobierno Canario se centra en la coordinación de las actividades llevadas a cabo por los cabildos insulares, especialmente cuando las mismas incidan de forma directa en los intereses de la CC. AA.⁴⁴

Además, será posible ejercer una serie de competencias que han sido transferidas, acorde con lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 42 de la ley 14/1990⁴⁵, la cual tiene un carácter similar a las propias, situación que en la práctica puede diferir de forma sustancial, debido a que se tienen que aplicar los controles que no se contemplan para las competencias de índole propio.

No obstante, y tal como acontecía con el resto de competencias que se han analizado en este apartado, podemos encontrar también un tipo de competencias encomendadas, las cuales se definirán de forma específica en el siguiente apartado.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Hernández Bravo de Laguna, J. “La dimensión insular de la autonomía canaria: islas y comunidad.” *Anales de la Facultad de Derecho*. Servicio de Publicaciones, 2004. p. 68

⁴³ Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares. Comunidad autónoma de Canarias «BOC» núm. 70, de 14 de abril de 2015 «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015.

⁴⁴ Hernández González, F. L. “El sistema de distribución de competencias locales: transferencia, delegación y encomienda de gestión”. *Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global*. 2007. p. 102

⁴⁵ Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

3. Competencias encomendadas

A tenor de lo dispuesto en la normativa aplicable, también podemos encontrar una serie de funciones o competencias de índole encomendado, tal como se menciona de forma específica en la Ley 12/1983⁴⁶, y lo descrito en su precepto 5.1 que menciona lo siguiente al respecto:

“1. Sin perjuicio de las competencias que la legislación de régimen local, tanto del estado como de las comunidades autónomas, atribuya a las diputaciones provinciales, las leyes de las comunidades autónomas podrán transferirles competencias propias a la comunidad o delegarles su ejercicio, siempre bajo la dirección y control de éstas. Las diputaciones provinciales podrán asumir la gestión ordinaria de los servicios propios de la administración autónoma en el territorio de la provincia, en los términos que los estatutos y dichas leyes establezcan. Las transferencias o delegaciones se efectuarán siempre para la totalidad de las diputaciones provinciales comprendidas en el ámbito territorial de la respectiva comunidad autónoma.”

A la vista de lo recogido en la normativa 7/1985,⁴⁷ esta situación se traduce en un control mucho más estricto, ya que en este supuesto existe una sujeción de índole jerárquico de los organismos y sus competencias.⁴⁸

En este marco, cuando nos referimos a las acciones como un simple “préstamo de organismos”, acorde con los cuales, los cabildos se conciben como un mero instrumento para el desarrollo de diferentes actividades, sin que los mismos puedan ostentar la competencia de decidir o conceder responsabilidades de carácter propio,⁴⁹ situación que se ha tenido en cuenta por las diversas normativas, y que se ha intentado solventar dentro del marco de las CC. AA., tal como se describe de forma detallada en el siguiente apartado al respecto.

V. COMPETENCIAS DE LOS CABILDOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Acorde con la definición a la categoría de organismo de las CC. AA de Canarias, el Estatuto de la comunidad concede una serie de competencias (como las descritas en apartados previos), siendo el contenido de las mismas el encargado de definir de forma específica al legislador territorial.

⁴⁶ Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico. «BOE» núm. 247, de 15 de octubre de 1983.

⁴⁷ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985. Artículo 8 y Artículo 37.1

⁴⁸ Corujo Hernández, A. “Los cabildos insulares de canarias...”, op., cit., p. 101

⁴⁹ Ríos Rull, F. “La organización territorial en Canarias”. *Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global*. 2007, p. 18

Un ejemplo claro al respecto lo podemos encontrar en lo dispuesto en el precepto 36 de la Ley 14/1990 que determina lo siguiente en relación a las competencias de los cabildos insulares como organismos autonómicos:⁵⁰

“1. Los cabildos insulares, sin perjuicio de su carácter de órganos de autogobierno insular, ejercen las competencias propias de la comunidad autónoma de Canarias que les atribuye el Estatuto de autonomía, en los términos de la presente Ley. 2. En consecuencia, los cabildos insulares, bajo la dirección y responsabilidad de sus órganos de gobierno: a) Ostentan iniciativa legislativa en el Parlamento de Canarias. b) Colaboran en el desarrollo y ejecución de los acuerdos del Gobierno de Canarias. c) Asumen la representación institucional ordinaria del Gobierno de Canarias en cada isla. d) Ejercen las competencias propias que les garantiza la Constitución, la legislación básica de régimen local y las leyes sectoriales del Estado para el cumplimiento de sus fines. e) Son titulares de las competencias administrativas autonómicas que les transfieran esta u otra ley del Parlamento de Canarias. f) Ejercen las competencias de la titularidad de la administración pública de la comunidad autónoma de Canarias que les sean delegadas previa autorización de esta u otra ley del Parlamento de Canarias. g) Ejercen las competencias de titularidad estatal que le sean delegadas por la administración estatal.”

Al mismo tiempo, en los diversos artículos que se describen a continuación de este precepto, definen de manera puntual las labores a realizar.⁵¹

Por ende, y contemplando lo descrito en las diferentes disposiciones de índole estatutario y en vista de lo descrito en la normativa autonómica del año 1990, es posible identificar las competencias dispuesta a continuación para los cabildos, siempre bajo el marco de sus labores como instituciones de índole autonómico.

A) *Primero, la iniciativa de índole legislativo dentro del parlamento de Canarias:*

De esta forma, la iniciativa en cuestión puede contemplar diversas materias sobre las que tengan competencias la CC. AA, por medio de un organismo con competencias en la materia para ello, como es el caso del

⁵⁰ Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

⁵¹ De la Nuez, G.; Hernández Torres, S. *Ordenación del territorio en Canarias: conceptos e instrumentos*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Las Palmas de Gran Canaria. 2015, p. 59

Parlamento territorial.⁵² En este orden de cosas, el contexto viene definido por la descripción legal y estatutaria de la CC. AA., tal como se describe en la Ley 11/1982⁵³ en su artículo primero:

“Se transfieren a la comunidad autónoma de Canarias las facultades sobre las materias de titularidad estatal contenidas en los artículos de su Estatuto de autonomía que por su naturaleza y por imperativo constitucional así lo exijan de acuerdo con los criterios que a continuación se establecen: a) Las facultades de ejecución de la legislación que corresponde al Estado en dichas materias, conforme al artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución, serán asumidas por la comunidad autónoma mediante los correspondientes decretos de traspaso de los servicios necesarios para hacerlas efectivas, acordados por el procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta del Estatuto de autonomía de Canarias. b) La potestad legislativa sobre tales materias, en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, podrá ser ejercida por la comunidad con toda la amplitud prevista en el artículo 150 de aquélla.”

En otro orden de cosas, los cabildos insulares tienen la potestad de realizar propuestas ante la Cámara regional, ejerciendo de esta forma la iniciativa que se contempla en el precepto 43. e) del Estatuto,⁵⁴ el cual determina lo siguiente: “e) Solicitar del gobierno del Estado la adopción y presentación de proyectos de ley, y presentar directamente proposiciones de ley ante las Cortes Generales, de acuerdo con el artículo 87.2 de la Constitución”.⁵⁵

B) *Establecer una colaboración específica para promover y llevar a cabo una serie de pactos suscritos con el Gobierno canario*

El definir una colaboración, tal como también acontece con la coordinación, emerge como un requisito básico para consolidar la viabilidad de todo el sistema, porque una gestión de índole institucional y territorial tan amplia y compleja como la establecida en el territorio canario, podría fracasar si no contara con los medios e instrumentos técnicos, que sin lugar a dudas le conceden efectividad, funcionalidad y coherencia.

De esta manera, la colaboración se vincula a la ejecución y desarrollo de diversos acuerdos de carácter gubernamental, tal como recoge el propio

⁵² Carrasco Canals, C. “Las transferencias de competencias de titularidad estatal en las comunidades autónomas: Los casos de Canarias y Valencia”. *Revista de administración pública*, 1989, no 120, p. 369

⁵³ Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias. «BOE» núm. 195, de 16 de agosto de 1982.

⁵⁴ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018.

⁵⁵ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Artículo 87.2

Estatuto de Autonomía Canaria⁵⁶. En otras palabras, la colaboración se considera como no genérica y específica, acorde con lo dispuesto en el Dictamen 1/1989:⁵⁷

“El Estatuto distingue también lo que denomina “colaboración en el desarrollo y la ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno canario”, función que, por su tratamiento, debe ser conceptualizada como de naturaleza distinta a las otras técnicas de retribución funcional, en las que, en sentido lato, se da la colaboración entre los cabildos y la CAC. Se trata, sin embargo, de una colaboración no genérica, sino específica, toda vez que su objeto es el desarrollo y ejecución de los acuerdos gubernamentales; es decir, nos encontramos en este caso ante el ejercicio de una función de naturaleza autonómica –particularmente de interés del Gobierno-, relativa al desarrollo y ejecución de acuerdos gubernamentales.”

Mientras que, por otra parte, observamos que tampoco se concede una competencia que pueda conllevar el desarrollo de una responsabilidad originaria y propia de los cabildos, sino que emerge como una responsabilidad producida por esta situación,⁵⁸ y que conlleva la necesidad de proponer y llevar a cabo los acuerdos, contemplando en todo momento los contenidos y elementos que el propio Gobierno Canario les ha definido en vista del Estatuto y marco legal. De esta forma, el cabildo solamente ejerce como un organismo de la CC. AA., bajo el mando de los controles y poderes concedidos por esta.

C) *Concebir y ejercer la representación de carácter ordinario del archipiélago de la CC. AA.*

La función en cuestión tiene una importancia sustancial para el desarrollo de los cabildos insulares dentro del marco institucional de carácter autonómico en el que se desarrollan los mismos y que se conciben al mismo tiempo como organismos de carácter autonómico.⁵⁹ La característica de “ordinario” tiene que ser comprendida como un elemento específico a tenor del cual, los cabildos se definen (al menos en términos generales), como órganos autonómicos en el archipiélago, y que los mismos promueven el desarrollo de diver-

⁵⁶ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018. Artículo 70.

⁵⁷ Dictamen 1/1989 de 3 de abril de 1989 (online: <http://dcc.consultivodecanarias.org/1989/0001.pdf>, Consultado el 11 de abril de 2024).

⁵⁸ Parreño Castellano, J. M.; Díaz Hernández, R. F. “Implicaciones socioeconómicas y territoriales de la doble capitalidad autonómica en Canarias”. *Estudios geográficos*, 2014, vol. 75, no 276, p. 397.

⁵⁹ Trujillo, G. “La Comisión General de los Cabildos Insulares”. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 1999, no 3, p. 49

sas labores principalmente administrativas y trabajos que sirven para definirlos como nexos para las administraciones autonómicas.

En otro orden de cosas, la representación de índole ordinaria no es idéntica a la representación que se contempla en el plano institucional, debido a que esta última se ejerce por parte del presidente del Gobierno de Canarias, tal como recoge el Dictamen 1/1989:⁶⁰

“5. Procede a continuación referirnos a las “funciones de representación ordinaria de la Administración autonómica”. Debe despejarse, de entrada, la confusión que puede haber entre “representación institucional” y “representación ordinaria”, que es la contemplada por el Estatuto, toda vez que aquélla se conecta con el ente que ostenta la personalidad jurídica comunitaria, que es la CAC, representación que, según dispone el art. 1 de la Ley autonómica 1/1983, corresponde al Presidente del Gobierno de Canarias, a quien asimismo compete, en el aspecto protocolario de la representación institucional, presidir en nombre de la comunidad autónoma todos los actos celebrados en Canarias a los que concurra”

Al mismo tiempo, el Estatuto de autonomía de Canarias ha intentado respaldar las características institucionales de los cabildos insulares.⁶¹ Además, en un marco similar, la Ley de Cabildos del año 1990 determina lo siguiente en su precepto 40:⁶²

“1. Los cabildos insulares en el ejercicio de la representación ordinaria del Gobierno de Canarias en cada isla deberán: a) Aplicar estrictamente y velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos regionales. b) Ejecutar los acuerdos del Gobierno regional que les afecten. c) Recibir, fechar, registrar y cursar toda instancia, reclamación, recurso o documento que les fueran presentados dirigidos al Gobierno de Canarias o a su Administración pública. d) Establecer en sus respectivas sedes una oficina de información general al público sobre la organización y actividades de las Administraciones públicas de Canarias. 2. Los cabildos insulares, asimismo, representan protocolariamente, a través de su presidencia, al Gobierno de Canarias, en los actos oficiales que se celebren en la isla, salvo que asistan a los mismos su presidente o vicepresidente o alguno de los consejeros del Gobierno. 3. Los presupuestos generales de la comunidad autónoma arbitrarán el traspaso a los cabildos insulares de los recursos precisos para el ejercicio de estas funciones.”

⁶⁰ Dictamen 1/1989 de 3 de abril de 1989 (online: <http://dcc.consultivodecanarias.org/1989/0001.pdf>, Consultado el 11 de abril de 2024).

⁶¹ De la Cuétara Martínez, J. M. “Enquadramiento de los cabildos insulares en la estructura organizativa de la comunidad autónoma de Canarias”. *Boletín de Documentación de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias*, 1986, no 13, p. 91.

⁶² Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

Como consecuencia, podemos observar que en el apartado a), la normativa expone una ejecución fiel del Derecho de carácter autonómico, al mismo tiempo que determina la necesidad de cuidar y vigilar por un cumplimiento estricto del derecho que emana de los organismos autonómicos, y en términos generales de la totalidad del ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al apartado b), el mismo tiempo que ser interpretado como la necesidad de ejecutar la totalidad de los acuerdos que se desarrollen en el marco insular, ya que al considerarse la misma como una competencia concedida al Cabido, al menos, en su rol como organismo comunitario, y al definirse por la normativa de Cabildos un mecanismo específico para ello, acorde con el cual los cabildos tienen que tutelar los intereses regionales para cumplir con los acuerdos insulares.

Relativo al apartado c), podemos apreciar que es una competencia tácitamente administrativa, dentro de la cual, el cabildo puede colaborar para gestionar las instancias, documentación, reclamaciones o posibles recursos. A tenor de lo descrito, la *ratio legis* que se contempla en la disposición en cuestión, es posible encontrarla dentro de la efectividad, especialmente en la proximidad máxima a los ciudadanos, tal como se recoge también en el precepto 61 del Estatuto de autonomía.⁶³

“1. Corresponde a la comunidad autónoma de Canarias la organización de su propia Administración pública, de conformidad con el presente Estatuto y las leyes, que responderá a los principios de eficacia, economía, máxima proximidad a los ciudadanos y atención al hecho insular. 2. La comunidad autónoma de Canarias ejercerá sus funciones administrativas, bien por su propia administración, bien, cuando lo justifiquen los principios de subsidiariedad, descentralización y eficiencia, a través de los cabildos insulares y ayuntamientos con la adecuada suficiencia financiera, de conformidad con el Estatuto y las leyes.”

Finalmente, el apartado d) del artículo 40 de la Ley de Cabildos⁶⁴ expone lo relacionado con la necesidad de definir en cada una de sus sedes, un organismo para brindar información de índole general al público en relación con la gestión actividades que se lleven a cabo por las Administraciones de la autonomía. Por ende, nos referimos a una labor expresiva de la representación tradicional de la comunidad (lo cual también se repetía en el apartado previamente analizado), y que se justifica en la necesidad de definir una proximidad total hacia la

⁶³ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018.

⁶⁴ Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990

ciudadanía y que la misma tiene que ser ostentada por todas las actividades realizadas por las Administraciones del ente público.⁶⁵

Además, debe intentar plasmar de forma efectiva y real los principios que rigen la política de los poderes de carácter público de Canarias, entre lo que destacan la promoción de los diversos requisitos indispensables para ejercer las libertades y derechos de las personas, o de forma más amplia de los terceros particulares, teniendo en cuenta la información disponible sobre las diferentes iniciativas de las AP (como puede ser el caso de la convocatoria de oposiciones y concursos para formar parte del funcionariado público, desarrollo de fiestas, subvenciones o celebración de actividades oficiales).⁶⁶

Todo ello es esencial para que las expectativas de las terceras partes interesadas, y así mismo, para que puedan ejercer las libertades y derechos que estos ostentan, sin que estas actividades se traduzcan en una declaración de índole retórico, sin significado práctico, ya que esto conllevaría una contradicción directa a lo dispuesto en nuestra Carta magna y lo definido en el artículo 1.1 que estipula lo siguiente⁶⁷: “*1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

No obstante, para algunos expertos como Sarmiento Acosta⁶⁸, esto se podría considerar como una cláusula accesorio, estipulando lo siguiente al respecto:

“lo cual constituye una cláusula residual por la cual el cabildo ejerce cualquier competencia en nombre de la Administración autonómica cuando ésta no la ejerza. Sin embargo, esta disposición plantea un problema de gran envergadura, cual es la inseguridad jurídica, ya que no se sabe con certeza cuál es el ámbito material, el contenido, los límites y la duración de esta función residual. Es evidente que, en este contexto, el criterio rector es el de tutelar los intereses públicos y satisfacer las necesidades colectivas, para dar cumplimiento a los principios constitucionales y estatutarios”

Sarmiento Acosta⁶⁹ sostiene que los principios en cuestión son los recogidos en el artículo 103 de la CE⁷⁰ que menciona lo siguiente:

“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la

⁶⁵ Sarmiento Acosta, M. J. “Los cabildos ante la reforma del estatuto de autonomía de Canarias”. *Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global*. 2007. pp. 41.

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶⁸ Sarmiento Acosta, M. J. “Los cabildos ante la reforma...”, op., cit., p. 41

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

Al igual que lo descrito en el precepto 61.1⁷¹ de la Estatuto de autonomía de Canarias.

De esta forma, resulta importante destacar que todas las competencias que se contempla en el precepto 40 de la Ley de Cabildos, se financian con los presupuestos de la CC. AA., una situación que no podría concebirse de otra forma, ya que estamos tratando con tareas que ejercen los cabildos como organismos comunitarios, y no como entes locales.

D) Llevar a cabo, en representación de la Administración de la autonomía, toda competencia que la misma no pueda ejercer por medio de los organismos administrativo que posee.

Acorde con lo dispuesto en el Estatuto de autonomía de la comunidad autónoma⁷², es posible apreciar que el Estatuto canario no expone de forma clara la medidas o herramienta para asignar la gestión ordinaria de los diversos servicios, sino que el estatuto ha contemplado que le organismo autonómico se sirva de apoyo en la Administración del archipiélago, empleado de manera instrumental al entramado administrativo ya consolidado de los cabildos insulares.⁷³

Al mismo tiempo, es importante destacar la dualidad del organismo que ejerce la competencia en cuestión (la cual es adquirida por este último). En este orden de cosas, sería posible interpretar que la normativa descrita en el Estatuto, se incluye dentro de un marco diferente y que aquello que lo expone es la propia imbricación de los cabildos dentro del marco institucional autonómico canario, ejerciendo un rol particularmente importante. Como consecuencia, la finalidad es que los cabildos se transformen en contextos apropiados para ejercer las competencias de carácter regional, evitando de esta manera, la conformación de una administración de carácter autonómico específico, y que la misma pueda vulnerar los principios de descentralización

⁷¹ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018.

⁷² Ibidem

⁷³ De la Cuétara Martínez, J. M. “Encuadramiento de los Cabildos...”, op., cit., p. 93

y economía contemplados bajo el marco de la CE⁷⁴ y el Estatuto de Autonomía canario⁷⁵.

No obstante, en el Estatuto canario no se pueden contemplar diversa virtualidad de carácter práctico, debido a la propia falta de indeterminación, y debido a la tendencia que tienen las CC. AA., de definir un organigrama propio. Sin embargo, bajo cualquier escenario, el llevar a cabo cualquier tipo de competencias en las que no actúe la Administración autonómica no conlleva que la misma no disponga de una disponibilidad clara sobre esta, ya que la idea principal de esta norma residual es el uso de los cabildos como herramientas instrumentales para conseguir los objetivos de la comunidad.⁷⁶

Es específicamente en las citadas disposiciones del Estatuto de autonomía, en las cuales se pueden observar la dificultad del sistema institucional de Canarias, y los problemas que puede conllevar su desarrollo apropiado. De esta forma, se requerirá, y al mismo tiempo para aplicar lo dispuesto en el precepto 61 del Estatuto de autonomía, por un lado, una clara precisión técnica, mientras que, por otro, un rodaje adecuado para consolidar la estructura administrativa que se propone al respecto.

E) *Determinar una política de economía de carácter insular, acorde con las directrices facilitadas por el Gobierno de Canarias*

La competencia para determinar y diseñar una política económica de carácter insular, corresponde a una competencia que se contempla dentro del marco institucional – autonómico de los propios cabildos. Tal como recoge el Consejo Consultivo de Canarias:⁷⁷

“Ahora bien, de sus contenidos sustantivos resulta evidente que el objetivo fundamental de este Proyecto normativo lo constituye la inordinación de los cabildos insulares en las nuevas estructuras comunitarias. Y en buena medida es legítimo que así sea. No en vano el gran problema pendiente de la organización autonómica de Canarias es justamente el de su ordenación interior, lo que naturalmente conlleva la articulación jurídica de decisiones políticas del mayor relieve en orden al papel asignado a los

⁷⁴ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 103.

⁷⁵ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018. Artículo 61

⁷⁶ Sarmiento Acosta, M. J. “Los cabildos ante la reforma...”, op., cit., p. 41

⁷⁷ Consejo Consultivo de Canarias. Dictamen 1/1985. Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. presidente del Gobierno de Canarias en relación con la adecuación a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del Ordenamiento del “Anteproyecto de Ley regulador del régimen jurídico de las Administraciones públicas canarias” (EXP. 1/1985 APL). 31 de octubre de 1985

cabildos en la distribución interna del poder autonómico, de acuerdo con las previsiones estatutarias al respecto.”

Como consecuencia, la definición en cuestión se aprecia en la posibilidad de emplear las herramientas propias de cada una de las políticas de carácter económico (como es el caso de los presupuestos, programas y otros similares), en el marco autonómico y, como era de esperar, también en el escenario comunitario y estatal, ya que las competencias relacionadas con los elementos económicos son objetivas y especialmente concurrentes, tal como recoge la STC de 28 de enero de 1982,⁷⁸ en la cual se aborda una situación similar con otra CC. AA (País Vasco), determinando lo siguiente al respecto:

“Por último, no podría ampararse la presunta competencia comunitaria en tal materia en el art. 10.25 de su Estatuto, pues si es cierto que éste otorga competencia «exclusiva» a la Comunidad en la «planificación de la actividad económica del País Vasco» también lo es que ese mismo precepto enmarca la citada competencia dentro del respeto («de acuerdo con») a la «ordenación general de la economía», y como el Estado tiene competencia «exclusiva» precisamente para las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», es claro que ambas competencias «exclusivas» están llamadas objetiva y necesariamente a ser concurrentes, de modo tal que la prioridad «vertical» corresponde en materia de coordinación de la planificación de la actividad económica al Estado en todo el ámbito nacional, y después y con la obligación de someterse a aquella coordinación ha de situarse la correspondiente competencia, en la esfera comunitaria, de los órganos estatutarios del País Vasco.”

Así mismo, considerando el objetivo y propia naturaleza de la economía, la misma requiere de un abordaje que no aconseja la nucleación en diversos compartimentos estancos de las distintas políticas aplicables. Además, la práctica del Derecho comparado ha venido a demostrar de forma casi concluyente, la indispensable necesidad de interrelaciones y coordinar la economía, como acontece con la “*commerce clause*” del derecho anglosajón, y la interpretación de la misma por los tribunales correspondientes, tal como sostiene Cabrera Velez⁷⁹ al respecto:

“La ‘*commerce clause*’, que en su traducción más aproximada significa: cláusula de comercio, es un poder enunciado en la Constitución de los Estados Unidos (1787), Artículo 1, Sección 8, Cláusula 3, que se le otorga al Congreso de los Estados Unidos, para que pueda regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y las tribus ame-

⁷⁸ STC de 28 de enero de 1982. ECLI: ES:TC: 1982:1

⁷⁹ Cabrera Vélez, J. “*Commerce clause*, elemento caracterizador del federalismo”. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, 2021, vol. 27, no 3, p. 409, <https://www.redalyc.org/journal/280/28068740026/28068740026.pdf>.

ricanas; lo cual, implica que el comercio de los distintos estados está supe-
ditado a un control a nivel federal. Fundamentado en que, lo central en
relación con el desarrollo económico regional es disminuir las desigualda-
des que existen en el país. No obstante, vale indicar que los distintos Esta-
dos poseen cierta facultad relativa en cuanto a ordenar su comercio, pero
siempre desde un punto de vista limitado.”

De esta manera, la cláusula en cuestión se ha considerado como un ali-
ciente jurídico más efectivos para el desarrollo sustancial de la nación ameri-
cana.

Por tanto, si bajo este marco, el Estado ostenta una competencia exclusiva
de la coordinación y las bases de la organización general de las actividades
de carácter económico, o sobre algunos elementos como la banca, créditos y
seguros acorde con lo dispuesto en nuestra carta magna en su precepto 149⁸⁰
que describe una amplia gama de competencias exclusivas que son ejercidas
por el Estado español, al igual que si dispone de un porcentaje importante de
las competencias en materia fiscal, a tenor de lo dispuesto en el apartado pri-
mero del precepto 133 de la CE⁸¹: “1. La potestad originaria para establecer
los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.”

De esta forma, Canarias tiene una serie de competencias relacionadas con
la promoción del desarrollo de carácter económico de la CC. AA., en línea
con los objetivos que se han definido en materia económica, recogidos en
nuestra Carta magna⁸² en el precepto 148.1.13^a) que menciona lo siguiente:
“13.ª El fomento del desarrollo económico de la comunidad autónoma dentro
de los objetivos marcados por la política económica nacional”. Así como
lo dispuesto en el artículo 106.1 del Estatuto de Autonomía canario⁸³:

“1. Corresponde a la comunidad autónoma de Canarias la competencia
en materia de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones
públicas canarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de
la Constitución. Esta competencia incluye, en todo caso: a) El estableci-
miento de los medios necesarios para ejercer las funciones administrativas,
incluyendo la regulación del régimen de los bienes de dominio público y
los patrimoniales de su titularidad. b) Las potestades de control, inspec-
ción y sanción en todos los ámbitos materiales de competencia de la comu-
nidad autónoma de Canarias. c) La aprobación de las normas de procedi-
miento administrativo que deriven de las particularidades del derecho
sustantivo de Canarias o de las especialidades de la organización de la

⁸⁰ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 149.

⁸¹ Ibidem

⁸² Ibidem

⁸³ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018

Administración pública canaria. d) El establecimiento del régimen de precedencias y protocolo de sus propias autoridades y órganos.”

Como también podrá ostentar las competencias de índole sectorial relacionadas con la ganadería y la agricultura como se describe en la CE⁸⁴ y en el propio Estatuto de autonomía en su artículo 130⁸⁵, acorde con el orden general de la economía del estado, o relacionadas con los organismos de crédito de cooperativo público o territorial, como también las cajas de ahorro.

En otro orden de cosas, la inclusión de España dentro de la CEE, y el impacto económico que esto conllevó, hizo que las economías se vieran sujetas a la gestión de una organización de carácter supranacional y a las herramientas jurídicas por medio de las cuales se lleva a cabo la inclusión del producto (como es el caso de las Directivas, reglamentos y otros). Bajo este escenario político y económico se desarrollan los cabildos, considerando la interconexión de los mismos con la situación, porque solamente de esta manera se podría responder de forma clara a los imperativos definidos en el texto constitucional.⁸⁶

Como consecuencia, la política económica que definen los cabildos insulares se pone de manifiesto en el marco de comunicación e interdependencia que se podría representar de forma gráfica como una estructura circular, lo que conlleva que la actividad que se desarrolla en su marco, tiene una relación obligada con las actividades que se llevan a cabo en el resto de ámbitos interconectados.

No obstante, y tal como hemos podido apreciar gracias a la jurisprudencia citada, esta situación no es exclusiva del territorio canario, sino que se aplica en otros entornos y comunidades autónomas similares, siendo este aspecto el elemento a analizar en el siguiente apartado.

VI. CONCLUSIONES

El análisis realizado en este artículo evidencia que los cabildos insulares han sido fundamentales en el proceso de descentralización administrativa en Canarias. La atribución de competencias propias, delegadas y encomendadas a los cabildos no solo ha reforzado la autonomía administrativa del archipiélago, sino que también ha permitido una gestión más eficiente y cercana a las necesidades de los ciudadanos. Las comparaciones con otras comunidades autónomas demuestran que la estructura competencial de los cabildos puede

⁸⁴ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 148.1.7ª)

⁸⁵ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018, artículo 130.

⁸⁶ Sarmiento Acosta, M. J. “Los cabildos ante la reforma...”, op., cit., p. 41

servir como modelo para el desarrollo de iniciativas de movilidad sostenible en contextos similares.

La evolución de los cabildos insulares en Canarias refleja un proceso dinámico y complejo de descentralización y fortalecimiento de la autonomía local. Este recorrido histórico y competencial pone de manifiesto la capacidad de adaptación y la relevancia de estas instituciones en la gestión pública del archipiélago. En este sentido, es fundamental seguir investigando y proponiendo mejoras en el marco competencial de los cabildos para asegurar que estén equipados para enfrentar los desafíos emergentes y servir de manera óptima a la comunidad canaria. La sostenibilidad y la movilidad, como áreas prioritarias, deben seguir siendo el foco de iniciativas innovadoras y colaborativas, respaldadas por un marco normativo robusto y adaptativo.

En cuanto a las propuestas de lege ferenda, resulta pertinente plantear ciertas modificaciones normativas que refuercen y amplíen las capacidades de los cabildos en la gestión de asuntos públicos. Entre las propuestas más destacadas se encuentran:

1. Revisión y actualización de la Ley de Cabildos: Para hacer frente a los retos actuales, como la sostenibilidad y la movilidad, es recomendable actualizar la normativa que regula los cabildos. Esta reforma debería contemplar la ampliación de competencias en áreas clave y proporcionar mayor flexibilidad para implementar políticas adaptativas a las necesidades cambiantes del archipiélago.

2. Mejora de la cooperación interadministrativa: Se hace necesaria la creación de un marco jurídico que fortalezca la colaboración entre los cabildos, la administración autonómica y la estatal. Esto podría traducirse en nuevos mecanismos legales que permitan una gestión coordinada en sectores como el transporte, la gestión de recursos naturales o el turismo sostenible, mejorando la eficiencia y la coherencia de las políticas públicas.

3. Fomento de la participación ciudadana: Es esencial proponer una normativa que incremente los mecanismos de participación ciudadana en la gestión de los cabildos, lo cual no solo fortalecería la legitimidad de estas instituciones, sino que también aseguraría que las políticas públicas estén mejor alineadas con las necesidades y expectativas de los ciudadanos.

En una valoración de conjunto, el estado actual de los cabildos insulares muestra un modelo exitoso de descentralización que ha sido clave en la gobernanza de Canarias. Las competencias que han adquirido les han permitido gestionar eficazmente una amplia gama de asuntos públicos, desde la movilidad sostenible hasta la política económica insular. Sin embargo, este modelo debe seguir evolucionando para responder a desafíos globales como el cambio climático, la digitalización o la sostenibilidad a largo plazo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Agudo González, J. “*La regulación de las capitales regionales y su trascendencia a nivel territorial*”. Cuadernos de derecho local, 2012, no 30, p. 89
- Cabrera Vélez, J. “*Commerce clause, elemento caracterizador del federalismo*”. Revista de Ciencias Sociales (Ve), 2021, vol. 27, no 3, p. 409
- Carballo Armas, P. “*Canarias y su hecho diferencial algunas consideraciones sobre el fundamento histórico de la diferencialidad canaria*”. Revista de ciencias jurídicas, 2001, no 6, p. 39
- Carballo Armas, P. “*Nacionalidad, nacionalismo y autonomía en Canarias*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.74
- Carrasco Canals, C. “*Las transferencias de competencias de titularidad estatal en las Comunidades Autónomas: Los casos de Canarias y Valencia*”. Revista de administración pública, 1989, no 120, pp. 361-380.
- Corujo Hernández, A. “*Los cabildos insulares de canarias: ¿un desafío para la gobernanza autónoma?*”. Cuadernos de Gobierno y Administración Pública, 2020, vol. 7, no 2, p. 101
- De la Cuétara Martínez, J. M. “*Encuadramiento de los cabildos insulares en la estructura organizativa de la comunidad autónoma de Canarias*”. Boletín de Documentación de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, 1986, no 13, pp. 91,93
- De la Nuez, G.; Hernández Torres, S. “*Ordenación del territorio en Canarias: conceptos e instrumentos*”. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Las Palmas de Gran Canaria. 2015.
- Fernández Díaz, A. “*Estabilidad presupuestaria y entidades locales: una visión de conjunto*”. Revista española de control externo, 2008, vol. 10, no 29, p. 93
- García Herrera, L. M. “*La reorganización del gobierno urbano en España: la Ley de medidas para la modernización del gobierno local*”. Coloquios de Historia Canario Americana, 2006, p. 159
- García Mexia, P. “*Breves apuntes sobre el Senado y los entes locales.*” Teoría y realidad constitucional, no. 17, 2006, pp. 337-354.
- Hernández Bravo de Laguna, J. “*La dimensión insular de la autonomía canaria: islas y comunidad.*” Anales de la Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, 2004. p. 68
- Hernández González, F. L. “*El sistema de distribución de competencias locales: transferencia, delegación y encomienda de gestión*”. Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global. 2007. p. 102
- López Aguilar, J., F.; García Mahamut, R “*El nuevo estatuto de autonomía de Canarias.*” Revista Española de Derecho Constitucional, no. 115, 2019, pp. 18,19.
- Parejo Alfonso, L., J. “*Artículo 2. Los poderes de Canarias.*” Comentarios a la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. Boletín Oficial del Estado, BOE, 2020, pp. 56.
- Parreño Castellano, J. M.; Díaz Hernández, R. F. “*Implicaciones socioeconómicas y territoriales de la doble capitalidad autónoma en Canarias*”. Estudios geográficos, 2014, vol. 75, no 276, p. 397.

- Prieto González, L., F. *"Las administraciones públicas canarias."* Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global, 2007, pp. 92,94
- Ríos Rull, F. *"La organización territorial en Canarias"*. Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global. 2007, p. 18
- Sarmiento Acosta, M. J. *"Los cabildos ante la reforma del estatuto de autonomía de Canarias"*. Canarias: Un nuevo pacto local en un mundo global. 2007. P. 41
- Sarmiento Acosta, M., J. *"Los Cabildos Insulares de Canarias"*. Revista de estudios de la administración local (REAL), 2003, núm. 291, p. 1107
- Sarmiento Acosta, M. *"Los cabildos insulares: notas sobre las últimas reformas."* Actualidad administrativa, no. 6, 1998, pp. 77,79
- Sarmiento Acosta, M. *"Las competencias de los Cabildos Insulares: análisis y perspectivas"*. Vector plus: miscelánea científico-cultural, 1994, no 1, p. 29
- Suay Rincón, J. *"Sobre los Cabildos Insulares y su caracterización institucional"*. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 2006, no 300-301, p. 172
- Tasa Fuster, V. *"La provincia como institución local supramunicipal en España"*. Revista Boliviana de Derecho, 2019, no 27, p. 328
- Trujillo, G. *"La Comisión General de los Cabildos Insulares"*. Parlamento y Constitución. Anuario, 1999, no 3, p. 49

Normativa

- Carta Europea de Autonomía Local. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985. «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 1989.
- Consejo Consultivo de Canarias. Dictamen 1/1985. Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la adecuación a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del Ordenamiento del "Anteproyecto de Ley regulador del régimen jurídico de las Administraciones públicas canarias" (EXP. 1/1985 APL). 31 de octubre de 1985
- Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Dictamen 1/1989 de 3 de abril de 1989 (online: <http://dcc.consultivodecanarias.org/1989/0001.pdf>, Consultado el 11 de abril de 2024).
- Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico. «BOE» núm. 247, de 15 de octubre de 1983.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985.
- Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 304, de 20 de diciembre de 1986
- Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, «BOE» núm. 225, de 19 de septiembre de 1990
- Ley 4/1996, de 5 de noviembre, de modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 283, de 23 de noviembre de 1996
- Ley 8/2001, de 3 de diciembre, de modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias. «BOE» núm. 21, de 24 de enero de 2002

Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares. Comunidad Autónoma de Canarias «BOC» núm. 70, de 14 de abril de 2015 «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015.
Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 195, de 16 de agosto de 1982.
Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. «BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018
STC de 28 de enero de 1982. ECLI: ES:TC: 1982:1
STC de 21 de diciembre de 1989 (online: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1990-624>, consultado el 21 de marzo de 2024)

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ¿ERA NECESARIA? ¿HA SIDO ACERTADA?

*The amendment of art. 49 of the Spanish Constitution: Was it
necessary? Is it good enough?*

Begoña Rodríguez Díaz

Prof. contratada doctora

Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, España.

<https://orcid.org/0000-0003-3158-0581>

<https://doi.org/10.18543/ed.3213>

Fecha de recepción: 12.09.2024

Fecha de aprobación: 10.10.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

Este trabajo analiza la reciente reforma del artículo 49 de la Constitución española, cuya aportación fundamental es la sustitución de la referencia a los “disminuidos” por “personas con discapacidad”. La cuestión semántica revela una evolución en la consideración a las personas con discapacidad, tanto desde el punto de vista jurídico como antropológico. Por ello, se evalúa la necesidad de dicha modificación a la luz del cambio de modelo que supuso la adopción de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y se analiza en qué medida la nueva redacción es acertada en su contenido.

Palabras clave

Personas con discapacidad; reforma constitucional; igualdad; modelo social.

Abstract

This paper analyzes the recent amendment of art. 49 of the Spanish Constitution, whose main contribution is the replacement of the reference to “handicapped” by “persons with disabilities”. The semantic issue reveals an evolution in the consideration of people with disabilities, both from a legal and anthropological point of view. Therefore, the need for such modification is evaluated in the light of the change of model brought about by the adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Also, an analysis is made of the extent to which the new wording is good enough in its content.

Keywords

Persons with disabilities; constitutional amendment; equality; social model.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LO LARGO DE LA HISTORIA. III. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN. IV. LA REFORMA DEL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN, ¿ERA NECESARIA? 1. La cuestión semántica. 2. El contenido. 3. Las garantías. 4. Consideraciones finales: ¿era necesaria la reforma del art. 49? VI. LA REFORMA DEL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN ¿HA SIDO ACERTADA? 1. Historia de la primera reforma social de la Constitución. 2. Análisis de la nueva redacción del art. 49 C.E.: posibles limitaciones. VII. CONCLUSIONES. VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de enero de 2024 el Congreso de los Diputados aprobó de modo casi unánime¹ una proposición de reforma de la redacción del artículo 49 de la Constitución Española que llevaba siendo reclamada por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad desde hace lustros. Esta reforma fue considerada por dichas organizaciones “un caso de éxito de la incidencia política de la sociedad civil organizada” (Pérez Bueno 2024). ¿Cuál era el interés de dichas organizaciones y qué solicitaban? De modo muy sintético, podemos decir que se exigía la sustitución del término “disminuidos” por “personas con discapacidad”, en línea con la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), adoptada por Naciones Unidas en 2006² y en vigor en España en 2008³.

En este trabajo queremos hacer un análisis de las causas y consecuencias de esta modificación normativa. La cuestión semántica no es baladí y revela una evolución en la consideración a las personas con discapacidad, tanto desde el punto de vista jurídico como antropológico. El objeto de esta investigación es analizar dicha evolución y ofrecer una valoración crítica, completa y sistemática de la redacción actual del precepto constitucional. Nuestra

¹ Votaron a favor 312 diputados frente a 32 votos en contra. *Vid.* Diario de sesiones del Congreso de los Diputados núm. 18, 2024, p. 27, Sesión plenaria núm. 17 (extraordinaria).

² *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Nueva York, 13 de marzo de 2006 en: UN Treaty Series vol. 2515, núm. 44910, registrado el 3 de mayo de 2008.

³ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659. La Convención fue asimismo ratificada por la Unión Europea (Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, DOUE L 23/35 de 27 de enero de 2010).

hipótesis es que la reforma del artículo 49 era necesaria, pero no ha sido acertada, entras razones, por partir de un enfoque antropológico reduccionista.

Para abordar esta investigación es necesario ofrecer, como punto de partida, un breve repaso a la consideración a las personas con discapacidad a lo largo de la historia, que permita comprender el avance que supuso que la Constitución española, en su versión original⁴, dedicase un artículo al amparo que los poderes públicos debían garantizar a los “disminuidos” (sic) para el disfrute de sus derechos.

Analizaremos el precepto constitucional en su redacción original, que revela un enfoque médico-asistencialista, propio de los años 70. Este modelo queda superado por la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad. La reforma del art. 49 de nuestra Carta Magna no puede entenderse al margen de dicha Convención, que adopta el llamado “modelo social” y un enfoque derechos humanos.

Con ello, abordaremos la cuestión sobre la necesidad de la reforma del artículo 49 C.E., analizando la cuestión terminológica, el contenido del precepto y sus garantías.

Finalmente, analizaremos los posibles límites de la reforma y nos preguntaremos si la celebrada reforma constitucional ha sido más bien una oportunidad perdida.

II. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LO LARGO DE LA HISTORIA

Es necesaria una mirada histórica a la consideración de las personas con discapacidad para comprender la evolución en su tratamiento jurídico y la trascendencia de la modificación normativa que estamos analizando.

La mayoría de los estudiosos distinguen tres etapas históricas, a las que corresponden los modelos básicos de consideración de las personas con discapacidad: el modelo de prescindencia, el modelo médico-rehabilitador y el modelo social. Aunque hay una clara evolución histórica, observamos que perviven hoy en día ciertos elementos de modelos en principio superados.

Antes de describir brevemente cada modelo, resulta de enorme interés poner en valor las investigaciones que demuestran que en la época prehistórica se prestaba asistencia y cuidado a personas con deficiencias físicas, que no habrían podido llegar a la vida adulta sin dichos cuidados. Esto es lo que la antropóloga Margaret Mead calificó como el comienzo de la verdadera humanidad (Pearson 2023).

⁴ España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

Sin embargo, a lo largo de la historia, las personas con discapacidad han sido “indistintamente despreciados, adorados, compadecidos, aniquilados o temidos según las ideologías imperantes en el grupo social de pertenencia” (Nasso 2011), según la reacción que provocara el encuentro con el “diferente”. Desde la especial estima a las personas con discapacidad de los pueblos mayas o su consideración como semidioses por los pueblos nórdicos, a la más común reacción de rechazo, abandono e incluso exterminio.

En la época antigua y medieval el modelo imperante fue el de prescindencia, que supone un rechazo a la persona con discapacidad, ya sea mediante políticas eugenésicas o mediante el ocultamiento e institucionalización de las personas con deficiencias físicas o psíquicas. Esto ha sido clasificado por Agustina Palacios como submodelo eugenésico y submodelo de marginación respectivamente (Palacios 2008).

El submodelo eugenésico queda patente en el mundo clásico griego, con su conocido culto a la salud y a la belleza física. Tanto Platón como Aristóteles aconsejan eliminar a los débiles y deficientes (Velarde Lizama 2016), siendo muy conocidas las prácticas de Esparta de despeñar a los niños nacidos con deformidades. Este modelo, sin embargo, no aplicaba a aquellos con discapacidad sobrevenida en la vida adulta y, de hecho, la constitución ateniense preveía el otorgamiento de una pensión a los mutilados físicos, lo que parece apuntar a la relación entre el sentido de la vida de una persona y su utilidad (Velarde Lizama 2016).

El enfoque eugenésico no queda relegado al ámbito de la Antigüedad. Conviene recordar las prácticas nazis de experimentación y eliminación de las personas con discapacidad, impulsadas por Hitler en el famoso programa Aktion 4 (De Prada Pérez 2021). Incluso actualmente, el aborto por motivo de deficiencia fetal es permitido en más de un tercio de los Estados⁵, sin restricciones en cuanto al tipo de deficiencia en más del 51% de los casos (Lavelanet et al. 2018).

La transición al submodelo de marginación, caracterizado por la exclusión, viene impulsada por la expansión del cristianismo, que condena el infanticidio. Durante el medioevo proliferaron los asilos y hospitales donde se cuidaba a niños con discapacidad que habían sido abandonados. Las personas con discapacidad subsistían principalmente por la asistencia y la mendicidad. Junto a ello hay que destacar su uso como modo de diversión, a través de la ridiculización de sus atributos físicos.

Una vez más, no podemos dar este submodelo por superado, pues en la actualidad persisten prácticas de institucionalización de personas con discapacidad, piénsese por en el caso del internamiento de personas con

⁵ En concreto, lo permiten setenta y seis, a marzo de 2024, según los datos de Global Abortion Policy Database, <https://abortion-policies.srhr.org/?mapq=q1h>.

discapacidad en centros en contra su voluntad y sin consentimiento libre e informado⁶.

A partir del siglo XX se aprecia un cambio de paradigma y aparece el llamado modelo médico-rehabilitador. La discapacidad comienza a definirse a partir de un criterio exclusivamente científico-médico.

Al buscar las causas que dan origen a la discapacidad, las respuestas se centran exclusivamente en las “limitaciones” que tiene la persona. La persona con discapacidad es un ser humano que se considera desviado de una supuesta norma estándar, y por dicha razón (sus desviaciones) se encuentra limitada o impedida de participar plenamente en la vida social.

Esta suposición arrastra, asimismo, una identificación de la diversidad funcional con la enfermedad. Esto comporta el convencimiento de que la “deficiencia/enfermedad”, al ser una situación modificable, debe ser en todos los casos “curada”, y por ende las personas con discapacidad han de ser en todos los casos “rehabilitadas”. (...) la vida de una persona con discapacidad tiene un sentido, pero siempre supeditado a dicha rehabilitación, que —como se verá— será perseguida a través de ciertas herramientas, entre las que se destacan la intervención estatal en lo relativo a la asistencia pública, el trabajo protegido, la educación especial, y los tratamientos médicos y aplicación de avances científicos. (Palacios 2008).

Como muestra de esta concepción, en España en 1910 se define como “anormales” a quienes están privados de alguno de los sentidos corporales o sufren un desarrollo mental imperfecto⁷, y se declara “inútiles”⁸ a quienes no son considerados útiles para una determinada labor.

El siguiente término es el de «subnormal»⁹, por debajo de normal, el de «inválido»¹⁰, como no válido, y el de «deficiente»¹¹ como defectuoso o incompleto, señalando en todos los casos aspectos negativos sobre la discapacidad (Andreu Abela, Ortega Ruiz, y Corbacho 2003).

Esta concepción había sido propiciada por el sistema productivo iniciado con la Revolución Industrial: se valora a la persona por lo que aporta al proceso de producción, identificándose implícitamente a los “inválidos” o “inútiles” con personas sin valor por no contribuir al “bien económico de la

⁶ Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities: “Rights of persons with disabilities” (2019), A/HRC/40/54.

⁷ Real Decreto para la Creación del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales de 1910.

⁸ Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los Jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por la pérdida total de la visión, 1931.

⁹ Orden para Asociaciones de Inválidos para el trabajo, 1940.

¹⁰ Decreto para la Creación del Patronato Nacional de Cultura de los Deficientes, 1934.

¹¹ Decreto de Asistencia a Enfermos Psiquiátricos, 1931.

comunidad” (Ávila Calvo 2014). Más adelante, la Organización Mundial de la Salud propuso el término “minusvalía”¹², etimológicamente, “de menor valor”. Otro término coetáneo es el de “disminuido”, que es el que se incluía en la redacción original de nuestra Carta Magna. Se pone el valor en lo que la persona es capaz de hacer y no en lo que es, lo que tiene consecuencias no solo en el plano jurídico (con un tratamiento jurídico diferenciado y a menudo discriminatorio) sino en una “identidad deteriorada”, un estigma que “conduce a su poseedor a adquirir una identidad devaluada que pone en cuestión su pleno carácter humano” (Ferrante 2013, 100).

El modelo médico cobra especial auge a partir de la I Guerra Mundial, por la necesidad de “rehabilitar” al gran número de personas que habían quedado impedidas como consecuencia de la contienda, sacrificándose por la patria. Los mutilados de guerra, junto con el incremento de discapacitados por accidentes laborales ocasionado por el sistema de producción industrial, evidenciaban una situación de destrucción y debilitamiento, que exigía de alguna manera una restauración, una recuperación, una vuelta a la situación anterior (Palacios 2008, 69).

Una de las ventajas del modelo médico-rehabilitador es que supuso el surgimiento de políticas públicas al servicio de las personas con discapacidad, sustituyéndose “la caridad medieval por la beneficencia estatal”(Velarde Lizama 2016, 124).

Sin embargo, se ha señalado que este modelo propugna la rehabilitación y “normalización” como un paso previo a la integración social e incluso como una condición para el acceso real y efectivo a los derechos (Cuenca Gómez 2011).

El modelo médico partía por tanto de un enfoque paternalista, pues el objetivo era acercar a las personas con discapacidad a una situación de “normalidad”. Por ello, se le ha considerado “portavoz de una ideología basada en la desaparición de la diferencia”(Velarde Lizama 2016, 124). El modelo rehabilitador o modelo médico intenta restaurar médicamente el cuerpo que no funciona de modo “normal” y no cumple el ideal de perfección (Tealdi 2013).

Esta contraposición entre los “normales” y los “disminuidos” fue contestada por el Movimiento por la Vida Independiente iniciado en los años 60 en la Universidad de Berkeley y que supuso el inicio de los llamados *Disability Studies*.

Mientras que desde el modelo médico hegemónico y rehabilitador la discapacidad se interpretó como un problema individual derivado de la

¹² OMS, Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), 1980.

portación de una falla o déficit corporal, en los “Disability Studies” se la entenderá como un problema social, esto es, como un conjunto de procesos sociales que han conducido históricamente a que las personas con discapacidad sufran exclusión social y discriminación. Tal es así que uno de los presupuestos fundamentales radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales, sino que son sociales.(Itatí Acuña 2019, 51)

Se rechazaba el modelo médico rehabilitador, argumentando que la idea de normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden “a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante”(Cuenca Gómez 2011), generando barreras y limitaciones a la participación de aquéllos que no encajan en el modelo estándar. El ejemplo típico es la arquitectura urbana, pensada para personas ‘normales’ en términos de movilidad, que no tiene en consideración a personas en sillas de ruedas. Si se elimina la barrera, en este caso con rampas, ascensores, etc., se permite la participación plena de esa persona con discapacidad.

Este movimiento tuvo una enorme repercusión en Reino Unido, donde en los años 70 se propuso la adopción de los “Principios Fundamentales de la Discapacidad”, que el activista y académico Mike Oliver usó como base del “modelo social de discapacidad”, definiendo la discapacidad como “una forma particular de opresión social” (Haserl 2003, 57).

Esta corriente tuvo una gran influencia en la CDPD, que define a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 2).

La Convención adopta por tanto el modelo social, pero más allá del mismo, se caracteriza por un enfoque de derechos humanos, basado en “la dignidad inherente” de las personas con discapacidad” (art. 1), cuyo respeto es uno de los principios de la Convención (art. 3).

A nuestro juicio, aquí es donde reside el principal valor de la Convención: en el reconocimiento de la dignidad inherente de la persona con discapacidad, desligado como en el pasado de su asimilación con las personas “normales”, reconociendo su contribución específica, y exigiendo a los Estados medidas concretas en todos los ámbitos que permitan que puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, incluso cuando se necesite para ello “un apoyo más intenso” (Preámbulo).

En España, que procedió a una rápida ratificación de la Convención, nos encontramos con un enorme contraste entre las exigencias de la Convención y las políticas y legislaciones vigentes. Como señaló Pérez Bueno,

La Convención es un tratado internacional ambicioso, innovador y exigente, casi disruptivo, respecto de lo que venía siendo tradicional en

esta materia, a escala internacional, regional y nacional; y las políticas y legislaciones españolas son un precipitado histórico disímil, discontinuo y fragmentario, sin carácter sistemático, que abreva en modelos preexistentes y superpuestos (médico, rehabilitador, asistencial, algún atisbo de no discriminación, etc.) muchas veces incoherentes y hasta incompatibles con el social y de derechos humanos que informa cabalmente la Convención (Pérez Bueno, De Lorenzo García, y Miguel Vijandi 2016, 301).

Pérez Bueno señala que las numerosas modificaciones normativas adoptadas desde la entrada en vigor de la Convención en España no han obedecido a una planificación sistemática sino a intentos dispersos de adaptación de nuestra legislación a lo exigido por la Convención.

Entre las modificaciones normativas más importantes adoptadas para ajustarse a lo exigido por la CDPD podemos destacar la adopción de:

- La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.
- Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- La Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024, que constituye el objeto del presente estudio.

Entre las carencias más palmarias, podemos destacar, con el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad:

- La falta de consonancia con la Convención y con el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos de “varias leyes y políticas nacionales, regionales y municipales, en particular el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (2013) y la Ley de Promoción de la Autonomía Personal (2006)”, en particular: “el predominio de un enfoque paternalista y la ausencia de disposiciones basadas en los derechos humanos en los sistemas de salud mental”¹³.

¹³ CRPD/C/ESP/CO/2-3, de 9 de abril de 2019.

- la Ley 2/2010, que mantiene dos casos específicos y más amplios de aborto eugenésico, ligado a la discapacidad y la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En ambos casos, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha considerado que “contribuyen a la estigmatización de la discapacidad, lo cual puede propiciar la discriminación”¹⁴.

III. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 49 de la Constitución se inserta en el capítulo III del título I, sobre derechos y libertades fundamentales. Forma parte, por tanto, de los llamados “principios rectores de la política social y económica”: no son derechos subjetivos sino “compromisos de actuación del Estado en los campos recogidos por la Constitución” (García Escudero y García Martínez 1998, 116), que deben inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Como señalan García Escudero y García Martínez (1998, 116), durante la gestación de nuestra Carta Magna hubo voces que advirtieron del carácter bien intencionado, pero necesariamente utópico de algunos de estos preceptos y del riesgo de frustración a la hora de hacer valer los derechos en ellos contemplados. En particular, respecto al artículo 49, se ha señalado que encaja en la vertiente “pedagógica” y “voluntarista” de la Constitución, que se inspiró en declaraciones y textos internacionales¹⁵ que tampoco daban lugar a derechos exigibles (Vida Soria 1996, 358). Por ello, se ha considerado que el tratamiento de la versión original de la Constitución a las personas con discapacidad es “de menor cuantía” (Pérez Bueno 2020, 1).

En cualquier caso, hay que reconocer que no era habitual que las constituciones incluyeran referencias a las personas con discapacidad y que, junto con la Constitución portuguesa (y otras en menor medida), la española de 1978 “fue pionera al incluir de forma expresa un artículo referido exclusivamente a las personas con discapacidad” (De Lorenzo García 2018, 19). El Consejo de Estado, al analizar la reforma constitucional objeto de estudio, partió de un elogio de la redacción original del art. 49 C.E., por consagrar “las conquistas propias del Estado social” y ser “pionero en el entorno del

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (20 de diciembre de 1971) y la Declaración de los Derechos de los Impedidos o Minusválidos (9 de diciembre de 1975). Asimismo, se ha advertido una cierta influencia de la Carta Social Europea.

constitucionalismo europeo y precursor del modelo social ahora generalizado”¹⁶.

La inclusión de un artículo dedicado a los *disminuidos* en el texto constitucional aparece desde su primera versión: el Anteproyecto de la Constitución establecía en su art. 42: “Los poderes públicos garantizarán a los disminuidos físicos o mentales y personas incapacitadas una atención especializada y un reforzamiento del amparo que los derechos fundamentales de este título otorgan a todos los ciudadanos.” Este precepto no dio lugar a un gran debate, sino que contó con una aceptación unánime. Las enmiendas presentadas tuvieron carácter constructivo y ánimo de perfeccionar la redacción propuesta (Vida Soria 1996, 358). El texto propuesto por el Informe de la Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978) decía:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestará atención especializada que requieran según su incapacidad, y reforzarán el amparo que los derechos de este Título otorgan a todos los ciudadanos.

La versión definitiva aprobada por la Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC de 28 de octubre de 1978) suprimió el inciso “según su incapacidad” (que había sustituido a la fórmula “según su incapacitación” en la redacción dada por el Pleno del Senado -BOC de 13 de octubre de 1978), por lo que el artículo 49 quedó finalmente redactado como sigue:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Rafael de Lorenzo (De Lorenzo García 2018, 22) señala que el contenido de este artículo se traduce en un triple mandato:

- *Un mandato a los poderes públicos para que desarrollen políticas, pero sin garantías por parte del legislador de cuándo lo realizará o cual será su contenido.*
- *Un objetivo prestacional “prestarán la atención especializada que requieran”, que es el núcleo del precepto y que fue desarrollado por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI). Constituyó la LISMI un precedente llamativo en las legislaciones europeas que supuso un enorme impulso en materias tales como: educación especial, integración laboral, prestaciones económicas y eliminación de barreras, que*

¹⁶ Consejo de Estado, Dictamen núm. 1.030/2018, de 28 de febrero de 2019, p. 12.

experimentó un nuevo impulso, gracias a la reivindicación sensata e incidencia política del CERMI que encontró siempre un gran eco en ambas cámaras legislativas y el Gobierno.

- *Y, finalmente, un ejercicio de voluntarismo político mediante la expresión “amparo especial” para que puedan disfrutar todos los derechos fundamentales, pero sin fijar criterio alguno, ni mecanismo de implementación ni garantías de observancia, para su consecución.*

Al analizar el tenor literal del art. 49 de nuestra Carta Magna, en su versión original, lo que más choca con la sensibilidad actual es el uso del término “disminuidos”. Pocos años antes, en 1975, Naciones Unidas había utilizado el término “impedidos” para referirse a “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”¹⁷. En ambos textos se reconoce el modelo médico-rehabilitador imperante en los años setenta que, a diferencia del modelo social, pone el acento en la deficiencia y no en las barreras existentes en la sociedad.

El art. 49 de la Constitución, en su versión original, parte del objetivo de tratar y rehabilitar a los “disminuidos”, a quienes se propone “integrar”. Sin embargo, se apunta ya un enfoque de derechos humanos¹⁸ al pretender ampararlos en el disfrute de los derechos y libertades fundamentales. Mientras que algunos autores han lamentado que todo queda en un ejercicio voluntarista, dada la falta de concreción en cuanto a las garantías (De Lorenzo García 2018), otros han destacado “en su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración «social» de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional” (Rodríguez Piñeiro y Bravo-Ferrer y Casas Baamonde 2018, 1405).

IV. LA REFORMA DEL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN: ¿ERA NECESARIA?

Como hemos adelantado, la Convención supone la adopción del modelo social de discapacidad. Es un instrumento internacional de derechos humanos, que viene a sumarse a otros que ya existen, ya sean declaraciones

¹⁷ ONU: Asamblea General, Declaración de los Derechos de los Impedidos, A/RES/3447 (XXX), 9 diciembre 1975, art. 1.

¹⁸ Como hacía la Declaración de Naciones Unidas de 1975 al afirmar en su art. 7 que “El impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos”.

universales como la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, u otros dirigidos a determinados colectivos o a prevenir determinados abusos. Esto es importante porque los órganos encargados de velar por la correcta implementación de estos convenios no siempre los interpretan del mismo modo, dando lugar a conflictos en su aplicación.

El fundamento de la Convención es la dignidad inherente de las personas con discapacidad. Las personas con discapacidad pasan de ser “objeto” de asistencia y de prestaciones con el fin de rehabilitarse y poder así integrarse en la sociedad a ser consideradas “sujetos” de derecho, miembros plenos de la sociedad, que debe adaptarse y eliminar las barreras para favorecer su participación en igualdad de condiciones.

El principal propósito de la Convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1). ¿Era compatible lograr este propósito con la redacción original de nuestra Carta Magna? A juicio del movimiento asociativo de la discapacidad, representado por el CERMI, el art. 49 de la Constitución requería “una profunda reforma, tanto en sus aspectos terminológicos, en su contenido actual y ubicación/garantías, porque así lo requiere la realidad social y lo demanda la discapacidad organizada en torno al CERMI” (De Lorenzo García 2018, 22).

1. *Cuestión terminológica*

Analizando en primer lugar la cuestión terminológica, es evidente que la redacción original del artículo 49 C.E. había quedado obsoleta, que el término “disminuido” tiene una connotación peyorativa incompatible con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad. Por ello su supresión y su sustitución por “personas con discapacidad” nos parece no sólo un acierto, sino el elemento más positivo de la reciente reforma constitucional. Además, la elección del término “personas con discapacidad” es acorde con la Convención y un fiel reflejo de la realidad: pone por delante el sustantivo, (“personas”, de ahí su dignidad inherente), señalando a continuación una circunstancia (la discapacidad), que es la que motiva un reconocimiento específico en la Carta Magna. Como señala De Lorenzo, “ni siquiera debiéramos hablar de “discapacitados”, puesto que primero son personas, y después, personas que tienen una discapacidad.”(De Lorenzo García 2018).

Sin embargo, algunos autores han considerado que la expresión “discapacidad” también tiene una connotación negativa y han propuesto el uso del término “personas con diversidad funcional”. Esta nomenclatura fue propuesta por el Foro de Vida Independiente desde 2005 a instancias de Javier

Romañach y Manuel Lobato (Romañach y Lobato 2005), y ha sido apoyada por otros autores como Agustina Palacios. El argumento es que:

... el término «diversidad funcional» se ajusta a una realidad en la que una persona funciona de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad. Este término considera la diferencia de la persona y la falta de respeto de las mayorías, que en sus procesos constructivos sociales y de entorno, no tienen en cuenta esa diversidad funcional. (Palacios y Romañach 2006, 108).

Este término pretende:

(...) ir incluso más allá y obviar la estrategia social del «desviacionismo», esa que obtiene como resultados el «ellos» y «nosotros», para plantear que la diversidad funcional es algo inherente al ser humano y que, en muchas ocasiones, puede ser de carácter transitorio o circunstancial, por lo que aflora su carácter de conflicto social que, de forma directa, indirecta, transitoria o definitiva, a todos nos alcanza. (Romañach y Lobato 2005).

Como vemos, la base de esta propuesta es un rechazo al criterio de normalidad que imponía el modelo médico y un deseo de reforzar de modo visible la dignidad inherente de las personas con diversidad funcional.

Una propuesta similar es la de Carlos Egea, que propone “mujeres y hombres con funcionalidad diversa”, alterando sustantivo-adjetivo, y poniendo el énfasis “en que lo sustantivo es el funcionamiento (funcionalidad sería el nombre que expresa la cualidad de lo relativo a las funciones biológicas o psíquicas) y lo adjetivo es lo diverso (expresando la distinta naturaleza o forma de la funcionalidad que adjetiva)” (Romañach y Lobato 2005). Romañach y Lobato rechazan esta alteración principalmente por razones prácticas, así como por el orgullo en la propia diferencia o diversidad.

El CERMI rechaza rotundamente el uso de la expresión “personas con diversidad funcional” y exige “ser especialmente diligente para no contrariar este mandato expreso y terminante” de utilizar “personas con discapacidad” (CERMI, 2017). Para ello, hace valer su autoridad y legitimidad como representante del movimiento social de la discapacidad en España y, apoyándose en su compromiso con el marco mundial normativo de derechos de las personas con discapacidad, afirma que “personas con diversidad funcional” es una expresión basada en “un léxico sin legitimidad ni respaldo social amplio que no solo no describe la realidad sino que resulta confuso e incluso en ocasiones pretende ocultar esa realidad, atacando el enfoque inclusivo y de defensa de derechos” (*ibid.*).

En la misma línea, las Directrices para un lenguaje inclusivo en el ámbito de la discapacidad, elaboradas por la Oficina de Naciones Unidas en Ginebra en 2022, considera que expresiones como “personas con capacidades diferentes”, “personas con diversidad funcional” o “personas con necesidades

especiales”, son eufemismos que pueden ser considerados paternalistas e incluso ofensivos y restan visibilidad a las personas con discapacidad. El Instituto de las Personas con Discapacidad de Ciudad de México lo argumenta así:

Desde el principio de igualdad propio a las personas humanas, no existen las capacidades diferentes o necesidades especiales. Todos y todas tenemos las mismas capacidades (potenciales, reales, en desarrollo) y necesidades (amar y ser amados, comer, vestirse, tener salud, sobrevivir). Todas y todos compartimos la misma esencia humana en igualdad. Lo que nos diferencia no tiene que ver con nuestras capacidades o necesidades esenciales y cuando no existen barreras en el entorno, se pueden manifestar y satisfacerse en igualdad. Las PCD no son ni súper héroes ni especiales: son como todas y todos los demás y así deben ser tratadas¹⁹.

Por todo ello consideramos, con De Lorenzo, que a pesar de que “se comprende la buena intención implícita detrás del uso de estos términos, su utilización tiene un impacto negativo en el colectivo, en cuanto que es un concepto ambiguo y contribuye a invisibilizar al colectivo, generando confusión e inseguridad jurídica, y rebajando la protección que todavía necesitan estas personas” ((De Lorenzo García 2018, 14). En definitiva, celebramos la adopción de la terminología propuesta por la Convención.

2. El contenido

Al margen de la cuestión terminológica, la reforma también fue considerada necesaria desde el punto de vista del contenido.

Por un lado, parte del movimiento asociativo de la discapacidad había exigido poner fin a la tipología de *disminuidos* (“disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”) que aparecía en el art. 49, puesto que “expulsa más que acoge, siendo innecesaria y hasta omisiva e irritante para quien no se siente reflejado en ella, que son legión” (Pérez Bueno, 2020, 15). En nuestra opinión, esta demanda tiene sentido pues, desde el momento en que categoriza, deja fuera necesariamente a personas con discapacidad que no encajan en la tipología propuesta.

Tanto el CERMI como el Gobierno al motivar la reforma²⁰ justificaron la necesidad de la reforma porque la redacción original del art. 49 C.E. parte del modelo médico-rehabilitador de discapacidad, como evidencia el uso de tér-

¹⁹ Véase el sitio web del Instituto de las Personas con Discapacidad de Ciudad de México, <https://www.indiscapacidad.cdmx.gob.mx/>

²⁰ Véase la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española («BOCG. Congreso de los Diputados», serie A, Núm. 54-1, de 21 de mayo de 2021).

minos como “previsión, tratamiento, rehabilitación e integración”. Con el enfoque actual de derechos humanos, no se trata ya de asimilar a las personas con discapacidad a las personas “normales” de modo que puedan integrarse en la sociedad, sino de eliminar los obstáculos que existen en la sociedad para que puedan participar plenamente y no ser discriminadas en el ejercicio de sus derechos.

En nuestra opinión, sería preferible utilizar el término *inclusión* en lugar de *integración*. No obstante, suprimir esta redacción, negando la necesidad de una política pública que permita *prevenir* la discapacidad (ej. medidas de detección precoz de hipoacusia), *tratar* médicamente a la persona con discapacidad en función de sus necesidades específicas (ej. mediante implantes cloqueares) o *rehabilitarla*²¹ (ej. tras la colocación de una pierna protésica en una amputación) nos parece alejarnos de la realidad de las personas con discapacidad. Algunos académicos con discapacidad, como Tom Shakespeare, Liz Crow y Jenny Morris, critican que el modelo social minimice la importancia de las limitaciones en la vida de las personas con discapacidad al poner el acento únicamente en las barreras sociales: “El modelo social rechaza tan vehementemente los enfoques individuales y médico, que corre el riesgo de dar a entender que la deficiencia no es un problema”²² (Shakespeare 2006, 200), cuando en realidad: “La mayoría de nosotros no podemos fingir con convicción que nuestras deficiencias son irrelevantes, porque influyen en todos los aspectos de nuestra vida”²³ (Crow 1996).

En un claro movimiento pendular, se ha pasado de un enfoque paternalista hacia las personas con discapacidad, que les obstaculizaba desarrollarse en plenitud, a un modelo que ha sido calificado de “utopía sin barreras” (Shakespeare 2006, 201).

¿Era necesario entonces modificar la redacción del art. 49 C.E., para acoger el modelo social impuesto en la CDPD? En nuestra opinión, no era necesario hacerlo de modo expreso, pues la Convención ya forma parte del derecho interno por vía del art. 96.1 C.E. De hecho, antes de la reforma constitucional, ya había inspirado la legislación adoptada conforme a ese modelo social y al enfoque de derechos humanos, siendo el ejemplo más claro la Ley 8/2021. Incluso antes de la adopción de la Convención de 2006, la Ley 51/2003 resaltaba la obligación de los poderes públicos de “asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar del conjunto de todos los

²¹ Recordemos que la propia CDPD dedica un artículo a la “habilitación y rehabilitación”, *vid* art. 26.

²² Traducción propia.

²³ *Ibid.*

derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales”²⁴, basándose en el juego del art. 14 CE, el 9.2, el 10 y el 49 en su versión original.

Tampoco consideramos necesario que la circunstancia de la discapacidad se recogiera expresamente en el art. 14 de nuestra Carta Magna como habrían deseado algunos autores. En nuestra opinión, la fórmula “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” permite considerar la discapacidad como circunstancia que impida que prevalezca la discriminación en la igualdad ante la ley. De hecho, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, donde señala que «(...) no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación”. No obstante, en nuestra legislación encontramos supuestos de flagrante discriminación basada en la discapacidad, que consideramos contrarios, no sólo a la Convención, sino al propio art. 14 de la Constitución. Nos referimos, por ejemplo, a la previsión del aborto eugenésico y a la regulación actual de la eutanasia. Ambos casos han sido denunciados por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁵, sin que se haya procedido a ninguna modificación de nuestra legislación.

Otra modificación que había solicitado el CERMI consistía en que el art. 49 CE: “debe evolucionar del modelo prestacional al de Derechos Humanos y recoger entre otros principios los de: igual capacidad, vida independiente, accesibilidad universal y ajustes razonables, la lengua de signos y diálogo civil” (De Lorenzo García, 2018, 23). Nos resulta curioso que sean éstos los principios propuestos, en lugar de los recogidos en el art. 3 de la Convención²⁶. En nuestra opinión, no era ni necesario ni conveniente incluir dichos principios en la Carta Magna, sea porque se entienden comprendidos en otros preceptos, o por formar parte ya de nuestro ordenamiento aun sin rango constitucional²⁷.

²⁴ Véase en particular la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003.

²⁵ CRPD/C/ESP/CO1, de 19 de octubre de 2011 y CRPD/C/ESP/CO2-3, de 9 de abril de 2019.

²⁶ Los principios generales de la CDPD; consagrados en su artículo 3, son: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

²⁷ Vía integración de los tratados en el derecho interno, como señaló el Consejo de Estado.

Por último, el art. 49 en su redacción original exige de los poderes públicos que presten a los *disminuidos* (sic) “la atención especializada que requieran” y que les amparen “especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Respecto a la “atención especializada”, consideramos muy positivo que nuestra Carta Magna, ya en los años 70, reconociera la necesidad de una atención específica, aunque habría sido mejor el término “protección”, una protección integral para poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, lo que incluye la adopción de distintos programas y políticas dirigidos a atender las necesidades específicas de personas con discapacidad.

La mención expresa de la obligación de los poderes públicos de prestar un amparo especial para que las personas con discapacidad disfruten de los derechos fundamentales apunta a que el constituyente se abría al enfoque de derechos humanos que se estaba iniciando en el mundo de la discapacidad (Rodríguez Piñeiro y Bravo-Ferrer y Casas Baamonde 2018). Sin embargo, la redacción adolece de indefinición porque “no se infiere ni atisba elemento, criterio o mecanismo aplicativo que permita afirmar que estamos realmente en presencia de un “plus de garantía o protección” (De Lorenzo García 2018). Por ello se había dicho que este artículo “no tiene eficacia inmediatamente directa” (Vida Soria 1996). Analizaremos esta cuestión en el epígrafe siguiente, por su relación con las garantías que se reclamaban en cuanto a la tutela del art. 49 C.E.

3. *Las garantías*

La inserción del art. 49 en el capítulo tercero del título I de la Constitución tiene consecuencias en el alcance de su tutela. Esto ha sido esgrimido por el movimiento asociativo de la discapacidad como una de las razones que justifican la necesidad de una modificación de la redacción original del art. 49. Se pedía la “máxima protección legal y jurisdiccional para los contenidos del artículo 49”, proponiéndose añadir al art. 49 el siguiente inciso: “Mediante Ley orgánica, se regulará la protección reforzada, incluida la tutela judicial, de las personas con discapacidad en el acceso y disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.” (Pérez Bueno 2020, 23). Incluso se ha afirmado que “resulta precisa, por tanto, la constitucionalización no del derecho sino de las garantías porque, como decía antes, un derecho vale lo que valen sus garantías. Y esto sólo puede hacerse a través de la reforma constitucional” (Montilla Martos 2018).

Lo cierto es que la exigencia del original art. 49 de proporcionar un amparo especial para el disfrute de los derechos contemplados en el título I de nuestra Carta Magna había sido objeto de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que llevó a afirmar que “su aplicación práctica le ha

dotado de una trascendencia jurídica no desdeñable, en la medida en que particulariza en un colectivo especialmente necesitado de protección y tutela el genérico deber de los poderes públicos de garantizar una igualdad no meramente formal, sino real y efectiva de todos los ciudadanos” (De la Puebla Pinilla 2018, 897).

Como hemos mencionado, el art. 14 de la Constitución, sin mencionar expresamente la discapacidad como una de las circunstancias que puede dar lugar a discriminación, garantiza la igualdad de los españoles ante la ley “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, entre las que implícitamente cabe incluir la discapacidad²⁸. Por tanto, de la combinación del art. 14 y la previsión de que los poderes públicos “reforzarán el amparo que los derechos de este Título otorgan a todos los ciudadanos”, parece desprenderse la posibilidad de exigir la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad (entonces calificados como ‘disminuidos’). Como señala Rafael de Lorenzo:

(...) no hay que olvidar que la protección del artículo 49 sobre personas con discapacidad se agranda y profundiza cuando el asunto de fondo de que se trate, relacionado con aquellas, guarde relación directa con el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales, siendo, en tales casos, de aplicación las garantías de todo el artículo 53 y no sólo las del apartado 3 (De Lorenzo García 2018, 30).

El Consejo de Estado ha destacado la “amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al reconocimiento de la titularidad y defensa del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad”²⁹.

Cuestión distinta es el compromiso de los poderes públicos por ofrecer una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos” así como una “la atención especializada que requieran”.

El art. 53.3 supedita la tutela de los principios rectores del capítulo tercero, entre los que se incluye el art. 49, a lo dispuesto en las leyes que lo desarrollen: “(...) la operatividad del texto fundamental en lo concerniente a los principios rectores depende en gran medida, en este caso, del desarrollo legislativo que de esa previsión constitucional tenga lugar por el legislador ordinario”³⁰.

²⁸ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, *vid.* entre otras, la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 08 de noviembre de 1994): “No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación”.

²⁹ Consejo de Estado, Dictamen núm. 1.030/2018, *cit.*

³⁰ *Ibid.*

Muñoz Machado apunta a la dificultad que implica que la competencia legislativa en este ámbito pueda corresponder al legislador estatal o al autonómico, en función del reparto de competencias, así como la diversidad de regulaciones autonómicas referidas a la discapacidad (Muñoz Machado 2018, citado por De Lorenzo, p. 25).

4. Consideraciones finales: ¿era necesaria la reforma del art. 49?

Presenta un enorme interés el razonamiento del Consejo de Estado sobre la pertinencia de esta reforma constitucional, que alude a una “interpretación armónica e integradora” de los preceptos constitucionales, concluyendo que:

la Convención forma parte del Derecho interno por aplicación del artículo 96.1 de la Constitución, de manera que la recepción en el ordenamiento jurídico español del cambio terminológico y conceptual del tratamiento de la discapacidad se ha operado ya por virtud de las previsiones del propio texto constitucional. Ello ha determinado que se haya producido una modificación del sentido del precepto al margen del procedimiento formal de reforma, permaneciendo invariable el texto del artículo 49, pero habiéndose transformado su significación, acorde con la nueva intelección de la discapacidad. Esta permeabilidad del precepto, verificada merced al juego de los artículos 10.2 y 96.1, ha modulado el contenido de la norma, de manera que esta, ante el conflicto derivado de su contraposición con la realidad social, ha experimentado una suerte de mutación constitucional que le atribuye ahora una significación distinta. Estas circunstancias evidencian que, aunque la revisión de la redacción del artículo 49 pueda dar a luz un texto más acorde con los criterios y la sensibilidad actuales, lo cierto es que, en su redacción actual, no impide dar respuesta a las pretensiones de actualización terminológica, conceptual y de política social en relación con la discapacidad³¹

En el mismo sentido, el grupo parlamentario VOX, afirmó que “el artículo 49 CE, aun cuando pueda entenderse superado y emplee un término desfasado («disminuidos»), ha sido interpretado de una manera plenamente satisfactoria para los intereses de las personas con discapacidad”.

Por su parte, el Grupo Parlamentario Popular, recordando y haciendo recuento de las normas adoptadas en España en relación con las personas con discapacidad, antes y después de la entrada en vigor de la Convención, cuestionó la necesidad de la reforma.

En los más de 40 años transcurridos desde la aprobación de la Constitución Española, nuestro ordenamiento jurídico se ha ido completando con numerosas leyes dirigidas a superar la posible discriminación y a

³¹ Consejo de Estado, Dictamen núm. 1.030/2018, *cit.* (el subrayado es nuestro).

consolidar la igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, sin que la acepción utilizada en el texto constitucional haya supuesto obstáculo alguno para que los poderes públicos provean a este colectivo de las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales al igual que el resto de los españoles.

Por lo tanto, es cuestionable desde el punto de vista de la oportunidad, principios y el espíritu del proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución, la necesidad de la misma.

Por nuestra parte, consideramos que la sustitución de “disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales” por “personas con discapacidad” (sin clasificación alguna) es un resultado loable de la reforma, y que esta actualización terminológica sí era necesaria para ser coherentes con la dignidad de las personas con discapacidad.

V. LA REFORMA DEL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN: ¿HA SIDO ACERTADA?

1. *Historia de la primera reforma social de la Constitución*

Sin ánimo de hacer un relato detallado de la historia de la reforma constitucional, parece de interés describir brevemente el proceso que dio lugar a esta modificación, a fin de conocer en qué medida incorpora las demandas de las personas con discapacidad y sus asociaciones representativas.

Como explica el Presidente del CERMI, Luis Cayo Pérez Bueno, desde comienzos de siglo el movimiento asociativo de la discapacidad venía demandando una reforma del art. 49, a la que se comprometió el entonces Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, con ocasión de la celebración del día internacional de las personas con discapacidad, el 3 de diciembre de 2005, antes por tanto de la adopción de la CDPD, en diciembre de 2006. Sin embargo, tal y como relata, esta iniciativa quedó relegada a una suerte de limbo, ante la falta de interés de los poderes públicos y las fuerzas políticas, en un contexto de crisis financiera y económica y gran inestabilidad política (Pérez Bueno 2020, 17).

No fue hasta 2018 cuando se recuperó la iniciativa, comenzando los trabajos preparatorios por parte del Legislativo, “a través de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad, y el Gobierno, por medio del organismo especializado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), adscrito en ese momento al denominado Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad”. En estos trabajos participaron expertos en materia constitucional y de discapacidad.

La propuesta de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados, trasladada por su Presidente a la

Vicepresidenta Primera del Gobierno el día 4 de diciembre de 2018, proponía partir de la siguiente redacción tentativa: “Propuesta de una reforma del artículo 49 de la Constitución en lo referido a las personas con discapacidad: 1) Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este título en condiciones de igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2) Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar una vida participativa, autónoma e independiente a las personas con discapacidad. 3) Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4) Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (Pérez Bueno 2020, 19).

Sin embargo, el Gobierno incorporó algunas modificaciones en el texto de dicha propuesta cuando presentó el Anteproyecto de reforma constitucional. En concreto, en su apartado 2, proponiendo:

Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

Tras el informe del Consejo de Estado, el Gobierno reformuló la redacción propuesta para el art. 49, acogiendo las siguientes modificaciones propuestas por el órgano consultivo³²:

- Sustituir la referencia a la *titularidad* de los derechos y deberes por una referencia al *ejercicio* de los derechos y deberes³³.
- Añadir una remisión a que la participación de las organizaciones representativas de la discapacidad tendrá lugar en los términos que se establezcan legalmente³⁴.

³² Por su interés, reproducimos en las siguientes notas a pie (31 a 34), el razonamiento del Consejo de Estado respecto a cada una de las cuestiones expuestas. Véase, para todas ellas, el Dictamen núm. 1.030/2018, de 28 de febrero de 2019.

³³ “(...) el reconocimiento expreso de tal titularidad parece sugerir que, sin él, ésta no tendría lugar, cuando es evidente que cualquier persona, por el mero hecho de serlo, es titular de los derechos y deberes constitucionalmente reconocidos”.

³⁴ “Si fuera objeto exclusivo de una previsión constitucional, tal regulación conllevaría, además del efecto pernicioso de elevar a rango constitucional contenidos que no le son propios, el efecto perturbador de elevar el nivel de control del eventual incumplimiento también a rango constitucional, atribuyendo su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional, en lugar de residenciarlo en la jurisdicción ordinaria a la que corresponde”.

- Sustituir la protección *reforzada* para el pleno ejercicio de los derechos y deberes de las personas con discapacidad por una protección *especial*³⁵.
- Eliminar el apartado 4 del artículo 49, pues la mención a "la protección prevista en los tratados internacionales" resulta innecesaria de acuerdo con el Consejo de Estado³⁶.

La acogida de algunas de estas modificaciones supuso dejar de lado algunas reivindicaciones del CERMI, en particular, se había pedido "constitucionalizar expresamente la Convención de la ONU sobre Personas con Discapacidad" (Pérez Bueno 2020, 22). El movimiento social de la discapacidad, en septiembre de 2020, había propuesto la siguiente redacción:

Artículo 49. 1. Las personas con discapacidad gozarán real y efectivamente de la igualdad y de los demás derechos y libertades reconocidos en la Constitución, así como asumirán los deberes que esta impone, sin que puedan ser objeto de discriminación o exclusión por esta circunstancia. 2. La legislación, las políticas oficiales y la actuación de todos los poderes públicos promoverán, protegerán y asegurarán reforzadamente el ejercicio de sus derechos mediante la acción positiva para que con pleno respeto a su dignidad inherente y a su libertad de elección y preferencias puedan desarrollar, con los apoyos precisos, una vida participativa, autónoma e independiente, en entornos universalmente accesibles y estar incluidas en la comunidad, de la que serán consideradas parte valiosa como expresión de la diversidad humana y social. 3. Los poderes públicos adoptarán las medidas de todo tipo para que las mujeres y niñas con discapacidad ejerzan y disfruten íntegramente y en igualdad de condiciones los derechos fundamentales y las libertades públicas. 4. España garantiza al me-

³⁵ "La referencia a la "protección reforzada" no resulta conveniente por cuanto que su configuración como un concepto jurídico indeterminado necesita de una interpretación que puede no estar exenta de polémica y con ello distorsionar e incluso dificultar la finalidad pretendida de eficacia y garantía en la defensa de las personas con discapacidad.

³⁶ Por otra parte, no resulta adecuada la inclusión de un concepto de esta índole en un precepto respecto del cual la Constitución no puede brindar una protección directa e inmediata, sino únicamente la que se deduce de lo establecido en el apartado 3 del artículo 53 antes referido".

³⁶ "El efecto derivado del juego combinado del 96.1 y del artículo 49 de la Constitución -en su redacción actual y en la proyectada- garantiza la protección en España de los derechos que los tratados internacionales reconocen a las personas con discapacidad, sin que sea necesario ni conveniente, por razones de técnica normativa, su inclusión expresa en el texto sometido a consulta, pues resulta ociosa, además de perturbadora, en la interpretación integradora que corresponde al texto constitucional, dando lugar a una mención que contrasta con su omisión en muchos otros preceptos constitucionales en los que tendría la misma cabida".

nos el nivel de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad establecidos en los tratados del sistema de Naciones Unidas y de las demás organizaciones internacionales y supranacionales válidamente ratificados o que formen parte del ordenamiento jurídico. 5. Mediante Ley orgánica, se regulará la protección reforzada, incluida la tutela judicial, de las personas con discapacidad en el acceso y disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.”

Nos parece interesante destacar el gran número de enmiendas presentadas al proyecto de reforma constitucional que no prestaron ninguna atención al artículo 49 y se limitaron a aprovechar la discusión de nuestra Carta Magna para impulsar otras iniciativas de reforma en absoluto relacionadas con la planteada³⁷, lo que nos parece poco respetuoso con las personas con discapacidad, a cuya tutela se dirigía la reforma.

Tras la aprobación por las Cortes Generales, el texto definitivo del art. 49 queda como sigue:

1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.

2. Análisis de la nueva redacción del art. 49 C.E.: Posibles limitaciones.

Hemos de congratularnos de que el legislador acogiera varias de las sugerencias del Consejo de Estado, como hemos descrito en el epígrafe anterior, referidas al ejercicio de los derechos (y no a su titularidad), a la remisión a la ley en cuanto a las condiciones para la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, la protección *especial* (y no reforzada) y la supresión de la referencia a los acuerdos internacionales que el Consejo de Estado había calificado de “ociosa, además de perturbadora”.

Por nuestra parte, al analizar la nueva redacción del artículo 49 y las posibles limitaciones de la reforma, pretendemos profundizar en la antropología subyacente a este precepto constitucional: ¿qué consideración se hace de las personas con discapacidad?

³⁷ Véanse, en concreto, las planteadas por parte del G.P Vasco (EAJ-PNV) -diez enmiendas-, el Sr. Pagès i Massó (GPlu) -cinco enmiendas- y Ciudadanos (cuatro enmiendas),

2.1. Nuevo artículo 49. Párrafo 1.

Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

Tal y como analizamos en epígrafes superiores, valoramos positivamente el cambio terminológico incorporado en esta redacción y la supresión de la tipología de los antiguos *disminuidos*, así como la referencia al ejercicio de los derechos y no a su titularidad. Ahora bien, esta redacción adolece de un carácter voluntarista, que ignora a un gran número de personas con discapacidad, cuya diversidad no ha sido tenida suficientemente en cuenta. El antiguo diputado Eugenio Nasarre (Nasarre 2024) da voz a esta percepción:

¿Cómo podría aplicarse este precepto a mi hijo, si viviera, o a los más de cien mil paráliticos cerebrales que, según las estadísticas, viven en España? ¿Están en condiciones de decidir por sí mismos, de obrar por sí mismos, de elegir? ¿Qué entienden los autores del texto por «libertad»? ¿Y qué decir de las «condiciones de igualdad reales y efectivas», cuando lo que les caracteriza es una desigualdad insuperable por «la naturaleza de las cosas»? ¿No estamos en presencia del mundo de la ficción, de un texto legal convertido en sueño irrealizable?³⁸

La expresión “personas con discapacidad” engloba a personas con realidades enormemente diferentes. Ni siquiera compartir una misma condición, como pudiera ser la parálisis cerebral, permite concluir que los obstáculos que tienen que enfrentar sean los mismos. En esta línea, este primer párrafo del artículo 49 nos suscita una doble reflexión:

- Por un lado, en cuanto al ejercicio de los derechos “en condiciones de libertad”. Consideramos, siguiendo la Doctrina Social de la Iglesia, que “no son la inteligencia, la conciencia y la libertad las que definen a la persona, sino que es la persona quien está en la base de los actos de inteligencia, de conciencia y de libertad. Estos actos pueden faltar, sin que por ello el hombre deje de ser persona” (Compendio DSI, párrafo 131). Por tanto, si una persona no tiene la capacidad (en acto) de discernir y decidir en libertad, su dignidad no queda afectada. Al afirmarse que las personas con discapacidad ejercen sus derechos “en condiciones de libertad”, el legislador parece ignorar a aquellos que, por razón de una limitación intelectual severa, tienen afectada su

³⁸ Este último interrogante nos recuerda la expresión “utopía sin barreras” utilizada por Shakespeare y otros.

- capacidad de discernimiento y con ello la de actuar “en condiciones de libertad”, pero cuya vida sigue siendo igualmente digna.
- Por otro lado, respecto al ejercicio de los derechos “en condiciones de igualdad real y efectivas”: el precepto constitucional no añade la referencia expresa a la prohibición de discriminación que había sido sugerida en la redacción propuesta por el CERMI en 2020 (*vid. supra*). Sin embargo, se ha considerado que la utilización de la misma terminología del artículo 9.2 de nuestra Carta Magna parece impeler “la adopción de medidas de acción positiva para que no se produzca discriminación” (Montilla Martos, 2022, p. 220), de modo que lo que los poderes públicos promuevan sea la igualdad material y no la igualdad formal. Una vez más, la intención resulta loable pero la redacción parece más aspiracional que ajustada a la realidad. La igualdad material difícilmente será exigible jurídicamente, de ahí que se haya considerado “un texto legal convertido en sueño irrealizable” (Nasarre 2024).

2.2. Nuevo artículo 49. Párrafo 2. Primera parte.

Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca.

Esta redacción sustituye a lo que en el artículo original se llamaba “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración” y consideramos que puede comprender suficientemente las medidas adoptadas para lograr tales fines.

Esta obligación, asumida por los poderes públicos, sigue enmarcada en los principios rectores, por lo que la posibilidad de invocarlos judicialmente permanece supeditada a lo que se establezca en el desarrollo legislativo (art. 53.3 C.E., sin modificaciones), con la dificultad añadida de que en muchas ocasiones dicho desarrollo va a depender de las Comunidades Autónomas, lo que puede generar distintos niveles de protección. Por tanto, como vemos, una de las críticas planteadas por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, la cuestión de las garantías, no ha experimentado modificaciones sustantivas.

Por otro lado, llama la atención que se utilice el término “garantizar”³⁹, lo que evidencia ese carácter voluntarista al que nos hemos referido. No parece

³⁹ “Leo con asombro que se va a «garantizar» (sic) la «plena autonomía personal» (sic) a personas que, por sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, son radicalmen-

que se pueda impulsar políticas que *garanticen* la plena autonomía personal, sería más correcto hablar de políticas que *promuevan* la plena autonomía personal. En cualquier caso, dicha autonomía no siempre es posible. El legislador parece haberse olvidado de quienes, ni siquiera con apoyos, van a poder tomar sus propias decisiones.

La autonomía de las personas con discapacidad, consagrada como principio en el art. 3 de la Convención, se entiende como “autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones”. El legislador ha optado por dar visibilidad constitucional a este principio, y con ello parece poner el fundamento de la dignidad de las personas con discapacidad en su capacidad de tomar de modo autónomo sus decisiones, lo que ha sido calificado como “ecuación dignidad-autonomía” (Albert Márquez 2022, 191). Siendo loable el impulso que se pretende dar a que las personas con discapacidad puedan tener un proyecto de vida personal, evitando el tradicional enfoque paternalista, hay que tener en cuenta que:

(...) la dignidad de la persona no reside en su capacidad de discernir, de razonar ni de tomar decisiones. Cuando el ejercicio de esta capacidad no es posible, la dignidad permanece intacta y con ello también el valor de la persona, como ser único e irrepetible, que vale por sí misma, que es un fin en sí misma, con independencia de sus capacidades o limitaciones.

Consideramos que hay que entender la autonomía en clave relacional, lo que permite reconocer nuestra mutua dependencia, nuestra vulnerabilidad, nuestra indigencia, que apunta a lo que consideramos el atributo principal de la persona (con o sin discapacidad): la capacidad de amar y ser amados. (Rodríguez Díaz 2023).

Las personas con discapacidad se consideran particularmente vulnerables⁴⁰, y por tanto merecedoras de una protección especial para garantizar que no se vulnere su dignidad. Esto exige políticas activas a las que apunta el art. 49. Como señala Shakespeare:

Para que las personas discapacitadas puedan emanciparse, la sociedad tendrá que proporcionar recursos adicionales para satisfacer las necesida-

te dependientes. ¿Cómo *ope legis* se garantiza «plena autonomía personal» a un paralítico cerebral? Es la segunda monumental ficción del texto. ¿Qué concepción del Derecho tienen los redactores del precepto? ¿Es esta ficción un logro, un progreso, una conquista? ¿Podrán los discapacitados que no hayan logrado la «plena autonomía personal» recurrir al Tribunal Constitucional por incumplimiento de la norma?” (Nasarre 2024).

⁴⁰ Así lo ha reconocido el TEDH en sentencias como *Glor contra Suiza* (30 de abril 2009) o *Gubernina contra Croacia* (22 de marzo 2016). También Naciones Unidas, en la Resolución de la Asamblea General *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, aprobada el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1), párrafo 23.

des y superar las desventajas derivadas de las deficiencias, y no limitarse a trabajar para minimizar la discriminación⁴¹ (Shakespeare 2006, 202).

A nuestro juicio, la nueva redacción no es la idónea, tanto por la imposibilidad de “garantizar” la plena autonomía personal como por poner excesivo foco en ésta, partiendo de una visión reduccionista de la persona, centrada en su dimensión volitiva. Sin embargo, sí consideramos acertado orientar las políticas a la *inclusión* social (más que a su *integración*).

La referencia expresa a los “entornos universalmente accesibles”, como principio inspirador de la acción de los poderes públicos, no nos parece necesaria al haber asumido ya España dicha obligación en virtud de la CDPD, que es parte del derecho interno, y no aportar ninguna novedad respecto a su exigibilidad.

Lo mismo podemos decir de la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, prevista en el art. 4.3 de la CDPD y, por tanto, parte integrante del derecho interno. El texto definitivo del art. 49 incorpora la mejora sugerida por el Consejo de Estado, en el sentido de no constitucionalizar la participación de dichas organizaciones con carácter absoluto, sino remitiéndose a los términos que en la ley se establezcan, lo que no supone menospreciar la enorme contribución que hacen a la defensa de las personas con discapacidad sino dotar de un a la participación de organizaciones de la sociedad civil de un tratamiento constitucional coherente con preceptos similares.

2.3. Nuevo artículo 49. Párrafo 2. Último inciso.

Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.

El último inciso del precepto constitucional objeto de estudio incorpora una referencia a la atención particular que se ha de prestar a las necesidades específicas de mujeres y menores con discapacidad. Este apartado provocó “estupor” entre algunos parlamentarios⁴², pese a que la Convención de los derechos de las Personas con Discapacidad también dedica atención específica a mujeres y niños con discapacidad.

Como señala Montilla Martos, “el motivo que justifica esta mención específica es la doble vulnerabilidad y la discriminación múltiple que padecen las mujeres y niñas con discapacidad pues junto a la derivada del sexo se añade la vinculada a la limitación de su autonomía personal (Montilla

⁴¹ Traducción propia.

⁴² FJ 10, Enmienda a la totalidad presentada por VOX, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-54-2.PDF

Martos, 2022, p. 122). Por ilustrar de alguna manera el tipo de necesidades específicas de estos grupos, podemos mencionar, por ejemplo, que el índice de violencia física sexual que sufren los menores con discapacidad es mucho mayor que el de los menores sin discapacidad (Fang et al. 2022). Por otro lado, investigaciones realizadas en varios países de Europa “revelaron que casi el 80% de las mujeres con discapacidad son víctimas de violencia, y que tienen cuatro veces más probabilidades que otras mujeres de sufrir violencia sexual” (Marques García Ozemela, Ortiz, y Urban 2019, 24).

Braunmiller y Dry lamentan la falta de datos desagregados que permitan elaborar estudios sobre cómo interactúan discapacidad y género. Argumentan que, cuando las leyes contemplan por separado dichas circunstancias como motivos de discriminación, resultan insuficientes para proteger adecuadamente la doble experiencia de las mujeres con discapacidad, mientras que si se cuenta con legislación y políticas bien diseñadas se puede asegurar la protección de las mujeres con discapacidad, incluida la violencia de género, y contribuir a su inclusión socioeconómica (Braunmiller y Dry 2022). En su estudio, elaborado para el Banco Mundial, señalan que solo una cuarta parte de los Estados (cincuenta y dos en concreto) cuentan con legislación específica sobre mujeres con discapacidad, a pesar de que la mayoría de los Estados a nivel global cuenta con legislación referida a las personas con discapacidad. A nivel constitucional, siguiendo el mismo *Policy Brief* del Banco Mundial, en 2022 no había ninguna constitución que contemplara la protección específica de mujeres con discapacidad, por lo que España parece haber sido pionera en este sentido⁴³.

Por otro lado, interesa destacar que Naciones Unidas recomendó adoptar un enfoque interseccional que tuviera en cuenta “todas las condiciones que pueden hacer que la experiencia de vida de las personas con discapacidad sea sustancialmente distinta, sobre la base de factores como el sexo, la edad, la identidad de género, la religión, la raza, el origen étnico, la clase social y otros motivos” (Oficina de Naciones Unidas en Ginebra 2022)⁴⁴. Consideramos muy relevante esta recomendación pues, sin negar la discriminación múltiple que experimentan las mujeres con discapacidad, lo cierto es que hay otras causas de discriminación que interactúan también con la discapacidad, como las recién mencionadas, y que han sido ignoradas por el precepto constitucional. Algunos autores sostienen que la mayor desventaja experimentada por las víctimas de la discriminación múltiple requieren que dicha discriminación sea objeto de un tratamiento específico (Uccellari 2008, p. 29).

⁴³ La edición de 2024 no aborda este tema, lo que no nos permite confirmar si hay alguna constitución que haya incorporado esta novedad desde 2022 además de la española.

⁴⁴ El subrayado es nuestro.

Tener en cuenta el enfoque interseccional de la discriminación a las personas con discapacidad conduce, a nuestro juicio, a una solución distinta a la adoptada en la nueva redacción del art. 49: exigiría ampliar la referencia a la protección específica a todas las personas con discapacidad susceptibles de discriminación múltiple, con independencia de la causa, y con la posibilidad de combinar más de dos circunstancias. De lo contrario, incluir esta referencia con rango constitucional atentaría contra la igualdad del art. 14. Nasarre ha considerado que esta cláusula plantea “aquel problema tan debatido por los constitucionalistas: si es posible la existencia de normas inconstitucionales dentro de la Constitución misma” (Nasarre 2024).

Sin embargo, considerando que el art. 49 tiene por objeto garantizar la igualdad de derechos y oportunidades de las personas con discapacidad, precisamente en atención a ésta, no parece tener sentido diferenciar el tipo de atención a prestar en función del sexo, la edad u otras circunstancias ya cubiertas por el art. 14, sino en todo caso, según las necesidades derivadas de la discapacidad. Por continuar con el ejemplo inicial, entre las personas con discapacidad, el mayor índice de violencia física y sexual lo experimentan quienes tienen discapacidad intelectual o alguna limitación que afecte a la comunicación, y que por tanto les impida denunciar (Recio 2013).

En definitiva, consideramos que el último inciso del precepto constitucional no es idóneo ni suficiente, pues se centra en dos únicos casos de discriminación múltiple, ignorando los demás, y no presta atención a la diversidad de las personas con discapacidad. Una redacción alternativa podría ser: “Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, en atención a sus circunstancias, requieran una mayor protección”. Una redacción tan amplia permitiría reforzar la protección en caso de discriminación múltiple (por cualquier causa) pero también tener en cuenta la diversidad y el alcance de la discapacidad, así como otras circunstancias como, por ejemplo, el hecho de proceder de un entorno rural donde el acceso a ciertos derechos (educación, atención sanitaria, etc.) podría requerir una protección particular.

VI. CONCLUSIONES

La reforma del art. 49 de la C.E. fue muy celebrada por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y por el CERMI en particular. A lo largo de este trabajo hemos reflejado cómo la modificación en la redacción de este precepto ha pretendido adaptarse fielmente a lo establecido en la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención se caracteriza por adoptar un enfoque de derechos humanos y un modelo social. Recordemos que este modelo ha favorecido restaurar la “identidad deteriorada” de las personas con discapacidad

y ha impulsado la adopción de políticas que favorecen su inclusión y tratan de suprimir las barreras sociales que la dificultan (Shakespeare 2006).

De acuerdo con el Consejo de Estado, esta reforma no era necesaria porque la redacción previa no impedía “dar respuesta a las pretensiones de actualización terminológica, conceptual y de política social en relación con la discapacidad”. Sin embargo, el mismo órgano reconocía que la revisión de la redacción del artículo 49 podría dar a luz “un texto más acorde con los criterios y la sensibilidad actuales”. Precisamente en atención a esta sensibilidad, consideramos que la actualización terminológica era necesaria, y valoramos positivamente la sustitución del término “disminuidos” por “personas con discapacidad”, en cuanto contribuye a restaurar su “identidad deteriorada”, así como la supresión de la clasificación preexistente.

Sin embargo, siendo ya la Convención parte del derecho interno, no nos parece necesario ni conveniente constitucionalizar algunas de sus previsiones, como hemos analizado. Además, la nueva redacción de este precepto constitucional nos parece insuficiente por tres razones:

En primer lugar, porque no ha supuesto ninguna mejora en cuanto a las garantías de las políticas que permitan la inclusión, como venían reclamando las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. A pesar del uso del término “garantizar”, la tutela de este precepto sigue supeditada al desarrollo legislativo exigido por el art. 53.3. Además, la existencia de competencia autonómica en este ámbito permite prever que habrá disparidad en las políticas y el nivel de protección de las personas con discapacidad. Por otro lado, como destacó el Consejo de Estado, la igualdad en el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad quedaba suficientemente garantizada vía artículo 14 C.E. e inserción de la CDPD en el derecho interno (art. 96.1). En este sentido, queremos destacar que la CDPD obliga a los poderes públicos a “tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad” (art. 4.1.e).

En segundo lugar, la nueva redacción nos parece insuficiente por poner el acento en la autonomía de las personas con discapacidad y, de modo implícito, situar en esta dimensión volitiva el fundamento de su dignidad, lo que supone una visión antropológica reduccionista, que no parece tener en cuenta a quienes tienen mermada su capacidad de discernir, razonar y elegir libremente y no podrán ejercer sus derechos “en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas”, conservando intacta su dignidad inherente.

Por último, porque la referencia a la atención particular que se prestará a las necesidades específicas de mujeres y menores con discapacidad nos parece contraria al art. 14 de la Constitución, introduciendo consideraciones ajenas a la discapacidad para determinar el nivel de protección, en lugar de atender a la diversidad de necesidades que presenta un colectivo tan poco uniforme como es el de las personas con discapacidad.

Por todo ello, concluimos que esta reforma, que era necesaria, ha sido una oportunidad perdida.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albert Márquez, Marta. 2022. «El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». En *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio /978-84-1113-661-7*, 185-218. Tirant lo Blanch.
- Andreu Abela, Jaime, José F. Ortega Ruiz, y Ana María Pérez Corbacho. 2003. «Sociología de la discapacidad exclusión e inclusión social de los discapacitados». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 45, 77-106.
- Ávila Calvo, Rubén. 2014. «Ciudadanía y discapacidad». Donostia- San Sebastián: Universidad del País Vasco. <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18313/9082-419-1-AvilaTH.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Braunmiller, Julia Constanze, y Marie Dry. 2022. «The Importance of Designing Gender and Disability Inclusive Laws: A Survey of Legislation in 190 Economies». *Global Indicators Briefs*; No. 11. © World Bank, Washington D.C. <http://hdl.handle.net/10986/38089>.
- CERMI. s. f. «Documento 1/2017 de normas de estilo de expresión y comunicación de CERMI estatal».
- Crow, Liz. 1996. «Including All of Our Lives: Renewing the social model of disability». En *Encounters with Strangers: Feminism and Disability* (ed. J. Morris). London: Women's Press.
- Cuenca Gómez, Patricia. 2011. «Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad». *Papeles El tiempo de los Derechos*, n.º 3. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/b437d05f-dae4-414d-88ae-e1068de52d19/content>.
- Davis, Lennard J., ed. 2006. *The Disability Studies Reader*. 2nd ed. New York: Routledge. https://disabilitystudies.nl/sites/default/files/beeld/onderwijs/lennard_davis_the_disability_studies_reader_secbookzz-org_0.pdf.
- De la Puebla Pinilla, Ana. 2018. «Artículo 49». En *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018 : Libro-homenaje a Luis López Guerra r Carmen Montesinos Padilla (coord.); Pablo Pérez Tremps (dir.), Alejandro Sáiz Arnaiz (dir.)*, Tirant lo Blanch, 1 tomo 1:895-904.
- De Lorenzo García, Rafael. 2018. «REFORMA SOCIAL DE LA CONSTITUCIÓN: COMENTARIOS Y REFLEXIONES AL ARTÍCULO 49». *Anales de derecho y discapacidad* III:11-39.
- De Prada Pérez, Francisco Javier. 2021. «Niebla en agosto (2016) y la sombra del pasado (2018). Aktion T4: el plan de eutanasia nazi para la eliminación de las personas con discapacidad». *Revista de Medicina y Cine* 17 (4): 275-90. <https://doi.org/10.14201/rmc2021174275290>.
- Fang, Zuyi, Ilan Cerna-Turoff, Cheng Zhang, Mengyao Lu, Jamie M Lachman, y Jane Barlow. 2022. «Global Estimates of Violence against Children with Disabilities: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis». *The Lancet Child &*

- Adolescent Health* 6 (5): 313-23. [https://doi.org/10.1016/S2352-4642\(22\)00033-5](https://doi.org/10.1016/S2352-4642(22)00033-5).
- Ferrante, Carolina. 2013. «Cuerpo, discapacidad y menosprecio social Ajustes y resistencias a las tiranías de la perfección». En *Estado, Discapacidad y Justicia, Infojus. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia (Pablo Oscar Rosales dir.)*. Buenos Aires: INFOJUS, ADAJUS, Ministerio de Justicia y DDHH.
- García Escudero, José María, y María Asunción García Martínez. 1998. *La constitución día a día: los grandes temas de la Constitución de 1978 en el debate parlamentario*. Monografías. Serie IV, núm. 39. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Haserl, Frances. 2003. «El concepto de Vida Independiente a través de tres visiones: Filosófica, Socio-Política y Económica». En *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales (Vidal García-Alonso ed.)*. Fundación Luis Vives. <https://www.independentliving.org/docs6/alonso2003.pdf>.
- Itatí Acuña, Araí. 2019. «Abordando la DIS-capacidad desde un análisis sociocultural-antropológico». *Controversias y Concurrencias Latinoamericanas* 10 (18): 49-58.
- Lavelanet, Antonella F., Stephanie Schlitt, Brooke Ronald Johnson, y Bela Ganatra. 2018. «Global Abortion Policies Database: A Descriptive Analysis of the Legal Categories of Lawful Abortion». *BMC International Health and Human Rights* 18 (1): 44. <https://doi.org/10.1186/s12914-018-0183-1>.
- Marques García Ozemela, Luana, Diana Ortiz, y Anne-Marie Urban. 2019. «Violence against Women and Girls with Disabilities: Latin America and the Caribbean». Inter-American Development Bank. <https://doi.org/10.18235/0001581>.
- Montilla Martos, José Antonio. 2018. «La reforma de las garantías constitucionales de los derechos sociales». *Tiempo de paz*, n.º 129. <https://revistatiempodepaz.org/wp-content/uploads/2019/04/TP-129-La-Reforma-Social-de-la-Constituci%C3%B3n-Espa%C3%B1ola.pdf>.
- Montilla Martos, José Antonio. 2022. «La reforma del artículo 49 de la Constitución». *Anales de derecho y discapacidad*, n.º número especial. Año VII (julio), 211-26.
- Nasarre, Eugenio. 2024. «La reforma del artículo 49 de la Constitución: no es eso». *El Debate*, 11 de enero de 2024. https://www.eldebate.com/opinion/en-primera-linea/20240111/reforma-articulo-49-constitucion-no_166049.htm.
- Nasso, Patricia di. 2011. *Mirada histórica de la discapacidad: ensayo*. Palma de Mallorca: Ediciones de la Fundació Càtedra Iberoamericana.
- Oficina de Naciones Unidas en Ginebra. 2022. «Directrices para un lenguaje inclusivo en el ámbito de la discapacidad».
- Palacios, Agustina. 2008. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. 1a. ed. Madrid: Cinca.
- Palacios, Agustina, y Javier Romanach. 2006. *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Vedra, La Coruña: Diversitas-AIES.
- Pearson, Thomas W. 2023. *An ordinary future: Margaret Mead, the problem of disability, and a child born different*. Oakland, California: University of California Press.

- Pérez Bueno, Luis Cayo. 2020. «Artículo 49, primera reforma social de la Constitución Española. Consideraciones y propuestas desde la discapacidad organizada». *Actas de coordinación socio-sanitaria*, n.º 27, 11-26.
- Pérez Bueno, Luis Cayo. 2024. «Un caso de éxito de incidencia política de la sociedad civil organizada. La reforma del artículo 49 de la Constitución Española». *CERMI* (blog). 20 de febrero de 2024. <https://diario.cermi.es/opinion/un-caso-de-exito-de-incidencia-politica-de-la-sociedad-civil-organizada-la-reforma-del-articulo-49-de-la-constitucion-espanola>.
- Pérez Bueno, Luis Cayo, Rafael de De Lorenzo García, y Beatriz de Miguel Vijandi. 2016. *La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006-2016: una década de vigencia*. Madrid: Cinca.
- Recio, María (ed.). 2013. *Abuso y discapacidad intelectual: orientaciones para la prevención y la actuación*. Madrid: Fundación Carmen Pardo-Valcarce.
- Rodríguez Díaz, Begoña. 2023. «La vulnerabilidad de la persona con discapacidad». En *Vulnerabilidad, persona, bioética*, 242-58. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Piñeiro y Bravo-Ferrer, Miguel, y María Emilia Casas Baamonde, eds. 2018. *Comentarios a la Constitución Española. 2: Artículo 66 a disposición final*. Constituc4ón. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Shakespeare, Tom. 2006. «The social model of disability». En *The Disability Studies Reader*, 2nd ed., 197-204. New York: Routledge.
- Tealdi, Juan Carlos. 2013. «El derecho a un proyecto de vida de las personas con discapacidad desde una bioética de los derechos humanos». En *Curso de verano «La bioética y sus nuevos desafíos a través de las miradas de las personas con diversidad funcional o discapacidad»*. Universidad de Murcia. <https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2019/02/Tealdi-Conferencia-Murcia.pdf>.
- Uccellari, Paola. 2008. «Multiple Discrimination: How Law can Reflect Reality». *The Equal Rights Review* 1:24-29.
- Velarde Lizama, Valentina. 2016. «Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico». *Revista Empresa y Humanismo*, marzo, 115-36. <https://doi.org/10.15581/015.15.4179>.
- Vida Soria, José. 1996. «Protección de los disminuidos físicos: artículo 49». En *Comentarios a la Constitución española de 1978 (Alzaga Villamil, O. dir.)*. Vol. IV. Madrid: Cortes Generales: EDERSA.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS EN LA TUTELA DE LAS
PERSONAS LGBT, ENTRE ACTIVISMO JUDICIAL Y
NECESIDAD DE NORMAS COMUNES DE
PROTECCIÓN¹

*The Inter-american Court of Human Rights and the
European Court of Human Rights in the protection of LGBT
people, between judicial activism and the need for common
rules of protection*

Silvia Romboli

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Ramon Llull, ESADE, España
<https://orcid.org/0000-0003-3466-4158>

<https://doi.org/10.18543/ed.3214>

Fecha de recepción: 05.12.2024

Fecha de aprobación: 06.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

¹ El presente escrito es fruto de las investigaciones llevadas a cabo durante la estancia de investigación en la School of Law de la Fordham University, New York, en el periodo 15 de mayo de 2023 - 15 de agosto de 2023 y, en general, del trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i (PID2019-107025RB-I00) Ciudadanía sexuada e identidades no binarias: de la no discriminación a la integración ciudadana / Sexed citizenship and non-binary identities: from non discrimination to citizenship integration (BinaSex), financiado por el MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

Resumen

El presente trabajo pretende analizar los principales avances y evidenciar las problemáticas todavía por resolver en tema de protección de las parejas homosexuales y de las personas transexuales a través del estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una primera parte del ensayo se dedicará a observar y comparar las principales características propias del funcionamiento de cada Tribunal; mientras que la segunda tiene el propósito de comparar algunos elementos que se han considerado especialmente interesantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal de Estrasburgo en materia de protección del colectivo LGBT, con el propósito de elaborar unas normas comunes de protección aplicable a nivel global. En concreto, se han seleccionado dos problemáticas: el acceso al matrimonio para las parejas homosexuales, y la posibilidad de solicitar y obtener la rectificación del sexo registral para las personas transexuales.

Palabras-clave

Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – protección del colectivo LGBT – diálogo entre tribunales – acceso al matrimonio para las parejas homosexuales – cambio de sexo

Abstract

This paper aims to analyze the main advances and highlight the problems still to be resolved regarding the protection of homosexual couples and transsexual people through a critical study of the case-law of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. The first part of the essay will be devoted to observing and comparing the main characteristics of each Court; the second part aims to compare some elements that have been considered especially interesting in the case-law of the Inter-American Court and the Strasbourg Court in matters of protection of the LGBT community, with the aim of developing common standards of protection applicable at a global level. Specifically, two problems have been selected: access to marriage for homosexual couples, and the possibility of requesting and obtaining rectification of registered sex for transsexual people.

Key-words

European Court of Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – protection of the LGBT community – dialogue between courts – access to marriage for homosexual couples – sex change

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES SUPRANACIONALES Y LA CREACIÓN DE NORMAS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. II. LOS TRIBUNALES «REGIONALES» Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1. Estructura, acceso a la jurisdicción y competencias de los dos Tribunales regionales. 2. Efectos de las decisiones. 3. El activismo judicial en materia de tutela de derechos y los (eventuales) límites impuestos por la realidad social. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE LA CORTE IDH EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL COLECTIVO LGBT. 1. La protección de las parejas homosexuales en el acceso al matrimonio civil. 1.1 *Las contribuciones de la jurisprudencia del TEDH.* 1.2 *Las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte IDH.* 2. La protección de las personas transexuales en el acceso al cambio de sexo registral. 2.1 *El TEDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral.* 2.2 *La Corte IDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES SUPRANACIONALES Y LA CREACIÓN DE NORMAS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

La trascendencia del denominado «diálogo entre Tribunales» se presenta desde hace varios años como una cuestión más que consolidada en la doctrina, sobre todo en materia de protección de los derechos humanos y fundamentales. En efecto, «*[l]os derechos fundamentales generan un debate abierto, no se prestan a un monopolio ni al centralismo sino a un trabajo en red*» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 111). Una de las más valiosas ventajas y aportaciones de ese diálogo es la posibilidad de que de ello nazcan y se consoliden unos criterios o normas comunes que inspiren la actuación de los poderes públicos nacionales en la más eficaz tutela de los derechos de los particulares a nivel global.

La mayoría de las investigaciones que se han dedicado al diálogo entre tribunales se ha concentrado en las relaciones entre Tribunales constitucionales nacionales y, respectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o Tribunal de Luxemburgo); o el diálogo entre TJUE y TEDH. De su lado, en las investigaciones de los estudiosos del Derecho que pertenecen a países del continente americano, se ha frecuentemente estudiado la relación entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte de San José).

En muchos de estos trabajos, una de las preocupaciones de fondo (explícita o no) tiene que ver con las relaciones entre la jurisprudencia de estos diferentes tribunales. Una pregunta atormenta a menudo los autores: si esas relaciones tienen que seguir las reglas «clásicas» del sistema de fuentes del Derecho como la jerarquía (Bandeira Galindo, 2017: 252) o la competencia, o si hay que abandonar esas ideas antiguas para sumergirnos en un sistema más colaborativo, más atento a la búsqueda de valores compartidos y menos centrado en el concepto de soberanía estatal y en que un determinado órgano pronuncie «la última palabra» sobre un determinado asunto.

Más recientemente, el interés de la doctrina se ha dirigido al estudio del diálogo entre tribunales que actúan en áreas geográficas diferentes, cuya interacción, por tanto, no busca establecer quién tiene la última palabra o la decisión final sobre un caso concreto que involucra un particular, sino que, antes bien, busca poner en común las mejores herramientas para la protección de los derechos, en la convicción de que este es uno de los roles principales de las instituciones internacionales o supranacionales que tienen como propósito la tutela de los derechos: la creación de normas comunes y universales de protección de los derechos (Viljanen, 2008).

En esa labor, uno de los temas que ha hecho surgir interrogantes a los comentaristas respecto de la consecución de un nivel satisfactorio de protección de los derechos se refiere a la tutela (sobre todo frente a la discriminación, pero también, veremos, de otros derechos) del colectivo LGBT.

Como es notorio, en los últimos años, la sigla LGBTIQ+ ha sustituido la antigua y más breve LGBT para incluir y hacer referencia a las reivindicaciones de unos colectivos cuyas demandas son todavía poco conocidas por la mayoría de la población. La intersexualidad y el no binarismo, por ejemplo, siguen siendo, tanto en términos conceptuales como jurídicos, grandes desconocidos para la mayoría.

En comparación con estas cuestiones, la protección jurídica de la homosexualidad y de las personas transexuales, objeto de este trabajo, parecen cuestiones ya «clásicas» y problemáticas superadas. Ello es así sobre todo en España, donde en 2005 se reguló el matrimonio igualitario (Ley 13/2005, de 1 de julio), y donde en 2023 la Ley Trans (Ley 4/2023, de 28 de febrero) ha reconocido el derecho a la autodeterminación de género. Sin embargo, ambas son todavía nociones y conceptos poco consolidados e interiorizados en términos tanto académicos como políticos, en la práctica jurídica y por parte de la sociedad civil².

Y, respecto de los temas que nos conciernen en este trabajo y como se acaba de mencionar, si bien pueden celebrarse importantes avances en las

² Un trabajo muy interesante, a este respecto, es el de Matia Portilla, Elvira Perales y Arroyo Gil (2019).

últimas décadas relativos a la protección, respectivamente, de las personas y parejas homosexuales frente a la discriminación y de las personas transexuales en el disfrute de sus derechos (en particular de su derecho a la autodeterminación y del derecho a la integridad física), las sendas que faltan por recorrer son todavía muchas y tortuosas.

Por ello, mi trabajo pretende contribuir al debate en torno a la protección jurídica de las personas homosexuales y trans, difundir los principales avances y evidenciar las problemáticas todavía por resolver en este ámbito. Las reflexiones aquí plasmadas tienen la aspiración de unirse a las voces de los denominados «vectores del diálogo» (Burgorgue-Larsen y Montoya Céspedes, 2017: 332 ss.), al propiciar que se difundan a nivel global los avances logrados gracias a las intervenciones de los órganos jurisdiccionales objeto de análisis en estas páginas. En concreto, esta contribución tiene el propósito de analizar y presentar unas reflexiones críticas respecto del rol de la jurisprudencia de dos Tribunales supranacionales en la creación de unos estándares comunes de protección de los derechos de las personas homosexuales y transexuales³: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Consciente de que el funcionamiento de estas dos Cortes se rige por reglas muchas veces muy diferentes, que sus decisiones tienen efectos distintos y repercusiones directas en unos territorios entre los que existen grandes diferencias desde el punto de vista jurídico y también cultural, una primera parte de este ensayo estará dedicada a observar y comparar las principales características propias del funcionamiento de cada Tribunal.

Pese a esas evidentes diferencias, la Corte IDH, y el TEDH dialogan con frecuencia entre sí en sus fundamentaciones (de forma explícita o tácita)⁴, retroalimentándose en la búsqueda del más alto nivel de protección de los derechos. Por ello, la segunda parte de este trabajo tiene el propósito de presentar algunos elementos que considero especialmente interesantes y que

³ Anteriormente, una parte considerable de mis estudios ha ido dirigida a buscar esos elementos que puedan construir pautas comunes de protección del colectivo LGBTIQ+ en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Romboli, 2020b; 2021; 2022a, 2022b), en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo o CEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o Tribunal de Luxemburgo), en aplicación del Derecho de la Unión (Romboli, 2020a). Se ha centrado, esto es, en los tribunales que actúan (uno directamente y el otro algo más indirectamente) en el entorno europeo para la protección de derechos. Se ha demostrado así cómo la difusión de esas normas comunes de tutela sirve de inspiración para la actuación de los poderes públicos, en particular de los legisladores nacionales y de los órganos judiciales ordinarios y constitucionales (Romboli, 2022b).

⁴ Sobre el particular, puede verse, entre otros Burgorgue-Larsen y Montoya Céspedes (2017).

merece la pena evidenciar de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Interamericana en materia de protección del colectivo LGBT. He seleccionado dos problemáticas, una relativa a la protección de las personas homosexuales, y una respecto de la protección de la identidad sexual, y en concreto de las personas transexuales, en dos situaciones de especial relevancia para su real integración y su protección frente a la discriminación: el acceso al matrimonio para las parejas homosexuales, y la posibilidad de solicitar y obtener la rectificación del sexo registral para las personas transexuales.

II. LOS TRIBUNALES «REGIONALES» Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El análisis de las potencialidades del diálogo entre Tribunales tiene como punto de partida ineludible el conocimiento de los sistemas de protección de los derechos en los cuales actúan las Cortes que aparecen en ese «intercambio de ideas y fundamentaciones jurídicas».

Sobre todo en un trabajo como este, en el que una de las finalidades es la difusión de unos criterios comunes de protección de un determinado colectivo elaborados por los tribunales supranacionales para que sirvan de inspiración y sostén para los avances en la tutela de los derechos en las regulaciones y en la jurisprudencia nacionales, es fundamental dejar claro algunos elementos relevantes relativos al funcionamiento de los órganos jurisdiccionales supranacionales en su propio ámbito de actuación.

Por razones obvias, no es esta la sede más adecuada para proporcionar un análisis profundizada de todas las características del sistema del Consejo de Europa y del Sistema Interamericano de protección de los derechos, ni siquiera si se acotara el examen solo al funcionamiento de sus Cortes.

No obstante, resulta de utilidad evidenciar unos cuantos elementos que tendrán relevancia para alcanzar un mejor entendimiento de los temas tratados en la segunda parte de este ensayo, a saber, el análisis de la jurisprudencia más significativa en materia de protección del colectivo LGBT de la Corte IDH y del TEDH.

Empezando con cuestiones de carácter más amplio y general, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que tanto la organización internacional denominada Consejo de Europa, en cuyo seno se aprobó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que creó el Tribunal de Estrasburgo, como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en cuyo ámbito se firmaron primero (a finales de los años '50 del siglo pasado) la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Declaración

Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵ y posteriormente, en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se reguló la instauración y el funcionamiento de la Corte IDH (Novak, 2003: 27-29), compartieron un mismo propósito desde el momento de su nacimiento. En efecto, ambos sistemas regionales nacieron en un mismo momento histórico y con la finalidad manifiesta y explícita de implementar instrumentos de protección de los derechos humanos que actuaran de límite y de control respecto de los Estados ubicados en determinadas áreas geográficas.

En segundo lugar, es fundamental resaltar como ambos sistemas de protección se nutran de fuentes o «*parámetros de validez*» comunes (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 72), como la Declaración Universal de Derechos Humanos y numerosos tratados internacionales sobre derechos citados a menudo por los dos Tribunales.

En tercer y último lugar, ambos sistemas supranacionales comparten la voluntad de contribuir a la difusión de una cultura de protección de los derechos, más allá de la mera reparación de las violaciones puntuales que los Estados miembros pueden haber causado. Con el transcurrir de los años, tanto el TEDH como la Corte IDH han dejado cada vez más su papel de jueces del caso concreto, para convertirse en órganos cuya jurisprudencia (incluso la que proviene de casos no contenciosos, esto es, de solicitudes de opiniones consultivas) tiene un valor trascendente en las interpretaciones que los poderes públicos estatales hagan de los derechos reconocidos en sus respectivas Constituciones.

1. *Estructura, acceso a la jurisdicción y competencias de los dos tribunales regionales*

El Sistema Interamericano y el del Consejo de Europa difieren respecto de varios elementos que tiene que ver con la estructura organizativa de sus órganos jurisdiccionales, las modalidades de acceso a las mismas y sus competencias.

⁵ En 1959, en ocasión de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de los Estados Americanos, se encargó la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue el primer órgano de protección del sistema interamericano (Novak, 2003: 28), cuya regulación utilizó como prototipo y precedente la recién creada (1954) Comisión Europea de Derechos Humanos en el seno del Consejo de Europa (Fix-Zamudio, 1997: 174).

¹a Comisión Interamericana y la Europea tuvieron y siguen teniendo un rol fundamental en la protección de los derechos de las personas y de los colectivos en los dos sistemas regionales. No obstante, el presente escrito se centrará en el examen de decisiones que provienen del TEDH y de la Corte IDH y, por tanto, no se detendrá en analizar las características y el funcionamiento de las dos Comisiones.

No obstante, estas diferencias son solo relativas a procedimientos o a regulaciones procesales, y no enjuician cuanto afirmado en el apartado anterior respecto de la identidad en la vocación o el propósito de las dos Cortes. No olvidemos que, pese a las diferencias, *«una aproximación comparada es posible, porque el catálogo de derechos en ambos sistemas es homogéneo»* (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 72).

En el Sistema Interamericano, los artículos de la Convención Americana contemplan tres instrumentos de protección: los Informes de los Estados parte, las Denuncias Interestatales y las Denuncias Individuales. Dejando de lado el primero, que no tiene claramente carácter contencioso, los otros dos mecanismos responden a un sistema dual (que diferencia el funcionamiento de las garantías jurisdiccionales propias del Consejo de Europa de aquellas del Sistema Interamericano) en el que actúan tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según la Convención Americana existen tres diferentes supuestos en los que se puede presentar denuncias individuales o interestatales ante estos organismos, y en cada uno de estos casos la Comisión y la Corte tendrán competencias distintas. Solo en uno de estos tres casos, que presupone que *«la violación de un derecho de la Convención sea cometida por Estados Miembros de la OEA que han suscrito la Convención Americana y que mediante declaración unilateral han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»* (Novak, 2003: 32), el supuesto concreto podrá ser sometido al juicio de la Corte de San José. Por tanto, de conformidad también con el enunciado del art. 68.1 CADH, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana tiene carácter facultativo, esto es, opcional para los Estados del continente americano. Son los Estados partes en la Convención los que se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en los casos en los que sean partes. En la Opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983 (párrafo 21), la misma Corte Interamericana aclaró que los Estados tienen que prestar su consentimiento para someterse a su jurisdicción y así aceptarla y comprometerse al cumplimiento de la decisión final (Arias Ospina y Galindo Villarreal, 2017: 38-39). Esa prestación del consentimiento puede ser incondicional o bajo determinadas condiciones (como la condición de reciprocidad), para plazos concordados e incluso solo para casos determinados.

En el caso de la jurisdicción contenciosa del TEDH, sin embargo, todos los Estados que han firmado el CEDH se comprometen a acatar los contenidos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, como prescribe el art. 46 del Convenio Europeo (con las limitaciones, respecto de la fuerza obligatoria de las sentencias, que se detallarán en el próximo párrafo).

Respecto de la legitimación para plantear un asunto ante la Corte de San José, el art. 61 de la CADH reconoce solo a los Estados partes y la Comisión la legitimación para someter un caso a la decisión de la Corte.

Esta constituye una diferencia especialmente relevante respecto del sistema europeo de protección de los derechos, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el CEDH, es competente para resolver cualquier caso sometido a su jurisdicción que tenga que ver con «*asuntos inter-estatales*» (y que por tanto sea planteado por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa, art. 33 CEDH), como por parte de «*cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos*» (art. 34 CEDH).

Sin poder entrar en esta sede en el detalle de las competencias de las dos Cortes⁶, merece la pena mencionar que tanto la Corte IDH como el TEDH actúan como máximos intérpretes de sus respectivas Cartas de Derechos. Una prueba más de ello es que, en ambos sistemas regionales, al lado de las competencias contenciosas, gracias a las cuales los Tribunales procurar proporcionar la declaración y, en su caso, una reparación de la violación de un derecho, encontramos la previsión de competencias consultivas. Los Estados miembros, según procedimientos diferentes en cada sistema, pueden solicitar la interpretación de las normas de las Cartas de derechos, con la finalidad (y la poderosa ventaja) de prevenir eventuales violaciones del Convenio y de la Convención⁷. Una de las decisiones más trascendentes de la Corte IDH en materia de protección del colectivo LGBT y que será objeto de análisis en los próximos párrafos, tiene esta naturaleza, a saber, la de Opinión Consultiva en respuesta a una solicitud de mera interpretación.

2. Efectos de las decisiones

Uno de los problemas más debatidos cuando se analizan los sistemas internacionales o regionales de protección de los derechos es la eficacia de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales propios de dichos sistemas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En efecto, pese a que la mayoría de las Cartas internacionales afirme la fuerza obligatoria o vinculante de las sentencias de dichas Cortes, raras son

⁶ Para un estudio más detallado de las características de los dos Tribunales y en general de los dos sistemas, se aconseja la lectura de López Guerra y Saiz Arnaiz (2017); García Roca y Carmona Cuenca (2017); Novak (2003).

⁷ Recientemente, ha entrado en vigor el Protocolo n. 16 al CEDH, que ha añadido una nueva función consultiva entre las competencias del TEDH. En doctrina, véanse, entre muchos otros: López Guerra (2014), Rivero (2016), Romboli (2020).

las veces en las que una decisión de un Tribunal supranacional tiene efectos directos e inmediatos en el Estado miembro capaces de reparar la vulneración de un derecho fundamental. En el entorno europeo estos efectos se han logrado entre los Estados miembros de la Unión Europea, al tener las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE la misma fuerza de los Tratados de esta organización supranacional y al ser, por tanto, vinculantes y directamente aplicables en todos los Estados partes.

También son frecuentes los casos en los que los Estados miembros, aunque se hayan obligado a acatar las sentencias de los Tribunales de las organizaciones internacionales de los que forman parte, no activen realmente los instrumentos internos necesarios para reparar a la vulneración de un derecho y eliminar la posibilidad que la misma violación se repita posteriormente. Esto se debe, en ocasiones, a la falta de instrumentos u órganos de control de la ejecución de las sentencias de los Tribunales internacionales (Ayala Corao y Canosa Usera, 2017; Arangüena Fanego y Landa Arroyo, 2017; Saavedra Alessandri y Hernández Ramos, 2017; Novak, 2003: 59).

Más complejo aún es asegurar un real cumplimiento de la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y supranacionales cuando esa jurisprudencia, que va dirigida a condenar un determinado Estado miembro, contenga estándares comunes de protección de los derechos reconocidos en las Cartas supranacionales que, teóricamente, deberían servir de pautas de comportamiento para la actuación de los poderes públicos de todos los Estados miembros.

A pesar de todas estas dificultades, coincido con los autores que remarcan el rol fundamental de estas Cortes en la efectiva protección de los derechos humanos y en la difusión de unas normas comunes de protección de los mismos a nivel global. Hoy en día es «*artificial*» (Bandeira Galindo, 2017: 244) hablar de eficacia *inter partes* de las sentencias de la Corte de San José y del Tribunal de Estrasburgo; con el paso del tiempo, el valor de las sentencias de estos tribunales y su capacidad para ser fuentes de inspiración para los Estados es cada vez mayor, y su eficacia se ha convertido en «*abstracta y general, erga omnes, y no solo inter partes*» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 72).

Esto ha sido posible gracias al progresivo crecimiento del papel de «[l]as jurisprudencias de Estrasburgo y San José [...], dotado de autoridad y con capacidad para imponer sus decisiones interpretativas (*authoritative role*). Los dos tribunales son los intérpretes supremos y finales de los derechos en ambos sistemas» y sus sentencias tienen un impacto relevante en el sentido de tener «*capacidad de transformar y armonizar las normas nacionales sobre derechos fundamentales y las regulaciones legales conexas a ellas, así como sus exégesis. Hablamos de una interpretación supranacional que se impone tanto por su auctoritas, en virtud de la capacidad suasoria que*

concede al juzgador adoptar una perspectiva más amplia y distanciada de los hechos, como por su potestas, su eficacia vinculante para los poderes públicos nacionales» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 74).

Sin poder entrar ahora en el detalle de las regulaciones de los efectos de las sentencias o decisiones de las respectivas Cortes, merece la pena mencionar algunos elementos de similitud y otros de diferencia.

Tanto la CADH como el CEDH afirman que las sentencias que declaran la violación de un derecho de su respectiva Carta por parte de un Estado miembro son obligatorias (art. 46 CEDH y art. 68 CADH) y que el Tribunal puede decretar que el Estado condenado pague una indemnización económica a la víctima (Saavedra Alessandri y Hernández Ramos, 2017).

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo no puede en ningún caso obligar al Estado a que corrija la vulneración de un derecho imponiendo ella misma un determinado instrumento de reparación (anulación del acto en cuestión, reforma legislativa etc.); el TEDH solo declara la violación del Convenio, y el Estado miembro se compromete a reparar a dicha vulneración con los medios que considere más oportunos⁸. Las sentencias de la Corte de San José, de su lado, obligan al Estado que ha sido condenado a investigar y sancionar internamente a los responsables de la violación del derecho de la Convención. Y pueden ellas mismas dejar sin efectos actos, sentencias o incluso leyes nacionales u ordenar reformas internas en plazos razonables (Novak, 2003: 58).

Respecto de las decisiones que terminan procedimientos no contenciosos y meramente consultivos, la jurisprudencia de las dos Cortes no tendrá, por supuesto, efectos directamente vinculantes. No obstante, está claro que el Estado que incumpla los contenidos de una Opinión Consultiva de uno de los dos Tribunales puede recibir más adelante una condena por violación del CEDH o de la CADH (Romboli, 2020: 53).

3. *El activismo judicial en materia de tutela de derechos y los (eventuales) límites impuestos por la realidad social*

Si es verdad que el Derecho es una creación humana en constante evolución y modificación, ambas impulsadas por múltiples factores (primero entre ellos, las nuevas exigencias de la sociedad civil), es igualmente cierto que, cuando esta «creación» se desliga de los órganos que más directamente están

⁸ Por supuesto que ha habido muchos casos en los que el TEDH ha «sugerido» métodos para evitar futuras violaciones de derechos o para reparar a una violación, en particular en las denominadas «*sentencias piloto*»; sobre ese tema, puede verse García Roca y Nogueira Alcalá, 2017, en particular las páginas 96 y ss.

vinculados al principio democrático, la misma suele recibir críticas y reproches.

Me refiero, a todas luces, al fenómeno denominado «activismo judicial» de los tribunales internacionales o supranacionales, esto es, a que estas Cortes actúen de una forma que va «*más allá de la mera elección e interpretación de la norma aplicable a cada caso*», y que supone «*una suerte de creación del Derecho*» (Martinón Quintero, 2018: 96-97).

Sin embargo, de acuerdo con autorizados autores (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017; Martinón Quintero, 2018), resulta extremadamente difícil que la labor de Tribunales como la Corte de San José o el TEDH mantengan siempre bien clara y alejada la diferencia entre mera interpretación de sus respectivas Carta de derechos y la creación de nuevo Derecho, por supuesto inherente y directamente conexo con la interpretación auténtica de los contenidos de aquellas Cartas.

Y esto porque, cuando el Derecho que tiene que aplicar un tribunal es un conjunto de normas que reconocen derechos humanos o fundamentales, normas por naturaleza impregnadas de valores y extremadamente genéricas y abstractas, el rol del Tribunal será interpretar esas disposiciones completándolas con contenidos nuevos y actualizados a las cambiantes exigencias de la sociedad y de la comunidad internacional. Tanto el TEDH como la Corte IDH han evidenciado en numerosas ocasiones el carácter «viviente» respectivamente de los contenidos del Convenio y de la Convención; y han remarcado y defendido su rol en la actualización de esos contenidos.

Es evidente como el activismo judicial de estas dos Cortes haya desempeñado el rol de «motor del cambio» y haya supuesto avances importantes en la tutela de los derechos de las personas que viven en los países sujetos a su jurisdicción, y también a nivel global, gracias al diálogo entre tribunales y la globalización en la protección de los derechos.

Este trabajo, al proponer una confrontación entre la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH y, como se dirá, al propiciar que se difundan también en el entorno europeo los avances logrados gracias al activismo judicial de la Corte de San José, se une a la voz de quienes afirman que «*[e]l lenguaje de los derechos refleja la cultura ilustrada de la razón, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no debe tener fronteras, es universal*» (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 73). Y por ello deberían ser universales también las interpretaciones más extensivas en materia de tutela de los derechos.

Por tanto, no hay que considerar que el activismo judicial, sobre todo en materia de protección de derechos, conlleve una labor de interpretación *contra legem* que pretenda obligar a los Estados a aceptar e incorporar ciertos valores o principios, sino, antes bien, que su propósito sea el de crear y difundir unos valores compartidos que entren a formar parte de un «*incipiente*

orden público internacional concretado, en este caso, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos» (Jiménez García, 2010: 101-102).

Algunas de las críticas al activismo judicial de las Cortes que tienen como propósito la protección de derechos humanos han evidenciado como en varias ocasiones los Estados partes, al no reconocer la compatibilidad entre las interpretaciones proporcionadas por las Cortes y sus ordenamientos internos o al considerar que la sociedad civil no estaba lista para asumir una determinada evolución del significado de un derecho fundamental, han terminado por no incorporar la jurisprudencia de los Tribunales regionales, porque estas se habrían sustituido al legislador democráticos (Spigno, 2024).

Esto ha pasado tanto en el continente americano, en el que algunos casos han puesto de relieve que el Derecho interno sigue desafiando la obligatoriedad jurídica de las decisiones de la Corte IDH, sobre todo cuando el caso trate temas de gran impacto político en el país (Bandeira Galindo, 2017: 237), como en el entorno europeo (López Guerra, 2017). No obstante, en materia de protección de derechos no puede automáticamente considerarse un error o un desacierto que los tribunales supranacionales se sustituyan al legislador nacional. Si este vulnera (o no actúa para resolver una situación de vulneración) de un derecho de una Carta supranacional ratificada por el Estado, es responsabilidad de la Corte IDH o del TEDH intervenir. En efecto, *«[s]u posición contramayoritaria coincide con la propia del control de constitucionalidad de la ley y todas las razones allí vertidas pueden traerse a este otro contexto. El argumento que se refuta –el pretendido monopolio del legislador democrático– tiene algo de abdicación en el ejercicio de la protección de derechos. Un verdadero tribunal no puede adoptar decisiones políticas de oportunidad y renunciar a ejercer su jurisdicción en detrimento de los justiciables y de la eficacia de las normas del Convenio. Esta posición haría inviable el funcionamiento del sistema»* (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 112).

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DE LA CORTE IDH EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL COLECTIVO LGBT

Merece la pena destacar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuenta con poquísimas decisiones relativas a la protección de homosexuales y transexuales, a día de hoy 6 en total, mientras el TEDH se ha pronunciado sobre el tema entre 30 y 40 veces. Pese a ello, la Corte Interamericana se ha demostrado mucho más valiente y progresista en la materia que el Tribunal de Estrasburgo.

La Corte de San José se pronunció por primera vez sobre la protección de la población LGBT en su sentencia del caso *Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, de

24 de febrero de 2012: la señora Atala Riffo había perdido la custodia de sus hijas menores de edad ante los tribunales nacionales chilenos por su orientación homosexual. Aquí sentó las bases para el reconocimiento, de un lado, de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas por la CADH, incluidas como categoría sospechosa de discriminación en el concepto de «cualquier otra condición social» (artículo 1.1); y, de otro, de los derechos familiares de las personas homosexuales, afirmando que estos no pueden verse limitados por una concepción tradicional de familia.

Esta doctrina se vio ratificada en dos decisiones posteriores. En el caso *Duque vs. Colombia*, de 26 de febrero de 2016, la Corte condenó al Estado por denegar a un hombre homosexual la posibilidad de obtener una pensión de viudedad tras la muerte de su pareja, por tratarse de una pareja *same-sex*. En la sentencia *Flor Freire vs. Ecuador*, de 31 de agosto de 2016, la Corte IDH conoció de la destitución del recurrente de la base terrestre ecuatoriana, con base en el Reglamento de Disciplina Militar, que sancionaba las relaciones homosexuales; también aquí la Corte declaró violado el derecho a no sufrir discriminación.

La decisión paradigmática de la Corte IDH en el reconocimiento de derechos al colectivo LGBT es, en todo caso, la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, de 24 de noviembre de 2017. Dicho documento tiene su origen en el año 2016 cuando el Estado de Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana que se pronunciara respecto del alcance de varios artículos de la CADH, relativos a la obligación de respetar determinados derechos, entre otros, la libertad personal, la protección de la honra y de la dignidad y del derecho a la vida privada y familiar, la libertad de expresión, el derecho a formar una familia, el derecho al nombre y, evidentemente, el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación. Al respecto, se buscaba saber si dicho tratado protegía el cambio de nombre oficial de las personas transexuales y los derechos patrimoniales derivados de las uniones matrimoniales homosexuales. En esta decisión la Corte Interamericana reconoció que el Pacto de San José protege el derecho al cambio de nombre en documentos oficiales y que los Estados deben garantizar el acceso de las parejas del mismo sexo a instituciones jurídicas ya existentes como el matrimonio (párrs. 182, 201, 203).

Con esta decisión histórica, tan trascendente, como punto de referencia⁹, se procederá ahora a analizar cómo el TEDH y la Corte IDH abordan las dos problemáticas que son aquí objeto de estudio.

⁹ Posteriormente, la Corte IDH reiterará su jurisprudencia en dos sentencias, las últimas hasta la fecha. En el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, de 12 de marzo de 2020, declaró a la República del Perú responsable internacionalmente por la violación de varios derechos, entre los cuales el derecho a no ser discriminados por razón de la orientación e identidad sexuales, por las agresiones sufridas por la ciudadana peruana Azul

1. *La protección de las parejas homosexuales en el acceso al matrimonio civil*

Han sido muchos los avances a los que a nivel global se ha asistido en las últimas décadas en materia de tutela de la orientación sexual¹⁰, gracias a las intervenciones, de un lado, de los poderes públicos estatales (de sus poderes legislativos y sus Cortes constitucionales¹¹) y, de otro, de las organizaciones supranacionales (a través de la emisión de declaraciones, normas de naturaleza diversa y sentencias de los tribunales propios de cada organización¹²). La posibilidad de que las personas homosexuales puedan vivir su vida familiar en condiciones de igualdad respecto de las heterosexuales ha sido una de las cuestiones más controvertidas y debatidas. El acceso de las parejas homosexuales al matrimonio (o a instituciones legales que crearan un estatus jurídico parecido a ese) es, a todas luces, una de las problemáticas centrales, apta para medir el efectivo nivel de protección del colectivo homosexual en un país.

Los tribunales supranacionales, y en concreto los dos cuya jurisprudencia se examina en este ensayo, han producido numerosas declaraciones en sus

Rojas Marín, mujer trans, por parte de agentes policiales que la detuvieron sin motivo, la golpearon, insultaron, torturaron y violaron. En el caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, de 26 de marzo de 2021, la Corte consideró responsable al Estado de Honduras por la violencia (con resultado de muerte) ejercida contra Vicky Hernández, mujer trans, por parte de agentes estatales, en razón de su identidad y expresión de género.

¹⁰ Es igualmente cierto, con todo, que también se han detectado retrocesos en este ámbito, sobre todo en la última década, y en los países que se han incorporado recientemente a la Unión Europea. Paradigmáticos son los casos de Polonia y Hungría (Jerez, 2022; Zornona, 2023; Gómez, 2024).

¹¹ En la mayoría de los países (al menos de los que pertenecen al entorno europeo y al espacio de actuación de la Corte de San José) se aplica el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual, y se han aprobado regulaciones específicas que protegen a las personas y las parejas homosexuales en diferentes ámbitos de sus vidas personales y profesionales.

¹² En el marco europeo pueden mencionarse, entre muchas otras actuaciones: 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 ocupación*, que prohíbe que los Estados miembros discriminen a las personas por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación; o la Directiva 2004/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre los derechos de los ciudadanos de la UE y sus familiares para trasladarse y residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros*, cuyo preámbulo declara que «Los Estados miembros deberían aplicar esta Directiva sin discriminación entre los beneficiarios de esta Directiva por razones de orientación sexual». Aunque, como es sabido, el preámbulo no es jurídicamente vinculante, la interpretación que el Tribunal de Justicia proporcionó de esta fuente normativa permitió reconocer los mismos derechos a las parejas homosexuales y heterosexuales (Romboli, 2020a).

decisiones en relación con el concepto jurídico de familia, en general, y con el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, en concreto, y/o a otras tipologías de uniones civiles. En este sentido, como veremos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana evidencia su visión progresista y pro-derechos en la materia, proporcionando elementos útiles para la construcción de normas comunes de protección de personas y parejas homosexuales a nivel global, a un nivel al que, desafortunadamente, el TEDH todavía no ha llegado.

1.1. Las contribuciones de la jurisprudencia del TEDH

Como es bien sabido, desde el famosísimo asunto *Shalk y Kopf c. Austria*, del año 2010 (Sentencia de 24 de junio), el TEDH viene afirmando que los Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a reconocer que las uniones homosexuales también son familias y a conceder ciertos derechos y deberes a sus integrantes. No obstante, desde entonces y hasta el día de hoy, la jurisprudencia del TEDH nunca ha reconocido la existencia de un derecho de las personas homosexuales al acceso al matrimonio civil, ni que la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio civil (esto es, de una institución regulada por el ordenamiento jurídico de cada Estado) constituya una discriminación, contraria al artículo 14 CEDH en relación con su artículo 8 (Contreras, 2016; Sales I Jardí, 2015; Sperti, 2013 y 2018; Torres Pérez, 2012).

En efecto, en estos 14 años y a través de numerosas sentencias (Romboli, 2020b), el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que las parejas homosexuales tienen exactamente el mismo estatus que las parejas heterosexuales respecto de la necesidad de ver reconocido su derecho al respeto de la vida familiar, reconocido en el artículo 8 CEDH. Esto significa que la homosexualidad tiene relevancia en la vida pública y que las uniones homosexuales *-de facto o de jure-* también constituyen una familia protegida por el artículo 8 CEDH. Sin embargo, según la doctrina del TEDH, el CEDH no obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa a reconocer el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, si bien tampoco prohíbe ese reconocimiento. El Tribunal de Estrasburgo, por lo tanto, eligió no proporcionar una interpretación definitiva y contundente sobre esta cuestión, y afirmó que, al no existir todavía consenso en Europa sobre esta cuestión, la elección respecto del acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio debe permanecer dentro del margen de apreciación estatal. Esta jurisprudencia, inaugurada en 2010 con la sentencia *Schalk*, ha sido reiterada en varias ocasiones y se ha mantenido inmutada hasta la fecha actual.

En la misma línea, el Tribunal Europeo afirmó también que los Estados miembros del Consejo de Europa pueden establecer formas diferentes de reconocimiento legal de las uniones homosexuales respecto de los

matrimonios. La regulación de las uniones civiles y del matrimonio, afirmó, está íntimamente ligada a las tradiciones y cultura de cada país y, por tanto, todos sus contenidos quedan dentro del margen de apreciación nacional. No obstante, declaró que los Estados miembros deben reconocer a las parejas homosexuales los mismos derechos que la legislación nacional reconoce a las parejas heterosexuales no casadas.

Así, en la sentencia del 13 de febrero de 2013 relativa al asunto *X. y otros c. Austria*, la Corte Europea condenó el Estado por haber aplicado una legislación nacional que reconocía exclusivamente a las parejas heterosexuales la posibilidad de adoptar el hijo de su pareja. El Tribunal reconoció que no había consenso mayoritario sobre la posibilidad de adopción por parejas homosexuales. Sin embargo, Austria había previsto que las parejas heterosexuales no casadas pudieran adoptar. Ciertamente, en lo que concierne a la comparación entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales casadas, el TEDH volvió a declarar que no son situaciones comparables y que una diferencia de trato entre ellas no vulnera el art. 14 en relación con el art. 8 CEDH. Sin embargo, un trato diferenciado injustificado entre parejas heterosexuales y homosexuales no casadas sí supone tal vulneración. La doctrina del TEDH reconoce a ambas tipologías de unión la misma dignidad jurídica; constituiría un comportamiento discriminatorio y por lo tanto ilegítimo que los Estados miembros del Consejo de Europa permitieran que solo las personas heterosexuales pudieran adoptar al hijo de su pareja. A partir de entonces, el Tribunal de Estrasburgo condenará a los Estados a que reconozcan en sus leyes derechos a las parejas heterosexuales no casadas que no extienden a las parejas homosexuales, «*a menos que el Estado demuestre que la prohibición [de acceso a las parejas homosexuales a tales beneficios] persiga una finalidad legítima y esté proporcionado a la persecución de dicho fin*» (Romboli, 2020b: 26).

Esta línea jurisprudencial contiene elementos positivos y otros digamos que «mejorables» en relación con la posición jurídica de las parejas homosexuales y su protección contra la discriminación. Centrándonos en los segundos, está claro que el Tribunal Europeo optó por ubicar dentro del margen de apreciación estatal las decisiones relativas al reconocimiento legal de las uniones homosexuales. Ello deja margen a los Estados miembros del Consejo de Europa para incurrir en vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación, al no contar con directrices precisas, ni con una línea de justificación sólida en que sustentar la diferencia de trato entre personas con diferentes orientaciones sexuales en el acceso a una institución jurídica como el matrimonio civil.

Entre los elementos positivos hay que destacar que el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que las parejas y familias homosexuales merecen protección por parte de los sistemas jurídicos nacionales tanto como las parejas

heterosexuales; y que los Estados están obligados a respetar el principio de igualdad y no discriminación entre parejas *more uxorio* heterosexuales y homosexuales. Sin negar el valor de dicho reconocimiento, no puede negarse que mantener un régimen «especial» para el matrimonio al que sólo pueden acceder las parejas heterosexuales significa que «*para las parejas del mismo sexo, el nivel mínimo de protección según la Convención es el reconocimiento, no la igualdad*» (Poppelwell-Scevak, 2018; Sperti, 2018: 1161).

A la luz de lo anterior, no cabe poner en duda que en Europa el TEDH esté jugando un rol fundamental en la construcción de estándares comunes de protección del colectivo LGBT; no obstante, también resulta patente que queda mucho camino por recorrer en este sentido. Como contraste, al analizar las declaraciones de la Corte de San José sobre las mismas temáticas, encontramos elementos muy útiles para la construcción de normas comunes de protección de las personas y parejas homosexuales a nivel global, elementos que el TEDH, desafortunadamente, todavía no ha desarrollado.

1.2. Las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte IDH

Al examinar la situación de las parejas y familias homosexuales, la Corte Interamericana ha desarrollado razonamientos radicalmente diferentes a los del TEDH sobre las obligaciones de los Estados miembros respecto de la protección de los derechos de dichas parejas y familias. El foco se pondrá aquí en la Opinión Consultiva 24/17, que es, a todas luces, la resolución que con más claridad y detenimiento se ocupa de abordar en términos genéricos la protección de los derechos de las personas LGBTIQ+. En ella la Corte IDH aporta afirmaciones tan claras y bien argumentadas que merecería la pena reproducirlas integralmente. Por razones obvias, sin embargo, me contentaré con intentar resumir los conceptos más relevantes de forma ordenada y crítica.

En primer lugar, en la Opinión Consultiva de 2017 antes citada, la Corte Interamericana afirmó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo en particular de la misma. Antes bien, la Corte de San José observó que, en aquel entonces (2017) como en la actualidad, existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio. La Corte IDH afirmó expresamente que una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/u orientaciones sexuales y que todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado (Páez Bimos, 2018: 36-39; León, 2019).

En segundo lugar, y en conexión con lo que se acaba de indicar, la Corte proporcionó una interpretación evolutiva del artículo 17 CADH (artículo que

reconoce el derecho al matrimonio y a fundar una familia) y no literal, formal o historicista. En efecto, en el artículo 17 puede leerse: «*Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*». El texto permitió a la Corte, por tanto, centrarse en dos cuestiones importantes: que los Estados pueden dar forma y contenido al derecho al matrimonio libremente, y que esos contenidos no pueden entrar en conflicto con el derecho a no sufrir discriminación. Evidentemente, no reconocer a las parejas homosexuales el acceso a una institución jurídica como el matrimonio civil vulneraría el derecho a no sufrir discriminación por razones de orientación sexual.

Partiendo de estos dos elementos, merece la pena poner de relieve al menos dos razonamientos de la Corte Interamericana que alejan su jurisprudencia de la del TEDH, y la colocan en una posición mucho más avanzada que la del segundo en protección de derechos. De un lado, la Corte apoyó y dio fuerza a su decisión de ampliar el concepto de matrimonio y el derecho al mismo en que la presunta falta de consenso, en el interior de algunos países, sobre los derechos de las minorías sexuales no puede ser asumido como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos en todo el territorio interamericano, o para perpetuar y reproducir su discriminación histórica y estructural (párr. 83). Contrástese este argumento con el desarrollado por el TEDH, que desde 2010 se ha quedado estancado en enunciar la necesidad de consenso en la mayoría de los países del Consejo de Europa para reconocer el derecho al acceso al matrimonio a las parejas homosexuales.

De otro lado, la Corte de San José declaró que establecer un trato diferente entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en la forma en que pueden fundar una familia -sea por una unión de hecho o por un matrimonio civil- no logra superar un test estricto de igualdad, ya que no existe una finalidad convencionalmente aceptable que permita considerar a esta distinción como necesaria y proporcional. Obsérvese de nuevo, como contraste, que el TEDH no entra a valorar con suficiente profundidad y rigor jurídico si negar el acceso al matrimonio a las personas homosexuales constituye una violación del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (artículo 14 CEDH), en conexión con el derecho a la vida familiar (artículo 8 CEDH).

En términos más generales, la Corte de San José ha desarrollado una interpretación muy amplia y evolutiva de la problemática relativa al acceso de las parejas homosexuales al matrimonio. Ha afirmado, en concreto, que los Estados que han firmado la Convención no tienen por qué crear nuevas figuras jurídicas para garantizar los derechos de estas parejas, siendo suficiente extender las instituciones existentes (incluyendo el matrimonio civil)

a las parejas compuestas por personas del mismo sexo. Este constituye, en opinión de la Corte, el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados de la unión entre parejas del mismo sexo, que estarían así protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. Esta afirmación, importantísima, es al mismo tiempo una conclusión absolutamente obvia para quien defiende la igualdad de trato entre personas con diferentes orientaciones sexuales. Sorprende, efectivamente, que el Tribunal Europeo no haya llegado aún a ella.

La Corte Interamericana declaró a este propósito que crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre, configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana. Sin embargo, el TEDH recomienda justo esa opción; podemos decir que, desde el asunto *Oliari y otros c. Italia*, resuelto en 2015 (Sentencia de 21 de julio) «obliga» a adoptarla: si los Estados miembros no quieren dar acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, deben crear algún otro tipo de uniones civiles que protejan el derecho a la vida familiar de las personas que pertenecen a este colectivo. Los Estados miembros, esto es, están obligados a reconocer de alguna manera los derechos y regular el estatus jurídico de las parejas homosexuales en el marco del derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8 CEDH. Si no es en el seno de la institución matrimonial, deben hacerlo a través de alguna otra institución civil, so pena de incurrir en violación del Convenio (Ferraro, 2015; Romboli, 2020b: 26-27).

Estas reflexiones enfatizan el acierto y la vigencia de los argumentos de Poppelwell-Scevak, antes citados: «*para las parejas del mismo sexo, el nivel mínimo de protección según la Convención es el reconocimiento, no la igualdad*». En efecto, si es verdad que se reconoce a las parejas homosexuales la posibilidad de acceder a ciertos tipos de unión, esta circunstancia no llega a crear unas reales y efectivas condiciones de igualdad entre personas homosexuales y heterosexuales, porque en muchos países del entorno europeo solo estos últimos pueden acceder al matrimonio¹³ y la decisión en este ámbito no está sujeta a ninguna imposición o regulación homogénea, respetuosa de unos estándares comunes de protección de los derechos, que provenga del Consejo de Europa.

¹³ Es el caso de Armenia, Bielorrusia, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Georgia, Hungría, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Moldavia, Mónaco, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Serbia y Ucrania. Algunos de estos países tampoco reconocen las uniones civiles entre parejas del mismo sexo (como, por ejemplo: Armenia, Bielorrusia, Bulgaria, Eslovaquia, Georgia, Lituania, Moldavia, Polonia, Serbia, Ucrania).

Para terminar este epígrafe, merece la pena mencionar otras dos afirmaciones importantes y valientes de la Corte Interamericana. En primer lugar, la Corte ha afirmado que ampliar el acceso a las parejas homosexuales al matrimonio no resta valor a la institución, siendo por el contrario necesario para reconocer igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano históricamente discriminado (párr. 33) -afirmación que resulta difícil de contradecir-. En segundo lugar, la Corte ha instado a los Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos. De todos modos, prosiguió, los Estados que aún no hubieran garantizado a las personas del mismo sexo su acceso al matrimonio están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben su discriminación, debiendo por ende garantizarles fuera del matrimonio los derechos derivados de éste; eso sí, deben hacerlo en el entendimiento de que se trata de una situación transitoria, ya que, de ser permanente, se trataría de una solución discriminatoria, vulneradora de los contenidos de la Convención.

2. *La protección de las personas transexuales en el acceso al cambio de sexo registral*

Corresponde ahora abordar la búsqueda de estándares comunes de protección respecto de las personas transexuales por parte tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana. Uno y otra han resuelto casos sobre la situación jurídica de las personas trans relativos, mayoritariamente, a solicitudes de modificación o rectificación del marcador identificativo del sexo, tal y como consta en los registros civiles de un Estado miembro y/o en los documentos oficiales de identificación personal. Esta circunstancia constituye, a todas luces y como ya he tenido ocasión de afirmar (Romboli, 2022b; 2023), una cuestión fundamental sin la cual una persona transexuales no puede siquiera empezar a disfrutar plenamente de sus derechos. En esta materia, la jurisprudencia de las dos Cortes ha terminado llegando prácticamente a unas mismas conclusiones. Sin embargo, el recorrido del TEDH ha sido más largo, ha necesitado más tiempo, con avances paulatinos y progresivos, mientras que la Corte IDH ha sido más directa y su doctrina contiene afirmaciones mucho más contundentes.

2.1. El TEDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral

La jurisprudencia del Tribunal Europeo ha fluctuado entre conceder a los Estados miembros un margen de apreciación (más o menos amplio) en materia del derecho al cambio de sexo registral, basado en la falta de consenso

europeo al respecto, y el establecimiento de ciertos criterios básicos de protección de las personas transexuales. Los primeros casos en los que personas trans solicitaron protección de sus derechos comenzaron en los años 80 del siglo pasado¹⁴. Sin embargo, hasta principios de 2000 la Corte prácticamente no reconoció esos derechos. El verdadero cambio se produjo en 2002, con el asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido* (Sentencia de 11 de julio de 2002). Es éste un caso similar a otros anteriores: en él la recurrente denunció la denegación de autorización para modificar la indicación del sexo en sus partidas de nacimiento, que en su opinión constituía una violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura), 8 (derecho a la vida privada y familiar) y, en este caso y en algunos otros, también del artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) del Convenio Europeo. Sin embargo, a partir de él el Tribunal Europeo empezó a modificar su jurisprudencia sobre este asunto (Martínez Pérez, 2013: 173-175; Romboli, 2022b: 237-238).

Sus afirmaciones más importantes al respecto se pueden resumir en las siguientes: 1) La falta de reconocimiento legal de la reasignación de sexo mediante cirugía afecta la vida privada de las personas trans y puede vulnerar el derecho a disfrutar de la misma, reconocido en el artículo 8 CEDH. 2) La protección de las personas trans está vinculada a la necesidad de proteger la dignidad y la libertad de las personas, y el artículo 8 CEDH cubre la noción de autonomía personal y protege la esfera personal de las personas, incluido el derecho a definir su propia identidad como seres humanos. 3) No se puede negar una tendencia continua en los Estados miembros, no sólo hacia una mayor aceptación social de las personas transexuales, sino también hacia el reconocimiento legal de la identidad de las personas trans operadas. 4) En el siglo XXI, el pleno disfrute de los derechos de las personas trans ya no puede considerarse una cuestión jurídicamente controvertida a la que quepa dar tiempo de adaptación a los sistemas jurídicos; el Tribunal menciona específicamente los derechos al libre desarrollo personal y a la integridad física y moral (§ 90).

El Tribunal Europeo, en conclusión, incluyó la identidad sexual dentro del alcance del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH, y de sus criterios de protección. En este sentido, no podemos olvidar que su protección debe siempre sopesarse con otros intereses, como el mantenimiento del orden público, el interés público y la seguridad jurídica en ámbitos como el acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la

¹⁴ El primer caso relevante fue resuelto con la sentencia del TEDH de 17 de octubre de 1986, *asunto Rees c. Reino Unido*, dado que en el supuesto decidido el 6 de noviembre de 1980, asunto *Van Oosterwijck c. Bélgica*, que tuvo origen de un caso en el que las autoridades belgas se negaron a modificar el sexo registral de una persona transexual, el TEDH no entró en el fondo de la cuestión porque el recurrente no había cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial nacional previa.

herencia, la seguridad social o los seguros. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo señaló que los conflictos que pueden surgir en estos ámbitos «*están lejos de ser insuperables*»; más bien «*puede razonablemente esperarse que la sociedad tolere ciertos inconvenientes para permitir a los individuos vivir con dignidad de acuerdo con la identidad sexual elegida por ellos a un gran coste personal*» (§ 91). Así, por primera vez, el Tribunal Europeo modificó la ponderación entre los intereses públicos y privados involucrados en la demanda de una persona trans por una reasignación registral del sexo, reconoció la prevalencia de los derechos de la señora Goodwin y afirmó que el Reino Unido había violado el artículo 8. del CEDH. Es importante subrayar, en todo caso, que esta sentencia se refiere a personas transexuales que se han sometido a intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, algo que cambiará, como veremos, en decisiones posteriores. Aun con esta limitación, en *Goodwin* la prevalencia del margen de apreciación nacional en la protección de los intereses nacionales dio paso a la necesidad de proteger la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual del demandante, todo ello en consideración de la evolución de la conciencia social y de los conocimientos médicos y psicológicos relacionados con la condición trans.

Esta doctrina se consolidó en jurisprudencia posterior¹⁵. En los años siguientes, el Tribunal de Estrasburgo intensificó la protección de las personas transexuales; con cada decisión el Tribunal Europeo dio otro pequeño paso adelante en este sentido. Así, en 2007, en el asunto *L. c. Lituania* (Sentencia de 11 de septiembre), mostró una mayor y creciente atención a la situación «*de angustiosa incertidumbre*» en que se encuentran las personas trans en términos de desarrollo de su vida privada y de reconocimiento de su verdadera identidad. Esto incluye a personas que (como el demandante en este caso concreto) no han tenido acceso a la cirugía de reasignación de sexo, pero quieren someterse a ella.

El año 2014 marcó otro momento significativo en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre la materia. La ocasión fue el asunto *Hämäläinen c. Finlandia* (Sentencia de 16 de julio). Esta Sentencia es significativa al menos por dos razones. En primer lugar, permitió a la Corte aclarar sus criterios respecto del alcance del margen de apreciación de los Estados cuando está en juego el derecho a la identidad sexual. Entre esos criterios menciona el siguiente: ese margen es limitado en los casos en que está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo. Y la identidad sexual es obviamente uno de los aspectos más importantes de nuestra existencia e identidad. En segundo lugar, el TEDH empezó a prestar

¹⁵ Para el examen de toda la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de las personas transexuales en el acceso al cambio de sexo registral (Romboli, 2022b).

cada vez más atención a la protección de la integridad física de las personas transexuales en los procedimientos de cambio de sexo. El caso permitió al TEDH empezar a abonar el terreno para el reconocimiento de nuevos estándares de protección del colectivo trans que se han consolidado posteriormente, entre los cuales destaca, por ejemplo, el relativo a la prohibición de imponer la realización de operaciones quirúrgicas de reasignación de sexo para permitir a los trans obtener el cambio de sexo en los registros civiles.

En efecto, desde 2015, el Tribunal Europeo empezó a pronunciarse sobre los requisitos que se pueden imponer para obtener el cambio registral de sexo. La Corte de Estrasburgo examinó los criterios establecidos en los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa: estos incluían esterilización, tratamiento hormonal previo, una prueba llamada «experiencia de la vida real», un diagnóstico de disforia de género, un período de psicoterapia, evidencia de integración social y/o un período de espera u observación. La novedad es que a partir de 2015 el Tribunal Europeo analizó si estas condiciones respetaban el artículo 8 del Convenio Europeo, esto es, el derecho al respeto de la vida privada y familiar. A este respecto, en el asunto *YY c. Turquía* (Sentencia de 10 de marzo de 2015) señaló que el número de Estados miembros en los que las personas transexuales ya no están obligadas a someterse a cirugía de reasignación, esterilización o terapia de reasignación hormonal está creciendo gradualmente, aunque los Estados que sí imponen al menos una de las condiciones enumeradas siguen siendo mayoría (§§42-43). También mencionó resoluciones y recomendaciones recientes a nivel supranacional que apuntan en la misma dirección. Ello llevó al Tribunal Europeo a establecer que exigir una esterilización previa equivalía a una injerencia en los derechos de los demandantes a la integridad física y a la vida privada que no era necesaria en una sociedad democrática, ni estaba suficientemente justificada, por lo que los Estados que lo imponen vulneran el derecho al respeto de la vida privada, reconocido en el artículo 8 del CEDH.

En 2017, en el asunto *AP, Garçon y Nicot c. Francia* (Sentencia de 6 de abril), el Tribunal añadió que «[e]l derecho al respeto de la vida privada previsto en el artículo 8 del Convenio se aplica plenamente a la identidad de género, como componente de la identidad personal» (§ 95); y que esto incluye a personas trans que no se han sometido ni desean someterse a un tratamiento de reasignación de sexo. Respecto de la esterilización como condición para conseguir la modificación del sexo en los documentos civiles, el Tribunal Europeo no dudó en afirmar que «los tratamientos y operaciones médicas de este tipo afectan a la integridad física de la persona, la cual está protegida por el artículo 3 del Convenio [...] y por el artículo 8» (§ 127), ya que impactan negativamente en el bienestar físico y mental de quien los sufre, así como en su vida emocional, espiritual y familiar (§ 128). El consentimiento a estos tratamientos, afirma además el Tribunal, no se otorga de forma genuinamente libre

cuando no prestarlo tiene como consecuencia privar a la persona del pleno ejercicio de su derecho a la identidad sexual y a su desarrollo personal.

En casos posteriores, la Corte de Estrasburgo continuó dando pasos hacia la construcción de estándares para la protección de los derechos del colectivo trans. Por ejemplo, en 2018, en el asunto *SV c. Italia* (Sentencia de 11 de octubre) el Tribunal Europeo añadió la «rapidez» procesal como una exigencia necesaria para la protección de las personas transexuales. En efecto, los procedimientos de rectificación del sexo registral deben garantizar que las personas no permanezcan en un estado prolongado de sufrimiento. Asimismo, en 2019, en el asunto *X. c. la Ex República Yugoslava de Macedonia* (Sentencia de 17 de enero), el TEDH falló contra el Estado porque «*el marco jurídico actual en el Estado demandado no prevé «procedimientos rápidos, transparentes y accesibles» para cambiar en los certificados de nacimiento el sexo registrado de las personas transgénero.*».

En sus sentencias más recientes hasta la fecha, la Corte consolida la doctrina establecida en las decisiones ahora mencionadas (Romboli, 2022b: 244 ss). Con todo, y como he comentado en otras ocasiones, pese a la indudable trascendencia de sus declaraciones sobre este tema para la construcción de unos criterios comunes de protección del colectivo trans, el Tribunal Europeo habría podido ser más contundente al imponer ciertos estándares de tutela, proceder que podremos constatar a continuación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva de 2017.

En cualquier caso, y a la luz de todo lo anterior, no cabe negar las aportaciones del Tribunal Europeo en materia de protección del colectivo trans ante la solicitud de cambio de sexo registral. Estas se pueden resumir en los siguientes puntos, que sientan las bases comunes mínimas a asumir por los Estados miembros: 1) El derecho a la identidad sexual, ejercido a través de la rectificación del sexo registral y/o el acceso a una reasignación de sexo quirúrgica u hormonal, está incluido en el ámbito de protección del artículo 8 del Convenio Europeo. 2) El margen de apreciación de los Estados para restringir el acceso a la rectificación del sexo registral es limitado, a pesar de que aún no se ha logrado un consenso al respecto entre los Estados miembros. 3) La imposición de determinados requisitos para autorizar la rectificación del sexo registral puede vulnerar el derecho a la integridad física y moral, en particular cuando implican tratamientos médicos o psicológicos que la persona no quiere realizar (artículo 3 CEDH).

2.2. La Corte IDH y los derechos de las personas transexuales en el proceso de cambio de sexo registral

Como ya se ha dicho, la Corte de San José llegó a conclusiones muy parecidas de una forma más directa. El tema fue abordado en la Opinión

Consultiva 24/17¹⁶, a que ya se ha hecho referencia. Como para la protección del colectivo homosexual, también las afirmaciones que tutelan las situaciones jurídicas de las personas transexuales demuestran la voluntad de difundir y consolidar entre los Estados miembros la visión extremadamente progresista y pro-derechos de este tribunal. En concreto, en la Opinión Consultiva 24/17, la Corte Interamericana evidencia que los derechos a la identidad en general y el de la identidad sexual en particular (Gauché Marchetti, 2018) están estrechamente vinculados con el respeto de la dignidad humana, de los derechos a la autonomía, a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, a la inviolabilidad de la vida privada e, incluso, con el derecho a la libertad de expresión (párrs. 85-96).

Como ha quedado apuntado, para proteger eficazmente el derecho a la identidad sexual, uno de los instrumentos primordiales y más importante es sin duda permitir y facilitar que la persona trans pueda modificar sus documentos para que esos reflejen el sexo «real» de la persona. También la Corte es de esta opinión, subrayando que el reconocimiento de la identidad de género por parte de los Estados es «*de vital importancia*» para garantizar el pleno disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas trans y protegerlos frente a la violencia y a la discriminación en el acceso a los servicios como la salud, la educación, el empleo, la vivienda, etc. (párr. 101).

En muchos países del continente americano, la modificación del sexo registral se puede obtener solo tras seguir procedimientos médicos más o menos invasivos (como tratamientos hormonales, la esterilización del sujeto o la reasignación del sexo a través de cirugía de los genitales). En otros casos son necesarias o complementarias certificaciones por personal médico psiquiátrico o psicológico. Todos estos requisitos están en contra de la integridad física y moral de la persona. Consciente de ello, la Corte declaró con firmeza que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género, en cuanto expresión de la autodeterminación, «*deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes*» (párr. 127 y en la Decisión, n. 3 y 4).

Por si la cuestión no quedara suficientemente clara, la Corte Interamericana precisó que la identidad de género, no es un concepto que deba vincularse necesariamente con las transformaciones físicas del cuerpo (párr. 145). Y que cualquier actuación administrativa que tenga que ver con la modificación registral o documental del sexo (cambio de nombre, adecuación de la

¹⁶ Posteriormente, como se ha mencionado, la Corte emitirá otras dos sentencias relativas a la protección de personas transexuales, pero en ninguno de los dos casos por razones conexas con el cambio de sexo registral.

imagen y rectificación de la referencia al género), «no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana» (párr. 146).

IV. CONCLUSIONES

El análisis de la jurisprudencia, hasta la fecha, del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana permite realizar unas reflexiones conclusivas respecto del rol tan trascendente que juegan en la elaboración y difusión de criterios comunes de protección de los derechos de las personas (y parejas) homosexuales en su vida familiar, y de aquellos de las personas transexuales en el acceso a la rectificación registral del sexo, en dos áreas geográficas muy diferentes y extensas como el continente europeo y el americano.

Respecto del primer ámbito, son indudables los pasos adelante que en las últimas décadas se han recorrido en la dirección de garantizar un estatus jurídico a las familias homosexuales que respete el principio de igualdad y no discriminación respecto del estatus de las familias heterosexuales. Sin embargo, en el entorno europeo, el Tribunal de Estrasburgo no ha llegado a proporcionar una definición de estándares de protección de las parejas homosexuales que incluyan el acceso al matrimonio como un derecho. Esta circunstancia permite afirmar que el nivel mínimo de protección en el entorno europeo no ha llegado a garantizar una efectiva igualdad y una real aplicación del principio de no discriminación por razón de orientación sexual. La Corte Interamericana, por su parte, aplica el criterio de no discriminación de forma más coherente, eliminando la posibilidad de que la implementación de este principio pueda depender de la existencia de consenso en los Estados miembros sobre la oportunidad de legalizar el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Cuando en juego está el respeto de la igualdad y de la dignidad de las personas, es cometido de las Cortes supranacionales imponer estándares de tutela que no dejen espacio a la apreciación estatal. Esta es una conclusión a la que, quien escribe, desea que pueda llegar pronto también el Tribunal Europeo.

Respecto del segundo ámbito, la jurisprudencia de ambas Cortes ha llegado a la elaboración y difusión de unas normas comunes de protección de las personas transexuales muy parecidas y satisfactoria. Entre ellas, resulta de especial interés evidenciar la voluntad común del TEDH y de la Corte IDH de luchar frente a la necesidad de que el cambio de sexo registral siga vinculado a prácticas que vulneran la dignidad y la integridad físicas de las

personas que pertenecen al colectivo trans. Sin embargo, en este ámbito también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha mostrado más clara, directa y contundente en la definición de unas pautas comunes de protección de las personas transexuales. Lo ha hecho, además, con un número muy reducido de decisiones, destacadamente con la Opinión Consultiva de 2017, en la que ha elaborado pautas de protección del colectivo LGBT a las que el TEDH ha tardado décadas en llegar. De este modo, gracias a una única decisión, el sistema interamericano cuenta con principios claros y precisos, de un lado, en materia de protección de las personas transexuales ante la posible violación de su derecho a la integridad física en los procesos de cambio de sexo registral y, de otro, en la protección de las parejas homosexuales y su efectiva equiparación con las heterosexuales a través del matrimonio (tutela, esta última, a la que el Tribunal Europeo no ha llegado aún).

Quisiera terminar apuntando a que, si bien es cierto que los tribunales supranacionales desempeñan un rol fundamental en la protección de los derechos de los particulares y de los colectivos más vulnerables, no pueden olvidarse las dificultades que, en muchos países, la transformación de estas afirmaciones de principio encuentra para su real incorporación, de un lado, en la legislación de cada Estado miembro de la organización supranacional y, de otro, en la cultura y sensibilidad de la sociedad civil. Solo así será posible erradicar la discriminación estructural contra el colectivo LGBTIQ+.

Por tanto, considero fundamental, de un lado, dar bien a conocer los estándares de protección elaborados por las Cortes supranacionales, con la esperanza de que ello ayude a que no se queden en meras afirmaciones sin efectividad real. Y, de otro, que cada vez más los Estados integren y asimilen el valor del diálogo entre tribunales y la utilización de la jurisprudencia de otras instituciones que persiguen el mismo propósito (la más amplia protección de los derechos fundamentales), y que no perciban esas normas o pautas como imposiciones que provienen de un órgano jerárquicamente superior, sino, antes bien, del órgano más autorizado para proporcionar la interpretación auténtica de los contenidos de los derechos humanos y fundamentales, concepción, esta, que permitirá que esas pautas se conviertan de verdad en estándares comunes de protección.

Como ya se ha tenido ocasión de mencionar, *«[e]l lenguaje de los derechos refleja la cultura ilustrada de la razón, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no debe tener fronteras, es universal»* (García Roca y Nogueira Alcalá, 2017: 73); por ello, la aspiración es que sean universales también las interpretaciones más extensivas en tema de tutela de los derechos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Ayala Corao, Carlos y Canosa Usera, Raúl (2017): «El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 269-312.
- Arangüena Fanego, Coral y Landa Arroyo, César (2017): «Mecanismos procesales internos para la ejecución de las sentencias», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 169-209.
- Arias Ospina, Felipe y Galindo Villarreal, Juliana (2017): «El sistema interamericano de derechos humanos», en Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz (dirs.), *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima, pp. 17-55.
- Burgogue-Larsen, Laurence y Montoya Céspedes, Nicolás (2017): «El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos», en Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz (dirs.), *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima, pp. 329-359.
- Contreras, Francisco J. (2016): «Notas sobre la sentencia “Schalk y Kopf contra Austria” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Sobre la protección de la “vida privada” en la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo*, Javier Borrego Borrego (ed.), Madrid, Ideas y Libros Ediciones, pp. 157-168.
- Ferraro, Luigi (2015): «Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell’Italia da parte della Corte EDU», *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, vol. 2/2015, pp. 1-13.
- Fix-Zamudio, Héctor (1997): «Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, pp. 163-224.
- García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor.
- García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto (2017): «El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 71-132.
- Gauché Marchetti, Ximena (2018): «Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género», *Anuario de Derecho Público*, vol. 1, pp. 175-202.

- Gómez, Julián (2024): «La comunidad LGBT en Polonia: entre grandes expectativas y temores frustrantes», *Euro News*, <https://es.euronews.com/2024/04/05/la-comunidad-lgbt-en-polonia-entre-grandes-expectativas-y-temores-frustrantes> (acceso: 15/04/2024)
- Jerez, Andreu (2022): «Polonia y Hungría, a la cola de los derechos LGTBI en Europa», *El Periódico*, <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20220625/polonia-hungria-cola-derechos-lgtbi-13930253> (acceso: 16/06/2023).
- Jiménez García, Francisco (2010): «Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional», *Agenda Internacional*, Año XVII, n. 28, pp. 75-102.
- León, María Augusta (2019): «La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano», *FORO: Revista de Derecho*, vol. 32, pp. 43-60.
- López Guerra, Luis (2017): «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en López Guerra, Luis y Saiz Arnaiz, Alejandro (dirs.) (2017): *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima, pp. 255-278.
- López Guerra, Luis y Saiz Arnaiz, Alejandro (dirs.) (2017): *Los Sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales*, Palestra Editores, Lima.
- López Guerra, Luis (2014): «Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, pp. 11-29.
- Martínez Pérez, Enrique (2013): «La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 44, pp. 155-190.
- Martinón Quintero, Ruth (2018): «El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista De Derecho Público*, n. 89, pp. 93-124.
- Matia Portilla Francisco Javier, Elvira Perales Ascensión, Arroyo Gil Antonio (dirs.), (2019): *La protección de los derechos fundamentales de las personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Novak, Fabián (2003): «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo», *Agenda Internacional*, Año IX, n. 18, pp. 25-64.
- Páez Bimos, Pedro (2019): «Discriminación e igualdad el matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC-24/17 Corte IDH en Ecuador», *FORO: Revista de Derecho*, vol. 32, pp. 27-42.
- Poppelwell-Scevak, Claire (2018): «Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach to the Recognition of Same-Sex Marriages», *Strasbourg Observers blog*, 2 de febrero de 2018.
- Rivera, Ilaria (2016), «Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione», *Studi sull’integrazione europea*, pp. 455-476.

- Romboli, Silvia (2020): «El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el diálogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta, María Pia Iadicco (dirs.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Vol. 2, pp. 41-62.
- Romboli, Silvia (2020a): «El conflicto entre identidad nacional y derecho de la unión europea en el caso *Coman*: El tribunal de justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación», *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 33, pp. 1-25.
- Romboli, Silvia (2020b): «La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro», *Anales de derecho*, vol. Extra 1 (*Ejemplar dedicado a: El TEDH en su sesenta aniversario*), pp. 1-39.
- Romboli, Silvia (2021): «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», *Revista catalana de dret públic*, vol. 63, pp. 231-249.
- Romboli, Silvia (2022a): «Protección del interés superior del menor y derechos de los progenitores transexuales: dos piezas que encajar (y ponderar)», en *Cuestiones actuales del derecho de familia: una visión inclusiva e interdisciplinar*, Teresa Duplá Marín (ed.), Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 257-281.
- Romboli, Silvia (2022b): «The standards of protection of trans people elaborated by the court of Strasbourg and their incorporation in the recent Spanish legislative proposal», *The Age of Human Rights Journal*, vol. 18, pp. 125-142.
- Sales I Jardí, Mercè (2015): *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Barcelona, Bosch Editor.
- Saavedra Alessandri y Hernández Ramos, (2017): «Reparación y supervisión de sentencias», en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.) (2017): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizus Menor, pp. 211-268.
- Sperti, Angioletta (2013): *Omosessualità e diritti*, Pisa, Pisa University Press.
- Sperti, Angioletta (2018): «Il riconoscimento giuridico delle coppie same-sex a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», *Studium Iuris*, vol. 10, pp. 1155-1164.
- Spigno, Irene (2024): «El Derecho Comparado como herramienta de protección de los derechos humanos ¿puede ser útil para América Latina?», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 35, pp. 219-286.
- Torres Pérez, Aida (2012): «El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea», disponible en https://www.academia.edu/8975101/El_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_a_la_luz_del_Convenio_Europeo_de_derechos_Humanos_y_la_Uni%C3%B3n_Europea, pp. 1-18 (acceso: 20/06/2023).

- Viljanen, Jukka (2008): «The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, vol. 62/63, pp. 249-265.
- Zornona, María G. (2023): «Hungria y Polonia intensifican su ofensiva contra los derechos LGTBI, de mujeres, y de migrantes con una triple negativa en la UE», *Público*, <https://www.publico.es/internacional/hungria-polonia-intensifican-ofensiva-derechos-lgtbi-mujeres-migrantes-triple-negativa-ue.html> (acceso: 15/06/2023).

DISONANCIAS EN LA EUROPA DE LOS DERECHOS

Dissonance in the Europe of rights

Juan Francisco Sánchez Barrilao

Catedrático de Universidad de Derecho Constitucional

Universidad de Granada, España

<https://orcid.org/0000-0002-0075-0923>

<https://doi.org/10.18543/ed.3215>

Fecha de recepción: 22.11.2024

Fecha de aprobación: 28.11.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

Este trabajo trata sobre las disonancias que se advierten en Europa en relación a los derechos y las libertades de las personas, en razón a las divergencias que se aprecian al respecto del reconocimiento jurídico y en la garantía jurisdiccional de éstos. A este fin primero se analiza cómo hoy Europa en materia de derechos y libertades se identifica desde el Derecho como un espacio propio ante el contexto global. Luego se trata la diversa configuración y reconocimiento jurídico de los derechos en el espacio europeo, además del carácter con el que actúan los tribunales nacionales y europeos en su garantía. Después se estudia cómo se relaciona la anterior configuración de los derechos y las libertades con los tribunales en Europa, y a su luz se examinan también las divergencias que entre unos y otros derechos y tribunales que se aprecian en los distintos ordenamientos y generan las disonancias en el espacio europeo de los derechos. Y para terminar, dedicaremos unas consideraciones con las que reducir dichas divergencias y disonancias.

Palabras clave

Europa, Unión Europea, Consejo de Europa, Estados constitucionales, derechos, tribunales, pluralismo ordinamental, divergencias, disonancias.

Abstract

This work deals with the dissonances that are noticed in Europe with regard to rights and freedoms of the people, due to the divergences that are appreciated with respect to the legal recognition and in the judicial guarantee of these. To this end, we first analyze how today Europe, in terms of rights and freedoms, identifies itself in law as a distinct space in the global context. It then deals with the diverse configuration and legal recognition of rights in the European space, as well as the nature with which national and European courts act in their guarantee. We then study how the previous configuration of rights and freedoms is related to the courts in Europe, and in this light we also examine the divergences between rights and courts that can be seen in the different legal systems and which create dissonance in the European space of rights. And finally, we will dedicate some considerations with which to reduce such divergences and dissonances.

Key words

Europe, European Union, Council of Europe, constitutional states, rights, courts, legal pluralism, divergences, dissonances.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: EUROPA COMO ESPACIO JURÍDICO DE DERECHOS. II. LOS DERECHOS EN EUROPA. III. TRIBUNALES NACIONALES Y EUROPEOS. IV. DIVERGENCIAS EN TORNO A LOS DERECHOS Y LOS TRIBUNALES EN EL ESPACIO EUROPEO. V. CONSIDERACIONES FINALES AL RESPECTO DE LOS DERECHOS Y SU GARANTÍA POR LOS TRIBUNALES EN EUROPA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EUROPA COMO ESPACIO JURÍDICO DE DERECHOS

Con este trabajo nos proponemos reflexionar sobre las disonancias que se advierten en Europa en relación a los derechos y las libertades de las personas, a partir de las divergencias que se aprecian al respecto del reconocimiento jurídico y en la garantía jurisdiccional de los mismos¹. A este fin presentamos, primero, cómo hoy Europa en materia de derechos y libertades se identifica desde el propio Derecho como un espacio propio, aun complejo y compuesto, ante el contexto global (lo que vamos a ver en esta misma introducción), para luego analizar la diversa configuración y reconocimiento jurídico de aquéllos en dicho espacio europeo, además del carácter con el que actúan los tribunales nacionales y europeos en su garantía; después pasaremos a ver cómo se relaciona la referida configuración de los derechos y las libertades con los tribunales en Europa, para en su estela examinar también las divergencias que entre unos y otros derechos y tribunales cabe apreciar en los distintos ordenamientos, generando así las señaladas disonancias en el espacio europeo de los derechos; y ya, para terminar, dedicaremos unas consideraciones constructivas en torno a tales divergencias y disonancias para reducirlas, o al menos amortiguarlas, en lo posible.

En la actualidad por Europa se comprende tanto la Unión Europea (en adelante UE), como el Consejo de Europa (en adelante CdE) y cada uno de los muy distintos Estados integrantes de ambas estructuras, a la vez que la suma y yuxtaposición de todo lo anterior; y ello en relación y desde el

¹ Estas páginas tienen su origen en la reflexión sobre dos magníficas conferencias de las Profesoras Gómez Sánchez, Y. (“¿Hacia un sistema único de derechos fundamentales en Europa?”) y Salcedo Beltrán, M.C. (“El destino de Europa, entre el mercado y los derechos sociales”) en el seno de la Cátedra Fernando de los Ríos (UGR, 10/11/2023 y 24/04/2024), y en los no menos interesantes debates que luego les siguieron a éstas; y al tiempo, y a su luz, mi participación en un libro colectivo en homenaje a la referida Profesora Gómez Sánchez (de próxima publicación) precisamente con el tema de los “Derechos y jueces en el espacio europeo”, y una ulterior intervención en un seminario de posgrado en la *Università degli Studi di Napoli “Parthenope”* (30/10/2024) ya acerca de las “Divergencias entre derechos y jueces en el espacio europeo”.

Derecho (según lo adelantado), dado que aglutinante básico e identificador de dicho espacio total europeo. Así que Europa, y más allá de su configuración como espacio geográfico, cultural e histórico², se reconozca también como un espacio jurídico; y esto en tanto que espacio físico o marco territorial de regulación, vigencia jurídica y garantía jurisdiccional, a la par que masa normativa y de realización judicial (Von Bogdandy, A., 2012: 13 ss.; 2013: 143 ss.; y 2016: 441 ss.).

Ahora bien, la conformación jurídica de la UE, del CdE y de los propios Estados miembros no es homogénea a la vista de las diversas formas con las que el Derecho articula y regula cada uno de ellos y éstos. De este modo, y empezando por estos últimos, los Estados europeos, es que su diseño y regulación quede en manos de sus propias Constituciones (por lo demás, mayoritariamente normativas), y a su amparo la consideración de aquéllos como Estados constitucionales³; además, recuérdese que no todos los Estados miembros del CdE son parte de la UE, lo que obviamente repercute en una mayor variedad y diversidad jurídica entre unos y otros, ni tampoco ofrecen un idéntico diseño y desarrollo en su sistema constitucional. Por otra parte, y en relación ahora al referido CdE y a la propia UE en cuanto que estructuras supraestatales, resultan asimismo conformadas y reguladas por el Derecho, pero no desde instrumentos (propiamente) constitucionales (aun participando de tal condición en algunos de sus elementos). Y por último, al respecto de las relaciones entre los Estados, el CdE y la UE, es que éstas asimismo queden conformadas y reguladas por el Derecho, aunque: para los Estados y la UE, sin el grado de definición y seguridad jurídica que aporta una auténtica Constitución normativa (según se acaba de señalar), por más que dichas relaciones acaben por quedar ordenadas por normas con dimensión y potencialidad constitucional (Balaguer Callejón, F., 2009: 65 ss.); y para el CdE y la UE, y sin que exista todavía entre ambas vinculación jurídica de carácter directo y formal, cómo, y sin embargo, la segunda reconoce a la primera y su Derecho (art. 6.3 TUE)⁴, a la vez que desde el CdE se acabe por enjuiciar (aun indirectamente) el Derecho de la UE (p.e. STEDH de 18 febrero 1999, en el caso *Matthews c. Reino Unido*)⁵.

De esta forma Europa, en tanto que espacio jurídico, aunque se define desde y en relación al Derecho no lo hace desde una construcción total, última, unitaria, y menos aún uniforme, de la misma, lo cual repercute en su heterogeneidad jurídica; una heterogeneidad que, al margen del pluralismo jurídico ínsito en los distintos Estados, en el CdE y en la UE, refleja una

² *Ad e.* Zweig, S., 2014; Altares, G., 2020; y Figes, O., 2020.

³ *Vid.* García-Pelayo, M., 1991: 3029 ss.

⁴ *Ad e.*, Marín Ais, J.R., 2013: 233 ss.

⁵ *Cfr.* Sanz Caballero, S., 2001: 498 ss.

disparidad al respecto de las mismas formas de entender el rol del Derecho en cuanto, y en concreto, a los diversos espacios y ordenamientos que componen paralela y yuxtapuestamente Europa. Si el Derecho tiene por finalidad la ordenación de relaciones sociales, y en el caso del Derecho Público tales relaciones al respecto del poder, las distintas formas con las que desde Europa se articulan éstas dan lugar a diversos espacios de relaciones jurídicas que entran en natural conflicto; y un conflicto que, en no pocas ocasiones, carece de respuesta última. Mas esto no sólo como consecuencia de la ausencia de una Constitución total al respecto de Europa (obviamente), como de la falta de regulación de algunas de las relaciones que se dan entre los distintos espacios (como así sucede, conforme lo adelantado, entre el Derecho de la UE y del CdE), sino por la propia heterogeneidad con la que el Derecho acaba afrontando el poder en los respectivos espacios europeos (según se acaba de indicar); no en vano de darse dicha e hipotética afinidad normativa al respecto, el conflicto vendría a reducirse considerablemente, por mucho que siempre quepa éste en potencia (sobre lo que se volverá al final de estas páginas). Consecuentemente, es que tal espacio total jurídico europeo acabe por desarrollarse dinámica y dialécticamente, pues es el resultado de la constante comunicación e interacción, incluso de manera informal, de unos ordenamientos con otros; y no únicamente de manera *multinivel* (Pernice, I., 2012: 639 ss.; y 2014: 15 ss.), sino desde una perspectiva *en red* (Ost, F. y Van De Kerchove, M., 2000: 1 ss.), a la vista de cómo las normas jurídicas de unos ordenamientos interactúan con otras de otros ordenamientos jurídicos tanto vertical, como horizontalmente (Sánchez Barrilao, J.F., 2021). No se olvide que la falta de una Constitución para esa Europa (insistimos), además de para la misma UE, junto con la negativa de ésta para adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (al adelante CEDH) a la sombra del Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (por más que el art. 6.2 TUE así lo prevea)⁶, impiden respuestas finales y *unificantes* a los conflictos que entre los diversos ordenamientos europeos se dan, potenciando, de esta manera, el referido dinamismo, junto con el carácter abierto, hasta discordante, del Derecho europeo.

Otra cosa es, con todo, que tal Derecho europeo, y especialmente a nivel comparado y *ad extra*, ostente cierta identidad propia, en particular en

⁶ Entre otros: Halberstam, D., 2015: 105 ss.; Martín y Pérez De Nanclares, J., 2015: 825 ss.; Azpitarte Sánchez, M., 2015: 243 ss.; y Alonso García, R., 2016: 142 ss. Y ello desde la consideración por y del mismo TJUE como último garante de la integración europea y de su Derecho, y a tales efectos de su propia autonomía al respecto del Derecho internacional y de los órganos garantes de éste; en tal sentido, Gordillo Pérez, L.I., 2017: 330 ss.

materia de derechos (así Häberle, P., 1998; y 2000). Y es que, sin perjuicio de que el progreso en los derechos se presente en principio global a la luz de lo que ya se conoce como la *era de los derechos* (Bobbio, N., 1992), lo cierto es que el grado de consolidación alcanzado por los mismos en Europa, como la capacidad de adecuación que ésta a mostrado frente a nuevos retos (p.e. el progreso digital al hilo de la protección de datos personales y ante la inteligencia artificial)⁷, sea en general más avanzado (o progresista) que el del resto del mundo, influyendo incluso en éste (de *efecto Bruselas* en relación a la protección de los derechos en la UE, y cómo esto actúa luego a nivel mundial, se ha llegado a hablar)⁸. No es que con ello se quiera decir que en el resto del mundo los derechos fundamentales y humanos no se reconocen y garantizan de manera efectiva (sin más, téngase en mente cómo el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante TEDH— hoy adopta líneas jurisprudenciales de otros espacios —como p.e. la Corte Interamericana de Derechos Humanos—)⁹, sino que no alcanza, con carácter general y abstracto, el nivel de protección logrado aquí¹⁰; otra cosa es, claro, la progresiva pérdida de influencia geopolítica y económica de Europa en el contexto global, y cómo ello acabe, finalmente, por incidir en tal espacio de derechos y en su sostenibilidad jurídica y material.

Pero siendo los derechos claves en la conformación identitaria del Derecho europeo (tanto en su condición de fundamentales, como humanos), es que quepa reconocerse, también en Europa, cierta diversidad y discordancias al respecto del reconocimiento y la garantía de los mismos aquí, y al hilo de ello, entonces, disonancias en relación a éstos en los distintos espacios que conforman Europa (tal como, p.e., se advierte en la forma con la que el TEDH amolda la doctrina del margen de apreciación al Derecho comparado en materia de derechos, y debilitando así, a su sombra, el canon convencional sobre los mismos)¹¹; y decimos disonancias por cuanto que tales divergencias, aun siendo muy relevantes, no terminan por impedir la identificación

⁷ Respectivamente, a nivel de la UE, Reglamento General de Protección de Datos y Reglamento de Inteligencia Artificial; y en cuanto al CdE, el Convenio 108 sobre la protección de datos de carácter personal, y el muy reciente Convenio [marco] sobre el desarrollo, el diseño y la aplicación de inteligencia artificial.

⁸ Bradford, A., 2012; y 2020.

⁹ *Ad e.* Groppi, T. y Lecis Cocco-Ortu, A.M., 2014: 185 ss.

¹⁰ Ya Sánchez Barrilao, J.F., 2020a. Y cuando se logra un grado de garantía similar al europeo, es que en no pocos casos se trate de espacios jurídicos culturalmente referidos a la órbita europea de los derechos (¿Occidente?), de forma que Europa, al final (o el referido Occidente), continúe a la vanguardia de los derechos, por más que, y en contrapartida, quepa denunciarse cierta dinámica un tanto *supremacista* al respecto (lo que además bien puede generar, al final y en contra, cierto *efecto revote* al respecto).

¹¹ Sobre esto, *cf.* Ambrus, M., 2009: 353 ss.

colectiva de Europa y su Derecho con los derechos de las personas (por más que, obviamente, termine por reconocerse cierta desarmonía o desentono en él).

Por tanto es que a dicha diversidad jurídica que se advierte en el Derecho europeo sobre cómo se reconocen y garantizan los derechos de las personas, dediquemos el siguiente epígrafe, para luego ver, claro, sus discordancias. Pero antes de ello (y al hilo del señalado *efecto Bruselas*) resulta oportuno recordar también cómo en el caso de la UE se está asimismo ante un espacio jurídico que es un mercado profusamente regulado, al punto de que su regulación no sólo venga a garantizarlo y ordenarlo, sino a definirlo y condicionarlo. De este modo, y más allá de cómo ello influya negativamente a su vez en los derechos y en las libertades en el espacio jurídico de la UE (según se refiera más tarde), lo cierto es que hoy está permitiendo un marco normativo con cierto grado de efectividad en relación a los derechos frente al mercado ahora global; baste al respecto advertir la protección jurídica que en materia de datos personales se ha alcanzado en Europa no ya frente a empresas y Estados europeos, sino a nivel mundial (conforme lo señalado más arriba)¹². Por tanto, a la par que el mercado europeo participa en la delimitación misma de los derechos en la UE (afectándolos), es que colabore, en contrapartida, en un espacio jurídico de efectiva garantía de ellos ante poderosos sujetos externos a ésta (como también comienza a reconocerse al respecto de la inteligencia artificial y su regulación por y en la UE)¹³.

II. LOS DERECHOS EN EUROPA

La reconstrucción constitucional durante el siglo pasado de no pocos Estados europeos tras años de regímenes ajenos al principio democrático, al ejercicio limitado del poder y a los derechos y libertades de las personas (tras la II Guerra Mundial, Alemania Occidental e Italia; en los años setenta, Grecia, Portugal y España; y ya en la década de los noventa, los antiguos Estados del *telón de acero*), daría lugar al progresivo desarrollo y consolidación de nuevos sistemas democrático-pluralistas en Europa, en los que la garantía constitucional de las minorías a partir del reconocimiento de la dignidad y los derechos fundamentales de las personas ha resultado cardinal (Ridola, P., 2020: 69 ss.). Así es que en el seno de las distintas Constituciones normativas aprobadas a tales efectos se hayan introducido declaraciones (al tiempo sujetas a ulteriores reformas) de derechos individuales personalísimos y libertades públicas de participación política, además de otros sociales a fin de una mayor igualdad material, e incluso colectivos (como es la protección del

¹² De interés (y además de Bradford, A., *cit.*), *vid.* Jurado, C., 2024: 9 ss.

¹³ Así López-Tarruella Martínez, A., 2023; también Ruiz Tarrías, S., 2023: 91 ss.

medio ambiente), junto con diversos instrumentos de protección jurídica de los mismos que alcanzan la propia supremacía constitucional (en cuanto que auténticos límites para los poderes públicos, en general, y el legislador, en particular)¹⁴. Se tratan, de este modo, de declaraciones constitucionales de derechos y libertades directamente conectados con el reconocimiento de la dignidad de la persona, y en tanto que nuevo eje sobre el que se construye la ordenación democrática del poder en los Estado europeos¹⁵.

Sin embargo tales Estados, aun con sus transformaciones constitucionales al hilo de los derechos fundamentales y la Democracia pluralista, continúan con una función básica que desde Edad Moderna han desarrollado, cual es la estructuración de una organización básica social y de poder con la que garantizar un respectivo espacio de ordenación y seguridad común¹⁶. No en vano, en toda comunidad resulta implícita la idea de seguridad (sentirse protegidos por el grupo que la conforma), mas con el precio que para la libertad de los miembros de tal comunidad suponga dicha seguridad, pues ésta conlleva restricciones para aquélla al venir la seguridad a interactuar sistémicamente en la organización y en el funcionamiento del grupo en que se desenvuelve (Bauman, Z., 2006). Y así, consecuentemente, el surgimiento de una relación dialéctica entre seguridad y libertad, el Estado y el individuo, pues la seguridad requiere de acciones de aquél que inciden en los derechos de sus miembros (y de terceros) al hilo de su reconocimiento, ejercicio y efectiva garantía por aquél¹⁷. Otra cosa es cómo el Derecho Constitucional ha venido a lo largo del tiempo a conformar dicha relación dialéctica, hasta llegarse al referido Estado constitucional contemporáneo, en tanto que garante de un amplio marco de derechos y libertades (Fioravanti, M., 2014); como otra cosa es, pasados los años, la crisis de este modelo constitucional a la sombra de la globalización y las limitaciones que ésta supone para los Estados¹⁸, por no hablar de cierta deriva de algunos de estos Estados hacia posiciones bastante menos garantistas a la sombra del impulso de sistemas iliberales¹⁹.

Por otra parte, el referido proceso de reconocimiento y profundización constitucional de los derechos fundamentales en Europa no se desarrolló de manera aislada en los Estados, sino, y al contrario (conforme se ha adelantado), paralelamente a su positivización y protección a nivel internacional

¹⁴ *Cfr.* Cappelletti, M., 1986: 9 ss.

¹⁵ Nuevamente Ridola, P., pero ahora 2003: 3 ss.

¹⁶ *Ad. e.*, Jellinek, G., 2000: 248-249; y más recientemente, Jessop, B., 2017. También de interés, al respecto precisamente de los cambios que sobre tal función securitaria del Estado en la actualidad, Bush, A., 2017: 459 ss.

¹⁷ *Vid.* Sánchez Barrilao, J.F., 2019a: 51 ss.

¹⁸ Ya Sánchez Barrilao, J.F., pero ahora 2004a: 241 ss.; y 2010: 184 ss.

¹⁹ *Cfr.* Krzywon, A., 2022: 165 ss.

mundial (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, de un lado, y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también de 1966, de otro)²⁰ y regional-europeo. De esta manera, la referida *era de los derechos* en Europa ha sido fruto de la conjunción de la profundización constitucional en los derechos fundamentales y las libertades públicas por los Estados europeos, junto con la institucionalización a nivel supraestatal de una nueva estructura al servicio de la paz y los derechos humanos, el CdE (1949)²¹, dando lugar, al tiempo, a dos instrumentos internacionales de protección de los mismos, el CEDH (1950) y la Carta Social Europea (1961; en adelante CSE): el primero, viniendo a positivizar los derechos civiles y políticos (sin perjuicio de su ulterior apertura, de mano del TEDH, a otros sociales); y en cuanto a la CSE, hoy en su versión *revisada* (1996), centrada en derechos sociales y específicamente laborales²². Pero en ambos casos, y a diferencia de lo acontecido a nivel estatal, tomando como eje exclusivo de dicha estructura supraestatal los derechos de la persona y su garantía jurídica en relación a los Estados, por más que se tenga en cuenta el interés de éstos en la protección de bienes e intereses específicamente propios de la comunidad estatal (como la seguridad nacional, la salud pública, el orden público, los propios derechos, etc.), los cuales acaban interactuando a modo de límites legítimos de los derechos²³; e incluso, un cierto *margen de apreciación* por parte de los Estados en relación a los derechos del CEDH, según el TEDH, pues la propia generalidad de los derechos humanos es compatible con cierta singularidad de los mismos al hilo de la historia, la cultura y las particularidades propias de los Estados²⁴, además de sus circunstancias políticas y jurídicas concretas, pues éstos (al margen de la discordancia señalada en las primeras páginas) se encuentran en mejor posición para afrontar precisamente dichas peculiaridades²⁵.

Muestra de lo anterior, a la vez que del diverso grado de interacción de los derechos ante otros bienes y principios de relevancia pública, es, por ejemplo, la distinta jurisprudencia mantenida por los tribunales nacionales y el TEDH en relación a la seguridad nacional como límite de los derechos de las personas, por cuanto que, en el segundo caso, resulta bastante más estricta en la protección de la persona frente a los poderes públicos. No es que el TEDH ignore la seguridad nacional como un límite legítimo al respecto de los derechos

²⁰ Vid. Fernández Liesa, C.R., 1998: 175 ss.

²¹ *Ad e.*, Fernández De La Vega Sanz, M.T., 1985.

²² Vid. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (coord.), 2017.

²³ Entre otros, Caicedo Camacho, N., 2017: 155 ss.

²⁴ *Cfr.* Carpizo, J., 2011: 20-21; con todo, sobre la universalidad de los derechos humanos como carácter esencial de éstos, *vid.* Pérez Luño, A.E., 2000: 27 ss.

²⁵ Cómo no, García Roca, F.J., 2010.

contenidos en el CEDH (arts. 8.2, 10.2 o 11.2), y de conformidad (claro) con el preceptivo juicio de proporcionalidad (así, SSTEDH de 12 de enero de 2016 y de 13 de septiembre de 2018 en los asuntos, *Szabó y Vissy c. Hungría* y *Big Brother Watch y otros c. Reino Unido*, respectivamente), sino que excluye la impunidad de los clásicos *arcana imperii* en relación a la protección del Estado en cuanto que fundamento último de éste y de su ordenación (en un sentido marcadamente estatista de la seguridad, la muy polémica Sentencia de la Corte Constitucional italiana 106/2009, de 8 de abril)²⁶.

Diverso a lo anterior ha sido el proceso de reconocimiento y garantía de los derechos de la persona en el ámbito de la UE, por cuanto que heredera de unas estructuras supraestatales previas que, aun referidas a la paz en Europa (las originarias Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Europea de la Energía Atómica y Comunidad Económica Europea)²⁷ y paralelas a la positivización de aquéllos en las Constituciones estatales y en los referidos CEDH y CSE, han tenido como finalidad primigenia y básica la integración económica y el ya referido mercado²⁸. Aunque desde el comienzo se contempló la protección de ciertos derechos a modo de *libertades fundamentales comunitarias*, si bien de naturaleza económica (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y de prestación de servicios, libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales)²⁹, ha sido, al tiempo, que: de un lado, el propio Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea (en adelante TJUE) acabara reconociendo no sólo la consideración de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario (la pronta STJCE de 12 de noviembre de 1969, en el caso *Erich Stauder c. Stadt Ulm*), sino como *tradiciones comunes* parte de un *patrimonio constitucional europeo* (en tanto que Derecho originario presupuesto y compartido en Europa) positivizado a los años en los propios Tratados constitutivos conforme al Tratado de Maastricht de 1992 (art. F.2 TUE)³⁰; y de otro, finalmente, se acabara proclamando por la UE y los Estados miembros una Carta propia de derechos fundamentales al respecto de las instituciones europeas y su Derecho (solemnemente proclamada en Niza el 1 de diciembre de 2000), cuyos derechos, aun conexos con los previstos por las Constituciones nacionales y el CEDH, continúan resultando no ya mediatizados, sino transfigurados por la esencia económica y el mercado de la UE³¹. Es como si el mercado

²⁶ Nuevamente Sánchez Barrilao, J.F., pero ahora 2019b: 324.

²⁷ *Vid.* Bermejo Batanero, F., 2021: 67 ss.

²⁸ Entre otros, Saldaña Ortega, V., 2020: 115 ss.

²⁹ *Ad. e.*, Guamán Hernández, A., 2014: 1433-1440.

³⁰ Al respecto, Pizzorusso, A., 2002.

³¹ No en vano, desde un principio el Tribunal de Justicia entendió la realización e interpretación de los derechos fundamentales desde el Derecho de la Comunidad, prime-

y lo económico se hubieran incrustado en el ADN de las instituciones y del Derecho de la UE (Weiler, J.H.H., 2012: 13 ss.), al punto de delimitar funcionalmente los contenidos de la actividad europea. Esto se advierte no sólo cuando atendemos a la misma dicción con la que positivizan dichos derechos en la referida Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) frente la propia de las Constituciones y en el CEDH (sobre todo en su versión inicial de 2000)³², sino en el modo con el que se conforman y se limitan éstos. Así, en cuanto lo primero, de un lado está la rebajada dimensión inmediata y directa de no pocos derechos, en cuanto que considerados como meros principios³³, a la par que su reconocimiento deja de quedar vinculado efectivamente a la dignidad de la persona, en tanto que dependiente, realmente, de otro título europeo (p.e. STJUE de 10 de septiembre de 2014, en el asunto C-34/13, *Monika Kušionová*, y relativa al derecho a la vivienda y al respecto de la protección de los consumidores)³⁴; y en cuanto a lo segundo, está cómo la integración económica y el mercado efectivamente han pasado a constituir un límite último e indisponible en bastantes casos para los derechos fundamentales (p.e. STJUE de 24 de noviembre de 2011, en los asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, *ASNEF*), a pesar de las cláusulas de salvaguardia que la propia CDFUE establece (arts. 52.4 y 53)³⁵. Naturalmente esto último se acrecienta con ocasión de los derechos de carácter más social³⁶, sin perjuicio de que quepa advertir, no obstante, sinergias positivas entre unos y otros derechos y libertades (p.e., STJCE *Elliniki*, de 18 de junio de 1991; o STJUE *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, de 26 de febrero de 2013)³⁷.

Esa consideración de los derechos fundamentales en la UE desde lo económico y el mercado, y en tanto que fin básico e inicial, pero también último, de una integración europea cada vez más importante ante la globalización³⁸, incide en cómo el TJUE, aun de manera contradictoria al propio artículo 6.2 del TUE, habría rechazado la señalada adhesión de la UE al CEDH (nuevamente Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014). ¿Cómo garantizarse, entonces, la unidad en la integración si ésta puede resultar condicionada por normas externas al Derecho de la UE? Pero al hilo de ello, ¿cuál es el rol que

ro, y de la Unión, luego; así, Carmona Contreras, A.M., 2016: 13 ss.

³² Cfr. Ridola, P., 2004: 463 ss.

³³ Vid. Aguilar Calahorra, A., 2020: 695 ss.

³⁴ Sobre ello, Simón Moreno, H., 2019: 161 ss. También de interés, Aguilar Calahorra, A., 2016: 489 ss.

³⁵ Cfr. Sánchez Barrilao, J.F., 2017: 358-359.

³⁶ Así, Espada Ramos, M.L., 2001: 23 ss.; y con ocasión de la crisis económica, Hernández Zubizarreta, J., 2012: 12 ss.

³⁷ Cfr. Sarrión Esteve, J.: 2010: 85 ss.; y, especialmente, 2016: 260 ss.

³⁸ Nuevamente Sánchez Barrilao, J.F., pero ahora 2009: 115 ss.

está desarrollando el TJUE al respecto de los derechos de las personas y del Derecho europeo?; y en contrapartida, ¿cómo actúan el resto de los tribunales de los respectivos espacios europeos en relación a los derechos fundamentales y humanos? Veámoslo en el siguiente epígrafe.

III. TRIBUNALES NACIONALES Y EUROPEOS

Al hilo de la transformación que para los Estados europeos ha supuesto la aprobación de sus respectivas Constituciones normativas en el siglo pasado (según se ha apuntado), sus tribunales ordinarios, ahora como auténticos Poder Judicial (p.e. Tít. VI CE), se han visto asimismo renovados, trascendiendo de la clásica función de resolver las disputas entre particulares y la aplicación del Derecho penal (en tanto que garantía, a su vez, del monopolio estatal de la fuerza y de la heterocomposición jurídica del conflicto social) a la protección de los derechos de las personas, y en especial ante el ejercicio del poder público (Sánchez Barrilao, J.F., 2004b: 575 ss); y a estos efectos, desde la necesaria configuración de un juez independiente, en cuanto que capaz de resistir los envites de terceros, tanto públicos como privados³⁹. Por otra parte, esta nueva percepción de los jueces y tribunales ordinarios al amparo de la Constitución normativa y de la Democracia pluralista se ve aún más reforzada no sólo por la garantía procesal a un juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), sino por el reconocimiento incluso de un derecho fundamental a la tutela judicial de los derechos (así art. 24.1 CE), dándose una auténtica transformación del juez nacional y su misión constitucional a su luz, al pasar del mero control del poder a la garantía del reconocimiento de los derechos fundamentales y humanos ante su vulneración, como del propio goce pacífico de los mismos por las personas (García De Enterría, E., 2007: 57 ss.). Sin embargo, a nivel de Derecho comparado, no todos los Estados europeos han diseñado de la misma forma el Poder Judicial y los tribunales ordinarios que los conforman, especialmente en relación a la dimensión diferenciada, *retenida*, de la jurisdicción administrativa en no pocos casos (siguiendo el modelo francés)⁴⁰; además, a ello habría que añadir la previsión constitucional de una jurisdicción constitucional concentrada (sin perjuicio de su integración, o no, en el Poder Judicial) con la misión general de garantizar la Constitución siempre, y en particular los derechos fundamentales en algún caso (p.e. arts. 53.2 y 161.1.b CE)⁴¹. Por tanto, no todas las jurisdiccio-

³⁹ Entre otros, Milione Fugali, C., 2024: 21 ss.

⁴⁰ *Ad e., vid.* López Ramón, F., 2018: 299 ss. Y ello al margen, a su vez, de otros tribunales administrativos especializados y de limitada independencia; sobre esto, de interés, Mata Sierra, M.T., 2020: 61 ss.

⁴¹ Entre otros: Weber, A., 1986: 47 ss.; y Ahumada Ruiz, M., 2005.

nes constitucionales en Derecho comparado van a tener así la función específica de garantizar los derechos fundamentales (al margen de su mayor o menor carácter subjetivo u objetivo)⁴², sin perjuicio de su capacidad (más o menos abstracta) para garantizar dichos derechos si bien, normalmente, en colaboración con los tribunales ordinarios (art. 163 CE)⁴³.

Es de este modo que la garantía judicial de los derechos fundamentales a nivel interno de los Estados europeos se vea diversificada en dos estructuras diferenciadas (más o menos, según el Estado) no sólo orgánicamente, con los tribunales ordinarios de un lado y las jurisdicciones constitucionales de otro, sino funcionalmente, de tal modo que a los primeros les corresponde la garantía genérica de los derechos de las personas, mientras que a la segunda la garantía abstracta de su correspondiente Constitución; y consecuentemente, que las jurisdicciones constitucionales tiendan a garantizar los derechos fundamentales, ya sea directa o indirectamente (según lo recién referido), en cuanto que parte especialmente significativa y delicada de la Constitución normativa dada su importancia y sensibilidad para el sistema democrático-pluralista diseñado por aquélla⁴⁴. Esto alcanza particular relevancia con ocasión de los esporádicos, pero recurrentes, conflictos que al respecto de la garantía judicial de los derechos se dan entre ambas estructuras jurisdiccionales, pues en algún supuesto los tribunales constitucionales han acabado incidiendo en la función jurisdiccional de los tribunales ordinarios más allá de lo estrictamente necesario para la específica protección de la Constitución y de los derechos fundamentales⁴⁵.

En cuanto al espacio del CdE, dos son los órganos previstos en protección jurídica de los derechos que en su ámbito se reconocen y garantizan a través del CEDH y la CSE: de un lado el TEDH y de otro el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CEDS), si bien en el primer caso a instancia directa de particulares y en el segundo a partir de reclamaciones colectivas en denuncia por violación de los respectivos derechos⁴⁶; ello, sin duda, afecta a la misma dinámica funcional de garantía de los derechos cuya tutela tienen jurídicamente encomendados, por cuanto que no bajo petición o instancia institucional, sino de las propias personas (ya sea individual, o colectiva-

⁴² En España, a la luz de la LO 6/2007 (de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), de interés, Carrillo, M., 2008: 87 ss.

⁴³ *Ad e.*, cfr. Aragón Reyes, M., 1997: 179 ss.; y para el caso italiano, donde efectivamente no se prevé el recurso de amparo, *vid.* Romboli, R., 2009: 319 ss.

⁴⁴ Así Häberle, P., 1997: 225 ss.

⁴⁵ *Ad e.*, Serra Cristóbal, R., 1999; también, y al tiempo, Matia Portilla, F.J., 2016: 13 ss.

⁴⁶ En torno al TEDH, Bouazza Ariño, O., 2014; y respecto al CEDS, Díaz García, C., 2024: 105 ss.

mente), y por tanto desde cómo éstas conforman y articulan sus pretensiones ante los tribunales⁴⁷. Son así órganos específicamente concebidos para la garantía internacional de los derechos humanos ante los Estados miembros del CdE, que en el caso del TEDH viene a asumir una cualificada naturaleza jurisdiccional⁴⁸; esto no supone que la garantía judicial de dichos derechos quede exclusivamente en manos de aquél y del CEDS, pues resulta inicialmente responsabilidad de los propios Estados europeos y de sus tribunales ordinarios, como constitucionales (en su caso), de acuerdo a su normativa interna, al ser la garantía del TEDH y del CEDS subsidiaria a la que efectivamente deben ofrecer aquéllos. Por otra parte, y en relación al CEDH y al TEDH, se ha de advertir: primero, cómo, y al igual que sucede con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho ahora a un recurso efectivo en el ámbito del CEDH (art. 13) potencia aún más la garantía judicial al interno de los Estados de los derechos reconocidos en el CEDH⁴⁹; y segundo, la comunicación que entre los tribunales estatales y el TEDH se fomenta en especial con ocasión del Protocolo 16 y la cuestión consultiva que aquéllos (los de mayor rango) pueden elevar a éste, lo que, sin duda, favorece tanto la colaboración entre ambos espacios a nivel jurisdiccional, como una mayor *cross-fertilization* de los mismos⁵⁰.

Y al respecto de la UE, ahora, que el TJUE se haya diseñado como garante jurisdiccional de su Derecho y de su propio proceso de integración (arts. 19 TUE y 251 ss. TFUE)⁵¹, tal como su antecesor Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se había autoconformado⁵². Consecuencia de ello es que el TJUE no sea, y a diferencia del TEDH, un órgano destinado específicamente a la garantía concreta de los derechos en el espacio europeo, más allá de la consideración de éstos como parte relevante del Derecho de la UE, y de la CDFUE en cuanto que Derecho originario de la misma⁵³. Y así, conforme se ha adelantado, la limitada (aun intensa) labor que en garantía de los derechos fundamentales lleva a cabo el TJUE al margen de ser contención, en buena medida, del impacto del Derecho de la UE al interno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y de sus propios derechos

⁴⁷ De interés, en tal sentido, Epp, C.R., 2013.

⁴⁸ Así, entre otros, Oetheimer, M. y Cano Palomares, G., 2020. Y en cuanto al propio CEDS, Arenas Ramiro, M., 2020: 261 ss.

⁴⁹ Sobre su alcance, Carmona Cuenca, E. y Fernández Vivas, Y., 2023: 873 ss.

⁵⁰ *Ad e.*: Romboli, S., 2020: 41 ss.; y Sevilla Duro, M.Á., 2020. Por otra parte, para una lectura crítica del Protocolo 16, *vid.* Martínez Sospedra, M., 2021.

⁵¹ Entre otros, Alonso García, R., 2013: 307 ss.

⁵² *Ad e.*, Rodríguez Iglesias, G.C., 1993: 373 ss.

⁵³ No obstante, sobre los progresos dados por el TJUE al respecto de la garantía de los derechos y libertades incluidos en la CDFUE, *vid.* Cruz Villalón, P., 2020: 363 ss.

fundamentales⁵⁴; ¿cómo, si no, se entiende el limitado entendimiento que en más de un caso ha venido haciendo el TJUE en relación a la protección de los derechos de la CDFUE?⁵⁵ Por otro lado, adviértase que la realización judicial ordinaria del Derecho de la UE no queda en manos del propio TJUE, sino de los tribunales nacionales que, en tanto que aplicadores de dicho Derecho, pasan a ser tribunales europeos (Ruiz-Jarabo y Colomer, D., 1993); y ello, en especial, con ocasión de la aplicación directa y la primacía del Derecho de la UE⁵⁶, además de al hilo de la comunicación que entre éstos y el TJUE se da mediante la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)⁵⁷. Y consecuentemente que tribunales nacionales, que en principio se yerguen en protección de los derechos de la propia CDFUE, puedan acabar achantados, normalmente tras una cuestión prejudicial al TJUE, ante la garantía inquebrantable del Derecho de la UE y del progreso de integración al que éste efectivamente sirve (p.e., STC 26/2014, de 13 de febrero, ante la anterior STJUE *Melloni*, 26 de febrero de 2013)⁵⁸; ¿cómo, si no, se entiende ahora que dichos tribunales estatales puedan verse obligados a hacer una interpretación a veces cicatera de los derechos fundamentales (nacionales y europeos) a la vista de un pronunciamiento previo del TJUE?⁵⁹ Con todo se ha de reconocer la posición clave que hasta ahora ha ocupado el TJUE entre el TEDH y los tribunales nacionales al respecto de los derechos, al haber protagonizado buena parte del diálogo que se ha producido entre dichos espacios⁶⁰, incluso en materia de derechos sociales⁶¹, sin perjuicio, claro, de las consideraciones que a continuación siguen.

IV. DIVERGENCIAS EN TORNO A LOS DERECHOS Y LOS TRIBUNALES EN EL ESPACIO EUROPEO

La anterior referencia a los tribunales ordinarios en relación a los derechos fundamentales y del Derecho de la UE, según son interpretados por el TJUE, resulta a su vez reformulada, de manera aún más conflictiva, a tenor de su paralela sujeción (p.e. art. 10.2 CE) al CEDH y la CSE, y de conformidad al TEDH y al CEDS (respectivamente); y ello, especialmente, cuando de

⁵⁴ De interés, Cartabia, M., 2008: 85 ss.

⁵⁵ *Ad e.*, Aguilar Calahorro, A., 2021.

⁵⁶ Nuevamente Aguilar Calahorro, A., pero ahora 2015.

⁵⁷ Entre otros, Soca Torres, I., 2016.

⁵⁸ Así, y a la sombra del asunto *Melloni*, *vid.*: Figueruelo Burrieza, Á., 2014: 1 ss.; Martín Rodríguez, P.J., 2014: 603 ss.; o Carmona Contreras, A.M., 2018: 17 ss.

⁵⁹ *Cfr.* Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. y Ripol Carulla, S., 2017.

⁶⁰ Sobre tal papel, Martín y Pérez De Nanclares, J., 2017: 235 ss.

⁶¹ *Ad e.* Aba Catoira, A., 2018: 155 ss.

sistemas monistas se refiere al respecto de la directa integración y aplicación de tratados y convenios internacionales en los ordenamientos nacionales⁶².

Decimos de manera más conflictiva, por cuanto que, como se acaba de señalar, en dichos tribunales ordinarios vienen a coincidir la garantía de: los derechos fundamentales y sociales; del Derecho de la UE, incluida la CDFUE; y los derechos humanos del ámbito del CdE, conforme el CEDH y la CSE. De este modo, la resistencia del TJUE a que la UE se adhiera al CEDH, evitando así la directa dependencia de éste al TEDH (conforme se ha recordado un par de veces), queda menguada a tenor de la sujeción de los espacios de los Estados miembros de la UE, con sus tribunales ordinarios, no sólo al CEDH, sino, y especialmente, a la CSE y al CEDS. Y es que el carácter social de la CSE entra particularmente en conflicto con la protección del mercado que inspira al Derecho de la UE, advirtiéndose conflictos con los Estados, de acuerdo al CEDS, con ocasión de la aplicación por éstos del Derecho de la UE⁶³. No es que tal brete no se dé también entre el Derecho de la UE y el CEDH (sin más, recuérdese la STEDH de 21 de enero de 2011, asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*), sino que en el caso de la CSE es potencialmente superior en cuanto que: primero, la condición social del Derecho de la UE no ha sido suficientemente desarrollada (sin perjuicio de la relevante protección de libertad de circulación de trabajadores en el seno de la UE), por más que ésta venga mostrando recientemente una mayor preocupación al respecto, con el llamado *pilar europeo de derechos sociales*⁶⁴ (y según se venga luego a incidir); y segundo, por cómo a nivel interno el propio Derecho de la UE queda auto-sujeto al CEDH (nuevamente art. 6.3 TUE), asumiéndose éste por aquél, si bien bajo la delimitación y filtro que de él desarrolla el propio TJUE (arts. y 52.3 y 53 CDFUE, ahora). Y ante tal contexto jurídico compuesto y complejo, que sean los jueces ordinarios, ante la falta de una ordenación final y completa del espacio jurídico europeo y al hilo de su caracterización híbrida entre los mitos de Hércules y Hermes (OST, F., 1993, 169 ss.), quienes realmente terminen por conformar y realizar un sistema de derechos fundamentales y humanos en Europa, por lo demás igualmente compuesto y complejo, a la vez que contradictorio dada la diversa fundamentación de dichos derechos en no pocos casos.

Por otra parte, en el anterior planteamiento sobre cómo se desarrollan los derechos fundamentales y humanos en el espacio europeo, las jurisdicciones constitucionales de los Estados han quedado, ciertamente, algo al margen desde hace algunos años; y ello, en especial, ante el referido protagonismo

⁶² Acerca de la distinción entre sistemas monistas y dualistas, *vid.*, entre otros, Schillaci, A., 2008.

⁶³ *Vid.*: Jimena Quesada, L., 2009: 389 ss.; y Carril Vázquez, X.M., 2023.

⁶⁴ *Cfr.* Lasa López, A., 2019: 117 ss.

que asumen los tribunales ordinarios desde unos espacios estatales en relación con otros supraestatales a nivel europeo. Más allá del liderazgo e impulso que en la protección de los derechos fundamentales tales jurisdicciones constitucionales se arrojan y han ejercido (y aún ejercen) en sus respectivos ordenamientos jurídicos a la luz de las Constituciones normativas que los definen (según se ha señalado), lo cierto es que, de un lado, el TJUE, de tiempo, ha marginado a los tribunales constitucionales por más que hayan aceptado no sólo la primacía del Derecho de la UE, sino la comunicación y la cooperación con el TJUE mediante la elevación a éste de cuestiones prejudiciales⁶⁵ a tenor de su condición de garantes, ahora, de la apertura constitucional al Derecho de la UE⁶⁶; sin embargo la jurisprudencia del TJUE, además de no haber sido muy atenta con los planteamientos de aquéllos en defensa de sus respectivas Constituciones (en no pocos casos)⁶⁷, vino a prohibir expresamente que dichos tribunales se inmiscuyeran en el juicio de los tribunales ordinarios estatales al respecto de la concordancia del Derecho estatal y el de la UE⁶⁸. Con todo, esta cuestión no opera únicamente en la relación entre tribunales ordinarios y constitucionales de los Estados, sino entre los propios tribunales ordinarios y sus superiores, de modo que los inferiores bien pueden apelar autónomamente al TJUE al margen del parecer de los segundos⁶⁹. Otra cosa es la oposición desarrollada por algunos tribunales constitucionales, así como cierta relajación al tiempo por parte del propio TJUE al respecto de lo anterior (p.e., y en relación a la *Corte Costituzionale* italiana, atiéndose a la serie *Taricco*)⁷⁰, con lo que el efectivo impacto de la jurisprudencia de aquél en los tribunales constitucionales a nivel comparado no acaba por ser, finalmente, idéntico⁷¹. Por otro lado, la condición social de las Constituciones normativas de postguerra, aunque ha sido muy relevante

⁶⁵ De interés, Alonso García, R., 2019: 9 ss.

⁶⁶ Desde esta perspectiva, Azpitarte Sánchez, M., 2016: 941 ss.

⁶⁷ Al punto de que los propios tribunales constitucionales no sólo hayan pasado a realizar un control sobre las competencias efectivamente traspasadas a la UE (sobre esto: Mahlmann, M., 2010: 1407 ss.; Corti Varela, J. *et alii*, 2011: 827 ss.; o Aláez Corral, B., 2012: 359 ss.), sino que finalmente entren en confrontación directa con el TJUE, tal como aconteció con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 32/2020, de 5 de mayo, desautorizando precisamente por *ultra vires* la anterior STJUE de 11 de diciembre de 2018, en el asunto *Weiss* (C-493/17), tras una cuestión prejudicial de aquél, y ulteriormente seguida por un comunicado del propio TJUE, de 8 de mayo de 2020, reafirmando su consideración última al respecto del Derecho europeo y de la validez de los actos de la Unión (*vid.*, entre otros, Ragone, S. y Ruiz Tarrías, S., 2020: 421 ss.).

⁶⁸ Ya, Sánchez Barrilao, J.F. y Sánchez Lorenzo, S., 2014: 5 ss.

⁶⁹ De interés, Alonso García, R. y Almodí Cid, J.M., 2020: 55 ss.

⁷⁰ Entre otros: Ugartemendía Eceizabarrena, J.I., 2018; García Vitoria, I., 2018: 139 ss.; y De Miguel Canuto, E., 2021: 347 ss.

⁷¹ De interés, López Castillo, A., 2018: 133 ss.

principalmente al momento del diseño de los Estados constitucional de Derecho durante el anterior siglo (p.e. la Constitución italiana)⁷², no ha logrado ser suficientemente protegida a nivel normativo por dichas Constituciones⁷³, de modo que la identificación de los tribunales constitucionales con la dimensión más social de sus respectivas Constituciones tampoco ha sido todo lo relevante que inicialmente cabría esperar; ello explicaría, por ejemplo, cómo el Tribunal Constitucional Federal alemán en sus históricas Sentencias *Solange I* y *II* no incidiera en el Estado social como auténtico límite a la primacía del Derecho de la UE. Consiguientemente, y salvo alguna que otra excepción (recuérdese al Tribunal Constitucional portugués durante la pasada crisis económica)⁷⁴, han sido los tribunales ordinarios de los Estados los que, de algún modo, han terminado por asumir ese rol más garante de los derechos sociales; así, y por ejemplo en España, adviértase las medidas activadas por aquéllos en protección del derecho a la vivienda durante la crisis económica de la década pasada (llegando a la elevación al TJUE de una cuestión prejudicial sobre los desahucios por impago de hipotecas)⁷⁵, frente a la mayor desidia mostrada por el Tribunal Constitucional ante dicho problema tan grave en aquel momento (STC 188/2013, de 4 de noviembre)⁷⁶. Además téngase en cuenta cómo el control de convencionalidad ha venido en estos últimos años abriéndose paso en Europa a cargo de los propios tribunales ordinarios⁷⁷, lo que asimismo ha llevado a reducir la posición casi monopolística que se venía reconociendo a las jurisdicciones constitucionales en relación al control de la ley y su aplicabilidad⁷⁸.

Este cierto retroceso de las jurisdicciones constitucionales coincide, a su vez, con el rol constitucional que en el ámbito europeo está desarrollándose en la UE y en el CdE, en general, y por el TJUE y el TEDH, en particular; y con ello no nos referimos a la posible ordenación constitucional que quepa reconocerse en el seno interno de ambos espacios europeos, sino de éstos en relación a los Estados. Así, en cuanto a la UE, y más allá de los derechos, se advierte la dinámica abierta en torno al control por ésta del grado de respecto de garantías propias del Estado de Derecho por sus Estados miembros (en base a los arts. 2 y 7 TUE)⁷⁹, si bien, en algún caso, al margen de lo que

⁷² Vid. Grossi, P., 2014.

⁷³ Así, García Herrera, M.Á., 1996: 59 ss.

⁷⁴ Vid. Ponce Solé, J., 2015: 203 ss.

⁷⁵ Vid. Aguilar Calahorra, A., 2014: 509 ss.

⁷⁶ *Ad e.* Requejo Pagés, J.L. *et al.*, 2014: 303 ss.

⁷⁷ Entre otros: Forcadell Escouffier, A. y Navarro Díaz, C., 2020; o Ramos Zantalla, G.A., 2021: 75 ss.

⁷⁸ Ya, *vid.* Sánchez Barrilao, J.F., 2015: 68 ss.

⁷⁹ Martín Rodríguez, P.J., 2021; asimismo, Torrecillas Martínez, A., 2023.

dichas garantías han supuesto realmente para el Estado constitucional de Derecho⁸⁰. Y en relación al CdE, igualmente; y no sólo al respecto del TEDH como garante de la limitación de poder de los Estados en materia de derechos humanos⁸¹, sino, e incluso, con ocasión de la instrumentación de la Comisión de Venecia más como medio de control, que de asesoramiento en pos de la profundización y el desarrollo de la Democracia pluralista y el Estado de Derecho⁸². Y en los dos casos, la UE y el CDE (y en más de un caso), por impulso de actores jurídicos y políticos de los propios Estados afectos al considerar ambos espacios europeos como adecuados y oportunos para sus demandas de control del ejercicio de poder público estatal (y ello a fin de que desde Europa se limite, sin más, la capacidad política y jurídica de quienes ejercen legítimamente el poder en los Estados; razones, así, espurias a la garantía efectiva de los derechos fundamentales y humanos).

V. CONSIDERACIONES FINALES AL RESPECTO DE LOS DERECHOS Y SU GARANTÍA POR LOS TRIBUNALES EN EUROPA

La identificación del espacio europeo con los derechos de las personas ya supone, por sí, una vía de integración (Von Bogdandy, A., 2016: 441 ss.) en la que no sólo no deberíamos retroceder, sino que habría que progresar, por más que alguna de las finalidades económicas de la integración europea pueda entrar en riesgo⁸³. O por lo menos, intentar reducir las disonancias que se dan en el mismo, a tenor de las divergencias que hemos advertido en relación al reconocimiento de los derechos y a su garantía jurisdiccional en la UE, en el CdE y en sus respectivos Estados miembros; y es que, por más que aquéllas no impiden todavía la identificación de Europa con los derechos (recordemos), acaban afectando dicha identificación. Además, y por otra parte, se ha de tener en mente la amenaza ahora directa que para dicho espacio europeo de los derechos suponen los movimientos iliberales en Europa, como ya acontece en Hungría a la vista de la adulteración constitucional que

⁸⁰ De interés, y de manera muy crítica, al respecto de la desconexión que se está advirtiendo en la UE entre los mecanismos de garantía de los derechos y los relativos a la Democracia y al Estado de Derecho, *vid.* Balaguer Callejón, F., 2021: 13 ss.

⁸¹ *Cfr.* García Roca, F.J., 2019.

⁸² *Cfr.* González Vega, I., 2024: 14 ss.

⁸³ Y es que otra integración es posible, tal como el *Green Deal* supone en la UE, al proponer limitar, en principio, algunas de las libertades clásicas comunitarias (*ad e.* Sánchez Barrilao, J.F., 2022); o también en relación a los derechos sociales y a las políticas sociales en el seno de la misma UE, conforme al referido *pilar europeo de derechos sociales* (*vid.*: González Pascual, M.I., 2020: 293 ss.; y Rojo Torrecilla, E., 2023: 75 ss.).

allí se da a partir de una falsa identidad nacional frente a minorías e inmigrantes⁸⁴.

A los anteriores efectos, y dejando a un lado un hipotético marco constitucional del entero espacio europeo (aunque sea en materia de derechos y libertades), sería adecuado, al menos, cierto refuerzo procedimental y material del tal espacio europeo; y lo primero, mediante el establecimiento de nuevos mecanismos de comunicación entre los distintos ordenamientos jurídicos que confluyen, superponiéndose, en Europa. Al respecto de esto, la concepción multinivel de los derechos⁸⁵ sigue siendo, sin duda, una muy interesante forma de construir tal espacio de los derechos en Europa, dada la comunicación procedimental que de los derechos se da especialmente con ocasión de su garantía por los diversos tribunales europeos⁸⁶, si bien, en la praxis, adolece de limitaciones formales: no en vano, el propio TJUE parece aceptar cierta comunicación con los tribunales constitucionales nacionales, pero ello sin llegarse a consolidar luego auténticos mecanismos de cierre del sistema (con lo que, al final, queda abierta la posibilidad de ulteriores retrocesos), en una situación que bien puede calificarse de permanente “disuasión recíproca” (Gordillo Pérez, L.I., 2014: 326); o de manera similar ahora al respecto de la relación entre el TJUE y el TEDH a la vista del rechazo del primero para que la UE se adhiera a la CEDH, según el varias veces comentado Dictamen 2/13 de 2014⁸⁷. ¿Hasta dónde, entonces, cabría progresarse al respecto de tal dimensión procedimental y en relación a su seguridad jurídica si no se abordan efectivos instrumentos jurídicos en tal sentido? Ciertamente tanto la constitucionalización formal de la UE, como su adhesión al CEDH, supondría no sólo una restricción de la capacidad política y jurídica ahora de la UE ante los Estados y el CdE, sino de la propia función del TJUE al respecto de aquélla y su integración⁸⁸; y es que la limitación del poder no viene

⁸⁴ Muestra de ello es, *ad e*, el art. E.2 de la Constitución de Hungría tras su reforma de 2016, pues, y al hilo de una reforma más amplia a fin de limitar la admisión (y reubicación) de inmigrantes y asilados conforme a Derecho europeo (y tras la crisis de los refugiados sirios de 2015), la Constitución húngara vendría a limitar la recepción de normas europeas que, y a la luz (o en este caso “sombra”) de la identidad constitucional (art. 4.2 TUE), pusieran en riesgo el derecho inalienable de Hungría a determinar su población (*vid.* Halmay, G., 2018: 23 ss); y de este modo, la consideración de la identidad constitucional como auténtica reserva ante la legislación europea (*cfr.* Bodnár, E., Gárdos-Orosz, F. y Pozsár-Szentmiklósy, Z., 2017:83) y especialmente al respecto de los derechos y las libertades (*vid.* Drinóczi, T., 2020: 105 ss.).

⁸⁵ Entre otros, Gómez Sánchez, Y., 2022: 647 ss.

⁸⁶ Desde esta perspectiva: Godoy, M.O., 2016: 253 ss.; o López Guerra, L.M., 2017: 163 ss.

⁸⁷ Así, de manera crítica, *vid.* Sánchez Barrilao, J.F., 2020b: 181 ss.

⁸⁸ De interés, Azpitarte Sánchez, M., 2013: 37 ss.

precisamente a favorecer procesos de unidad política y jurídica (como aconteciera en el pasado, con ocasión de la formación histórica de los Estados), según nos recuerda Requejo Pagés (2016). Sin embargo, con todo, así lo consideramos conveniente, a la luz de una adecuada seguridad jurídica en materia de derechos y libertades. Y es que la seguridad jurídica, como capacidad de previsión de la norma jurídica en su realización (especialmente la judicial), supone una garantía de la propia libertad (Pérez Luño, A.E., 1991), por más que hoy se entienda como mera previsibilidad⁸⁹, en particular al hilo del pluralismo ordinamental que hoy se advierte en Europa; y de ahí, obviamente, su relevancia para un armónico espacio europeo de los derechos.

De otro lado, siempre es posible abordar sustantivamente desde los Estados y la UE los derechos fundamentales en una línea más cercana a la desarrollada por el CdE en relación a los derechos humanos⁹⁰, aumentando así las sinergias entre unos y otros⁹¹; y ello no sólo a nivel judicial, pues estaríamos restringidos por la dinámica anterior (por más que los ordenamientos estatales y de la UE prevean cláusulas de reenvío al CEDH y a la CSE), sino normativamente: es decir, abordando la regulación de los derechos fundamentales con una mayor referencia al ámbito del CdE⁹², o lo que es igual, desde una mayor armonización al amparo de éste⁹³. Por tanto, si desde los Estados y la propia UE, claro, se asumiera con más intensidad los patrones del CdE en materia de derechos (a la luz del CEDH y de la CSE, como de la doctrina del TEDH y de la CEDS), qué duda cabe que el conflicto entre los tribunales estatales (tanto ordinarios, como constitucionales) y los europeos no sólo decaería, sino que permitiría cierta convergencia y una mayor sincronización, además de una comunicación multinivel más pacífica entre todos ellos; y esto sin perjuicio de que cada espacio (el de los Estados, el de la UE y el del CdE) mantenga su propia concepción sobre los derechos, los tribunales y las garantías, puesto que, al final, la conflictividad en relación a los

⁸⁹ Así, Gometz, G., 2012.

⁹⁰ Como también cabría que desde el CdE se afrontara los derechos con una perspectiva más estatal y económica; pero es que la integración europea que busca el CdE es precisamente desde los derechos humanos, con lo que tal posibilidad vendría a ser contraria a su propia ontología. En cambio, que sean los Estados y la UE los que se aproximen más a los estándares del CdE en materia de derechos no supone una traición a sus fines, sino únicamente una limitación a los mismos y a su realización por cuanto que necesariamente respetuosos con los derechos fundamentales.

⁹¹ *Ad e.* Stangos, P., 2018: 139 ss.

⁹² Recuérdesse a tales efectos la experiencia de Reino Unido al respecto del CEDH y sus numerosas condenas por el TEDH, hasta que decidió incorporar normativamente dichos estándares (la *Human Rights Act*, de 1998); a tales efectos, Bellamy, R., 2011: 86 ss.

⁹³ De interés, Salcedo Beltrán, M.C., 2018: 79 ss.

derechos fundamentales y humanos tendería no ya a reducirse, sino a reconducirse de manera más pacífica y comunicativa.

A la vista de lo anterior, del referido refuerzo procedimental y material de dicho espacio europeo de los derechos, ciertamente no se terminaría de impedir totalmente la aparición de divergencias entre derechos y jueces (según se ha adelantado), pero sí se permitiría reducir sus disonancias, a la vez que progresar en él. No en vano, y en última instancia, esto es lo que más interesa a las personas: que sus derechos resulten efectivamente garantizados (normativa y jurisdiccionalmente), por más que dicha garantía resulte de la comunicación dinámica, compleja y dialéctica de los diversos ordenamientos jurídicos que vienen a conformar la Europa de los derechos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, A., «La legislación laboral española bajo el punto de mira del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Anuario Facultad de Derecho–Universidad de Alcalá*, núm. XI, 2018, pp. 155 ss.
- Aguilar Calahorro, A., «La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. (La eficacia de la directiva 93/13/CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ)», en AA.VV. *Desahucios y ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 509 ss.
- Aguilar Calahorro, A., *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Aranzadi / Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- Aguilar Calahorro, A., «El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en AA.VV. *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 489 ss.
- Aguilar Calahorro, A., «La eficacia de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en AA.VV. *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 695 ss.
- Aguilar Calahorro, A., *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2021.
- Ahumada Ruíz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Thomson Reuters / Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- Aláez Corral, B., «Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 359 ss.
- Alonso García, R., «Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en AA.VV. *Derecho de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa*, 2013, pp. 307 ss.
- Alonso García, R., «Análisis crítico del veto judicial de la Unión Europea al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», en AA.VV. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, IVAP, Oñati, 2016, pp. 142 ss.

- Alonso García, R., «El juez constitucional español como garante del diálogo formal, vía prejudicial, con Luxemburgo», *El juez nacional en su condición de juez europeo. European Inklings (EUi)*, núm. 17, 2019, pp. 9 ss.
- Alonso García, R. y Almudí Cid, J.M., «El Tribunal Supremo ante la constitucionalidad y la europeidad de las leyes. (A propósito del impuestro sobre el valor de la producción de la energía eléctrica)», *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 55 ss.
- Altares, G., *Una lección olvidada. Viaje por la historia de Europa*, Tusquets, Barcelona, 2018.
- Ambrus, M., «Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law», *Erasmus Law Review*, vol. 2, núm. 3, 2009, pp. 353 ss.
- Aragón Reyes, M., «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 179 ss.
- Arenas Ramiro, M., «La garantía del Comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales», *Lex Social*, vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 261 ss.
- Azpitarte Sánchez, M., «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuestas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48, 2013, pp. 37 ss.
- Azpitarte Sánchez, M., «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio (Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, pp. 243 ss.
- Azpitarte Sánchez, M., «Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016, pp. 941 ss.
- Balaguer Callejón, F., «La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la Unión Europea y su influencia en los ordenamientos estatales», en AA.VV. *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2009, pp. 65 ss.
- Balaguer Callejón, F., «Prólogo», en Aguilar Calahorra, A., *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2021, pp. 13 ss.
- Bauman, Z., *Comunidad (En busca de seguridad en un mundo hostil)*, Alborés, J. (trad.), 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2006.
- Bellamy, R., «Political constitutionalism and the Human Rights Act», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 86 ss.
- Bermejo Batanero, F., «La Europa Comunitaria. La creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa (1945-1954)», en AA.VV. *Historia Jurídica de la Integración Europea*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 67 ss.
- Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.

- Bodnár, E., Gárdos-Orosz, F. y Pozsár-Szentmiklósy, Z., «Hungary. Developments in Hungarian Constitutional Law», en AA.VV. *2016 Global Review of Constitutional Law*, I-CONNECT-Clough Center, Boston, 2017.
- Bouazza Ariño, O., «Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 37, 2014.
- Bradford, A., «The Brussels Effect», *Northwestern University Law Review*, vol. 107, núm. 1, 2012.
- Bradford, A., *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- Bush, A., «La arquitectura cambiante del estado de seguridad nacional», en AA.VV. *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Cotarelo, R. (trad.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 459 ss.
- Caicedo Camacho, N., «La Doctrina sobre los límites a los derechos y libertades en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso Sas C. Francia», *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, vol. 3, núm. 4, 2017, pp. 155 ss.
- Cappelletti, M., «¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la “justicia Constitucional”», De Luís Durán, P. (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 9 ss.
- Carmona Contreras, A.M., «El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 13 ss.
- Carmona Contreras, A.M., «La recepción por el Tribunal Constitucional de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reflexiones al hilo de la STC 26/2014 (Asunto Melloni)», en AA.VV. *Giustizia e costituzione: agli albori del XXI secolo*, 2018, pp. 17 ss.
- Carmona Cuenca, E. y Fernández Vivas, Y., «El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional: problemas interpretativos (artículo 13 CEDH)», en AA.VV. *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos (II)*, 4ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 873 ss.
- Carpizo, J., «Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, 2011.
- Carril Vázquez, X.M., «Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea», *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 2, 2023.
- Carrillo, M., «La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008, pp. 87 ss.
- Cartabia, M., «La Unión Europea y los derechos fundamentales: 50 años después», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82, vol. 2, 2008, pp. 85 ss.
- Corti Varela, J. et alii, «El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 bvr 2661/06, Honeywell)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 827 ss.

- Cruz Villalón, P., «Sobre la «especial responsabilidad» del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, pp. 363 ss.
- De Miguel Canuto, E., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante de derechos constitucionales en los Estados: la doctrina Taricco», *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021, pp. 347 ss.
- Díaz García, C., «La Carta Social Europea revisada y las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales: un análisis general sobre su naturaleza y una aportación específica para su aplicación en España», *Iuslabor*, núm. 1, 2024, pp. 105 ss.
- Drinóczi, T., «Constitutional Identity in Europe: The Identity of the Constitution. A Regional Approach», *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 105 ss.
- Epp, C.R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Bixio, A. (trad.), Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.
- Espada Ramos, M.L., «Los derechos sociales de la Unión Europea: mercado o justicia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001, pp. 23 ss.
- Fernández De La Vega Sanz, M.T., *Derechos humanos y Consejo de Europa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- Fernández Liesa, C.R., «Codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos», en AA.VV. *Historia de los derechos fundamentales (V.3)*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 175 ss.
- Figes, O., *Los europeos. Tres vidas y el nacimiento de la cultura cosmopolita*, Serrano Giménez, M. (trad.), Taurus, Madrid, 2020.
- Figueruelo Burrieza, Á., «El “diálogo aparente” entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)», en AA.VV. *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, Granada, 2014, pp. 1 ss.
- Fioravanti, M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2014.
- Forcadell Escouffier, A. y Navarro Díaz, C., «Compatibilidad del control de convencionalidad con la superación del control de constitucionalidad», *Iuslabor*, núm. 1, 2020.
- García De Enterría, E., «Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?», *Foro de Córdoba: Publicación de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 119, 2007, pp. 57 ss.
- García Herrera, M.Á., «Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional», en AA.VV. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 59 ss.
- García Roca, F.J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.
- García Roca, F.J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- García Vitoria, I., «La participación de los Tribunales constitucionales en el Sistema europeo de Derechos Fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte

- Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el Asunto Taricco)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 67, 2018, pp. 139 ss.
- García-Pelayo, M., «Estado legal y Estado constitucional de Derecho», en *Obras completas (III)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 3029 ss.
- Godoy, M.O., «Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, 2016, pp. 253 ss.
- Gometz, G., *La certeza jurídica como previsibilidad*, Moreno Cruz, D. y Dei Vecchi, D. (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Gómez Sánchez, Y., «Protección multinivel de los derechos en la Unión Europea y en ámbito internacional», en AA.VV. *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género (II)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 647 ss.
- González Pascual, M.I., «El pilar europeo de derechos sociales: ¿hacia una Europa más social?», en AA.VV. *Las implicaciones constitucionales de la gobernanza económica europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 293 ss.
- González Vega, I., «La protección de los valores de la Unión Europea: crisis del Estado de Derecho y de la independencia judicial. Diferencias de España con Polonia y Hungría», *Temas para el Debate*, núms. 349-350, 2024, pp. 14 ss.
- Gordillo Pérez, L.I., «Hacia la consolidación de un constitucionalismo interordinamental», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014.
- Gordillo Pérez, L.I., «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 330 ss.
- Guamán Hernández, A., «Libertades económicas europeas», en AA.VV. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1433 ss.
- Groppi, T. y Lecis Cocco-Ortu, A.M., «Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?», *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, pp. 185 ss.
- Grossi, P., «La Constitución Italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno», Álvarez Alonso, C. (trad.), *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 15, 2014.
- Häberle, P., «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional», en AA.VV. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 225 ss.
- Häberle, P., *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Gutiérrez Gutiérrez, I. (trad.), Trotta, Madrid, 1998.
- Häberle, P., *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Mikunda Franco, E. (trad.), Tecnos, Madrid, 2000.
- Halberstam, D., «“It’s the autonomy stupid”. A modest defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the way forward», *German Law Journal*, vol. 16, núm. 1, 2015, pp. 105 ss.
- Halmay, G., «Abuse of constitutional identity: the Hungarian constitutional court on interpretation of article E) (2) of the fundamental law», *Review of Central and East European law*, vol. 43, núm. 1, 2018, pp. 23 ss.

- Hernández Zubizarreta, J., «La crisis de los sistemas de regulación en la Unión Europea», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 26, 2012, pp. 12 ss.
- Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, De los Ríos Urruti, F. (trad.), Comares, Granada, 2000.
- Jessop, B., *El Estado (Pasado, presente, futuro)*, Valdés García, C. (trad.), Catarata, Madrid, 2017.
- Jimena Quesada, L., «La Carta Social europea y la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2009, pp. 389 ss.
- Jurado, C., «La formación del “Acquis communautaire” digital: creación y conveniencia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 89, 2024, pp. 9 ss.
- Krzywon, A., «El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas», *Revista de Derecho Político*, núm. 113, 2022, pp. 165 ss.
- Lasa López, A., «El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, 2019, pp. 117 ss.
- López Castillo, A., «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, pp. 133 ss.
- López Guerra, L.M., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 163 ss.
- López Ramón, F., «Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 100, 2018, pp. 299 ss.
- López-Tarruella Martínez, A., «El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 45, 2023.
- Mahlmann, M., «The Politics of Constitutional Identity and its Legal Frame the Ultra Vires Decision of the German Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, vol. 11, núm. 12, 2010, pp. 1407 ss.
- Marín Aís, J.R., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, 2013, pp. 233 ss.
- Martín Rodríguez, P.J., «Tribunal Constitucional–Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, pp. 603 ss.
- Martín Rodríguez, P.J., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Martín y Pérez De Nanclares, J., «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 825 ss.
- Martín y Pérez De Nanclares, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 235 ss.

- Martínez Sospedra, M., «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el protocolo 16 al CEDH», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 54, 2021.
- Mata Sierra, M.T., «De la independencia de los tribunales económico-administrativos: cuestionamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y consecuencias», *Crónica Tributaria*, núm. 174, 2020, pp. 61 ss.
- Matia Portilla, F.J., «Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, pp. 13 ss.
- Milione Fugali, C., «Estado de Derecho y derecho a la independencia judicial: un binomio insoslayable», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 72, núm. 1, 2024, pp. 21 ss.
- Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017.
- Oetheimer, M. y Cano Palomares, G., «European Court of Human Rights (ECtHR)», en AA.VV. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- Ost, F., «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», Lifante Vidal, I. (trad.), *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 169 ss.
- Ost, F. y Van De Kerchove, M., «De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?», *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, núm. 44, 2000, pp. 1 ss.
- Pérez Luño, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.
- Pernice, I., «La universalidad de los derechos humanos», en AA.VV. *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos (I)*, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, 2000, pp. 27 ss.
- Pernice, I., «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», Elías Méndez, C. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, pp. 639 ss.
- Pernice, I., «La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel», Saldía, O. (trad.), en AA.VV. *El modelo europeo: Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 15 ss.
- Pizzorusso, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- Ponce Solé, J., «El estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: La jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 23, 2015, pp. 203 ss.
- Ragone, S. y Ruiz Tarrías, S., «“Supremacismo judicial” al estilo alemán: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el programa de compras de bonos en mercados secundarios», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24(2), 2020, pp. 421 ss.
- Ramos Zantalla, G.A., «El control de convencionalidad americano en Europa», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 15, núm. 1, 2021, pp. 75 ss.
- Requejo Pagés, J.L., *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.

- Requejo Pagés, J.L. *et al.*, «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2013», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, 2014, pp. 303 ss.
- Ridola, P., «Garantías, derechos y transformaciones del constitucionalismo», Spada, P. (trad.), *Revista Derecho del Estado*, núm. 15, 2003, pp. 3 ss.
- Ridola, P., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo», Sánchez Barrilao, J.F. (trad.), en AA.VV. *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 463 ss.
- Ridola, P., «Constitucionalismo y Estado Constitucional», en AA.VV. *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 69 ss.
- Rodríguez Iglesias, G.C., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en AA.VV. *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 373 ss.
- Rojo Torrecilla, E., «Pilar europeo de Derechos Sociales: el avance hacia una Europa más social», *Gaceta sindical: Reflexión y Debate*, núm. 40, 2023, pp. 75 ss.
- Romboli, R., «La reforma del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en España y la introducción de un recurso individual y directo en Italia», Sánchez Barrilao, J.F. (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, pp. 319 ss.
- Romboli, S., «El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el dialogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en AA.VV. *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española (II)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / B.O.E., Madrid, 2020, pp. 41 ss.
- Ruiz Tarriás, S., «La búsqueda de un modelo regulatorio de la IA en la Unión Europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 57, 2023, pp. 91 ss.
- Ruiz-Jarabo y Colomer, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993.
- Salcedo Beltrán, M.C., «La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación “presente” a la ineludible integración “futura”», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 79 ss.
- Saldaña Ortega, V., «Origen y evolución de la Unión Europea: hacia la construcción de un modelo federal», en AA.VV. *Derecho de la Unión Europea e integración regional: Liber amicorum al profesor Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 115 ss.
- Sánchez Barrilao, J.F., «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004a, pp. 241 ss.
- Sánchez Barrilao, J.F., «La garantía de los derechos fundamentales, y el juez como garante ordinario de los mismos», en AA.VV. *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2004b, pp. 575 ss.

- Sánchez Barrilao, J.F., «Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 115 ss.
- Sánchez Barrilao, J.F., «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento Crítico*, núm. 2, 2010, pp. 184 ss.
- Sánchez Barrilao, J.F., *De la ley al reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 68 ss.
- Sánchez Barrilao, J.F., «Los fundamentos del “progreso informático” en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 358 ss.
- Sánchez Barrilao, J.F., *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019a.
- Sánchez Barrilao, J.F., «Servicios de inteligencia, secreto y garantía judicial de los derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019b.
- Sánchez Barrilao, J.F., «La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un Derecho global sobre derechos humanos», *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, núm. extra 1, 2020a.
- Sánchez Barrilao, J.F., «La crisis del derecho constitucional multinivel», en AA.VV. *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020b, pp. 181 ss.
- Sánchez Barrilao, J.F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- Sánchez Barrilao, J.F., «European constitutional law and protection of the environment», en AA.VV. *Encyclopedia of contemporary constitutionalism*, Springer, Luxemburgo, 2022.
- Sánchez Barrilao, J.F. y Sánchez Lorenzo, S., «Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial», *La Ley Unión Europea*, núm. 20, 2014, pp. 5 ss.
- Sanz Caballero, S., «El control de los actos comunitarios por el TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001.
- Sarrión Esteve, J., «Problemas de la protección de los derechos sociales en las situaciones de conflicto con las libertades del mercado en el Derecho de la Unión Europea», *RUE: Revista Universitaria Europea*, núm. 13, 2010, pp. 85 ss.
- Sarrión Esteve, J., «Las libertades fundamentales del mercado interno, su sinergia positiva con los derechos fundamentales en el derecho de la Unión Europea, y una anotación sobre el ámbito de aplicación», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 260 ss.
- Schillaci, A., *Relazioni tra ordinamenti e parametricità del diritto internazionale: un modello teorico*, La Sapienza Editrice, Roma, 2008.
- Serra Cristóbal, R., *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999.

- Sevilla Duro, M.Á., «El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos», *Anales de Derecho*, núm. extra 1, 2020.
- Simón Moreno, H., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 771, 2019, pp. 161 ss.
- Soca Torres, I., *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- Stangos, P., «Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales», Jimena Quesada, L. (trad.), *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 139 ss.
- Torrecillas Martínez, A., *La crisis del Estado de Derecho en la Unión Europea: el caso polaco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J.I., «La saga Taricco: Últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2018.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. y Ripol Carulla, S., *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales: un análisis a partir del asunto Melloni y sus implicaciones*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2017.
- Von Bogdandy, A., «La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto», Álvarez Álvarez, L. (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 13 ss.
- Von Bogdandy, A., «Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa», Morales Antoniazzi, M. (trad.), en, junto a Cruz Villalón, P. y Huber, P.M., *El Derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 143 ss.
- Von Bogdandy, A., «La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2016, pp. 441 ss.
- Weber, A., «La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 47 ss.
- Weiler, J.H.H., «Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio», Bouazza Ariño, O. (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, 2012, pp. 13 ss.
- Zweig, S., *El legado de Europa*, Gancho, C. (trad.), El Acantilado, Barcelona, 2003.

DINÁMICAS DE CAMBIO EN LA GESTIÓN DE LA CASA REAL Y EL DESARROLLO DE LAS FUNCIONES DEL REY

*Dynamics of change in the management of the Royal
Household and the development of the King's functions*

Daniel del Valle-Inclán Rodríguez de Miñón

Profesor Doctor en Derecho Constitucional

Universidad Camilo José Cela, España

<https://orcid.org/0000-0003-1343-3537>

<https://doi.org/10.18543/ed.3216>

Fecha de recepción: 10.06.2024

Fecha de aprobación: 30.08.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

La Ley 19/2013 sujeta la Casa Real a las obligaciones de transparencia, sin que sus previsiones hayan sido consideradas inconstitucionales. Desde entonces, su comunicación estratégica es más proactiva y trata de mostrar una imagen de transparencia y correcta gestión abanderando conceptos como "honestidad, transparencia económica, cercanía y modernización" que son claves en esta nueva etapa. Sin embargo, no es lo mismo comunicar que informar y aquí radica uno de los aspectos que se analizan en este trabajo, tomando como referencia la referida Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y la labor realizada a través de la página web de la Casa Real. Además, se sugiere que se pueda embridar con el refrendo a modo de herramienta de garantía del proceder del Monarca en aquellos ámbitos en los que aquel es preceptivo. Por último se concluye con una valoración de lo realizado y de lo pendiente pues es la vía de la transparencia la que parece más adecuada para enfrentar escenarios futuros de mejora.

Palabras clave

Transparencia; Casa Real; Constitución Española; Consultas; Refrendo.

Summary

Law 19/2013 subjects the Royal Household to the obligations of transparency, without its provisions having been considered unconstitutional. Since then, the strategic communication of the Royal House is more proactive now and tries to show an image of transparency and correct management. Concepts such as “honesty, economic transparency, closeness and modernization” are key in this new stage. However, communicating is not the same as informing and herein lies one of the aspects analysed in this work, taking as reference the aforementioned Law of Transparency, Access to Public Information and Good Government, and the work carried out through the website of the Royal House. Furthermore, it is suggested that it can be clamped with the endorsement as a tool to guarantee the Monarch’s conduct in those areas for which it is necessary. Finally, it concludes with an assessment of what has been done and what is pending since it is the path of Transparency that seems most appropriate to face future improvement scenarios.

Keywords

Transparencia; Royal Household; Spanish Constitution; Consultations; Endorsement.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA FIGURA DEL REY EN LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA. III. LA TRANSPARENCIA Y LA CASA REAL. 1. Las obligaciones de transparencia de la Casa Real según la Ley 19/2013. 2. El ámbito de control de la transparencia de la Casa Real. 3. Medidas complementarias de transparencia. 4. La web oficial de la Casa Real y los comunicados como instrumentos de transparencia. IV. LA TRANSPARENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL REY. 1. La Transparencia respecto a los actos refrendados. 2. La deseable transparencia en el proceso de investidura. 2.1. *El Rey en el proceso de investidura*. 2.2. *El papel del Rey en la fase de evacuación de consultas*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El actual Monarca ha impulsado la aprobación de un conjunto de normas y medidas de modernización, mejora de la fiscalización y transparencia de la Corona con las que se ha buscado actualizar su régimen jurídico y acercarla a la sociedad. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno cita en su preámbulo la necesidad, no ya sólo de que los ciudadanos puedan conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, sino también cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, incluida la Casa Real. Sin embargo la Corona, por más que se modernice e intente ajustarse a los tiempos, será en su esencia una institución tradicional. Ello no es óbice para que se hayan producido avances significativos en materia de transparencia en su seno. Fue en el año 2016 cuando por primera vez el Rey justificó sus decisiones mediante comunicados de la Casa Real. ¿Fue algo excepcional, fruto de la coyuntura que imperaba en ese momento, o supone una buena práctica a consolidar en aras de mejorar la transparencia de la Casa Real como han puesto de manifiesto los comunicados emitidos con posterioridad?, ¿qué medidas se han adoptado en la Casa Real para mejorar la transparencia?, ¿está justificada la transparencia en ámbitos donde el papel del Rey aparece embreado con el de los representantes de partidos políticos con presencia en el Parlamento? El análisis de los citados avances en materia de transparencia y la reflexión sobre las cuestiones señaladas son el objeto de este trabajo. Antes de ello, sin embargo, debemos recordar cuál es el lugar de la corona en nuestra monarquía parlamentaria.

II. LA FIGURA DEL REY EN LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

La Monarquía parlamentaria, descrita en el artículo. 1.3 de la CE como forma política del Estado español, viene a conciliar los principios

democrático y monárquico con el texto constitucional que actúa a modo de garante de este binomio. El Monarca parlamentario permanece al margen del quehacer de los partidos políticos y no forma parte de los tres poderes del Estado, aunque interactúa con ellos, convirtiéndose en una suerte de pilar en su condición de Jefe de Estado. Como afirma García Canales (1991, 56): “El Rey constituye un poder distinto de aquellos que tienen atribuidas las tres clásicas funciones. Es sobre todo un poder independiente del ejecutivo y con funciones arbitrales y moderadoras”. Para el profesor Pérez Royo (2015, 11) “[...]La jefatura de Estado monárquica no puede ser un poder del Estado, sino que tiene que ser simplemente un órgano del Estado. El poder del Estado, cualquier forma de manifestación del poder del Estado, no puede tener más legitimación que la democrática. En la medida en que una magistratura hereditaria no puede participar nunca de dicha legitimación, no puede ser nunca portadora de poder”. El Rey se limita así a aportar neutralidad, al servicio de los intereses generales de España; coadyuba a la integración política, social y territorial; y contribuye de manera decisiva a la convivencia regular y pacífica entre todos los ciudadanos.

Tal y como entiende la Corona Aragón Reyes (Aragón et al. 2023, 20), no se trata tanto de un órgano constitucional como de una institución nuclear de la Constitución que agrega la legitimidad histórica consustancial con la forma monárquica. Esto provoca que sus funciones se basen en reglas jurídicas y políticas, y que sus actos constitucionales sean siempre actos debidos, amén de requerir la leal colaboración de los poderes políticos para el cumplimiento de sus fines. Según Adolphe Thiers¹, “el Rey reina pero no gobierna”, lo que le sitúa totalmente al margen del juego político, y carece de poderes decisorios y efectivos dado que exterioriza sus funciones con actos debidos. Lacómicamente, el profesor Aragón Reyes (2004, 14) añade a lo dicho anteriormente que “la única Monarquía compatible con la democracia es la Monarquía parlamentaria” y es que en nuestra Monarquía parlamentaria, informada y sometida al principio democrático, la figura del Rey carece de poderes jurídicos y políticos propios que ejercer de manera libre y discrecional. Tampoco cuenta con «potestas» regia ni capacidad autónoma de actuación y decisión (Porras Ramírez 1993, 149-150) para realizar actos dotados de trascendencia jurídica externa, pues tendrán la consideración de actos debidos, y su validez quedará condicionada al necesario refrendo del órgano estatal habilitado al efecto, que asumirá la responsabilidad

¹ Thiers, L. A: Historia de la Revolución Francesa. Barcelona, (no figura ni editorial ni año de la publicación), 12 vols., vol. 1, p. 8.

que pueda derivarse de los mismos, como establecen los artículos 56.3² y 64.1³ CE respectivamente.

Torres del Moral (1993, 14) afirma que “[...] en una Monarquía parlamentaria, el elemento monárquico es símbolo de la unidad y permanencia del Estado, como dice la Constitución. Lo determinante es el adjetivo parlamentaria y no el sustantivo monarquía”. El mismo autor apunta a “la institución monárquica como forma de provisión de la Jefatura del Estado” (Torres y Gómez 1995, 210) que aparece en la Norma Fundamental como un poder constituido, como un órgano constitucional no electivo obligado a cumplir los fines o valores materiales que aquella consagra, y queda vinculada al desarrollo de la forma parlamentaria de gobierno (art. 1.3 CE)⁴. En este mismo sentido, Enriqueta Expósito Gómez (Aragón et al. 2023, 21) considera la Monarquía como “forma de Jefatura de Estado, coherente con las funciones que de ésta enumera la Constitución: símbolo de unidad y permanencia del Estado, de representación y de arbitraje y moderación”.

En España la Corona ha sometido su estatuto jurídico a una novedosa racionalización constitucional, lo que le ha permitido desarrollar, sin potestas alguna, sus funciones “simbólicas” de representación de la unidad y continuidad de la comunidad política. Así lo subraya el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/1987, FJ 3 cuando dispone que: “la Monarquía parlamentaria prevista en nuestra Constitución es una Monarquía parlamentaria «racionalizada» en la medida que la Constitución así lo ha querido, sin que al intérprete de la misma, cualquiera que este sea, le esté permitido completar esa racionalización en la dirección o con la extensión que él estime adecuadas”. El modelo de parlamentarismo racionalizado de la Constitución de 1978 reconduce la Corona al desempeño estricto de la función propia de la Jefatura del Estado, sin poder efectivo alguno que pudiera incidir en el desarrollo práctico de la forma de gobierno⁵, pero con una esencial función relacional que le lleva a poner en práctica tareas regladas de coordinación, mediación y conso-

² Artículo 56.3 CE: La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2.

³ Artículo 64.1 CE: Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso.

⁴ Artículo 1.3 CE: La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

⁵ Desde una perspectiva comparada, una completa visión de conjunto de las transformaciones experimentadas en el seno de la forma parlamentaria de gobierno, puede consultarse en S. Ceccanti, *La forma di governo parlamentaria in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 98 y ss.

lidación del vínculo necesario entre el Gobierno, Parlamento y electorado. En este mismo sentido el propio Aragón Reyes (2023, 21) defiende que en la Monarquía parlamentaria se reina en virtud de la Constitución, y que el Rey se mantiene guardando la Constitución y la Monarquía parlamentaria, lo que de paso mantiene la Constitución.

A estas funciones, que se pueden considerar más como competencias o poderes, se suman las que enumera el artículo 62 CE⁶, distintas a las anteriores pues no se hace alusión expresa a la citada naturaleza y para las que se emplean términos ad hoc como “corresponde al Rey” (Arroyo de la Cruz 2021, 131). Entre las funciones del Monarca para las que sí cuenta con auctoritas y con capacidad de “influencia”, se pueden citar la de velar y, con prudencia (Aragón Reyes 2024, 17), moderar y arbitrar el correcto funcionamiento de las instituciones públicas a través de su labor apartidista con la finalidad de evitar la paralización o estancamiento de éstas en perjuicio de los ciudadanos. A esta magistratura de auctoritas otorgada al jefe del Estado, en su condición simbólica de la unidad y permanencia de España y fundamento de sus funciones arbitrales y moderadoras, el profesor García Pelayo (1991, 1875) la denomina auctoritas hipostática o adscriptiva, es decir, de “[...] una autoridad vinculada a una entidad institucional o de otro orden cuya validez va más allá de toda crítica y de toda justificación por su funcionalidad o mérito”. Esta auctoritas se conjuga con aquella que fluye de sus cualidades personales y depende del reconocimiento espontáneo de la sociedad. En este sentido, el profesor García López (2021, 320) subraya la importancia de una “autoridad presuntiva” que define como la que “[...] asiste a los hechos sociales que se sostienen en su propia continuidad histórico-fáctica y que les permite sobrevivir mientras no sean expresamente desmentidos”.

Resulta de sumo interés reflexionar sobre la relación que guardan la auctoritas y la potestas con la función simbólica que se atribuye al titular de la Jefatura del Estado. En palabras del profesor Oliver Araujo (2024, 149), “el hecho de que el Rey de España pudiera tener potestas pondría

⁶ Artículo 62 CE: Corresponde al Rey: a) Sancionar y promulgar las leyes. b) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución. c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución. d) Proponer el candidato a Presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución. e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente. f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes. g) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno. h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas. i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales. j) El Alto Patronazgo de las Reales Academias.

inmediatamente en entredicho su indispensable neutralidad”. Herrero de Miñón (1997, 44) opina, sin embargo, que en cierta medida el Rey goza de la potestad de mando y coerción, participando en ella al menos por ostentar su titularidad; y afirma que se trata de un Jefe de Estado no sólo con preeminencia formal (...) sino con poder efectivo.

Así pues, el Rey no tiene reconocido en la Carta Magna poder político alguno (Reventa Sánchez 2017, 107) para colmar vacíos o solucionar actuaciones insuficientes de las fuerzas políticas, como tampoco tiene prevista su participación, siquiera ocasional, en un escenario político para sugerir una solución de gobierno preferente. Pero en todo caso en su condición de Jefe del Estado de una Monarquía parlamentaria, debe conducir su actuación conforme a lo establecido en el artículo 2.1, apartado f), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que declara sujeta a las obligaciones normativas de transparencia de la actividad pública, entre otras instituciones, a la Casa de Su Majestad el Rey. Esta sujeción a los controles de transparencia la sitúa en un nivel de exigencia superior al que se aplica a muchas casas reales europeas que, por lo general, se benefician de excepciones legales y únicamente publican información financiera de modo voluntario⁷.

III. LA TRANSPARENCIA Y LA CASA REAL

Antes de entrar a analizar de qué manera la transparencia ha permeado en la Casa Real, convendría conceptualizar brevemente el significado de aquella. La democracia requiere una ciudadanía informada, exige personas con capacidad para juzgar lo que hacen los poderes públicos y ello sólo se puede

⁷ Para un repaso a la situación en las distintas monarquías europeas, puede verse Pablos López (2017, 266), que advierte de los tiras y afloja políticos que han motivado una progresiva difuminación de la tradicional opacidad que rodeaba esta materia, siempre justificada por razones supuestamente superiores como la “seguridad nacional” y la “defensa del reinado” o expresiones similares.

Mención especial merece la situación de la económicamente muy poderosa Casa Real británica. El 1 de enero de 2005 entraron en vigor tanto la Ley de Libertad de Información de 2000 como la Ley de Libertad de Información de Escocia, igualmente de 2000. En ellas se prevé que cualquier persona de cualquier nacionalidad puede solicitar vista de la información custodiada por las autoridades públicas, a excepción de ciertos extremos legalmente previstos. Dado que la Casa Real no se considera como autoridad pública en el sentido de estas leyes, queda por tanto exenta de sus previsiones, si bien proporciona voluntariamente información sobre ciertos extremos como los relativos a su uso del dinero público que recibe, emitiendo anualmente un informe donde se detallan los gastos en salarios de empleados, viajes y mantenimiento de las propiedades reales. Puede consultarse al respecto su página web: <https://www.royal.uk/freedom-information>

alcanzar con la transparencia y la formación. El flujo de información oportuna y confiable que impone la transparencia debe permitir evaluar a las instituciones que la aportan, y formar opiniones racionales y bien sustentadas a quienes deciden y a quienes participan o son objeto de la decisión.

La transparencia pasa a ser un valor esencial y necesario en el contexto político, económico y social actual, y constituye un pilar básico que es necesario desarrollar e impulsar desde todos los niveles de la sociedad como elemento fundamental para conseguir la equidad social y la eficiencia económica. En las modalidades de transparencia (Sosa 2011, 24) debemos apostar por aquella que es clara, por la que busca mejorar el control ciudadano y la información sobre cómo funcionan los asuntos públicos e instituciones, con datos necesarios, reutilizables, integrados, agregados, comparables (Cotino Hueso 2012, 31); y es activa, basada en aportar bases de datos compatibles y reutilizables. De esta manera podríamos afirmar que la transparencia que se recoge en la Ley 19/2013 pretende regenerar la democracia (Villoria Mendieta 2014, 87), prevenir la corrupción y reforzar la eficiencia gubernamental, gracias a los incentivos y desincentivos que la transparencia genera.

En este punto conviene recordar que la Corona está fuera del circuito representativo democrático y que la transparencia se circunscribe a reforzar su auctoritas, fundamento de sus funciones arbitrales y moderadoras, y no tanto su legitimidad democrática. El ejercicio de la mencionada auctoritas dependerá del mantenimiento y conservación en todo momento de la neutralidad y la ejemplaridad requeridas.

En la necesaria conexión de la Monarquía con la sociedad y sus problemas, y al margen de que corresponda al Parlamento y al Gobierno democráticos articular, mediante el adecuado diseño de políticas públicas, las respuestas a las demandas sociales, la Monarquía se ha tenido que ir adaptando a éstas, en lo que se refiere a la petición de control y al ejercicio de transparencia de una sociedad cada vez más exigente, crítica y ávida de información, permitiendo y contribuyendo con ello a su regeneración. Así lo manifestó S.M. el Rey en su discurso de proclamación ante las Cortes Generales, el 19 de junio de 2014⁸, al pronunciar las siguientes palabras: “La Corona debe (...) velar por la dignidad de la Institución, preservar su prestigio y observar una conducta íntegra, honesta y transparente, como corresponde a su función institucional y a su responsabilidad social. Porque, sólo de esa manera, se hará acreedora de la autoridad moral necesaria para el ejercicio de sus funciones. Hoy, más que nunca, los ciudadanos demandan con toda razón que los principios morales y éticos inspiren –y la ejemplaridad

⁸ Discurso de S. M. el Rey en su proclamación ante las Cortes Generales, 19 de junio de 2014 https://www.casareal.es/ES/Actividades/Paginas/actividades_detalle.aspx?data=5359

presida— nuestra vida pública. Y el Rey, a la cabeza del Estado, tiene que ser no sólo un referente sino también un servidor de esa justa y legítima exigencia de los ciudadanos”.

1. *Las obligaciones de transparencia de la Casa Real según la Ley 19/2013*

Una vez introducido brevemente este concepto sobre el que más tarde volveremos, nos centraremos en el ámbito de la Casa Real. Cabe recordar la consideración que recibe en el Real Decreto 297/2022, de 26 de abril, como órgano de relevancia constitucional integrado en el Estado, algo coherente con sus funciones de organización y control del desarrollo de toda la actividad que realiza el jefe del Estado. Por su parte la STC 112/1984, FJ 2, de 28 de noviembre, definió la Casa de S.M. el Rey como una “organización estatal [...] que no se inserta en ninguna de las Administraciones públicas”, pero cuyos actos pueden ser sometidos a control judicial a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, y, en su caso, del recurso de amparo por violación de los derechos fundamentales”.

La Casa del Rey se creó por Decreto 2942/1975 y en la actualidad está regulada en el RD 434/1988, como evidencia de la necesidad de una ordenación normativa centrada en su funcionamiento y organización, si bien ha sido modificado a posteriori tanto por el Real Decreto 547/2014, de 27 de junio, como por el Real Decreto 297/2022, de 26 de abril. El artículo 1.1 del apuntado Real Decreto 434/1988 la define como “el organismo que, bajo la dependencia de SM, tiene como misión servirle de apoyo en cuantas actividades se deriven del ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado”. Esta disposición no establece el régimen jurídico de sus actos ni prevé remisión alguna en tal sentido, pues se limita a establecer un deber de actuación en sus artículos 26 y 27: “conforme a las técnicas y criterios empleados en la Administración del Estado”. Tampoco la Casa del Rey figura en normas generales que extienden su aplicación a otros poderes del Estado distintos de la Administración en la medida en que ejerzan funciones materialmente administrativas. En resumen, la inclusión de la Casa Real en el ámbito de aplicación de la Ley 19/2013⁹ se realiza de acuerdo con una regla de muy difícil aplicación práctica. Esta circunstancia lleva a algunos a dudar sobre su propia idoneidad e incluso sobre el verdadero alcance del sometimiento de la Casa del Rey a las exigencias de transparencia que impone la Ley. Debe, no obstante, tenerse en cuenta que la disposición adicional 6ª de la propia Ley 19/2013 ha

⁹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

atribuido a la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno la competencia “para tramitar el procedimiento mediante el que se solicite el acceso a la información que obre en poder de la Casa de Su Majestad el Rey, así como para conocer de cualquier otra cuestión que pudiera surgir derivada de la aplicación por este órgano de las disposiciones de esta Ley”. Tampoco debe perderse de vista, desde otra perspectiva, que buena parte de la información que concierne a la Casa Real vendrá obligada por la norma en la medida en que sea información que tenga por titular a la propia Administración.

Tal y como se indicaba con anterioridad, la Ley 19/2013 cita expresamente a la Casa de S. M. el Rey en su artículo 2 f) en el ámbito subjetivo de aplicación de las disposiciones del Título I de la norma, como parte obligada en materia de transparencia desde el sentido de publicidad activa que ha de llevar a cabo todo el sector público (obligación de difundir información), y desde el plano de la publicidad pasiva (cumplimiento del derecho de acceso a la información pública como reza el artículo 105 b) CE¹⁰). Eso sí, se precisa que tales obligaciones afectan solo a las actividades sujetas a Derecho Administrativo de la Casa Real, que son únicamente las relativas a personal, administración y gestión patrimonial. Esto supone la obligación de proporcionar información en respuesta a solicitudes en esas materias de personal, administración y gestión patrimonial (términos utilizados en el artículo 1.3 a) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹¹ para sujetar a dicha jurisdicción determinados actos del Congreso, Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas o Defensor del Pueblo, órganos a los que la Casa de S.M. el Rey se equipara a efectos de la Ley de Transparencia).

Uno de los ejes fundamentales de la Ley 19/2013, la *publicidad activa*, implica como señala en su artículo 5, la obligación de difundir “de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública” concretada en estas categorías: institucional, organizativa y de planificación; de relevancia jurídica, así como económica, presupuestaria y estadística.

¹⁰ La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

¹¹ Artículo 1.3 LJCA: a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo

Para parte de la doctrina el hecho de que la Casa de Su Majestad el Rey ofrezca toda esta información en su portal web, incluidos los contratos y convenios en vigor, supone un ejercicio de transparencia que va más allá de las obligaciones que marca la Ley, pues, por ejemplo, la contratación de esta institución está sometida al orden jurisdiccional civil, por su naturaleza privada, y no al Derecho Administrativo. Cazorla Prieto y Fernández-Fontecha (2021, 169) consideran que la Casa del Rey cumple “a satisfacción” con las obligaciones de publicidad activa impuestas por la Ley 19/2013.

En el citado artículo 5, concretamente en su punto 4, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se apuntan como medios “las correspondientes sedes electrónicas o páginas web en una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización”.

A mayor abundamiento en la concreción en la transparencia de la Casa del Rey, el Real Decreto 297/2022 introduce el artículo 17 en el Real Decreto 434/1988, con la información que obligatoria y periódicamente será publicada en la página web de Casa Real, más allá de lo que pueda establecer la Ley 19/2013. Entre esta información obligatoria figuran los estados trimestrales de ejecución presupuestaria, así como la memoria anual de actividades institucionales.

En lo referente a la denominada *publicidad pasiva*, la disposición adicional sexta de la Ley de transparencia, a la que ya hemos hecho referencia, establece que la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno es el órgano que tramitará las solicitudes de acceso a la información de la Casa del Rey para dar cumplimiento a este derecho constitucionalmente reconocido.

La Corona empero queda al margen de lo relativo al buen gobierno, regulado en el Título II de la Ley de transparencia su Título II. La explicación que se podría dar es que se aplica a altos cargos de la Administración General del Estado y al sector público estatal, en el que la Ley 40/2015 no incluye a la Casa de Su Majestad el Rey. ¿Por qué no incluir a la Casa de Su Majestad el Rey y a su personal de Alta Dirección (jefe de la Casa, secretario general y jefe del Cuarto Militar) en el artículo 25 de la Ley 19/2013 cuando están asimilados, respectivamente, a ministros, secretarios de Estado y subsecretarios de Estado, tal y como señala el artículo 9 del RD 434/1988? ¿Sería incluso conveniente ampliarlo hasta el propio monarca a modo de marco de actuación en su Reinado, frente a la inviolabilidad y no sujeción a responsabilidad que le caracteriza en su proceder?

Cierto es que resulta de difícil encaje jurídico que las exigencias de buen gobierno a la Casa de Su Majestad el Rey y sus altos cargos puedan

someterse al escrutinio necesario para sancionar los incumplimientos y disponer una serie de sanciones. Sin embargo hay principios de buen gobierno recogidos en esta norma sobre los que la Casa del Rey ha materializado un compromiso expreso claro por su propia iniciativa. Valgan como ejemplo la prohibición de aceptar para sí regalos que superen los “usos habituales, sociales o de cortesía”, o favores que puedan condicionar sus funciones, que tuvo su continuidad en la aprobación, en enero de 2015, de la Normativa sobre regalos a favor de los miembros de la Familia Real.

En este punto resulta fundamental poner en valor el papel del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como organismo independiente, encargado de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno. Tal y como se refleja en su Estatuto, aprobado por Real Decreto 919/2014 de 31 de octubre, es una autoridad administrativa independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar pública y privada. Respecto de sus funciones, la Ley recoge las que se encomiendan al Consejo (entendiendo éste como la unión entre el Presidente y la Comisión) y las que debe desarrollar el Presidente que, a nuestro entender, son las más ejecutivas de entre las que han sido conferidas al organismo. En ambas, la Ley ha optado por incluir un listado detallado junto con una cláusula de cierre, algo que consideramos normal pues permite hacer frente a la praxis acumulada, relativa a «aquellas otras que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario».

2. El ámbito de control de la transparencia de la Casa Real

La sujeción de la Casa Real española al control de transparencia que propugna la aludida Ley 19/2013 no se ha considerado contraria a lo dispuesto en los artículos 56 y 65 CE citados con anterioridad. Especialmente con relación al segundo, se cuestiona por parte de Bataller i Ruiz (2022, 96) el margen de libertad y discrecionalidad del Rey en la distribución de la cantidad global que recibe de los Presupuestos Generales del Estado. Bien es cierto que la Casa Real elabora anualmente su propio presupuesto a partir de lo que recibe de éstos, algo perfectamente conocido por el público. Sin embargo, el Rey cuenta varios servicios que son sufragados desde otras partidas presupuestarias muy diversas. Para el profesor Porras Ramírez (1993, 149) el principio de autoorganización de la Corona ahí consagrado ha permitido reestructurar y modernizar la Casa del Rey con una respetuosa observancia de los principios de transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y publicidad. Sin embargo, un sector crítico apunta que desde 2013, a diferencia de lo acontecido en otras casas reales, se ha instalado una suerte de statu quo de

mínimos y no se ha avanzado en aspectos tales como exigencias legales de transparencia¹², especialmente en lo relativo a los pagos incurridos, la procedencia de los caudales aplicados y el registro de los bienes propiedad de los integrantes de la Familia Real. En esta línea de entender la transparencia como vector de fuerza de la democracia de calidad, se posiciona Villoria Mendieta (2018, 8).

El texto constitucional refuerza la necesaria transparencia en dos cuestiones: por una parte el carácter finalista de la cantidad recibida por el Rey, y por otra la procedencia de tal cantidad de los Presupuestos Generales del Estado. Surge así la necesidad, como sostiene Belda Pérez-Pedrero (2023, 41) de que haya una claridad prístina en lo que respecta a la cantidad detallada atribuida al Rey, tal y como ocurre en Bélgica y recoge el artículo 89 de su Constitución de 1994. Por otra parte, el profesor Oliver Araujo (2022, 144) preconiza que la citada transparencia debe extenderse igualmente a la vida privada del soberano que por las obligaciones de su cargo se encuentra muy condicionada por la necesidad de no perjudicar la dignidad de la Corona. En esta dinámica en pos de la transparencia surgen una serie de interrogantes cuyas respuestas merecen ser objeto de consideración: ¿Es necesaria la transparencia para saber si el Rey ciertamente destina lo recibido a las atenciones propias de su Familia y Casa o, por el contrario, deriva cantidades hacia otras atenciones? Quienes así lo consideran, añaden que es la única manera de que la ciudadanía pueda comprobar que realmente se ha hecho un uso correcto y no desviado de tales fondos. ¿Convendría extender la transparencia a cuestiones como el empleo de los fondos públicos recibidos, la percepción de ingresos al margen de los Presupuestos Generales del Estado y el registro de bienes de los miembros de la Familia Real? Para los más críticos, la preconizada transparencia de la Casa Real debería poner el foco en regulaciones tales como las recogidas en los citados artículos 56.3 y 65.2¹³ de la Constitución Española, aspectos que quedan exentos de control vía refrendo por tener encaje en las actuaciones regias sujetas a la inviolabilidad e irresponsabilidad que envuelven al Monarca en España por decisión del poder constituyente. Para el profesor Gimbernat Ordeig (2012), en su artículo publicado el día 13 de noviembre de 2012 en el diario *El Mundo*, la inviolabilidad del Rey vulnera los principios de igualdad ante la ley y de tutela judicial efectiva (art.

¹² Por ejemplo, la británica *Sovereign Grant Act* de 2011 establece que las cuentas de su Casa Real están sometidas al control de la *National Audit Office*, organismo independiente de control del gasto público que, a través de su Auditor General, cuelga del Parlamento pero no mantiene ninguna dependencia con el gobierno ni reporta a sus ministros. Para conocer sus funciones, véase su web <https://www.nao.org.uk/>

¹³ Artículo 65.2 CE: El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

24.1 CE) y apenas tiene paralelo en el Derecho comparado actual. En la misma línea el profesor González Pérez (1991, 1989-2002) considera inconcebible que existan “personas inmunes al control judicial”.

Cabe entonces cuestionarse si suponen una exención de cualquier obligación de transparencia (Bataller i Ruiz 2022, 81), o bien entender que la transparencia se ubica en un plano diferente, como simple deber de ser eficaz (Villoria Mendieta 2021, 221) y eliminar cualquier opacidad que pudiera presentarse en nuestro entramado institucional. El profesor Oliver Araujo va más allá y se cuestiona si debiera extenderse obligatoriamente el refrendo preceptivo (Aragón et al. 2023, 37), por el Presidente del Gobierno, al nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de la Casa del Rey. De esta manera se evitarían al Monarca posibles responsabilidades políticas ante nombramientos que posteriormente resultaran poco acertados. Al respecto la profesora Gómez Sánchez (2024, 107) afirma que aunque el artículo 65.2 CE exceptúa de la exigencia de refrendo los nombramientos y ceses de los miembros civiles y militares de la Casa de S.M. el Rey, desde la década de los ochenta aquellos vienen formalizándose con refrendo, práctica que debe valorarse muy positivamente, y que no supone vicio alguno de inconstitucionalidad formal.

¿Sigue siendo la Monarquía en España una institución al margen de los principios democráticos, protegida por la propia Constitución a partir de la legitimidad que obtuvo la ratificación de su texto, o el blindaje (Bataller i Ruiz 2022, 82) del Monarca viene únicamente circunscrito a su ámbito de actuación política como Jefe del Estado? La respuesta la encontramos en la Sentencia 98/2019, FJ 3 a) del Tribunal Constitucional cuando se afirma que “la monarquía parlamentaria deriva directamente de la Constitución, es configurada por ella y ha nacido del poder democrático del constituyente”; y que “la Monarquía debe su reconocimiento al consenso que integró posiciones políticas en una Constitución, donde la Corona fue una parte sustancial de ese pacto, en la medida en que calificó nuestro modelo de Estado como monarquía parlamentaria, en la que el Rey ostenta la jefatura del Estado. La legitimación de ese modelo de Estado se debe a la aprobación del texto constitucional por parte de las Cortes Generales, así como del referéndum que la ratificó, dando aceptación a la Monarquía”.

3. *Medidas complementarias de transparencia*

Más allá del cumplimiento de las exigencias de la Ley de Transparencia, el actual Monarca ha impulsado y aprobado un conjunto de normas y medidas de modernización y mejora de la fiscalización y transparencia, con las que actualizar el régimen jurídico de la Corona y acercar esta institución a la sociedad, para tratar así de eliminar elementos de opacidad.

En lo que respecta a las actividades de los miembros de la Familia Real, S.M. el Rey decidió en 2014, como se referirá más adelante, que solo por su encargo pudieran desarrollar con carácter de exclusividad actividades de naturaleza institucional y dentro del ámbito de sus atribuciones, o cuando por la naturaleza o el lugar de la actividad se solicitara y requiriera la correspondiente decisión aprobada por el Gobierno. Sus retribuciones serían fijadas en consonancia con lo dispuesto en el artículo 65.1 CE¹⁴. Precisamente el 28 de julio de ese año se publicaron en la página web de la Casa Real¹⁵ los criterios de actuación de los miembros de la Familia Real y de las actividades de la Casa de S.M. el Rey. Resulta muy significativa la clara diferenciación establecida entre miembros de la Familia Real (Sus Majestades los Reyes, Sus Majestades los Reyes Don Juan Carlos y Doña Sofía, la Princesa de Asturias y la Infanta Doña Sofía) y sus demás familiares, que quedan integrados bajo la denominación de Familia de S.M. el Rey.

Asimismo se decidió que aquellos miembros de su familia que no fueran miembros de la Familia Real no podrían desarrollar actividades de carácter institucional, salvo por encargo concreto y con la consiguiente aprobación del Gobierno, ni percibir retribución alguna del presupuesto de la Casa de S.M. el Rey, aunque contarían con los apoyos personales y materiales necesarios para su desarrollo.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/2013, se aprobó el Real Decreto 772/2015¹⁶, de 28 de agosto, que introdujo previsiones específicas para reforzar el principio de transparencia en el funcionamiento de la Casa Real y garantizar su eficiencia, fortaleciendo los cambios que se habían introducido en la reforma de 2010. Incluía, por ejemplo, la regulación de los conflictos de intereses, el régimen de incompatibilidades del personal de la Casa de Su Majestad el Rey y un Código de Conducta que remite a determinadas disposiciones aplicables a las diversas categorías de la Administración General del Estado (arts. 9, 4, 5 y 6) y al personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 10.5). En cuanto a las incompatibilidades del personal de alta dirección y dirección se le aplicaría el vigente para los altos cargos de la Administración, mientras que al personal restante le correspondería el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Respecto al citado Código de Conducta, cuya obligatoriedad se materializó en el posterior Real Decreto 297/2022, de 26 de abril, incorporaba

¹⁴ Artículo 65.1 CE: El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma.

¹⁵ Criterios de actuación de los miembros de la Familia Real y de las actividades de la Casa de S.M. el Rey <https://www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/criterios-de-actuacion.aspx>

¹⁶ <https://www.boe.es/eli/es/rd/2015/08/28/772>

los principios de buen gobierno aplicables a las entidades públicas y adaptados a las singularidades de este organismo. Una aproximación general a la materia nos lleva a reseñar la regulación de aspectos tales como el asesoramiento jurídico de la Casa de S.M. el Rey; el apoyo a la promoción de los intereses económicos españoles; la fiscalización interna y externa de las cuentas de la Casa de S.M. el Rey, o los informes de auditoría. El elemento común a todos ellos es la firma de un convenio, publicado en la web de la Casa Real, con la Abogacía General del Estado¹⁷, la Secretaría de Estado de Comercio¹⁸ y la Intervención General del Estado¹⁹ respectivamente, amén de la creación del cargo de Interventor de la Casa de S.M. el Rey.

Se preserva la independencia en el orden presupuestario que establece el artículo 65 CE, lo que supone un problema ya que este artículo no sólo no menciona el control económico de la Casa Real sino que además establece la discrecionalidad del Rey o la Reina para la distribución de la asignación que anualmente recibe de los presupuestos generales del Estado.

En este elenco de medidas se puede atisbar el empeño por limitar el alcance de la Casa Real en el desempeño de actividades sujetas a Derecho Administrativo. Valgan a modo de ejemplo el hecho de que el control de la gestión económica, financiera, presupuestaria y contable se realiza conforme a los mismos criterios que se utilizan en la Administración Pública; o que las cuentas de la Casa de S.M. el Rey sean sometidas anualmente a un informe de auditoría llevado a cabo por la Intervención General del Estado que tiene encomendadas, entre otras responsabilidades, funciones de auditoría del sector público. En este punto convendría subrayar que la Casa de S.M. el Rey no está obligada legalmente a auditar sus cuentas y aun así decidió convenir voluntariamente con la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE)

Pero sin duda alguna, es en el control económico financiero, donde se evidencia un reforzamiento de los *principios de transparencia, rendición de cuentas y publicidad*, tras la aprobación del Real Decreto 297/2022, ya citado, instrumento clave para mejorar el control económico-financiero de la Casa del Rey. Su personal de alta dirección queda obligado a presentar una

¹⁷ Convenio de colaboración entre la Casa de S.M. el Rey y la Abogacía General del Estado <https://www.casareal.es/GL/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/convenio-asistencia-juridica.aspx>

¹⁸ Convenio de colaboración entre la Casa de S.M. el Rey y la Secretaría de Estado de Comercio <https://www.casareal.es/GL/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/convenio-comercio-exterior.aspx>

¹⁹ Convenio de colaboración entre la Casa de S.M. el Rey y la Intervención General del Estado <https://www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/convenio-auditorias.aspx#:~:text=En%20el%20a%C3%B1o%20de,utilizan%20en%20la%20Administraci%C3%B3n%20P%C3%ABlica.>

declaración de bienes y derechos en el plazo de tres meses desde su nombramiento y cese, en los mismos términos previstos por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, para los altos cargos de la Administración General del Estado. De igual modo se regula la información complementaria a la legal que debe ser publicada en la página web de la Casa Real, en la que ya venía publicándose el presupuesto anual desde 2011.

4. *La web oficial de la Casa Real y los comunicados como instrumentos de transparencia*

La comunicación digital se ha convertido en un vector fundamental dado que permite no sólo una relación más directa con los públicos, sino también una segmentación (Castillo y Almansa 2005, 138) muy pertinente y llegar así a múltiples escenarios de una manera más eficaz.

Tal y como afirma la profesora Fernández-García (2023, 158), “desde el año 2011 la Casa de SM el Rey ha optado por una relación proactiva y planificada con sus públicos, fruto de la dirección estratégica de relaciones públicas que ha continuado hasta la actualidad. La utilización y gestión de mensajes estratégicos en los que se refuerzan los conceptos honestidad, transparencia y cercanía, el uso de herramientas de relaciones públicas, la implantación de herramientas 2.0 y la organización de actos para avalar estos mensajes y conseguir el entendimiento con sus públicos, stakeholders y líderes de opinión han sido los elementos vehiculares de toda esta estrategia comunicacional”. A través de la web oficial casareal.es no sólo se han tendido puentes de comunicación hacia la opinión pública, sino que ésta se ha consolidado como un referente informativo y puesta en valor de la transparencia económica, la cercanía y la modernización. La comunicación de la agenda de la Familia Real, los actos oficiales de cada miembro y los comunicados de prensa han sido las herramientas más utilizadas en estos últimos diez años. Sin embargo, ¿son los comunicados de prensa suficientes para cumplir con los estándares de transparencia que se exige a la Casa Real? La comunicación no tiene por qué ser información pues pueden conllevar marcos de interpretación del emisor que la distorsionan pues, al fin y al cabo, se va a informar de lo que se considere que se debe informar, pero nada más. Mientras que la comunicación conduce a la comprensión y, en el mejor de los casos a un acuerdo, a un comportamiento adecuado, aunque también transmite información, ésta conlleva conocimientos nuevos que de no ser comunicados estarían huérfanos de información.

En otro orden de cosas la Casa Real, a través de su página web²⁰, ha “informado” sobre el devenir de los encuentros del Monarca con los repre-

²⁰ https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados.aspx

sentantes de los partidos políticos en el proceso de consultas que, con el refrendo de la Presidencia del Congreso, concluirá con la propuesta o no de candidatura a la Presidencia del Gobierno. En este sentido destacan los comunicados que vienen a referir, en un ejercicio de transparencia, más que el contenido de las reuniones las conclusiones a resultados de las mismas. Puesto que el papel del Monarca en el proceso de consultas será analizado con posterioridad y se prestará especial atención a la transparencia en el procedimiento de investidura, se analizarán aquí los comunicados emitidos desde 2015 puesto que fue entonces cuando empezaron a tener presencia en el Parlamento partidos de nueva creación, frente a las fuerzas políticas de ámbito nacional (Blanco Valdés 2017, 80) lo cual provocó una disgregación y diversificación de los grupos en los que se estructura la representación parlamentaria. A partir de ese momento, como apunta Carrasco Durán (2022, 84), “lo novedoso es la fragmentación de la representación en el aspecto cualitativo y no tanto cuantitativo”. Cobran especial importancia los apoyos que puedan prestarse ante una variedad de fórmulas de gobierno, pues lo contrario conllevaría un grado débil de estabilidad gubernamental dado que la práctica parlamentaria se ha vuelto menos previsible.

FECHA	CONTENIDO	ENLACE
7 de marzo de 2016	Tras resultado del debate de investidura celebrado entre los días 1 y 4 de marzo de conformidad y en virtud del artículo 99 CE, el Rey optó por no iniciar nuevas consultas, y así propiciar las actuaciones oportunas por parte de las formaciones políticas conforme a lo previsto en el citado artículo.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=103
26 de abril de 2016	Tras evacuar consultas y valorar la información aportada por los comparecientes, el Rey constató la inexistencia de un candidato que contara con los apoyos necesarios para que el Congreso de los Diputados, en su caso, le otorgara su confianza. Esto le llevó a no formular una propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=105

FECHA	CONTENIDO	ENLACE
5 de septiembre de 2016	El Rey creyó conveniente recordar parte de su mensaje de Navidad del año 2015 al señalar que “la pluralidad política, expresada en las urnas, conlleva una forma de ejercer la política basada en el diálogo, la concertación y el compromiso, con la finalidad de tomar las mejores decisiones que resuelvan los problemas de los ciudadanos. Y que en un régimen constitucional y democrático de Monarquía parlamentaria como el nuestro, las Cortes Generales son la sede donde, tras el debate y el diálogo entre las fuerzas políticas, se deben abordar y decidir los asuntos esenciales de la vida nacional”.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=106
11 de octubre de 2016	El Rey comunicó su decisión de celebrar nuevas consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria los días 24 y 25 de octubre, para poder así proponer un candidato a la Presidencia del Gobierno que contara con los apoyos necesarios para que el Congreso de los Diputados, en su caso, le otorgara su confianza; o, en ausencia de una propuesta de candidato, disolver ambas Cámaras y convocar nuevas elecciones generales.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=107
26 de julio de 2019	El Rey hacía público su deseo de no iniciar nuevas consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, de manera que las formaciones políticas podían llevar a cabo las actuaciones que consideraran convenientes a los efectos de lo previsto en el artículo 99 CE.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=109
12 de septiembre de 2019	Se repitió el mismo esquema y contenido expresado en el comunicado del 26 de julio de 2019. Cinco días más tarde, tras las consultas celebradas en cumplimiento de lo establecido por la Constitución, el Rey constató que no existía un candidato que contara con los apoyos necesarios para que el Congreso de los Diputados, en su caso, le otorgase su confianza. Esto le llevó a no formular propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno, a los efectos de lo previsto en el artículo 99 CE.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=110

FECHA	CONTENIDO	ENLACE
22 de agosto de 2023	Tras concluir las consultas con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria que comparecieron conforme al artículo 99 CE, el Rey propuso a Núñez Feijóo como candidato a la Presidencia del Gobierno.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=123
29 de septiembre de 2023	Por mor del resultado del debate de investidura celebrado entre los días 26 y 29 de septiembre, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 CE, el Monarca comunicó su decisión de realizar nuevas consultas con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=124
3 de octubre de 2023	Se recoge que tras las consultas evacuadas, el Rey hizo pública la propuesta a Sánchez Pérez-Castejón como candidato a la Presidencia del Gobierno.	https://casareal.es/ES/AreaPrensa/Paginas/area_prensa_comunicados_interior.aspx?data=125

Este caudal de comunicados podría complementar, que no sustituir lo que recoge el artículo 2.1 f)²¹ de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando establece la aplicación de dicha norma a la Casa de S.M. el Rey en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. En cuanto a la referida con anterioridad publicidad activa, la Casa de S. M. el Rey recoge en su página web la información a que se refiere la citada Ley: Información institucional, organizativa y de planificación (Art 6); información de relevancia jurídica (Art. 7); e información económica, presupuestaria y estadística (Art. 8). En todo caso, consideramos que en el caso del Rey, con su dotación presupuestaria anual y su Casa o administración particular, para cuya gestión dicta actos públicos (Soriano García 2017, 116) pero no estrictamente administrativos, las decisiones materialmente administrativas adoptadas en ese ámbito por el Jefe de la Casa del Rey, auxiliado por el secretario general y el Jefe del

²¹ Artículo 2.1.f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

Cuarto Militar, deberían sujetarse a los principios del Derecho administrativo que les sean aplicables y ser susceptibles de revisión ante la jurisdicción contenciosa.

IV. LA TRANSPARENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL REY

1. *La Transparencia respecto a los actos refrendados*

Son los principios de irresponsabilidad e inviolabilidad con que el Rey cuenta los que imposibilitan a la ciudadanía exigir responsabilidad regia. El profesor Ruiz Robledo (2014), en un artículo publicado en el *Diario de Sevilla* el 20 de junio de 2014 propone reinterpretar el texto literal del artículo 56.3 CE, limitando la referida inviolabilidad a los actos del Rey que llevan refrendo. De este modo, los no refrendados no tendrían la consideración de actos regios, sino actos privados de la persona que ocupa la jefatura del Estado, y podrían ser impugnados ante el Tribunal Supremo. Sería por tanto la figura del refrendo la que sí permitiría instar la exigencia de responsabilidades y trasladarlas a las personas partícipes, no protegidas por la Constitución, tal y como lo dispone el mencionado artículo 56.3 CE. Se trataría de una forma muy sui generis de complementar la deseada transparencia aunque sea por la responsabilidad que asumen otros, eso sí, elegidos democráticamente. Tal y como apunta Göran Rollnert Liern (2023, 29) en la Encuesta sobre la Corona referida con anterioridad: “La necesidad de refrendo gubernamental en el ejercicio de aquellas funciones regias para las que está previsto, es considerada por una parte minoritaria de la doctrina como una cláusula que reconoce un poder de reserva activable en situaciones de crisis”.

Sin embargo, para la posición doctrinal mayoritaria el refrendo formaría parte de la definición constitucional de la Jefatura del Estado neutral (Constant 1978, 19) e imparcial, en su condición de árbitro y moderador, que debe ejercer mediante consejos, recomendaciones y sugerencias al relacionarse con los distintos órganos del Estado. Recordemos que el citado Constant reconocía más de tres poderes estatales, concretamente cinco, entre los que se encontraba el poder regio junto al ejecutivo, el representativo tradicional, el representativo de la opinión y el judicial. En la monarquía parlamentaria española, el Rey tiene asignadas una serie de facultades tasadas y concretas y dicha concreción se justifica en la voluntad de controlar su actuación, no permitiéndole un amplio margen de actuación que pudiera significar un aumento de su poder aparte de las demás instituciones del Estado y así evitar que se implique en la dirección de asuntos políticos.

Es precisamente aquí donde el papel del Rey va más allá de lo simbólico (Aragón et al. 2023, 15-85) o representativo e incide en aspectos más

políticos en los que, por otra parte, goza de un margen mayor de actuación a través de una multiplicidad de actos no tasados (viajes oficiales, presencia, audiencias, comunicados, discursos, etc.).

Tomemos como ejemplo los discursos de S. M. el Rey visados por el Ejecutivo, sobre los que se plantea la necesidad de determinar, de forma inequívoca, su autoría y responsabilidad o bien suponer que lo son del Gobierno de turno, tal y como ocurre en Gran Bretaña. En España el uso y la costumbre no escrita han consolidado la capacidad del Jefe del Estado para salirse del estricto discurso gubernamental y poner los énfasis donde estime más oportuno, sin tener que caer en un lenguaje gubernamental, pero tampoco abrir una crisis institucional debido a las interpretaciones que pudieran colocar al Rey frente al Gobierno. ¿Quién fija el contenido de los mensajes públicos del Rey? El profesor López Guerra (2019, 9-79) apunta que dichos mensajes reales “[...] implican una expresión de la política gubernamental, y no de una constitucionalmente inexistente capacidad de iniciativa o dirección política del Monarca”. No se trata de actos considerados como debidos, sino que implican una aceptación voluntaria por parte del Rey y su identificación consciente con la política del Gobierno de que se trate.

De la propia redacción del artículo 99 CE se puede colegir que la relación entre quien refrenda y las actuaciones que se refrendan puede variar (Revenga Sánchez 2017, 106). Así, mientras que para el caso de la disolución automática de las Cortes por el transcurso del tiempo tasado, se dice que será el Rey quien proceda a disolver y convocar elecciones “con el refrendo del Presidente del Congreso”; en la propuesta de candidato a presidente de Gobierno, stricto sensu, se limita a decir que el Rey la realizará “a través del Presidente del Congreso”. Aquellos actos enumerados en el artículo 64.1 CE que no cuenten con el necesario refrendo (Arroyo de la Cruz 2021, 133), no serán válidos a todos los efectos. De esta manera se evidencia que el Rey es una figura ajena al gobierno, pero no al Estado, y que el refrendo supone una garantía de validez o existencia de los actos sometidos a este proceder. Los actos del Rey del artículo 56.3 CE son refrendados en su condición y consideración de obligaciones que asume el Monarca, amén de su cumplimiento como tal. Permanecen al margen del refrendo, como establece el artículo 65.2 CE, las cuestiones relativas al gobierno de la Casa Real.

Téngase en cuenta que El Rey “[...] con su firma, perfecciona determinados actos políticos de gobierno convirtiéndolos en actos de Estado”²². Dichos actos deben provenir del correspondiente órgano refrendante, como lo son el Presidente del Gobierno, el Ministro o el Presidente del Congreso. De cualquier modo y como mecanismo de garantía y cumplimiento del principio de

²² Sinopsis artículo 64 CE https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=64&tipo=2

legalidad, cabe la negativa a refrendar (Porrás Ramírez 2017, 240) los actos y decisiones del Monarca que se consideren abiertamente contrarios a lo dispuesto en aquéllos o actuaciones del Monarca que pudieran calificarse como exorbitantes.

En el modelo parlamentario racionalizado citado con anterioridad y adoptado por la Constitución, el refrendo traslada al sujeto que lo emite la eventual responsabilidad política derivada del acto regio, de manera que de algún modo se disocia el ejercicio de la competencia, de la atribución de la responsabilidad. Son las actuaciones del Rey vinculadas a la formación de gobierno, no tan simbólicas por tener un marcado cariz político donde, acompañadas del necesario refrendo, goza de mayor margen de actuación y maniobra. El refrendo del Presidente del Congreso consiste en convalidar, examinar y controlar materialmente los actos del Jefe del Estado orientados a la presentación de un candidato a la Presidencia del Gobierno, de una manera constante y sutil. A diferencia de la monarquía sueca, excluida completamente en este proceso, en España el Rey es un símbolo activo que ejerce una función de representación de la unidad del Estado e interviene, sin carácter decisorio, en actos tan importantes como el proceso de nombramiento del Presidente del Gobierno. El artículo 99 CE, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) y el Reglamento del Congreso de los Diputados conforman el marco legal que, de manera coordinada, regula los límites temporales en que tienen lugar las actuaciones que desembocan en la sustitución del Gobierno cesante, por un Gobierno investido de la confianza del Congreso y en plenitud de atribuciones.

A modo de corolario de este apartado, quisiera añadir que la idea es que en el ejercicio de las actuaciones con refrendo las exigencias de transparencia se trasladan, igual que la responsabilidad, al órgano refrendante y que, en tanto la actuación del Rey es formal o simbólica, no hay ahí más transparencia que exigir que la que podría reclamarse de quienes refrendan al Monarca.

2. *La deseable transparencia en el proceso de investidura*

Dada la relevancia del Rey y por el papel que puede jugar en el proceso de investidura, podría considerarse la posibilidad de introducir mejoras no ya solo en la transparencia de dicho proceso, sino también en relación con las atribuciones del Rey en el mismo.

2.1. El Rey en el proceso de investidura

Las actividades del Rey vinculadas a la investidura de un Presidente del Gobierno constituyen un deber constitucional y consisten fundamentalmente en recibir en consulta a los representantes de los grupos políticos, tal y como

prevé el artículo 99.1CE²³, y formalizar a posteriori su propuesta de candidatura a la Presidencia del Gobierno, con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados, siempre y cuando aprecie la existencia de algún posible candidato que represente al grupo político que cuente con más escaños en el Congreso de los Diputados, y poder contar así con el respaldo de la mayoría absoluta o mayoría simple de la Cámara. El refrendo (Porras Ramírez 2017, 240) garantiza lo dispuesto en el citado artículo 99 y se sustancia en la contrafirma de la propuesta regia del candidato a Presidente del Gobierno, que queda estampada en el documento signado por el Monarca, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes.

Sin embargo, si el candidato propuesto no consiguiera ser investido como Presidente del Gobierno, el Rey tiene que formular nuevas propuestas, tal y como dispone el artículo 99.4 CE, y proponer “a los sucesivos candidatos de los grupos en orden decreciente según su número de escaños” (Astarloa Villena 1983, 227). No existe, por cierto, plazo previsto para la celebración del pleno de investidura desde la celebración de elecciones, pero transcurridos dos meses, a partir de la primera votación de investidura y una vez constatado que ningún candidato había obtenido la confianza (Bar Cendón 1989, 240) del Congreso, el Rey puede decretar, invocando el artículo 99.5 CE, y con el refrendo del Presidente del Congreso, la disolución automática de las Cortes y la convocatoria de nuevas elecciones. Si por el contrario, el candidato propuesto consiguiera ser investido como Presidente del Gobierno, el refrendo se pone de igual modo de manifiesto cuando certifica el nombramiento real del Presidente del Gobierno, una vez investido éste en el Congreso, en el Boletín Oficial del Estado.

Aparentemente, la propuesta regia de un candidato a Presidente del Gobierno no es libre, pues se realiza tras evacuar consultas; ni independiente, pues no cabe en modo alguno juicio político de oportunidad o conveniencia acerca de la persona a la que considera el candidato más idóneo. Reseñemos que “nadie puede ser obligado a ser candidato y a arrostrar una investidura en contra de su voluntad” (Hernández Bravo de la Laguna 2016, 33). Sin embargo, como afirma Revenga Sánchez (2017, 116), quizás podamos encontrar cierto margen de maniobra y esfera de libertad del Rey a la hora de establecer el calendario de las consultas, con el refrendo previo del Presidente del Congreso, tanto para determinar quiénes son los líderes convocados, como para la propuesta de candidato a la investidura tras las pertinentes

²³ Artículo 99.1 CE: Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

consultas. Así, se criticó el hecho de que el Rey, en 2016, agotara casi por completo el plazo de dos meses señalado en el artículo 99.5 CE²⁴, concretamente 52 días después de la primera votación de investidura, y a seis días del término del plazo ante señalado, ante la evidencia de que no existía un candidato que contara con los apoyos necesarios para su investidura. Autores como de Esteban Alonso y López Guerra (1980, 181) consideran que en ese caso el Rey debería haber propuesto como candidato al líder de la tercera fuerza política con más escaños en el Congreso de los Diputados.

De este modo se crea una conexión muy especial entre la función genérica de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones, y la competencia de naturaleza relacional ejercida por el Rey y prevista en el artículo 62 CE, al “proponer el candidato a Presidente del Gobierno...”, en relación con el artículo 99 CE, para así orientar estrictamente al ejercicio de semejante función relacional la competencia otorgada al monarca parlamentario. De esta manera, impulsa y activa el proceso de formación del Gobierno, stricto sensu, para así garantizar el funcionamiento pleno y efectivo del sistema parlamentario (de Otto y Pardo 1980, 155), sin comprometerse se modo alguno con la negociación política, ni suplir, mediar o arbitrar entre las partes. De hecho, se establece un plazo de 25 días (artículo 68.6 CE) entre la celebración de las elecciones y la constitución de la Cámara, y de 15 días entre dicha constitución y la apertura de la legislatura, tal y como dispone el art. 5 RCD²⁵, acto éste que debe entenderse como previo a la primera votación de investidura del candidato propuesto formalmente por el Monarca (art. 170 RCD).

Una última sugerencia de mejora de este proceso hace referencia a la forma del acto de propuesta regia de candidato a Presidente del Gobierno. Corona Ferrero (2018, 355) se pregunta a qué se debe la informalidad que reviste el acto de propuesta formulada por el Rey de candidato a la Presidencia del Gobierno con el refrendo del Presidente del Congreso de los Diputados. Si se trata de un acto que se sustenta en el mandato directo de los artículos 62.1, 64.1 y 99.1 de la Constitución Española, ¿no debería tener al menos la forma de Real Decreto, en lugar de un simple escrito de comunicación de la Casa Real, y ser publicado en el Boletín Oficial del Estado, en lugar de en el Boletín Oficial de las Cortes? Más aún cuando a posteriori es leído en la sesión de investidura del Congreso de los Diputados.

²⁴ Artículo 99.5 CE: Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.

²⁵ Artículo 5 RCD: Dentro del plazo de los quince días siguientes a la celebración de la sesión constitutiva tendrá lugar la solemne sesión de apertura de la legislatura.

2.2. El papel del Rey en la fase de evacuación de consultas

Las consultas celebradas por el Rey se constituyen en una suerte de procedimiento de obligado y riguroso cumplimiento constitucional, que sirven además para garantizar la delimitación puntual de su objeto y excluir cualquier otro tipo de consulta (Corona Ferrero 2018, 353). El objetivo último de las mismas es procurar que el Monarca cuente con los elementos de juicio necesarios y la información precisa sobre las intenciones de las distintas fuerzas políticas representadas en la Cámara, sobre su respaldo o no a un candidato a ser investido Presidente del Gobierno (Alzaga Villaamil 2016, 317). El contenido mínimo del encuentro es saber a quién puede apoyar el consultado y con qué grado de certeza, aunque habría que hablar más bien de potencialidad, puede obtener el apoyo de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en primera vuelta, y, en ausencia de ella, la mayoría simple en segunda votación (art. 99.3 CE). Según los estudios específicos sobre el artículo 99 CE realizado por los profesores Bar Cendón (1998, 263), Santaolalla López (1985, 1396) o Vintró i Castells (2008, 1659), la posición constitucional racionalizada del Monarca le permite desplegar su capacidad decisoria en momentos clave del proceso de investidura, si bien su margen de maniobra es prácticamente inexistente ya que el protagonismo lo tienen aquellos llamados a consultas en ese trámite institucional. Se ha cuestionado (Torres del Moral 2001, 569) si el establecimiento de las fechas, el orden de los llamados, la duración de los encuentros con el Rey y, especialmente, el momento para hacer la propuesta le otorgaban cierto margen de maniobra personal, e incluso para criticar este hecho. La participación del Monarca en el proceso de formación del Gobierno ni dirime ni es decisiva dadas las garantías establecidas por la Constitución. El Rey es el titular de un órgano constitucional, la Corona, que no se considera como un poder del Estado, ni le confiere ni configura poder autónomo alguno pues es simplemente un órgano del Estado, tal y como ha sostenido el profesor Pérez Royo (2003, 161).

El Rey actúa en la propuesta de candidato a presidente del Gobierno con discrecionalidad, que no arbitrariedad, y un margen de autonomía que dependerá del resultado de las elecciones al Congreso, pues si hubiera a priori una mayoría absoluta, el citado margen es nulo. En lo que concierne al plazo de realización de las consultas, no hay fijado ninguno con lo que podrán extenderse en función de las circunstancias políticas concurrentes, y dar así cabida a negociaciones en las que el futuro gobierno pudiera estar inmerso.

Antes de su celebración, el Rey evacúa una suerte de propuesta de consultas con el Presidente del Congreso de los Diputados, quien le traslada su opinión al respecto y le facilitará, a instancias de las fuerzas políticas con representación en la Cámara, la relación de interlocutores con los que finalmente se reunirá. Seguidamente, a través de los servicios de la Casa Real,

enviará al Congreso de los Diputados la convocatoria con fechas y horas de los encuentros que mantendrá, con el oportuno refrendo del Presidente del Congreso, y será notificada por la propia Cámara a los representantes de los grupos políticos. Esta convocatoria podrá pautarse sin tener que esperar a que expire el plazo de cinco días, determinado en el art. 24.1 del RCD²⁶ para la constitución de los grupos parlamentarios. El Rey y la presidencia del Congreso confían en el comportamiento anticipado por los líderes consultados, sin asumir responsabilidad alguna sobre animar o apoyar una salida manifestando su preferencia por una candidatura frente a otra.

Como señala Vintrol i Castells (2006, 284), el Presidente del Congreso no debe excluir de esa relación formalizada por escrito a ningún solicitante cuyo derecho se vea amparado por el artículo 23.2 CE, interpretado en relación con el artículo 99.1 CE. De lo contrario, cabría la interposición de recurso de amparo contra la misma. Este último artículo menciona consultas con “los representantes de los grupos con representación parlamentaria” pero ¿deben tener éstos la condición de diputados obligatoriamente? Resulta esencial que los “llamados a consultas” (Porrás Ramírez 2017, 232) hayan sido “designados por los grupos políticos con representación parlamentaria” (Revengea Sánchez 2017, 111), aunque podría darse la circunstancia, que de hecho no se exige, de que no tengan la condición de diputados y que en el caso de las coaliciones electorales sea convocado a consultas a un solo representante de aquéllas. El profesor Belda Pérez-Pedrero (2023, 39) considera improcedente que en una monarquía parlamentaria sometida a la dinámica de la democracia, el Rey se reúna con quien carezca de legitimidad, representación y capacidades decisorias sobre extremos referidos a los candidatos o al contenido mismo de las consultas.

A modo de reflexión se cuestiona el hecho de que la ausencia voluntaria de representantes políticos pudiera de alguna manera condicionar la decisión del Rey de proponer candidato a la Presidencia del Gobierno, pues no le consta fehacientemente el sentido de su voto en la sesión de investidura. En ocasiones algunas de los llamados rechazan de plano la posibilidad de acudir. Ante esta circunstancia, ¿cómo pueden los representantes de las fuerzas políticas hacer ver al Rey la posibilidad de conformar mayorías de cara al proceso de investidura? Coincidimos plenamente con que la solución pasa por una interpretación muy laxa del artículo 99 CE de manera que podamos concluir que, al finalizar los referidos encuentros y oídos todos los que acudan, pues la no asistencia no revierte en consecuencia negativa alguna, el Rey viene obligado a proponer candidato a la Presidencia del Gobierno. En este

²⁶ Artículo 24.1 RCD: La constitución de Grupos Parlamentarios se hará, dentro de los cinco días siguientes a la sesión constitutiva del Congreso, mediante escrito dirigido a la Mesa de la Cámara.

sentido, la Constitución no define como una obligación o acto debido la presencia de los llamados a consultas. Tiene su lógica en un ambiente de pluralismo que no pueda obligarse a un comportamiento determinado, más aún en una fase caracterizada por el protagonismo de lo formal, lo regio, que puede o no compartirse.

Se podría especular al respecto sobre el papel del Presidente del Congreso de los Diputados como impulsor de la ronda de consultas, pues se le reconoce la capacidad de contactar con todos los grupos políticos con representación parlamentaria al objeto de que estos designen a sus representantes para formalizar las consultas. ¿Esta toma de contacto se circunscribe a conocer a cada representante o podrá ir más allá y conocer el sentido del voto en caso de comunicarle la no participación? La presidencia del Congreso está habilitada para suministrar la información sobre las previsiones de comportamiento de las fuerzas ausentes.

En otro orden de cosas y en un ámbito más circunscrito al encuentro entre el Rey y los representantes de los partidos políticos elegidos por el pueblo soberano, en el marco de la ronda de consultas previa a la investidura del Presidente de Gobierno, se cuestiona qué reglas no escritas o consuetudinarias establecen que son secretas estas conversaciones. En este punto parece oportuno poner de manifiesto la manera en que la Casa Real coadyuva a cumplir con el ejercicio de transparencia que de ella se reclama, en lo que concierne a su toma de protagonismo en la conformación del gobierno. Desde las elecciones legislativas que tuvieron lugar en 2016, tal y como se ha analizado anteriormente, se publican en su página web todos los comunicados vinculados con la designación de candidaturas a Presidente del Gobierno, tras las consultas que dan comienzo con ocasión de la renovación de las Cortes, tras la constitución del Congreso y la elección de su Presidente; y en los supuestos de cese del Gobierno por cualquiera de los motivos enumerados en el artículo 101.1 CE²⁷. Dichas consultas vinculan (Porrás Ramírez 2017, 233) al Monarca en su condición de actos preparatorios y serán preceptivas pues serán las únicas que aparecen dotadas de relevancia constitucional, ex artículo 99.1 CE. Sin embargo, y en aras de cumplir con los preceptos vinculados al derecho de acceso a lo conversado por el Monarca en estos encuentros, sorprende la falta de publicidad activa e incluso de acceso a su contenido cuando no hay norma escrita que les otorgue la condición de confidenciales o secretos. De hecho, cuando finalizan, el portavoz del partido político que ha acudido a la cita con el Rey informa sobre el encuentro aunque sin entrar en detalles. Bien es cierto que el artículo 99 CE supone una novedad destacada

²⁷ Artículo 101.1 El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

en nuestra historia constitucional por ser el primero en el que la designación del Presidente del Gobierno se desliga de la decisión del Jefe del Estado como única fuente de voluntad. Recordemos además el refrendo de la Presidencia del Congreso de los Diputados en esta fase del procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno.

Una posible solución a esta suerte de opacidad, secretismo o exceso de celo sobre el contenido de las reuniones que mantiene el Rey con los representantes de los partidos políticos elegidos por el pueblo soberano, sería establecer un paralelismo con el tratamiento que reciben, salvando las distancias, las deliberaciones del Consejo de Ministros. Son secretas, éstas sí, pero siendo así de sus sesiones se levanta acta en la que figurarán, exclusivamente, las circunstancias relativas al tiempo y lugar de su celebración, la relación de los asistentes, los acuerdos adoptados y los informes presentados. Las actas siguen un procedimiento administrativo que exige que todos los ministerios den la conformidad expresa a su contenido y que culmina con su firma por el ministro de la Presidencia, como secretario del Consejo de Ministros, y por el propio presidente del Gobierno. Una vez rubricadas se guardan en el Archivo Central del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Las actas de los Consejos de Ministros no son públicas, dado que el acceso a ellas podría suponer un menoscabo a la confidencialidad y el secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros que establece la Ley 50/1997, en su artículo 5.3, pero ¿se puede decir lo mismo de lo que se habla con el Rey? Además, a diferencia de los encuentros del Rey con los representantes de los partidos políticos, donde ninguna de las partes da mucho detalle sobre el resultado de los mismos, los acuerdos del Consejo de Ministros sí que se comunican por parte del portavoz del Gobierno en una rueda de prensa que se ofrece en directo en la web de La Moncloa y en las redes sociales del Gobierno. Por último, el Gobierno también elabora una Referencia del Consejo de Ministros, que informa sobre los temas tratados, pero carece de validez jurídica. Este documento está disponible para los periodistas y para todos los ciudadanos en la web de La Moncloa.

V. CONCLUSIONES

La regulación de la institución monárquica en la Constitución, como modelo parlamentario y forma de jefatura del Estado compatible con la democracia, tiene por finalidad adaptarse a los nuevos tiempos y exigencias jurídicas del sistema democrático y del ordenamiento jurídico constitucional. Como institución fundamental de nuestro sistema político despliega una labor apartidista y moderadora, consolida la estabilidad y permanencia de la Constitución, y queda vinculada a los tres poderes.

La de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno supuso un espaldarazo a la necesaria modernización de la Corona. Los avances llevados a cabo de materia de transparencia se reflejan en una serie de buenas prácticas que buscan cumplir con los estándares homologables al del resto de democracias consolidadas de nuestro entorno geográfico más próximo, en términos de calidad democrática y bienestar social. Los citados avances son visibles incluso en la propia Casa Real, como órgano de relevancia constitucional de apoyo a las funciones constitucionales del jefe del Estado, pues pasa a organizarse y funcionar conforme a los principios de transparencia, control y responsabilidad que las sociedades democráticas actuales exigen.

Las mejoras introducidas vía legislativa por la Ley 19/2013 no son óbice para identificar otras cuestiones susceptibles de mejora, pero por la citada vía y no tanto a través de una compleja reforma constitucional. Así, y a la vista de lo publicado en la página web casareal.es aún hay aspectos sobre los que convendría poner el foco en aras de conseguir una mayor transparencia como por ejemplo la naturaleza “privada” de los contratos celebrados por la Casa Real o su falta de publicidad previa, sin seguir lo estipulado por el artículo 63 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; o el hecho de que las cuentas anuales y los informes de auditoría no aparezcan publicados en el portal de transparencia de la Casa Real. Sin embargo, resulta digno de mención que, en cumplimiento de lo establecido en el art. 13.2 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, la Casa de S.M. el Rey haya implantado un sistema interno de información, que en ningún momento debería sustituir sino complementar a las disposiciones que al efecto establece la Ley 19/2013.

Seguramente quede mucho camino por recorrer en este ámbito y no precisamente, como algunos apuntan, en la dirección de fiscalizar también los actos privados del Rey y de la Familia Real. En este punto parece necesario recordar la delgada línea que separa el interés público que va implícito en la propia transparencia, de aquel más vinculado a cuestiones ajenas a la rendición de cuentas, eficiencia y publicidad, que niegan el compromiso de la Corona con la sociedad de observar una conducta íntegra y honesta en aquellos ámbitos donde la ley así lo exige.

En este sentido podríamos cuestionarnos si está justificada la transparencia en ámbitos donde el papel del Rey aparece embridado con el de los representantes de partidos políticos con presencia en el Parlamento. Me refiero a aquellos donde la actuación del Jefe del Estado, apegada escrupulosamente a la Constitución y orientada a la promoción del interés general, se ha demostrado invaluable por contar además con el necesario refrendo que viene a legitimar el proceder del Rey. Quizás sería conveniente demandar

transparencia a aquellos que se entrevistan con él, pues representan lo que la soberanía popular ha elegido a través de mecanismos democráticos, o bien refrendan sus actuaciones por estar vinculado indefectiblemente al desarrollo de sus funciones y competencia asignadas por la Constitución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alzaga Villaamil, Óscar. 2016. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid: Marcial Pons.
- Aragón, M./ Expósito, E./ de la Iglesia, A./ Oliver, J./ Pascual, A./ Porras, J. M./ Röllnert, G./ Sánchez, A. 2023. «Encuesta sobre la Corona», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED n.º 51. 15-85.
- Aragón Reyes, Manuel. 2004. «Veinticinco años de monarquía parlamentaria». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70: 11-25.
- Aragón Reyes, Manuel. 2024. «La conservación esencial de la Monarquía Parlamentaria como elemento insustituible de nuestra Constitución». *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 35: 14-27. DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.078>
- Arroyo de la Cruz, Miguel. 2021. «La monarquía como garantía constitucional: el desempeño público de Felipe VI». Ihering. *Cuadernos de ciencias jurídicas y sociales*, Fundación Universitaria Española n.º 41: pp. 124-163. <https://doi.org/10.51743/ihering.268>
- Astarloa Villena, Francisco. 1983. «Artículo 62, apartados a) y e): atribuciones del Rey», en Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo V. Madrid: Edersa
- Bar Cendón, Antonio. 1989. «La disolución de las Cámaras Legislativas en el ordenamiento constitucional español». Madrid: *Publicaciones del Congreso de los Diputados*, D. L.
- Bar Cendón, Antonio. 1998. «Artículo 99: nombramiento del presidente del Gobierno», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*. Constitución española de 1978, 245-306, tomo v. III, Madrid: Edersa.
- Bataller i Ruiz, Enric. 2022. «La problemática transparencia de la Casa Real: ¿sobrepotección de los poderes institucionales?». *Revista Española de la Transparencia*, n.º 14: 79-100.
- Belda Pérez-Pedrero, Enrique. 2023. «La corona simbólica de hoy (y de mañana, con ciertas reformas)». *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 35: 28-47.
- Blanco Valdés, Roberto. 2017. «El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 37: 63-96.
- Carrasco Durán, Manuel. 2022. «El parlamento fragmentado, como parlamento desracionalizado: investidura, formación de gobierno y actividad legislativa». *Calidad democrática y Parlamento*. Fundación Manuel Giménez Abad de estudios parlamentarios y del Estado autonómico, 83-108.

- Castillo Esparcia, Antonio y Almansa Martínez, Ana. 2005. «Relaciones públicas y tecnología de la comunicación. Análisis de los sitios de prensa virtuales». *Organicom*, n.º 3: 133-149.
<https://doi.org/10.11606/issn.2238-2593.organicom.2005.138902>.
- Cazorla Prieto, L.M., y Manuel Fernández-Fontecha. 2021. *¿Una Ley de la Corona? Cizur Menor*: Editorial Aranzadi.
- Constant, Benjamin. 1978. *Curso de Política Constitucional*, Traducción al castellano de F.L. de turbe. Madrid: Taurus. Madrid.
- Corona Ferrero, José María. 2018. «A vueltas con la investidura del Presidente del Gobierno y el artículo 99 de la Constitución Española». *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º extra-31: 345-366.
- Cotino Hueso, Lorenzo. 2012. «La regulación de la participación y de la transparencia a través de internet y medios electrónicos. Propuestas concretas». *P3T, Journal of Public Policies and Territories*, n.º 2: 27-39
- De Esteban Alonso, J. y Luis López Guerra. 1980. *El régimen constitucional español*, 2 vols. Barcelona: Labor.
- Fernández-García, María Dolores. 2023. «Estudio longitudinal de la dirección estratégica de comunicación de la Casa de SM el Rey (2011-2021): Del consenso a la transparencia». *Revista Internacional de Relaciones Públicas*, n.º 25, 153-170
- García Canales, Mariano. 1991. *La Monarquía parlamentaria española*. Madrid: Tecnos.
- García López, Eloy. 2021. «El significado intelectual del Rey en la Monarquía parlamentaria: entre la democracia simulativa y la veracidad democrática». En *El rey como problema constitucional. Historia y actualidad de una controversia jurídica. Un homenaje a Javier Pérez Royo*, coordinado por Sebastián Martín y Víctor Javier Vázquez, 301-374, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- García Pelayo, Manuel. 1991. *Obras Completas*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. 2012. «La inviolabilidad del Rey», *El Mundo*, 13 de noviembre. Acceso el 1 de marzo de 2023. <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1106316>
- Gómez Sánchez, Yolanda. 2024. «Monarquía en democracia: hay futuro». *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 35 (enero): 102-123. <https://doi.org/10.36151/TD.2024.083>
- González Pérez, Jesús. 1991: «El control jurisdiccional de los actos del jefe del Estado». En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinado por Sebastián Martín-Retortillo, 1989-2000. v. III, Madrid: Civitas.
- Hernández Bravo de la Laguna, Juan. 2016. «La reforma del artículo 99 de la Constitución y el papel del Rey en la investidura». *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 70, 30-35
- Herrero de Miñón, Miguel. 1997. «Artículo 56. El Rey». En *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por Óscar Alzaga Villaamil, tomo V. Madrid: Edersa.
- López Guerra, Luis. 2019. *La Constitución de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Oliver Araujo, Joan. 2022. *Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oliver Araujo, Joan. 2024. «La Monarquía en España: ¿déficit democrático o pieza esencial del régimen del 78?». *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 35: 142-165. <https://doi.org/10.36151/TD.2024.085>
- de Otto y Pardo, Ignacio. 1980. «La posición constitucional del Gobierno», *Documentación Administrativa*, n.º 188: 139-182 (en especial, 157-162). DOI 10.24965/da
- Pablos López, María Rosario. 2017. «La Casa de S.M. El Rey en la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». En *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, dirigido por Antonio Troncoso Reigada, Civitas. 262-277.
- Pérez Royo, Javier. 2003. «La Corona y el Gobierno en la Constitución española de 1978», en *La Monarquía parlamentaria* (Título II de la Constitución). Madrid: Congreso de los Diputados. 149-170
- Pérez Royo, Javier. 2015. *La reforma constitucional inviable*. Madrid: Catarata.
- Porras Ramírez, José María. 1993. «Principio democrático y función regia en la Constitución normativa». Tesis doctoral. Universidad de Granada. https://granatensis.ugr.es/discovery/fulldisplay?vid=34CBUA_UGR:VU1&search_scope=M yInstitution&tab=Granada&docid=alma991000953819704990&context=L&ada ptor=Local%20Search%20Engine&query=title,exact,Temas%20clave%20de%20la%20constituci%C3%B3n%20espa%C3%B1ola,AND&mode=advance d&offset=10
- Porras Ramírez, José María. 2017. «La corona y la propuesta de candidato a presidente del gobierno: nuevas prácticas y viejas normas». UNED: *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40: 223-244.
- Revenga Sánchez, Miguel. 2017. «La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 109: 97-120.
- Ruiz Robledo, Agustín. 2014. «El estatuto jurídico de don Juan Carlos», *Diario de Sevilla*, 20 de junio. Acceso el 1 de marzo de 2023. https://www.diariodesevilla.es/felipeVI/estatuto-juridico-don-Juan-Carlos_0_818018237.html
- Santaolalla López, Fernando. 1985. «Artículo 99». En *Comentarios a la Constitución*, dirigido por Fernando Garrido Falla, Madrid: Cívitas.
- Soriano García, José Eugenio. 2017. «Acto administrativo siempre y únicamente impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa: una ecuación fallida». *Los retos actuales del Derecho administrativo en el Estado autonómico*. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, Luis Míguez Macho y Marcos Almeida Cerrada (coords.). Vol. 2. Andavira. 113 a 125.
- Sosa, José. 2011. *Transparencia y rendición de cuentas*, Siglo XXI editores, México.
- Torres del Moral, Antonio. 1993. «La Monarquía parlamentaria española». *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud* 1: 9-22.
- Torres del Moral, A. y Yolanda Gómez Sánchez. 1995. *Estudios sobre la monarquía*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia

- Torres del Moral, Antonio. 2001. «Monarquía, democracia y opinión pública». En *Monarquía y Constitución*, dirigido por Antonio Torres del Moral, Madrid. Colex. 559-578.
- Villoria Mendieta, Manuel. 2014. «La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones». *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. ° 7: 85-103. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2234>
- Villoria Mendieta, Manuel. 2018. «La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia». *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, año 10, n. ° 27: 1-16 <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000211>.
- Villoria Mendieta, Manuel. 2021. «¿Qué condiciones favorecen una transparencia pública efectiva? Artículo de revisión?», *Revista de Estudios Políticos*, n. ° 194: 213-247.
- Vintró i Castells, Joan. 2006. *La investidura parlamentaria del Gobierno: perspectiva comparada y Constitución española*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Vintró i Castells, Joan. 2008. «Artículo 99». En *Comentarios a la Constitución española*, codirigido por María Emilia Casas Baamonde y Manuel Rodríguez-Piñero, 1654-1663. Las Rozas (Madrid): Fundación Wolters Kluwer, España.

Premio Juan Churruca

LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL FUNCIONARIO INFORMANTE EN LA UNIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS Y EL RÉGIMEN INTERNO DE FRONTEX¹

*The legal protection of the civil servant whistleblowing in the
European Union: an analysis of the Staff Regulation and the
internal regime of Frontex.*

Markel Amo Sánchez

Graduado en Relaciones Internacionales y Derecho
Universidad de Deusto. España.

Estudiante del Máster en European Affairs, Politics and Public Policy stream
SciencesPo Paris.

<https://doi.org/10.18543/ed.3217>

Fecha de recepción: 30 de octubre

Fecha de aprobación: 29 de noviembre

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

Resumen

Este trabajo analiza los mecanismos de protección jurídica para los funcionarios informantes dentro de las instituciones y agencias de la Unión Europea, con un enfoque especial en Frontex. Examina críticamente el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios de la UE y sus disposiciones sobre protección a los informantes,

¹ Este ensayo fue presentado como Trabajo Fin de Grado (TFG) en la Universidad de Deusto, en el marco del programa del Doble Grado en Derecho y Relaciones Internacionales. Reconocido con la mención de honor de la IX edición del Premio “Juan de Churrua”, el trabajo fue dirigido por José Ramón Canedo Arrillaga, profesor contratado de la Universidad de Deusto.

contrastándolas con el marco de protección más amplio establecido por la Directiva 2019/1937. El análisis resalta la naturaleza fragmentada de las protecciones disponibles para los funcionarios de la UE en comparación con los marcos nacionales, subrayando sus lagunas legislativas y problemas de aplicación. Se presta especial atención a Frontex por su significativa relación con los derechos fundamentales y la transparencia, evaluando sus mecanismos internos y deficiencias sistémicas. Finalmente, este trabajo ofrece recomendaciones para armonizar estándares a nivel europeo, garantizando una protección eficaz, homogénea y equitativa para los funcionarios informantes.

Palabras claves

Protección al informante, Derecho de la Unión Europea, Frontex, Funcionarios públicos, Directiva 2019/1937

Abstract

This study analyses the legal protection mechanisms for whistleblower civil servants within the European Union's institutions and agencies, with a focus on Frontex. It critically examines the EU Staff Regulations and their provisions for whistleblowers, contrasting them with the broader protection framework established by Directive 2019/1937. The analysis highlights the fragmented nature of protections available to EU civil servants compared to national frameworks, emphasizing the legislative gaps and enforcement challenges. Special attention is given to Frontex due to its significant relation with fundamental rights and transparency, evaluating its internal mechanisms and systemic deficiencies. This research provides recommendations to harmonize EU-wide standards, ensuring effective, homogeneous and equitable protection for whistleblower civil servants in all institutions.

Keywords

Whistleblower Protection, European Union Law, Frontex, Civil Servants, Directive 2019/1937

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL FUNCIONARIO EUROPEO INFORMANTE. 1. La protección al informante en la Unión Europea: del TEDH a la Directiva 2019/1937. 2. La Protección al Funcionario Europeo Informante. El caso de Frontex. III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL FUNCIONARIO EUROPEO INFORMANTE. 1. El informante en el Reglamento del Estatuto de los funcionarios europeos. Principios, ámbito de aplicación y obligación de informar. 2. Los canales de denuncia: un sistema escalonado intermedio. 3. Régimen de protección general del funcionariado europeo: ¿un sistema menos garantista que el de la Directiva 2019/1937? IV. EL CASO DE FRONTEx: UN RÉGIMEN FRACCIONADO Y DESIGUAL. 1. El sistema general de protección al informante. 2. Los sistemas especiales de protección al informante ante vulneraciones de derechos fundamentales. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene la voluntad de analizar cómo se articula la protección al informante cuando este es funcionario en las instituciones y agencias europeas, así como identificar las fortalezas y debilidades del sistema existente en relación con el régimen de protección aplicable al resto de la UE. El fundamento de este estudio reside, primeramente, en el contexto legislativo actual, pues debido a la aprobación, en 2019, de la Directiva de Protección al Informante y la finalización, en 2023, del plazo dado a los Estados miembros para su trasposición, el *Whistleblowing* como fenómeno en los sectores públicos y privados ha adquirido una nueva relevancia. Además, el interés del trabajo radica en la novedad de la materia que trata, habida cuenta de la poca literatura específica y especializada que existe sobre la protección al funcionario informante en el seno de la UE y del contacto directo y constante del funcionario con la protección al interés general comunitario. En este sentido, la elección de Frontex como objeto de estudio resulta muy pertinente, dada la vinculación directa de la agencia con los derechos fundamentales y las demandas de transparencia de distintos organismos internacionales en este sentido.

Así las cosas, este trabajo no tiene como objetivo, en ningún caso, llevar a cabo un análisis doctrinal sobre el concepto de informante, así como tampoco busca examinar individualmente los sistemas existentes en cada Estado Miembro, ni abarcar todas las materias en las que podría existir esta práctica. Del mismo modo, no deberá incardinarse en el objeto del trabajo, el estudio del régimen aplicable a los funcionarios nacionales que llevan a cabo sus funciones en las instituciones comunitarias. Como se ha dicho, el objetivo de

este trabajo es proporcionar un análisis comparativo, detallado y crítico del sistema de protección al informante dentro de las instituciones y agencias de la UE, con un enfoque especial en Frontex, evaluando tanto sus fortalezas como sus debilidades en el contexto legislativo actual.

El presente ensayo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se aborda el contexto jurídico en sentido amplio, desde las primeras resoluciones del TEDH hasta la Directiva 2019/1937, así como la protección al funcionario europeo informante y el régimen aplicable a Frontex en esta materia. En segundo lugar, se analiza críticamente el reglamento del Estatuto de los Funcionarios de la UE con la finalidad de identificar la organización de los canales y sistemas de protección y sus particularidades. Con esta información, se procede, en tercer lugar, a estudiar la organización del régimen específico de protección que opera en la agencia Frontex, sus implicaciones, fortalezas y debilidades, así como su valoración desde el punto de vista jurídico. Finalmente, se recogen las conclusiones.

En cuanto a la metodología, se han empleado distintas fuentes bibliográficas de literatura jurídica que abordaban el objeto de análisis desde distintos puntos de vista. Sin embargo, dado que no existe una gran cantidad de autores que hayan abordado dicha materia específica con la profundidad suficiente, el análisis se ha llevado a cabo a través de un ejercicio comparativo entre los distintos regímenes jurídicos aplicables a los informantes en la Unión Europea y atendiendo a la teoría general de protección al informante en sentido amplio. Además, se ha recurrido a jurisprudencia relevante tanto del TEDH como de distintas salas del TJUE para observar diferentes interpretaciones del carácter de las normas objeto de aplicación y estudio. Por supuesto, estas reflexiones se han complementado con el estudio detallado del Derecho Europeo y de la normativa interna de Frontex. Finalmente, la lectura de informes de autoridades ha resultado muy reveladora para poder abordar la protección al funcionario informante desde una perspectiva de crítica jurídica.

II. ANÁLISIS DEL CONTEXTO JURÍDICO

1. *La protección al informante en la Unión Europea: del TEDH a la Directiva 2019/1937*

La figura del *whistleblower* o Informante², ha sido clave en la lucha contra la corrupción y la infracción del Derecho por parte de las empresas. En este sentido, huelga decir que los informantes tienen un “rol determinante

² De acuerdo con NEAR y MICELI, el informante o whistleblower es aquel “miembro de una organización (antiguos o actuales) que revela información sobre irregularidades o prácticas ilegales a personas u organizaciones que puedan tomar medidas al

salvaguardar la aplicación de los principios de transparencia y responsabilidad en los sectores público y privado” (Kusari 2015) que explica, en buena medida, la rápida expansión como un fenómeno normativo de regulaciones que buscan proteger al informante (Kusari 2015) de potenciales efectos negativos derivados del acto mismo de informar.

En la última década, han proliferado, además, los llamamientos desde diferentes organizaciones internacionales para establecer mecanismos de protección específicos que verdaderamente garanticen la eficacia de un sistema que se ha demostrado clave para la fiscalización de la acción tanto de organismos públicos como privados³. Aun así, son muchos los países que no cuentan con una regulación específica a este respecto, lo que no tiene consecuencias positivas para ninguna de las partes envueltas en este complejo proceso (Van Waeyenberge y Davies 2021). Por una parte, la ausencia de un sistema de protecciones concreto y delimitado dificulta a los trabajadores tomar la decisión de denunciar o informar sobre las infracciones de derecho que observan en su contexto laboral; tampoco permite a las empresas detectar con facilidad conductas indebidas que le reportan pérdidas monetarias y reputacionales ni a los Estados asegurar el cumplimiento de la Ley de manera eficaz (Martínez Saldaña et al. 2019).

En este contexto y ante la ausencia de una normativa específica aplicable en la gran mayoría de Estados europeos, el Consejo de Europa y el TEDH adquirieron un papel protagonista, diseñando un sistema de protección al informante *ex post*. En cuanto a la protección, la comunicación o revelación de información, el TEDH indicó que se trataba de una manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la protección otorgada por el Tribunal no es automática, sino que, a través de su jurisprudencia, se han establecido seis criterios que “sirven como parámetro para valorar la proporcionalidad y legitimidad” de la protección: a) La existencia de canales alternativos de denuncia; b) El interés público de la información divulgada; c) La autenticidad de la información divulgada; d) El perjuicio al empresario o empleador; e) La buena fe del informante; f) La gravedad de las sanciones impuestas al informante⁴.

respecto”. Tomado de Near, J. y Miceli, M. 1985 “Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing”. *Journal of Business Ethics*, nº 4: 1-16.

³ La Convención contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003; la Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996 o el Convenio Europeo de los Derechos Humanos contienen disposiciones específicas destinadas a reforzar el marco jurídico internacional para que los países establezcan leyes eficaces de protección de los denunciantes.

⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 8 de enero de 2013, As. BUCUR y TOMA c. Rumanía nº 40238/02, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasbur-

Sin embargo, el sistema resultaba insuficiente en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, como así demostraron los escándalos de las emisiones (Dieselgate), Luxleaks, Cambridge Analytica o Falciani, a nivel europeo, que hicieron que la Unión Europea tomara conciencia de la necesidad de regular la figura del *whistleblower* (Martínez Saldaña et al. 2019). De hecho, según el informe de Impacto que acompañaba a la propuesta inicial de Directiva (CE 2018a), el establecimiento de un sistema homogéneo como este en toda la Unión supondría “una mejora de la integridad del mercado interior mediante la protección efectiva de los denunciantes de irregularidades tendría un impacto beneficioso general en el crecimiento económico y la inversión transfronteriza en la UE, así como su competitividad” (Yurttagül 2021a).

Así es que, parece que la Directiva 2019/1937⁵ responde a la necesidad social de amparar normativamente la conducta de los informantes, habida cuenta del claro interés público y social existente y de la fragmentación material y territorial de la que gozaba esta regulación en la Unión Europea (Abazi 2020). Nace esta norma con una voluntad unificadora clara, tanto en lo material como en lo territorial⁶. Por el lado material, sectores como la seguridad área, el sector financiero o el medioambiente, sí que disponían de sus propios mecanismos jurídicos para proteger a los *whistleblowers*, mientras otros no contaban con ninguno. En cuanto a la fragmentación territorial, antes de la aprobación y trasposición de la directiva, solo cuatro Estados miembros ofrecían una protección suficiente y eficaz al *whistleblower* (Blueprint for Free Speech 2018). Es más, el *Fact sheet* de Protección al Informante elaborado por la Unión Europea junto a la propuesta de Directiva muestra que tan solo el 15% de los ciudadanos europeos conocían la existencia de los mecanismos de protección al informante, al tiempo que el 49% de los ciudadanos europeos afirmaban no saber dónde reportar casos de corrupción (CE 2018b).

En resumen, la Unión Europea, tomando como base al TEDH, buscaba crear un sistema tuitivo, garantista y unificado de protección al informante que motivara a los trabajadores a denunciar y disuadiera a los empresarios de establecer represalias.

go de 21 de julio de 2011, As. HEINISCH c. Alemania nº 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0721JUD002827408; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de febrero de 2008, As. GUJA c. Moldavia nº 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704.

⁵ Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, Diario Oficial de la Unión Europea nº L 305, de 26 de noviembre de 2013, 17.

⁶ Considerando 108 de la Directiva (UE) 2019/1937... *op. cit.*

2. La protección al funcionario europeo informante. El caso de Frontex.

El sistema que se ha descrito hasta ahora tan solo resulta aplicable a los funcionarios de los Estados miembros y trabajadores de empresas privadas, excluyéndose explícitamente de su ámbito de aplicación a los funcionarios de las instituciones o agencias europeas en el ejercicio de sus funciones⁷. En principio, esto resulta lógico, pues una Directiva no es el instrumento jurídico apropiado para establecer un sistema de protección a los funcionarios europeos (Abazi 2021). Ahora bien, cabría esperar, por tanto, que a nivel europeo se hubiera optado por un sistema análogo que reconociera los mismos derechos y garantías a sus propios trabajadores.

Por su parte, el régimen jurídico aplicable al funcionario informante viene contenido en el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios⁸, en adelante el Estatuto, que incluyó este sistema en sus artículos 22 bis y 22 ter a través de una reforma en 2004. No obstante, este sistema estaba fragmentado y era heterogéneo, correspondiendo a cada institución el deber de introducir, si así lo consideraba oportuno, procedimientos específicos. En 2014, la idea de reforzar la protección jurídica al denunciante de irregularidades tomó una nueva relevancia cuando se aprobó el Reglamento (UE, Euratom) n° 1023/2013⁹, que introdujo el artículo 22 quarter en el Estatuto de los Funcionarios y en virtud del cual las instituciones se vieron obligadas a introducir normas internas para proteger los actos de denuncia de los funcionarios de la UE (Weiskopf y Tobias-Miersch 2016). Sin embargo, la ausencia de herramientas coercitivas para ejecutar esta disposición no favoreció el desarrollo homogéneo y eficaz del espíritu de la norma (Weiskopf y Tobias-Miersch 2016).

Así las cosas, la aprobación de la Directiva 2019/1937 ha servido para resaltar las diferencias normativas entre las instituciones de la UE y los Estados miembros o el sector privado, exigiéndose una nueva actualización del Reglamento del Estatuto de los Funcionarios con “el fin de adaptar el marco de protección de los denunciantes aplicable en las instituciones de la UE a las nuevas normas mínimas impuestas por la Directiva de 2019 sobre la denuncia de irregularidades de la UE” (Yurttagül 2021a). Y es que, una de las

⁷ Considerando 23 de la Directiva (UE) 2019/1937... op. cit.

⁸ Reglamento n° 31 (CEE) y n° 11 (CEEA), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° 1385, de 14 de junio de 1962, 62.

⁹ Reglamento (UE, EURATOM) n° 1023/2013 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea n° L 287, de 29 de octubre de 2013, 15.

justificaciones esenciales para la elaboración de la Directiva era precisamente evitar una fragmentación y falta de protección armonizada que la propia Unión sí que tolera en el seno de sus instituciones, órganos y agencias (Abazi 2020).

Las deficiencias en la regulación de la protección al funcionario europeo informante toman un cariz particularmente interesante en el caso de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, comúnmente conocida como Frontex, con motivo de las sensibles materias con las que interactúa. En este sentido, el Reglamento 2019/1896 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas¹⁰ diseña y estructura el organigrama de la agencia. Llama la atención, sin embargo, la ausencia de disposiciones concretas en torno a la revelación de información y la protección del informante en dicho reglamento. Por este motivo, se ha de estar ante el Estatuto de los Funcionarios Públicos que, en su artículo 1 bis, declara extensible el ámbito de aplicación del mismo a todas las agencias creadas por las instituciones de la UE. Por tanto, las disposiciones de los artículos 22 bis y 22 ter establecen también el régimen que ha de aplicarse a la protección al informante en Frontex, quien, además, debe contar con su propio sistema y procedimiento internos a este fin.

Aun así, los escándalos de vulneraciones de derechos fundamentales por parte de Frontex desvelados por organismos no gubernamentales como *Bellingcat*, *Statewatch* o *Fragenderstaat* han puesto el foco en la agencia y en potenciales soluciones que permitan la prevención y persecución de estas conductas de manera eficaz. (Waters, Freudenthal y Williams 2020; Aversa y Gkliati 2021; Izuzquiza 2023). Estas han señalado en muchas ocasiones el fracaso de su sistema de denuncia, por ineficaz, y la necesidad de rediseñarlo para mejorar su efectividad y las garantías y protección dotada a los trabajadores. La reforma del procedimiento operativo sobre notificación de incidentes graves llevada a cabo por Frontex en 2021, por ejemplo, perseguía este objetivo.

Siendo cierto que, como agencia de la UE, los funcionarios de Frontex se rigen por el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios, un informe interno de la agencia antifraude de la UE, la OLAF (2021) demostró cómo Frontex intentó encubrir violaciones de los derechos humanos a través de “un esfuerzo concertado y sistemático dentro de Frontex para encubrir estos informes y pruebas”, así como las represalias a los funcionarios que decidían denunciar. Por si esto fuera poco, una serie de escándalos provocaron la

¹⁰ Reglamento (UE) n° 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624, Diario Oficial de la Unión Europea n° L 295, de 14 de noviembre de 2019, 1.

constitución del *Frontex Scrutiny Group* (FSG) en el Parlamento Europeo en el seno de la comisión LIBE (PE 2021) que identificó, entre otras, la necesidad de establecer un sistema de protección al informante y reforzar los mecanismos de denuncia internos. A raíz de estos sucesos y de las campañas de presión llevadas a cabo por las organizaciones antes citadas, Frontex actualizó en 2021 el sistema de denunciante de incidentes graves ante la vulneración de derechos fundamentales, evidenciando la importancia de la protección al informante, así como las consecuencias de contar con un régimen desfasado, fragmentado y poco garantista.

Dada su importancia en relación con el interés general que pretende proteger, este autor considera que conviene analizar y valorar jurídicamente, no solo el régimen propio del Estatuto de los Funcionarios europeos en cuanto a protección al informante, si no también las disposiciones concretas que actualmente rigen en Frontex.

III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL FUNCIONARIO EUROPEO INFORMANTE

En las páginas anteriores se ha explicado cómo a los funcionarios europeos no les es de aplicación la Directiva 2019/1937, ni tampoco, en principio, la protección dispuesta por la jurisprudencia del TEDH, encontrándose la regulación específica en esta materia en el Reglamento nº 31 del Estatuto de los Funcionarios Europeos. Este Reglamento es aplicable a todos los organismos de la UE, a excepción del Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones, y diseña un sistema general que se procederá a analizar en las siguientes páginas.

1. *El informante en el Reglamento del Estatuto de los funcionarios europeos. Principios, ámbito de aplicación y obligación de informar*

Antes de comenzar a analizar los preceptos concretos que dibujan y estructuran el régimen de protección al informante en el derecho de la administración europea, resulta conveniente conocer aquellos principios que gobiernan este mismo derecho y a cuya luz ha de interpretarse su contenido. Como principio general, las disposiciones de este reglamento, como norma de Derecho Europeo que son, se encuentran gobernadas por los principios de trato justo y tutela judicial efectiva (Yurttagül 2021a). Ahora bien, en este caso concreto, al tratarse de la norma que establece el régimen general del cuerpo de funcionarios europeo, el TJUE ha desarrollado otros dos principios particulares que han de tomarse necesariamente en cuenta (Yurttagül 2021a). El primero de ellos es el principio de interés del servicio, que limita el ejercicio discrecional del poder de las instituciones europeas y, en segundo lugar,

se encuentra el *devoir de sollicitude*, que obliga a las instituciones europeas a tomar en cuenta también los intereses del funcionario europeo, además de las del servicio, cuando pretenda tomar decisiones sobre él.

Los artículos 22 bis y 22 ter, accesibles en el Anexo nº 2, operan en torno a estos principios para articular el sistema de protección al informante en estos casos, mientras que el 22 quarter regula la obligación de establecer un procedimiento “para el examen de las reclamaciones referentes al trato recibido por cumplir con las obligaciones” derivadas de los dos artículos precedentes.

En primer lugar, el artículo 22 bis establece las circunstancias para considerar informante a un funcionario europeo, esto es, su ámbito de aplicación personal. De esta forma, indica la profesora YURTTAGÜL (2021a) que la expresión “en el desempeño o con ocasión del ejercicio de sus funciones” en este apartado primero enfatiza el hecho de que no es necesaria una relación de trabajo directa con la institución sobre la que se pretende informar, aunque debe existir cierto contexto funcional en cuanto a la obtención de dicha información. Esto es interesante en tanto en cuanto parece que el reglamento excluye del estatus jurídico de informante o *whistleblower* a todo aquel que denuncie infracciones que no haya conocido en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, y en este sentido, los servicios jurídicos de la Comisión Europea han interpretado el artículo determinando que dicho estatus debe otorgarse independientemente de si el funcionario de la UE denunció presuntas irregularidades cometidas en su propia institución o presenciadas en otra institución u organismo de la UE (EU Commission Legal Service 2011).

El Reglamento plantea, así, una solución similar a la de la Directiva, que se refiere al contexto laboral para poder ambas incluir a trabajadores o funcionarios que, aunque no tengan una relación directa “puedan desempeñar un papel clave a la hora de denunciar infracciones” (Martínez Saldaña et al. 2019). Esa protección, y, por tanto, la consideración de *whistleblower* o informante, no se otorga a cualquiera que revele información obtenida en el ejercicio normal de sus funciones, sino que, además, se exige del funcionario que “haya actuado de manera razonable y de buena fe” y solo en ese caso “no podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución”. Este requisito es coincidente con los que establece la jurisprudencia del TEDH¹¹ para otorgar

¹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de febrero de 2008, As. GUJA c. Moldavia nº 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001427704; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 21 de julio de 2011, As. HEINISCH c. Alemania nº 28274/08, ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD002188418; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 8 de enero de 2013, As. BUCUR y TOMA c. Rumanía nº 40238/02, ECLI:CE:EC HR:2013:0108JUD004023802; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

el estatus de informante con base en la libertad de expresión (Abazi 2021). Teniendo en cuenta que la Directiva 2019/1937 sigue esta misma jurisprudencia (Abazi 2021), no resulta extraño que el legislador europeo también lo haya replicado en este reglamento.

Dada la importancia de dicho precepto, conviene detenerse un momento aquí y observar lo que ha dispuesto el Tribunal de la Función Pública, en su jurisprudencia¹², acerca de qué se considera actuar de “buena fe”. Esta expresión debe entenderse de manera equivalente al “honesta y razonablemente” del artículo 22 ter (Yurtagül 2021a) y que se emplea también en otras traducciones del mismo texto. A la manera del TEDH, quien estableció seis criterios para determinar si se otorgaba el estatus jurídico de informante, en el caso Bermejo Garde¹³, el Tribunal de la Función Pública realiza una interpretación exhaustiva del artículo 22 bis (3), estableciendo cuatro criterios que han de valorarse para determinar si se cumple el criterio esencial de la buena fe:

- 1) *Gravedad de la irregularidad denunciada*. El Tribunal ha considerado que hay irregularidades que no son de la suficiente entidad como para proteger a quien informa sobre ellas¹⁴. La naturaleza de las mismas debe ser seria, encontrándose entre las que nombra el propio artículo,

de Estrasburgo de 11 de mayo de 2021, As. HALET c. Luxembourg nº 21884/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0511JUD002188418.

¹² Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU:F:2016:123; Sentencia del Tribunal General (sala de casación) de 8 de octubre de 2014, as. T-529/12 P, Moisés Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU:T:2014:861; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 18 de noviembre de 2014, as. F-156/12, Robert McCoy c. Comité Europeo de las Regiones, ECLI:EU:F:2014:247; Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2019:217GC; Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 16 de junio de 2019, as. C-457/19, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:C:2019:1021.; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera) de 11 de septiembre de 2013, as. F-126/11, de Brito Sequeira Carvalho c. Comisión Europea, ECLI:EU:F:2013:126; Sentencia del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2018, as. T-689/16, Nikolaos Pipiliagkas c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2018:925; Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera), de 24 de febrero de 2010, as. F-2/09, Riccardo Achille Menghi c. ENISA, ECLI:EU:F:2010:12.

¹³ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 134-138, ECLI:EU:F:2016:123.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 18 de noviembre de 2014, as. F-156/12, Robert McCoy c. Comité Europeo de las Regiones, aps. 120-121, ECLI:EU:F:2014:247.

esto es, el fraude o corrupción. Realmente este criterio, así expresado, resulta poco satisfactorio, pues no permite dilucidar claramente y *a priori* si una conducta (salvo las dos que se mencionan) puede denunciarse sin temor a represalias. No obstante, el TEDH ha observado esta cuestión desde un punto de vista más completo¹⁵, y, teniendo en cuenta que tanto el Estatuto, como la jurisprudencia del Tribunal de Función Pública, siguen en gran medida esta misma jurisprudencia, bien podría servir como criterio clarificador. Así las cosas, para el Tribunal de Estrasburgo, la seriedad de la irregularidad se valora en relación con el “interés público de la información que se divulga”¹⁶, siendo, por ello, un elemento clave que ha de tenerse necesariamente en cuenta.

- 2) *Autenticidad de la información denunciada*. La facultad para denunciar del informante está íntimamente ligada con el derecho a la libertad de expresión, que ha sido atenuado en numerosas ocasiones por el TEDH, pues debe considerarse también en relación con una serie de deberes y responsabilidades (Martínez Saldaña et al. 2019). La doctrina ha recalcado que, en términos generales, debe bastar con que el denunciante “crea en la veracidad de los hechos que va a poner en comunicación de la empresa” (Martínez Saldaña et al. 2019), no protegiéndose, por tanto, a quienes comuniquen deliberadamente información incorrecta o engañosa (Lozano Cutanda 2020), pero sí a quienes cometen un error sin mediar mala fe (Martínez Saldaña et al. 2019). En el caso de los funcionarios europeos, por razón de su cargo, los límites a considerar son aún más estrictos. De esta forma, debe actuar “de acuerdo con la dignidad de sus funciones (art. 12 del Estatuto), así como con los deberes de objetividad, imparcialidad y lealtad (art. 11 y art. 21 del Estatuto)” (Yurttagül 2021b). Además, tiene que respetar la presunción de inocencia y la dignidad de sus compañeros¹⁷ y mostrar “la mayor de las prudencias y la mayor de las discreciones”¹⁸. Afirmar el Tribunal que estos deberes se concretan en el hecho de que el funcionario informante “debe verificar si la información está apoyada por hechos precisos o, al menos,

¹⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de febrero de 2008, As. GUJA c. Moldavia, ap. 74, nº 14277/04, ECLI:CE:ECHR:2008:0212 JUD001427704.

¹⁶ *Ibid.*, 74.

¹⁷ *Ibid.*, 188.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

fundamentados en una base fáctica suficiente”¹⁹. En realidad, según la profesora YURTTAGÜL (2021b), bastaría con que exista una presunción razonable de que estos hechos se han cometido, de acuerdo con las funciones, niveles de responsabilidad y naturaleza de los deberes del funcionario que denuncia sobre ellos (Yurttagül 2021b). Así las cosas, la información habrá de ser considerada veraz en tanto en cuanto su contenido se halle dentro de los límites establecidos por las leyes y, fuera esta accesible razonadamente, esto es, que pudiera haberlo conocido en el ejercicio de su cargo. Teniendo esto en cuenta, parece que la revelación de información sobre irregularidades que hubiera sido obtenida de manera ilícita podría no ser objeto de protección por parte del presente reglamento, como si ocurre en la Directiva, al otorgar “inmunidad cuando en la obtención de la información pudieran generar responsabilidad de tipo civil, administrativo o laboral” (Sierra Hernaiz 2021).

- 3) *Los canales de denuncia utilizados*. El TEDH considera, a este respecto, que solo existe buena fe, y por ende protección, si se emplean los canales de denuncia establecidos al efecto por la norma concreta aplicable²⁰. En principio, este requisito no plantearía ninguna duda, pues “la protección que ofrece el artículo 22 bis del Estatuto de los funcionarios de la UE no puede concederse a los funcionarios de la UE que hicieron caso omiso de esta obligación de informar”²¹. En todo caso, aunque la Directiva 2019/1937 exime de responsabilidad al informante sujeto a secreto profesional (Martínez Saldaña et al. 2019), VANDEKERCKHOVE (2010) afirma que los funcionarios europeos siguen estando vinculados jurídicamente por dicho deber de secreto profesional (Vandekerckhove 2010), lo que puede restar eficacia al sistema. Es más, debe plantearse qué ocurre en el caso de la revelación pública de la información, ya que el reglamento no recoge ninguna disposición al respecto (Yurttagül 2021a). Si bien, a través de la Directiva, los funcionarios de los Estados miembros pueden recurrir a la revelación pública en caso de que exista la convicción de que ningún

¹⁹ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

²⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 8 de enero de 2013, As. BUCUR y TOMA c. Rumanía nº 40238/02, ECLI:CE:ECHR:2013:0108JUD004023802.

²¹ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera) de 11 de septiembre de 2013, as. F-126/11, de Brito Sequeira Carvalho c. Comisión Europea, aps. 78, ECLI:EU:F:2013:126.

otro de los canales disponibles sería efectivo (Abazi 2021). No es este el caso en lo que respecta al funcionario europeo.

- 4) *La motivación del funcionario informante*. Este es un criterio interesante a tener en cuenta, pues el TEDH ya había precisado que “un acto motivado por un agravio o un antagonismo personales, o por la expectativa de una ventaja, podría no justificar un nivel de protección tan alto” (Torrent i Santamaría y Pérez Gil de Gómez 2020). En el mismo sentido, en un principio, el Tribunal había establecido que “no se considerará que un funcionario de la UE que actúe movido por un agravio o animadversión personal, o por la perspectiva de obtener un beneficio personal, ha actuado con honestidad”²², de forma que tampoco habría de considerarse informante ni otorgarle protección alguna. Ahora bien, la jurisprudencia de este mismo Tribunal ha ido evolucionando hacia la no consideración de este requisito como una parte integral del proceso de evaluación para determinar la concurrencia o no de buena fe²³. Una interpretación sistemática del Derecho Europeo podría permitir confirmar esta tesis, puesto que la propia Directiva 2019/1937 se ha decantado por no dotar de ningún efecto jurídico a las motivaciones del informante, considerándose irrelevantes (Olaizola Nogales 2021). Aun siendo cierto que esta directiva no es de aplicación al funcionariado europeo, bien nos sirve, junto a la jurisprudencia del Tribunal de la Función Pública, para apreciar la voluntad del legislador europeo en esta materia, excluyendo el fuero interno del informante en todo caso.

Visto el ámbito personal, el artículo 22 bis también determina el ámbito de aplicación material del sistema de protección, siendo objeto de denuncia cualquier “posible actividad ilegal, y en particular fraude o corrupción, perjudicial para los intereses de la Unión, o que una conducta relacionada con el ejercicio de tareas profesionales puede constituir un incumplimiento grave de las obligaciones de los funcionarios”. En cuanto a las ilegalidades, el legislador europeo parece haber preferido hacer mención expresa a la corrupción y al fraude, aunque se permite la denuncia de cualquier otra actividad ilegal en aras de proteger los intereses de la Unión Europea. Como ya se ha mencionado al analizar los criterios

²² Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

²³ Sentencia del Tribunal General (sala de casación) de 8 de octubre de 2014, as. T-529/12 P, Moisés Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU:T:2014:861.

para determinar la buena fe, esta información desvelada debe ser relevante y seria²⁴.

Por último, es importante matizar correctamente la naturaleza del precepto, pues no establece una facultad o un derecho a denunciar, sino que dispone una obligación del funcionario a realizar dicha denuncia. Se considera tan importante la labor del informante y el perjuicio a los intereses de la UE que implicaría la no-denuncia, que esta debe hacerse obligatoria (Yurttagül 2021a). En todo caso, la diferente naturaleza entre derecho y obligación tiene una importante consecuencia, y es que los funcionarios de la UE pueden ser declarados responsables en virtud del artículo 86 del Estatuto y ser objeto de sanciones disciplinarias si no informan sobre presuntas irregularidades. Precisamente, por este motivo, se crea lo que la doctrina ha calificado de “trampa inevitable” para los funcionarios europeos²⁵, pues por “denunciar irregularidades se corre el riesgo de ser objeto de represalias, mientras que permanecer en silencio por miedo a represalias puede acarrear medidas disciplinarias”²⁶.

En definitiva, la trampa en la que se ve envuelto el funcionario europeo es reflejo de la conjugación de su deber de lealtad con la necesidad de diseñar un auténtico sistema de protecciones. Resulta aquí interesante el doble juego entre el deber de lealtad y el deber de denuncia, que según la doctrina debe interpretarse uno de acuerdo con el otro²⁷. Tanto es así que la obligación de denunciar debe verse incardinada en el deber de lealtad, pues garantizar el correcto cumplimiento de la legalidad y desempeño del servicio tiene encaje, sin duda, en el deber de guardar lealtad a la institución.

2. *Los canales de denuncia: un sistema escalonado intermedio*

En la protección al informante, la existencia de un sistema completo de garantías y protecciones específicas dirigidos a incentivar la denuncia y proteger al funcionario al mismo tiempo (Martínez Saldaña et al. 2019), así como, de unos canales de denuncia eficaces, garantistas e independientes (Olaizola Nogales 2021) resulta esencial. Siendo esto cierto, podría darse la circunstancia contraria, pudiendo estos canales y sistemas específicos de protección actuar como elemento desincentivador por su potencial falta de independencia y parcialidad, peligro inherente a su carácter interno (Vandekerckhove 2010), que habría de ser corregido por vías externas.

²⁴ Sentencia del Tribunal General (sala de casación) de 8 de octubre de 2014, as. T-529/12 P, Moisés Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 123, ECLI:EU:T:2014:861.

²⁵ *Ibid.*, 152.

²⁶ *Ibid.*, 152.

²⁷ *Ibid.*, 152.

El apartado anterior ha señalado los requisitos que son necesarios para considerar a un funcionario informante y dotarle del estatus jurídico de *whistle-blower*. Entre ellos, se ha destacado ciertamente la necesidad de denunciar por las vías señaladas al efecto estas infracciones, no admitiéndose, en principio, alternativas a las indicadas. Y es que los canales de denuncia ocupan un lugar esencial y central en la protección al informante, pues su diseño y funcionamiento han de considerarse un nivel más de protección al funcionario al establecer vías seguras y transparentes con garantías concretas.

Volviendo al artículo 22 bis, puede verse cómo este indica explícitamente cuáles deben ser los canales de denuncia a los que ha de acudir obligatoriamente. En primer lugar, el canal de denuncia principal y de referencia es interno, el superior jerárquico u otros miembros de su institución a varios niveles, pero siempre por escrito (una limitación, pues en la Directiva se admiten otros medios)(Sierra Hernaiz 2023). Ahora bien, se permite acudir al Secretario General (un rango más superior dentro de la propia institución) o directamente a la OLAF “si así lo juzga oportuno”. De la literalidad de este precepto puede extraerse la conclusión de que hay efectivamente una fragmentación en cuanto a los regímenes de protección que existen en las diferentes instituciones (Abazi 2020). Esto es, al referirse a los superiores jerárquicos de cada institución (o en su caso agencia) concretas, quiere decir que internamente cada una debe haber diseñado un sistema específico de denuncia y protección. Esta heterogeneidad podría generar una desprotección del funcionario, y ante esto, el propio legislador europeo dispuso la obligación a todas las instituciones de tener un sistema propio de acuerdo con los principios de este reglamento a través, como se ha visto, de una reforma del mismo. No obstante, dicha obligación no lleva aparejadas sanciones ante su incumplimiento, como ocurre con la Directiva (Martínez Saldaña et al. 2019). Aunque OLAF al ser un canal centralizado constituye un correctivo a esta situación de heterogeneidad en determinados casos, su especificidad no resulta suficiente para enmendar este defecto del sistema.

En este sentido, la expresión “si así lo juzga oportuno” permite, en cierto modo, acudir a un sistema distinto que permitiría cubrir esta laguna. Se trata, en definitiva, de un criterio de utilidad que otorga bastante libertad y flexibilidad al informante para elegir el medio a través del cual pretende denunciar, pues están además todas ellas al mismo nivel (Vandekerckhove 2010). De hecho, apunta la profesora YURTTAGÜL que la utilidad tampoco tiene por qué ser demostrada por el funcionario y, en este sentido, los servicios jurídicos de la UE interpretan que “el funcionario de la UE tiene efectivamente libertad de elección sobre a quién informar (entre los indicados)”(EU Commission Legal Service 2011).

Completando el sistema se encuentra el artículo 22 ter que enumera una serie de canales de denuncia alternativos que actúan como un canal externo a

la institución concreta en la que se desempeña la actividad: “Presidente de la Comisión, al Presidente del Tribunal de Cuentas, al Presidente del Consejo, al Presidente del Parlamento Europeo o al Defensor del Pueblo Europeo”. Al contrario que en el artículo precedente, este sí que establece una jerarquía a través de un acceso condicionado. Las condiciones de acceso al mismo se han analizado sucintamente en el apartado anterior, siendo necesario ahora centrarse únicamente en la segunda condición cumulativa: haber empleado primero los canales de denuncia del artículo 22 bis y esperar un plazo de tiempo determinado. En sí mismo, esta condición restringe la capacidad y la oportunidad de decidir cuál es el canal más apropiado (Yurttagül 2021a), siguiendo los criterios de utilidad que inspiraban la solución del artículo 22 bis. Si bien, existe una excepción en el artículo 22 ter (2) a la que este autor ya había apuntado antes: “El plazo a que se refiere el apartado 1 no será de aplicación cuando el funcionario pueda demostrar que no es razonable a la luz de todas las circunstancias del caso”. Se trata de una condición mucho más estricta en comparación al criterio de utilidad del artículo anterior y, en este caso, la carga de la prueba corresponde exclusivamente al funcionario. En términos prácticos, el acceso limitado a cierta información por parte de los funcionarios limita en gran medida su capacidad para aportar pruebas y poder oponer esta excepción.

En definitiva, los artículos 22 bis y 22 ter del Estatuto de los Funcionarios plantean un sistema escalonado (Abazi 2020), en línea con el modelo de denuncia de irregularidades a varios niveles acuñado por VANDEKERCKHOVE (2010) si bien él establece como apropiados tres niveles y el sistema de las instituciones europeas tan solo identifica dos. En consecuencia, puede afirmarse que se trata de un sistema intermedio, “entre la rigidez del sistema británico y la flexibilidad del que diseña la Directiva 2019/1937” (Yurttagül 2021a). Es escalonado porque establece varios niveles distintos de denuncia a los que se puede acceder, habiendo acudido primero a los anteriores y así sucesivamente, y rígido porque el acceso a esos canales alternativos está condicionado al cumplimiento de unos requisitos. La rigidez del sistema quiebra ante la ponderación de la utilidad, por un lado, y ante la presencia de motivos razonables que el propio funcionario debe probar, por el otro, de ahí su carácter intermedio.

En cuanto a la posibilidad de llevar a cabo la denuncia ante una tercera parte externa e independiente, algo así como la Autoridad Independiente que la Directiva 2019/1937 obliga a los Estados a crear, el Estatuto no recoge ninguna disposición en este sentido y el propio legislador europeo lo excluyó tras un intenso debate, alegando que, “aunque tenga gran valor, podría tener el efecto de comprometer procedimientos disciplinarios o legales”²⁸ que

²⁸ Respuesta del Sr. Kinnock en nombre de la Comisión a una pregunta parlamentaria Erik Meijer (GUE/NGL), Whistle-blowers (3): encouraging whistle-blowers to use

podieran derivarse de la denuncia inicial. Del mismo modo, y como ya se ha explicado, la denuncia pública tampoco se permite.

3. Régimen de protección general del funcionariado europeo: ¿un sistema menos garantista que el de la Directiva 2019/1937?

El acceso a la protección que otorga el estatus jurídico de informante está supeditado a que el funcionario cumpla las condiciones del ámbito material y personal de manera satisfactoria y denuncia a través de los canales pertinentes en la forma prevista. A quien cumple con esto y solo en este caso, el Estatuto prevé que se le proteja, pues “no podrá verse perjudicado en forma alguna por la institución” (Artículo 22 bis (3)).

Aunque, como ya se ha explicado, en el Reglamento las medidas de protección concretas quedan al arbitrio de cada institución, sí que existe una definición coherente de los actos contra los que se debe proteger al funcionario informante. Según el Tribunal de la Función Pública, un acto perjudicial es únicamente “un acto o medida que produzca efectos jurídicos vinculantes y que afecte directa e inmediatamente al interés del solicitante, alterando significativamente su situación jurídica”²⁹. Se aparta aquí del concepto de represalia de la Directiva 2019/1937, que incluye una protección contra las acciones indirectas o directas, estén consumadas, sean tentativas o tan solo amenazas (Sierra Hernaiz 2021) y no queda limitada a aquellas que tengan un efecto directo e inmediato. Además, ha de existir un nexo causal entre la denuncia realizada y el acto perjudicial concreto que se esté sufriendo (Yurttagül 2021a). Esa relación debe ser estrecha y es deber del propio funcionario informante que lo sufre probar que una conducta es consecuencia de la otra (Yurttagül 2021a), a través de un “conjunto de pruebas precisas y coherentes”³⁰.

Ni que decir tiene que el hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre los informantes y no exista una inversión de esta produce una gran indefensión para el informante, ya que, debido a carencia de información y medios en comparación con la institución, las condiciones de acceso a esa prueba y las posibilidades para demostrarlo son muy limitadas. Este diseño no cumple con los estándares internacionales y tampoco es coherente con lo que se

OLAF voluntary by giving practical proof that it is effective and rapid, E-0113/01, 11 de abril de 2001, tomado de Yurttagül 2021a.

²⁹ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ap.9, ECLI:EU: F:2016:123.

³⁰ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala tercera), de 24 de febrero de 2010, as. F-2/09, Riccardo Achille Menghi c. ENISA, ap. 139, ECLI:EU:F:2010:12.

plantea en la Directiva 2019/1937, que genera una inversión de la carga de la prueba en favor del informante (Van Waeyenberge y Davies 2021). De esta forma, se añade una capa más de condicionalidad en el acceso a la protección genérica que otorga el Estatuto y desincentiva la denuncia, al resultar ser demasiado complejo para el informante, a solas, demostrar que existe un nexo entre la información revelada y el perjuicio que su propia institución le causa. En caso de no poder demostrarlo y de acuerdo a la definición dada por el Tribunal, no estaría protegido ante posibles actos perjudiciales.

Debe añadirse aquí una cuestión que ha sido considerada por la doctrina en relación con determinadas conductas, como el acoso, que gozan de una protección alternativa a la del informante (Yurttagül 2021b). En principio, el Tribunal ha determinado que la protección general del artículo 22 bis es incompatible con la protección especial que se confiere en aquellos casos³¹, pudiendo elegirse uno u otro. Esto quiere decir que hay determinados perjuicios que, teniendo esta doble naturaleza, llegarían a estar protegidos, aunque no pudiera demostrarse el nexo de causalidad.

Por otro lado, los programas de clemencia en cuanto a las consecuencias disciplinarias, que buscan incentivar directamente a los infractores a delatar a sus “cómplices”³², podrían, por definición, tener un encaje interesante en relación con el funcionario informante. Aun así, la jurisprudencia del Tribunal de la Función Pública³³ señala claramente que estos programas no tienen cabida en el ordenamiento vigente como medida de protección a los informantes. Ahora bien, en la sentencia Amador Rodríguez Pieto v. Comisión Europea de 2018³⁴ se plantea de forma muy interesante la posibilidad de considerar el hecho de haber informado sobre la conducta ilícita o irregular, una circunstancia atenuante ante posibles sanciones disciplinarias en el seno de la Unión Europea. Así es que, aunque no se protege al funcionario que decida revelar ilícitos en los que él también se encuentre implicado, sí que se ofrece una ventaja que pretende servir como incentivo.

Finalmente, es importante destacar que el Estatuto no estipula ninguna medida de protección concreta o especial, además de la cesación de las conductas perjudiciales o la confidencialidad, por lo que debe entenderse que hay una remisión tácita a cada uno de los procedimientos. Viendo, nuevamente, la Directiva y en comparación, resulta evidente que el sistema de protección

³¹ Artículo 21.5 de la Directiva (UE) 2019/1937... *op. cit.*

³² Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ap. 72, ECLI:EU:T:2019:217GC.

³³ Sentencia del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2018, as. T-689/16, Nikolaos Pipiliagkas c. Comisión Europea, ap. 58, ECLI:EU:T:2018:925.

³⁴ Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2019:217GC.

aplicable a funcionarios nacionales y trabajadores de empresas privadas o públicas es mucho más completo. En ella no solo se establece una prohibición de represalias, sino que “se incorporan una serie de medidas de protección y apoyo tanto a nivel laboral como personal” (Olaizola Nogales 2021); “un sistema de indemnización por daños y perjuicios y confidencialidad” (Van Waeyenberge y Davies 2021); “apoyo jurídico y garantías procesales concretas” (Sierra Hernaiz 2021). No obstante, dichas garantías y medidas ven su efectividad reducida ante el hecho de que “no todas las obligaciones que impone la Directiva están de hecho sujetas a sanciones”, faltando “sanciones contra los incumplimientos de los procedimientos internos de denuncia, los incumplimientos del seguimiento de las denuncias y los incumplimientos de la obligación de informar a los denunciantes de las medidas adoptadas a raíz de una denuncia” (Van Waeyenberge y Davies 2021). Aun siendo más completa y posterior, la Directiva comparte muchos de los problemas del Estatuto.

IV. EL CASO DE FRONTEX: UN RÉGIMEN FRACCIONADO Y DESIGUAL

En el Reglamento 2019/1896 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas puede verse la centralidad que en la agencia ocupan los derechos fundamentales y su defensa. Esto va a encontrar reflejo directo en el diseño e implantación del régimen de protección al informante propio de Frontex, a partir de los artículos 22 bis y 22 ter del Estatuto de los Funcionarios. De esta forma, se han desarrollado dos procedimientos distintos, uno general y otro especial, por razón de la materia. Ambos sistemas conviven y se interrelacionan en la estructura administrativa de Frontex, debiendo entenderse uno sin perjuicio del otro y ofreciendo a los funcionarios informantes garantías distintas que convendría analizar y valorar en profundidad.

1. *El sistema general de protección al informante.*

El sistema general de denuncia y protección al informante se contiene en el *Management Board Decision 17/2019 of 18 July 2019 adopting the Frontex Guidelines on Whistleblowing*³⁵, en adelante la directriz, elaborado de acuerdo con las indicaciones de OLAF y con pleno valor jurídico. Este sistema sigue los principios de los artículos 22 bis y 22 ter del Reglamento del Estatuto de los Funcionarios. Así es que, es un sistema general, pues es el sistema de Protección al Informante por definición y aplica a una variedad de

³⁵ Management Board Decision 17/2019 of 18 July 2019 adopting the Frontex Guidelines on Whistleblowing. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras, Frontex, 2019, n° 7677.

casos no específica. Esto, como se verá, no quiere decir que sea el sistema más utilizado, habida cuenta de que la mayor parte de infracciones que suceden en Frontex están relacionadas con los derechos fundamentales y estas tienen su procedimiento específico.

El ámbito de aplicación y los principios generales del sistema son similares a los del Estatuto. En primer lugar, la directriz recuerda que estamos ante la obligación de denunciar y la asocia no solo a los artículos pertinentes del reglamento, sino también al propio deber de lealtad. Además, declara que el ámbito de aplicación personal cubre a todo el personal de Frontex “independientemente de su posición administrativa”, debiendo haber descubierto la información en “el curso o en conexión con sus deberes”³⁶ y actuando de buena fe en todo caso. En cuanto al ámbito material, se parafrasea el artículo 22 bis del Estatuto de los Funcionarios al definir las “*Serious irregularities*” como “actividades delictivas, incluidos el fraude y la corrupción, y faltas profesionales graves”³⁷. Puede verse aquí también que el espíritu mismo de este texto estaría muy relacionado con los delitos de naturaleza económica principalmente. De hecho, así se confirma al disponer que “la obligación de informar solo se refiere a las faltas profesionales graves, y en particular a las que puedan perjudicar los intereses financieros de la Unión Europea”³⁸.

Ahora bien, esto no debe llevar a error, pues no se trata de una limitación estricta del ámbito material de la directriz del informante, sino tan solo de una prescripción con respecto al procedimiento que debe utilizarse en cada caso. Es decir, el funcionario está sujeto en todo caso a la obligación de informar que le impone el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios, aunque tiene potestad para elegir el procedimiento siempre y cuando este no perjudique a los intereses financieros de la UE, que obligatoriamente habrán de procesarse de esta forma. Esto no debe ser óbice para que aquellas informaciones que “ya están en el dominio público, sean rumores insustanciados, materias de naturaleza trivial, información no relacionada con los deberes del denunciante y desacuerdos sobre política legítima”³⁹ estén excluidas de protección expresamente. La última resulta, a juicio de este autor, tremendamente interesante, pues podría actuar como cajón de sastre que sirviera para rechazar la protección al informante de manera arbitraria.

Lógicamente, aquellas revelaciones de información que no cumplan con las reglas de la buena fe tampoco estarán cubiertas por la protección que otorga este sistema general. Ahora bien, aunque la definición es la misma que da el Tribunal, la regulación interna de Frontex establece que la buena fe debe presumirse.

³⁶ *Ibid.*, 2.

³⁷ *Ibid.*, 2.

³⁸ *Ibid.*, 2.

³⁹ *Ibid.*, 2.

Será una presunción *iuris trantrum*, esto es, hasta que se demuestre lo contrario. No obstante, mientras que el Tribunal de la Función Pública dispuso que, entre los criterios que marcan la existencia de la buena fe, las motivaciones internas no deben resultar un obstáculo para la aplicación de la protección, la directriz de Frontex las considera expresamente como un límite a dicha protección. De tal forma que el contenido de esta directriz “no debe utilizarse como sustituto de los procedimientos de reclamación en los que el personal tiene algún interés personal o pretende dictar el resultado”⁴⁰. La validez de esta disposición plantea dudas a este autor, pues se aparta de la jurisprudencia del Tribunal y restringe el acceso a la protección que se otorga en este sistema.

En cuanto a la estructura y organización de los canales de denuncia, las directrices desarrollan un sistema interno escalonado rígido. Este sistema se compone de una “primera opción” consistente en el superior jerárquico inmediato y debiendo formalizarse la denuncia por escrito. Se trata de una opción ampliamente criticada, ya que no respeta el espíritu de la protección al informante en cuanto a garantizar la independencia del servicio en este sentido (ECRE 2017). Por este motivo, las directrices plantean una “segunda opción” que puede utilizarse de manera condicionada cuando exista “preocupación de que esta divulgación pueda dar lugar a represalias o de que el destinatario de la denuncia esté personalmente implicado en las irregularidades graves”⁴¹. Así, se habilita al funcionario de Frontex a denunciar directamente ante OLAF o al Presidente del Consejo de Administración, posición más alta en el organigrama de Frontex. Realmente, esta disposición y las condiciones que en ella se plantean solo resultan relevantes en el plano más puramente interno de Frontex y en el caso de agentes contractuales y otro personal no funcionario, ya que de acuerdo al Reglamento del Estatuto de los Funcionarios, el funcionario puede acudir a OLAF directamente según un criterio de utilidad muy flexible sin necesidad de cumplir con esta condición.

Los canales de denuncia ordinarios se complementan con una “opción de último recurso”, un canal externo condicionado de denuncia que busca corregir las deficiencias de los canales internos. Aunque en principio esto pudiera parecer una novedad, no lo es en la práctica, sino que se remite a reproducir las condiciones y el texto de artículo 22 ter del Estatuto. Es cierto que la posibilidad de recurrir “al Presidente de la Comisión, del Consejo, del Parlamento o del Tribunal de Cuentas, o al Defensor del Pueblo Europeo” es externo con respecto de Frontex, pero se enmarca dentro de los canales ordinarios que plantea la Unión Europea para sus funcionarios y son accesibles existieran estas directrices o no. En este sentido, las directrices de Frontex afirman que la divulgación externa a otras instituciones de la UE, “que claramente pueden

⁴⁰ *Ibid.*, 3.

⁴¹ Management Board Decision 17/2019... *op. cit.*, 3.

pedir cuentas a Frontex debido a su papel institucional, [...] establece un equilibrio eficaz entre los intereses públicos de confidencialidad y lealtad y los de transparencia y responsabilidad”. No obstante, y en todo caso, la revelación de información se mantiene en el seno del entramado institucional y administrativo de la UE, por lo que cabría mostrarse escéptico.

En cuanto a la protección específica que se otorga en favor del informante, la directriz establece diferencias interesantes con respecto al régimen del Estatuto, mejorando la protección que otorga este. En primer lugar, la definición de represalias del Tribunal se concretiza y amplía, incluyendo ahora “cualquier acción directa o indirecta o amenaza de acción”⁴², aunque manteniendo la necesidad de demostrar la existencia (o inexistencia) de un nexo entre las acciones perjudiciales y la información revelada. En segundo lugar, se dispone que la carga de la prueba recae en la persona que lleva a cabo la acción perjudicial⁴³, debiendo demostrar que se debe a otros motivos no relacionados con la denuncia. Por supuesto, la cuestión de la carga de la prueba era una de las mayores polémicas del régimen del Estatuto, por lo que una inversión de esta, alineándose así con la Directiva 2019/1937, resulta bienvenida, pues ha de tenerse por cierto que son aquellos que toman las decisiones quienes tienen a su disposición mayor información y medios para demostrar la motivación de las mismas.

Frontex va más allá que el Estatuto al plantear, junto al anonimato y la confidencialidad, otras tres medidas de protección concretas⁴⁴. En primer lugar, el funcionario puede solicitar la movilidad horizontal dentro de Frontex para evitar posibles represalias en su unidad. Habida cuenta de que dicha movilidad en algunos casos podría ser constitutiva de una represalia en sí misma, se prevé que puedan ser otros miembros de la organización distintos al superior jerárquico, directo o denunciado quienes puedan tomar esta decisión. Con todo, se añade un nivel más de protección al afirmar que “en casos urgentes y debidamente justificados, la medida cautelar de traslado[...] será adoptada por la autoridad facultada para celebrar contratos de trabajo”⁴⁵. En segundo lugar, existirá un procedimiento de evaluación y reclasificación para asegurar que el informante no está siendo víctima de actos perjudiciales⁴⁶. En este sentido, y en aras de garantizar la independencia del proceso, el propio funcionario afectado podrá pedir que la función de evaluador de recurso sea asumida por el representante de la Comisión en el Consejo de Administración de Frontex.

⁴² *Ibid.*, 3.

⁴³ *Ibid.*, 4.

⁴⁴ *Ibid.*, 4.

⁴⁵ *Ibid.*, 5.

⁴⁶ *Ibid.*, 5.

La tercera medida de protección es un régimen disciplinario de sanciones no solo para quien tome acciones perjudiciales, sino también para quien trate de evitar la presentación de denuncias⁴⁷. Esto es una novedad llamativa con respecto al Estatuto de los Funcionarios que se abstenía de hacer menciones en este sentido, pero que puede tener encaje en el artículo 24 del Estatuto de los Funcionarios, que afirma que “la Unión asistirá a los funcionarios, en especial mediante la persecución contra los autores de amenazas, ultrajes, injurias, difamaciones [...] por su condición de tales o como consecuencia del ejercicio de sus funciones” y la de denunciar es una obligación del funcionario por su condición de tal.

Resulta conveniente hacer mención a que todo el sistema decae cuando se pierde la protección asociada al estatus jurídico de *whistleblower*⁴⁸. Esta circunstancia se dará cuando el informante haya actuado de mala fe. Así es que, si la buena fe permitía el acceso al sistema de protección, la mala fe excluye de su aplicación. Aquello que se considera mala fe no se encuentra definido de manera concreta, pero sí se hace remisión a los casos en los que la información revelada por el funcionario “se basa a sabiendas en información falsa o engañosa”⁴⁹. En todo caso, la carga de la prueba para demostrar la concurrencia de mala fe recae en Frontex, una solución positiva y coherente con los estándares de protección al informante, pero que es distinta a la planteada por el Estatuto. Finalmente, tampoco habrán de existir en Frontex programas de Clemencia, por lo que no se dará una protección especial al funcionario que ostente la doble naturaleza de infractor e informante, sino, y como máximo, una atenuación de su pena disciplinaria, tal y como señaló el TJUE⁵⁰.

2. Los sistemas especiales de protección al informante ante vulneraciones de derechos fundamentales.

En los casos en los que la información revelada concierne a derechos fundamentales o actos de importancia equivalente, Frontex plantea un sistema especial. La especialidad de este sistema reside en su ámbito material, vedado a unas materias concretas. El *Standard Operating Procedure (SOP) for Serious Incident Reporting (SIR)*⁵¹ es de gran importancia en el sistema

⁴⁷ *Ibid.*, 6.

⁴⁸ *Ibid.*, 6.

⁴⁹ *Ibid.*, 6.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal General (sala 8), de 4 de abril de 2019, as. T-61/18, Amador Rodríguez Prieto c. Comisión Europea, ECLI:EU:T:2019:217GC.

⁵¹ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51 Standard Operating Procedure (SOP) – Serious Incident Reporting. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras, Frontex, 2021, nº FSC/ 1093000 /2021.

interno de denuncia de Frontex, debido a la relevancia que tienen los derechos fundamentales en la actividad de la Agencia y al estar vinculada a ellos de manera directa y constante. Dicho proceso forma parte de la Estrategia de Derechos Fundamentales de Frontex⁵², que busca “promover, respetar, defender y proteger los Derechos Fundamentales” en el marco de las actividades en las que Frontex se veía implicada.

La estructura de este sistema sigue en principio al reglamento y a las directrices, planteando un ámbito de aplicación personal tremendamente amplio. Incluye a “todas las personas que participan en las actividades de Frontex, tal como se definen en el artículo 10 del Reglamento de Frontex”⁵³, aunque también se amplía al personal de cada plan operativo concreto. En cuanto al ámbito material, ya se encuentran diferencias más significativas, tanto por su carácter especial como por un fraccionamiento adicional interno del mismo sistema. Según se describe, este procedimiento “obliga a todos los participantes en las actividades operativas de Frontex a notificar inmediatamente[...] cualquier situación de posible violación de los derechos fundamentales”⁵⁴. Así las cosas, un Incidente Grave (SI) se define como “un acontecimiento causado por la acción u omisión de una persona o por la fuerza de la naturaleza, que afecte directa o indirectamente a participantes o activos de Frontex [...]”⁵⁵. Aquí se han de incluir actos directos e indirectos comprendidos en cualquiera de las siguientes categorías: 1) Situaciones de posibles violaciones de los Derechos Fundamentales o de las obligaciones de protección internacional; 2) Situaciones de posibles violaciones de las disposiciones de los Códigos de Conducta; 3) Situaciones con graves repercusiones negativas reales o potenciales en las tareas esenciales de Frontex.

Ahora bien, si se diera la circunstancia de que los actos implican el uso de la fuerza, se habrá de recurrir al *Standard Operating Procedure on the Use of force and incidents involving the use of force reporting (UFR / IFR)*⁵⁶. Se trata, en este caso, de un procedimiento aún más específico que tan solo altera los canales de denuncia a través de los cuales es posible revelar la información, si bien tendrá preferencia sobre el SIR si se denunciara la conducta por ambos procedimientos al mismo tiempo.

⁵² Management Board Decision 61/2021 of 9 November 2021 adopting the Fundamental Rights Action Plan for the implementation of the Fundamental Rights Strategy. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras (Frontex), nº 11505.

⁵³ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 3.

⁵⁴ *Ibid.*, 5.

⁵⁵ *Ibid.*, 4.

⁵⁶ Executive Director Decision No R-ED-2021-38 of 6 March 2021 on Standard Operating Procedure (SOP) – Use of force and incidents involving the use of force reporting (UFR / IFR). Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras (Frontex), 2021.

Aunque, como puede verse, es un sistema especial por razón de la materia, se encuentra interrelacionado con el sistema general. De manera que el funcionario o el informante que presencie una vulneración de derechos fundamentales, “puede acudir por analogía al proceso de la Decisión del Consejo de Administración 17/2019”⁵⁷. Esto quiere decir que el sistema general ha de aceptar cualquier incidente que encaje en la descripción de incidente grave o “SI”. Es cierto que las directrices de *Whistleblowing* excluían de su ámbito de aplicación aquellas materias que tuvieran otros procedimientos disponibles. Sin embargo, y teniendo esta circunstancia en cuenta, hay dos argumentos que pueden justificar la inclusión de esta disposición en el SOP. Por un lado, que *a)* las directrices al establecer la exclusión nombran específica y únicamente dos procedimientos concretos: acoso y responsabilidad contractual o cuestiones de personal, por lo que podría entenderse que no hacen ni quieren hacer mención a los derechos fundamentales o SI y que *b)* las directrices fueron elaboradas en 2019, antes de la reforma del SOP-SIR de 2021, por lo que no podían prever esta disposición. Siendo esto así, cabe matizar que, si bien es posible denunciar cuestiones que por materia resultan especiales a través del sistema general, queda totalmente excluida del sistema especial la denuncia de otros incidentes que no sean los especialmente descritos. Es decir, la analogía no funciona a la inversa.

En todo caso, y siempre que se utilice este procedimiento, la revelación de la información no tiene por qué hacerse únicamente por escrito (como en el régimen del Estatuto y de la directriz) sino que es posible hacerlo “por teléfono, correo electrónico o directamente en persona”⁵⁸. Pretende de esta forma conseguir que se genere una mayor confianza en el procedimiento e incentivar la revelación de la información, reduciendo los obstáculos y trámites para iniciarlo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el sistema general, en este caso no existe presunción de buena fe ni inversión de la carga de la prueba en relación con las represalias que, en su caso, se produzcan por el hecho de denunciar, de manera que el denunciante tendrá que probar la concurrencia de ambas cuestiones. Esto, como ya se había apuntado en el análisis del Estatuto de los Funcionarios, repercute negativamente en la eficacia general del sistema y provoca la indefensión del informante, más aún si se tiene en cuenta la sensibilidad de las materias a las que se refiere este sistema.

Con todo, debido al diseño de los canales de denuncia, las implicaciones, no solo del procedimiento elegido para revelar la información, sino del contenido de la información remitida, son enormes. Esta trascendencia deriva en primer lugar de un nivel adicional de fragmentación y especialidad dentro del propio sistema especial, pues cada categoría de incidente

⁵⁷ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 10.

⁵⁸ *Ibid.*, 9.

cuenta con un procedimiento específico. Aquellos funcionarios de Frontex que denuncien un incidente comprendido en la definición de la categoría primera (1), deben acudir al FRO⁵⁹. Es conveniente en este punto resaltar la figura del FRO. El Responsable de Derechos Fundamentales o FRO fue introducido en el Reglamento de Frontex como parte de la estrategia de Derechos Fundamentales⁶⁰, con el objetivo de corregir las disfuncionalidades que sufría la agencia en esta materia. En resumidas cuentas, sus funciones consisten, entre otras, en “supervisar el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de la Agencia, también mediante la realización de investigaciones sobre cualquiera de sus actividades”⁶¹. En estos casos, es él quien “recopila o verifica la información, supervisa la situación, investiga y toma las medidas oportunas”⁶².

Esto es, estando la categoría primera directamente relacionada con los derechos fundamentales, parece lógico y bastante acertado asignar dicha protección al FRO. Ahora bien, debido a la estructura orgánica de Frontex, que coloca al FRO en una posición débil y subordinada, hay quien ha señalado que esta medida reduce el margen de protección al informante y la garantía de una respuesta efectiva al incidente concreto (PE 2021). De hecho, el informe de OLAF (2021) acerca de las vulneraciones de derechos fundamentales perpetradas en el marco de las actividades de la agencia puso de manifiesto las medidas adoptadas contra los funcionarios de Frontex para “socavar y eludir el SIR como mecanismo de presentación de informes”, con el fin de evitar la investigación o revelación pública de estas actividades. Así las cosas, el Parlamento Europeo y otras organizaciones internacionales y no gubernamentales se han pronunciado a favor de una reforma profunda de la figura del FRO y su rol. Se exige, entre otras cosas, la implicación del FRO desde el inicio del procedimiento, sea cual sea este, así como una mayor colaboración y seguimiento de la labor del Director Ejecutivo y del resto de órganos administrativos de la agencia.

Aunque, en cualquier caso, se trata de una figura que encaja bastante bien con el espíritu de protección adicional de los derechos fundamentales de este sistema especial, es solamente una excepción dentro de dicho régimen. Así es que, tanto los incidentes relacionados con las categorías (2) como la (3), la denuncia habrá de efectuarse ante “la estructura de coordinación de la

⁵⁹ En este análisis se han decidido utilizar las siglas en inglés FRO (*Fundamental Rights Officer*) para referirse al Responsable de Derechos Fundamentales, pues es este el nombre con el que se le conoce en el organigrama de Frontex y con el que se identifica realmente su posición.

⁶⁰ Management Board Decision 61/2021... *op. cit.*

⁶¹ Artículo 109 del Reglamento (UE) n° 2019/1896... *op. cit.*

⁶² Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 7.

actividad Frontex⁷⁶³, esto es, ante las autoridades administrativas de Frontex, dependiendo del contenido de la información revelada. En uno y otro caso, durante el proceso, la autoridad que lleve a cabo la investigación recibirá la denominación de Responsable de Incidentes Graves (*Serious Incidents Handler*) y además de tener la obligación de cumplir con las funciones específicas que les asigne este sistema y las suyas propias, estará vinculado por las limitaciones inherentes a su cargo original. Esta circunstancia puede llegar a afectar a la efectividad y buen funcionamiento del sistema, sobre todo en lo relativo a garantías e independencia de las investigaciones.

Sin embargo, debe apuntarse aquí una circunstancia particular que no se da ni en el sistema general, ni en la Directiva, ni en el Estatuto. Mientras en estos casos basta con la buena fe del informante y una base fáctica suficiente para iniciar el procedimiento⁶⁴, el sistema especial de Incidentes Graves exige un paso intermedio entre la denuncia y el inicio del procedimiento de protección al informante, que implica su evaluación. En este sentido, la división material planteada entre las diferentes categorías de incidentes se mantiene, de tal forma que en los casos de la categoría (1) el FRO realiza una evaluación del incidente y decide si debe iniciarse el procedimiento SIR o no, o si quizá debiera reconducirse a través de las categorías (2) o (3). De la misma manera, los casos no relacionados directamente con las violaciones de Derechos Fundamentales (Categorías (2) y (3)) son evaluadas por el Centro de Situación de Frontex (FSC) en cooperación con el personal encargado de la coordinación de la unidad concreta en la que haya ocurrido el incidente o se haya realizado la denuncia.

En definitiva, este paso intermedio plantea dudas serias en el procedimiento. No queda claro a partir de qué momento surge la protección derivada del estatus jurídico de informante. Esto es, cabe preguntarse si el funcionario seguiría blindado en caso de que la denuncia no fuera validada o si la protección se despliega directamente con la revelación inicial. Si bien no encontramos ninguna respuesta en este procedimiento, el Estatuto de los Funcionarios y la jurisprudencia del TJUE⁶⁵ han dejado claro que la protección se garantiza a quien cumple el requisito de buena fe y efectúa la denuncia por los canales destinados al efecto. Siendo los artículos 22 bis y 22 ter de dicho reglamento la base jurídica sobre la que se construye la protección al informante en las

⁶³ Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51... *op. cit.*, 8.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), aps. 136, ECLI:EU: F:2016:123.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de la Función Pública (sala primera) de 25 de septiembre de 2012, as. F-41/10, Moises Bermejo Garde c. Comité Económico y Social Europeo (CESE), ECLI:EU: F:2016:123.

instituciones y agencias europeas debe concluirse que dicha protección no decae si la evaluación y validación resultan negativas, pues existe desde el momento en el que se lleva a cabo la información cumpliendo con los requisitos esenciales. Por si esto fuera poco, no existe la posibilidad de apelar la decisión del órgano competente ante una evaluación negativa, ni por parte del FRO, lo que genera una brecha en el propio sistema (ECRE 2021). Se debería plantear, por ello, una mayor implicación del FRO durante el proceso de evaluación, del cual es informado, al dotarle de capacidad de decisión al respecto⁶⁶.

En cuanto a las medidas de protección al informante, el carácter especial del sistema no añade nada nuevo, siendo las mismas de la directriz *Whistle-blowing* (confidencialidad de la identidad, movilidad, valoración y reclasificación, anonimato) con los mismos límites. Esto es, el hecho de que las materias que son objeto de denuncia a través de este sistema sea mucho más sensibles no parece tener reflejo en la configuración de las garantías específicas que trae consigo el estatus jurídico de informante. Es más, este procedimiento no cuenta con un régimen sancionador específico, cuestión que, de acuerdo con ECRE⁶⁷, resta credibilidad al compromiso de la agencia con los derechos fundamentales.

Existe, eso sí, un mecanismo de supervisión (*Supervisory Mechanism*)⁶⁸ que, como se dice, es distinto al sistema de denuncia y que “otorga un marco a la agencia para monitorizar la aplicación de las disposiciones” de protección al informante y denuncia. Esto resulta tremendamente interesante, pues propicia un control de la actuación de los funcionarios en esta materia, de tal manera que pretende sancionar y controlar conductas que sean contrarias u obstaculicen el funcionamiento normal y efectivo de estos procedimientos. Aun así, la comisión LIBE del PE, ya concluyó en su informe sobre Frontex que este mecanismo no era efectivo, independiente, visible ni accesible (PE 2021).

V. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tratado de analizar y comparar críticamente la protección jurídica al funcionario europeo y el régimen aplicable a la Agencia de Guarda de Fronteras y Costas, Frontex. El contexto normativo actual, así

⁶⁶ *Ibid.*, 16.

⁶⁷ *Ibid.*, 15.

⁶⁸ Management Board Decision 7/2021 of 20 January 2021 establishing a supervisory mechanism to monitor the application of the provisions on the use of force by statutory staff of the European Border and Coast Guard Standing Corps. Agencia Europea de la Guardia de Costas y Fronteras (Frontex), 2021, n° 112.

como la creciente preocupación social ante la necesidad de fiscalizar las instituciones y agencias de la UE, justificaban la realización de un análisis novedoso en cuanto a la materia tratada. Así las cosas, de la realización de este estudio se han extraído las siguientes conclusiones.

Primera.- Este autor sostiene que la Unión Europea actúa de manera contradictoria al tratar de forma desigual a los informantes función de su condición. La UE, a través de la Directiva 2019/1937 de Protección al Informante, exige más a los Estados miembros y a las empresas de lo que se exige a sí misma, a sus instituciones y agencias. Si bien esta nace con voluntad armonizadora, ha quedado evidenciado que los funcionarios de la UE cuentan con un régimen de protección heterogéneo, fragmentado y mucho más condicionado que dificulta el acceso a la protección asociada al informante, desincentiva la denuncia y resta efectividad al sistema. Por si fuera poco, ni el Estatuto de los Funcionarios ni los regímenes internos analizados igualan el nivel de apoyo, asistencia y protección que otorga la Directiva.

Segunda.- El Estatuto de los Funcionarios no concibe la denuncia de irregularidades como un derecho del funcionario (como sí ocurre en la Directiva), sino que establece que se trata de una obligación. Las implicaciones jurídicas de esta especial naturaleza generan una trampa que la doctrina considera perjudicial para el funcionario, que podría ser vulnerable tanto ante represalias, en caso de denunciar sin contar con un sistema de protección completo, como ante sanciones disciplinarias por no hacerlo. Por supuesto, aunque los especiales principios que gobiernan la relación entre las instituciones y sus funcionarios, como el de lealtad, justifican, a juicio de este autor, esta decisión, resultaría necesario mitigar la trampa a la que se encuentran sometidos a través de medidas concretas.

Tercera.- Acerca de a los canales de denuncia, el funcionario se encuentra ante un sistema escalonado de rigidez intermedia. La exclusión de la posibilidad de llevar a cabo denuncias externas o revelaciones públicas provoca una acentuación del condicionamiento y la jerarquización del sistema interno, que además está fragmentado según la institución, órgano u organismo. No obstante, este autor considera que la no inclusión de la denuncia externa o de la revelación pública se aprecia coherente en aplicación del deber de lealtad que han de asumir todos los funcionarios.

Cuarta.- Con respecto a la carga de la prueba, se considera que el hecho de que el Estatuto de los Funcionarios haga recaer la carga de la prueba sobre la existencia de represalias en el funcionario informante y no la inviertan en su favor, supone una deficiencia que debe ser subsanada. Está claro que aquel que sufre la represalia tendrá más dificultades para probar la relación causal existente entre la información revelada y el perjuicio que le afecta. Por este motivo, este autor estima imprescindible incluir la inversión de la carga de la prueba en favor del informante en el Estatuto, del

mismo modo que se hace en la Directiva, para mejorar su protección y la efectividad del sistema.

Quinta.- Este autor se aparta del legislador y de la jurisprudencia del TJUE ante la no inclusión de los programas de clemencia aplicables a los funcionarios informantes en su régimen disciplinario. Teniendo en cuenta el diseño del sistema de denuncia del Estatuto, así como las garantías que se otorgan, es necesario incluir incentivos a la revelación de información y estos programas se han probado efectivos en ámbitos como el de la competencia. Una simple atenuación de la pena disciplinaria por la irregularidad cometida no es suficiente, pues el funcionario se enfrenta, además, a las potenciales represalias por parte de sus compañeros infractores o miembros del equipo. Los programas de clemencia facilitarían, a este parecer, la obtención de la información y aumentaría el número de denuncias. Además, debe apuntarse que la Directiva 2019/1937 deja a la discrecionalidad de cada Estado Miembro la posibilidad de contar con programas de clemencia, contando la trasposición española de la misma, esto es, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, con ellos. De esta forma, se da la circunstancia de que los funcionarios nacionales españoles sí que disfrutan de programas de clemencia, mientras que los funcionarios europeos no lo hacen.

Sexta.- En cuanto al doble sistema de Frontex, es de justicia reconocer que, en muchos aspectos, mejora la protección de los funcionarios y demás personal que opera en su agencia con respecto a la otorgada por el Estatuto, el cual parece desarrollar. Esto es entendible por la presión social e institucional a la que se encuentra sometida la agencia y a los especiales y sensibles intereses con los que se encuentra en contacto constante. Aun así, queda lejos de la Directiva 2019/1937 y las disposiciones que ahí se contienen, al tratarse en todo caso de un sistema fragmentado y mucho menos completo en lo que a protección se refiere.

Séptima.- Llamen la atención las diferencias existentes entre los sistemas general y especial de Frontex. En principio, podría pensarse que el sistema especial, por la sensibilidad de las materias que trata y siendo más nuevo, debiera contar con un sistema más tuitivo de protección al funcionario informante que las directrices generales. No obstante, esto no es así. Mientras que en el sistema especial existen fragmentaciones internas adicionales, no se invierte la carga de la prueba en favor del informante, ni existe presunción de buena fe; el sistema general se muestra homogéneo al tiempo que presume la buena fe del informante y declara la inversión de la carga de la prueba como medida de protección esencial. Por supuesto que, a entender de este autor, una mejora de las condiciones mínimas del Estatuto no supondrían una vulneración del mismo. Por este motivo, resulta tremendamente extraña la exclusión de estas garantías de un sistema que, por definición, debiera contar con ellas y su inclusión en uno que no trata con materias tan sensibles. En

este sentido, aunque existe la posibilidad de acudir al sistema general con incidentes que materialmente resultarían especiales, esta solución no resulta para nada satisfactoria, pues al hacerlo el funcionario estaría renunciando a canales de denuncia específicamente diseñados para tratar con materias de estas características.

Octava.- Este autor comparte la interpretación del Tribunal de la Función Pública de no tomar en consideración las motivaciones internas inherentes a cada informante a la hora de valorar la concurrencia de buena fe. La finalidad que persiguen estas normas es la protección del interés público y la fiscalización de la actividad de las instituciones y agencias, por lo que efectivamente poco importan las razones que, en su fuero interno, motiven al informante a denunciar si cumplen las condiciones establecidas al efecto. Por esto mismo, al considerarlos como circunstancia relevante que pudiera excluir el acceso a la protección derivada de la condición de informante, los sistemas general y especial de Frontex plantean una desviación del Estatuto que bien podría considerarse contraria al mismo. En cualquier caso, su mera toma en consideración perjudica tanto al funcionario como a Frontex.

Novena.- En lo que respecta al FRO, se encuentra en una posición débil y subordinada, ya que sus funciones se encuentran bastante limitadas y reducidas a un tipo concreto de infracción y procedimiento. Además, tampoco puede participar de la toma de decisiones de manera efectiva, ni fiscalizar la labor del resto de órganos involucrado en el sistema. Por este motivo, y en línea con el FSG y la comisión LIBE del Parlamento Europeo, cuya opinión y análisis este autor comparte, resulta esencial reforzar esta figura de manera que se le dote de mayores facultades y presencia en el proceso de investigación y protección al funcionario informante. En sí misma, su existencia se entiende, por este autor, como una medida de protección que busca prevenir las represalias y garantizar la transparencia e independencia del proceso de investigación.

Décima.- El presente estudio, por las características que le son inherentes, ha encontrado una serie de limitaciones que han de ser consideradas. Y es que, aunque responde al objetivo planteado, así como a una cuestión que es actual, relevante, pertinente y útil para la Unión y el Derecho europeos, también abre nuevas líneas de investigación que conviene plantear. Así las cosas y como botón de muestra, surge inevitablemente la duda en torno al régimen aplicable a los funcionarios nacionales que participan en operaciones de Frontex o se encuentran prestando servicios integrados en el cuerpo funcional europeo, entre otros. Si bien, por su extensión resultan inabarcables y tampoco eran parte del objeto de este trabajo, sí que constituyen materias interesantes de abordar en proyectos posteriores.

Undécima.- La preocupación por la protección al informante en la Unión Europea no es una cuestión novedosa y se ha demostrado esencial en la lucha

contra el fraude y la corrupción, especialmente. Ahora bien, es cierto que en cuanto al régimen aplicable a los funcionarios de la UE, el legislador europeo ha quedado desfasado con respecto a las normas dispuestas por el mismo y aplicables a los Estados miembros. Esto resulta especialmente preocupante, pues la protección al funcionario informante es un medio para garantizar la integridad del servicio público y aumentar la confianza y la legitimidad en las instituciones europeas. En este sentido, el caso de Frontex ha evidenciado de manera paradigmática estas contradicciones y sus efectos negativos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, demostrando la necesidad de contar con un sistema adecuado y garantista.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Abazi, Vigjilenc. 2020. «The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?». *Industrial Law Journal (London)*, 49, nº 4 : 640-656.
- Abazi, Vigjilenc. 2021. «Whistleblowing in the European Union». *Common Market Law Review* 58, nº 3: 813-850. 10.54648/COLA2021051
- Aversa, Ilaria y Mariana Gkliati. 2021. «Frontex investigations: what changes in the EU border agency's accountability?». Statewatch. Acceso el 24 de abril de 2024, <https://www.statewatch.org/analyses/2021/frontex-investigations-what-changes-in-the-eu-border-agency-s-accountability/>
- Blueprint for Free Speech. 2018. «Gaps in the System: Whistleblower Laws in the EU». *Blueprint Report Series*.
- Comisión Europea (CE). 2018a. «Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law».
- Comisión Europea (CE). 2018b. «Whistleblower protection Fact sheet».
- EU Commission Legal Service. 2011. «Scope of application of Articles 22a and 22b of the Staff Regulations». *Opinion Ares*.
- European Council on Refugees and Exiles (ECRE). 2021. «Holding Frontex to account. ECRE’S proposals for strengthening non-judicial mechanisms for scrutiny of Frontex». *ECRE Policy Paper*, nº 7.
- Izuzquiza, Luisa. 2023. «See Something, Say Something! A Call to Frontex Officials». Frag Den Staat. Acceso el 24 de abril de 2024, <https://fragdenstaat.de/en/blog/2023/01/17/frontex-whistleblowing/>
- Kobron-Gasiorowska, Lucja. 2022. «European Union model of whistleblowing». *Review of European and Comparative Law (Online)* 48, nº 1: 191–207.
- Kusari, Flutura. 2015. «Whistleblower Rights In European Union Civilian Missions: EULEX Leaks”. En *Developments in Whistleblowing Research 2015*, editado por David Lewis y Wim Vandekerckhove, 34-50. International Whistleblowing Research Network.
- Lozano Cutanda, Blanca. 2020. «La directiva de proteccion del denunciante». *Diario La Ley*. 9550, Sección Tribuna: 1-12.

- Martínez Saldaña, David, Javier Abril Martínez, Enrique Rodríguez Celada y Laia Itziar Reyes Rico. 2019. «La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937: análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos». *Actualidad Jurídica*. 53, nº 3: 24-68.
- Near, Janet y Marcia Miceli. 1985. «Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing». *Journal of Business Ethics*, nº 4: 1-16.
- Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF). 2021. «Final Report on Case No OC/2021/0451/A1». *Internal Investigations Unit*.
- Olaizola Nogales, Inés. 2021. «La protección de los denunciantes: algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937». En *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, coordinado por Inés Molina Álvarez, Lorena Alemán Arostegui, Hugo López López, Inés Olaizola Nogales y Elisa Sierra Hernaiz, 27-51. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters.
- Parlamento Europeo (PE). 2021. «LIBE Report on the fact-finding investigation on Frontex concerning alleged fundamental rights violations». *Frontex scrutiny group*.
- Sierra Hernaiz, Elisa. 2021. «La protección de la persona trabajadora denunciante en la Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión». En *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, coordinado por Inés Molina Álvarez, Lorena Alemán Arostegui, Hugo López López, Inés Olaizola Nogales y Elisa Sierra Hernaiz, 263-287. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters.
- Sierra Hernáiz, Elisa. 2023. «El sistema de garantías y protección de la persona trabajadora frente a represalias empresariales por denuncias y reclamaciones en el Ordenamiento Jurídico Comunitario y Español». *Lan Harremanak* 49: 319-344.
- Torrent i Santamaria, Josep María y Laura Pérez Gil De Gómez. 2020. «Análisis de la Directiva Europea de whistleblowing y principales retos de la nueva regulación. El caso de España». *Derecho PUCP* 85: 79-114.
- Vandekerckhove, Wim. 2010. «European whistleblower protection: tiers or tears?». En *A Global Approach to Public Interest Disclosure* editado por David Lewis, 15-35. Cheltenham/Northampton MA: Edward Elgar.
- Van Waeyenberge, Arnaud y Zachariah Davies. 2021. «The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System». *European Journal of Risk Regulation* 12, nº 1: 236-244.
- Waters, Nick, Emmanuel Freudenthal y Logan Williams. 2020. «Frontex at Fault: European Border Force Complicit in ‘Illegal’ Pushbacks». Bellingcat. Acceso el 24 de abril de 2024, <https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-european-border-force-complicit-in-illegal-pushbacks/>
- Weiskopf, Richard y Yvonne Tobias-Miersch. 2016. «Whistleblowing, parrhesia and the contestation of truth in the workplace». *Organization Studies* 37, nº 11: 1621-1640.
- Yurttagül, Hava Charlotte Lan. 2021a. «Whistleblower Protection Regulations Within EU Institutions». En *Whistleblower Protection by the Council of Europe*,

the European Court of Human Rights and the European Union, 143-180. Cham: Springer International Publishing.

Yurttagül, Hava Charlotte Lan. 2021b. «When EU Whistleblowers Go to Court». En *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the European Union*, 181-210. Cham: Springer International Publishing.

THE ENFORCEABILITY OF JURISDICTION CLAUSES AGAINST A THIRD-PARTY HOLDER OF THE BILL OF LADING

*La aplicabilidad de las cláusulas de jurisdicción ante
terceros tenedores del conocimiento de embarque*

Nahia Arostegi Arrillaga
Universidad de Deusto. España.

<https://doi.org/10.18543/ed.3218>

Fecha de recepción: 04.11.2024

Fecha de aprobación: 02.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Abstract

This essay explores the enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading under the Spanish and European Private International Law. The analysis addresses the tension between Regulation Brussels I bis article 25(1) and the Spanish Maritime Navigation Act (MNA) articles 251 and 468, which impose additional validity requirements. The essay evaluates the European Court of Justice's recent ruling in joined cases C-345/22 to C-347/22, clarifying how to determine the applicability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill-of lading and explaining that the Spanish additional requirement of individual and separate negotiation of the clauses is not applicable when Regulation Brussels I applies. Ultimately, the paper highlights the primacy of EU law over conflicting national provisions and its implications for legal certainty in contracts of carriage of goods by sea.

Key-words

Jurisdiction clauses – bill of lading – Regulation Brussels I bis – Maritime Navigation Act (MNA) – European Court of Justice (ECJ)

Resumen

Este ensayo explora la aplicabilidad de las cláusulas de jurisdicción ante terceros tenedores de conocimientos de embarque en virtud del Derecho Internacional Privado español y europeo. El análisis aborda la tensión entre el artículo 25(1) del Reglamento Bruselas I bis y los artículos 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima (LNM) española, que impone requisitos adicionales de validez. Se evalúa la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para los asuntos acumulados C-345/22 a C-347/22, aclarando cómo determinar la aplicabilidad de las cláusulas de jurisdicción frente a un tercero tenedor del conocimiento de embarque y explicando que el requisito adicional español de negociación individual y separada de las cláusulas no es aplicable cuando se aplica el Reglamento Bruselas I bis. En definitiva, se destacan la primacía del Derecho de la UE sobre las disposiciones nacionales contradictorias y sus implicaciones para la seguridad jurídica en los contratos de transporte marítimo de mercancías.

Palabras clave

Cláusulas de jurisdicción – conocimiento de embarque – Reglamento Bruselas I bis – Ley de Navegación Marítima (LNM) – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Summary: I INTRODUCTION. II. THE CARRIAGE OF GOODS BY SEA UNDER THE BILL OF LADING SYSTEM. 1. Definition and legal framework. 2. The parties and their obligations. 3. Functions of the bill of lading. 4. Formal elements of the bill of lading. III. JURISDICTION CLAUSES. 1. Brussels I bis Regulation. 2. Maritime Navigation Act. 3. Relationship between national and European law. IV. JOINED CASES C-345/22, C-346/22 AND C-347/22. 1. The previous debate. 2. Preliminary ruling procedure. 3. The disputes in the main proceedings: joined cases C-345/22 to C-347/22. 4. The questions referred for the preliminary ruling. 5. The ECJ's judgement. *A. The applicable law governing the extension of jurisdiction clause to third parties. B. The compatibility of articles 251 and 468 of the MNA with article 25(1) of Regulation Brussels I bis.* V. CONCLUSION. VI. BIBLIOGRAPHY. VII. SOURCES. 1. Legislation. *A. International treaties. B. European Union law. C. Spanish national law.* 2. Jurisprudence. *A. European Court of Justice. B. Tribunal Constitucional (Constitutional Court). C. Audiencia Provincial (Provincial Court).*

I. INTRODUCTION

Although there is no doubt that trust underpins commercial relations, further guarantees are arguably equally essential, and the international transportation of goods by sea is no exception to this. As acknowledged by World Trade Organization (WTO hereinafter), the maritime carriage of goods is also referred to as the “life blood of world trade” and constitutes over four-fifths of the world’s trade volume¹. Evidently, the vast quantities of merchandise that are shipped daily and all the money this implies cannot not be simply contingent upon trust. This need for additional safeguards gave birth to the bill of lading. In fact, it is no coincidence that the birth of the modern bill of lading coincides with the creation of the great commercial cities in the Mediterranean in the XIst century². However, while trust and other additional safeguards along with good faith meaningfully decrease the likelihood of disputes being brought to the courtroom, one can never underestimate the fact that any commercial relationship can end up in a judicial dispute.

In the international maritime carriage of goods, being involved in a judicial process that is taking place in a foreign country means incurring high costs. This is why a jurisdiction clause is often added to the bill of lading

¹ «Maritime transport », World Trade Organisation, accessed on April 3rd of 2024 https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/transport_e/transport_maritime_e.htm

² Chester B. Jr McLaughlin. «The Evolution of the Ocean Bill of Lading». *The Yale Law Journal*. (March 1926, Vol. 35, No. 5): 550

determining which country's courts will be competent to hear the case in the future. However, as it will be discussed later, the bill of lading is a document of title, which means that the bill can be transferred to a third party. When this occurs and when there is a third party holding a bill, the question of whether the jurisdiction clause still is applicable or not, rises. The focus of this essay is the analysis of this question under Spanish and European Private International law.

In Spain, in a context where European Union law and national law that regulate the validity of such jurisdiction clauses co-exist, there is no unanimous answer to the enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading. Different experts differ on their opinion and when it comes to the law and courts, legal certainty is not a given either. To determine the validity of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading, the first question that rises is which law should determine that. The second controversial question is whether the Spanish law, which requires individual and separate negotiation of those clauses, is contrary to the European Union law.

The pertinence of the topic lies on the fact that as jurisdiction is a fundamental basis of the judicial process, it is crucial to know whether a jurisdiction clause is valid to determine if the court has jurisdiction to hear the case or not. Hence the importance of resolving this major legal uncertainty. Furthermore, the current relevance of the topic is undeniable as a request for a preliminary ruling was made to the European Court of Justice (ECJ hereinafter) in 2022 and very recently the ECJ has given judgement resolving the question brought to it on 25 April 2024.

This essay aims to analyse the enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading in Spain and in the European Union framework. In that direction, the essay first goes through the carriage of goods by sea under the bill of lading system. Second, what jurisdiction clauses are, and their legal framework are established. Third, the current doctrinal debate is introduced. And, finally, the ECJ's judgement closes the essay with the Court's arguments and the ruling on the topic.

II. THE CARRIAGE OF GOODS BY SEA UNDER THE BILL OF LADING SYSTEM

1. *Definition and legal framework*

The carriage of goods by sea under the bill of lading system is merely a contract of carriage whose objects are the goods and not the vessel³. On the

³ Juan Luis Pulido Begines, *Curso de Derecho Marítimo de la Navegación Marítima*. (Madrid: Tecnos, 2015), p.215

other hand, the bill of lading is the document that regulates the legal relationship between the parties upon the occasion of the conclusion of a contract of carriage of specific goods by sea⁴.

The shipping companies that operate in international carriage of goods sector normally offer their services through their websites and they usually have their own general terms and conditions set out⁵. When the transport is under the bill of lading system, the bill of lading incorporates the aforementioned general conditions, which include the jurisdiction clause, without the shipper of the goods being able to negotiate them individually. However, on the other hand, the shipper, who is usually the weaker party, is compensated for this loss of freedom of choice by other determining factors that encourage them to contract, such as the quality, safety, duration and price of the carriage⁶.

The carriage of goods by sea under the bill of lading system is subject to a combination of national and international regulations. When it comes to the Spanish national regulation, it is regulated by Act 14/2014, Dated 24th July, on Maritime Law (Ley de 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima) better known as The Maritime Navigation Act (MNA hereinafter)⁷. To be more specific, it is regulated in the Title IV, Chapter II, section 5 of the MNA.

Regarding international conventions, the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules have to be mentioned⁸. The relevance of mentioning these rules lies in the fact that the contract of carriage of goods by sea under the bill of lading is internationally regulated by public policy and therefore the parties cannot adopt private agreements that violate these regulations⁹. Firstly, the Hague Visby rules refer to the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (1924)

⁴ Ignacio Arroyo Martínez, *Compendio de derecho marítimo*. 5.^a edición. (Madrid: Tecnos, 2014), p.272

⁵ See for example Terms of Carriage of Maersk available in <https://terms.maersk.com/carriage> (last accessed on April 3rd of 2024) or General Conditions of Carriage of Moldtrans Group in <https://www.moldtrans.com/en/general-conditions-of-carriage/> (last accessed on April 3rd of 2024)

⁶ Aurora Hernández Rodríguez, «Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima», *Cuadernos de Derecho Transnacional*. (Marzo, 2023, Vol. 15, N°1): p.405-406

⁷ It has also been translated as “The Shipping Act”. However, in this work it will be denominated as The Maritime Navigation Act given that this is the translation employed by the Spanish Ministry of Justice.

⁸ Javier Del Corte López, «El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque» en *Los contratos sobre el buque en derecho español. Análisis práctico*. (Madrid: Ed. Dykinson, 2018), 151-153

⁹ Silvia Badiola Coca, *La responsabilidad del porteador marítimo* (Barcelona: J.M, Bosch, 2022), 32

which have been amended twice by the Amending Protocols of 1968 and 1979. The Hague-Visby rules regulate the carrier's liability in maritime transport of goods¹⁰. Secondly, the so-called Hamburg rules refer to the United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (1978). However, the treaty has not been widely accepted internationally and in fact, Spain is not a party to the treaty¹¹. For last, the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by sea (2008), which is better known as the Rotterdam Rules, is "intended to provide a modern successor to earlier international conventions in the field"¹², that is, to the Hague-Visby and Hamburg Rules. Nevertheless, although Spain has ratified it, the Convention is not in force at the time being¹³. Therefore, the only international convention that should be considered at the time of analysing the carriage of goods by sea under the bill of lading system in Spain, are the Hague-Visby rules.

According to article 2 of the MNA, the *Act shall be applied as long as it does not oppose the terms set forth in the international treaties in force in Spain*. This may lead to think that the application of the MNA is rather residual, however, the Hague Visby Rules regulate only regulate the most essential aspects of the carrier's liability and, therefore, when this is not enough the conflict rules may lead to national rule¹⁴. In addition, the duality of regulatory sources, national and international, is only formal since in substance the two coincide, at least in the most essential parts¹⁵.

2. The parties and their obligations

The parties to the contract are the carrier and the consignor. The carrier is obliged to perform the carriage for a fee. However, undertaking

¹⁰ According to article 1 of Hague-Visby rules, the "Contract of carriage" only refers to those which are covered by a bill of lading or any similar document of title

¹¹ «United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea 1978», United Nations Treaty Collection, accessed on April 9th, of 2024 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-3&chapter=11&clang=_en

¹² «The Rotterdam Rules», United Nations Trade & Development, accessed on April 9th of 2024, <https://unctad.org/topic/transport-and-trade-logistics/policy-and-legislation/international-maritime-transport-law/rotterdam-rules>

¹³ «United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea», United Nations Treaty Collection, accessed on April 9th of 2024 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-8&chapter=11&clang=_en

¹⁴ Del Corte López, «El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque», 150

¹⁵ Arroyo, *Compendio...*, p.266

the performance of transport does not necessarily mean executing the transport themselves, because the MNA distinguishes three figures: the contractual, the successive and the effective carrier. The contractual carrier figure includes *transport commission agents, clearing agents and other person who undertake to the consignor to provide the transport by means of others* (article 278.2). Time charterers by time or voyage who contract the with third parties the carriage of goods under the bill of lading system also fall under this category (articles 207 and 278.2). The effective carrier is the one who actually transports the goods, always including *the ship-owner of the ship carrier* (article 278.3). The MNA delimits different levels of liability for the contractual and effective carrier. They both share joint and several liability (article 278.1) but the contractual carrier has the right to be reimbursed by the effective carrier (article 278.4). Finally, the MNA takes for granted the definition of the successive carrier and establishes them joint and several liability, unless otherwise agreed on the bill of lading.

The MNA establishes to the carrier meaningful obligations among with their major obligation of performing the carriage. Before the transport, the carrier has three main obligations to fulfil. First, the carrier must make ship available (article 211), the ship must be seaworthy (article 212) and fulfil the characteristics agreed in the contract (article 213). Second, carrier must undertake the loading and stevedore operations, unless otherwise agreed by the parties (article 218.2). And third, the carrier must *deliver the consignor a bill of lading, evidencing the right to be returned those goods at the destination port*, this obligation may be fulfilled by the master or the agent to the carrier as well (article 246). During the transport, the carrier has the duty of custody over the merchandise (article 223) and the voyage must be performed *without undue delay and using the route agreed or, failing to that, by the most appropriate according to the circumstances* (article 220). For last, after the transport, the carrier *undertakes, except if otherwise agreed, to perform the unstacking and unloading at its expense and risk* (article 227) and, of course, the carrier is also obliged to deliver the goods carried to the recipient authorised to receive them (article 228).

On the other hand, the consignor is the party who has ordered the carriage. The consignor is also referred to as the shipper. The definition of consignor includes the contractual shipper as well as the effective shipper, the one who physically delivers the goods for carriage. When it comes to the obligations of the consignor, they have two main obligations: delivering the goods for loading (article 229) and paying the carriage. Along with the consignor, the figure of the consignee must be mentioned as well. The consignee is the person to whom the goods are addressed and may be determined or undetermined at the time of celebrating the contract. The status of consignee derives

from the lawful holding of the bill of lading that contains the right of delivery of the goods¹⁶. Of course, the consignor may also be the consignee at the same time¹⁷. However, when the consignor and the consignee are not the same person, the consignee is not a party to the contract. In these cases, the consignee will be a third-party holder of the bill of lading who has the right to receive the goods object to the contract of the carriage.

For last, it may be added how bill of ladings circulate as they may be to the bearer, to the order or nominative. *Bearer bills of lading shall be transmitted by delivery, those to the order by endorsement, and nominative ones by assignment according to the rules governing assignment of non-endorsable credits* (article 250). Nevertheless, the acquirer in good faith is protected by the MNA since when a new holder acquires the bill of lading by in good with through a *inter vivos* transaction pursuant to the law on circulation of the document, they are not obligated to return it.

3. Functions of the bill of lading

The bill of lading has three basic functions: representing the contract of carriage, acknowledging the receipt of the merchandises and being a document of title¹⁸. These functions run parallel to the dynamics of transport, coinciding with the moments of the celebration of the contract, the execution of the contract and the circulation of the contract¹⁹.

Article 205 of MNA acknowledges that when the carriage of goods is determined by their weight, size or class, the conditions of the contract may be recorded in the bill of lading or a similar document. Therefore, it is an *ad probationem* and the contract exists by the agreement of the parties, and the bill of lading is the document in which it is embodied²⁰. Furthermore, it does not only proof the existence off the contract, but it also proofs the content of the contract. In fact, the mandatory and optional statements included in the bill of lading form part of the content of the contract and document the rights and obligations of the parties²¹.

¹⁶ Del Corte López, «El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque», 157-158

¹⁷ Arroyo, *Compendio...*, p.271

¹⁸ «Transporte. Conocimiento de Embarque Marítimo», Instituto Español de Comercio Exterior, accessed on April 9th of 2024 <https://www.icex.es/es/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/tramites-gestiones-exportacion/documentos-generales/documentos-de-transporte/conocimiento-embarque-maritimo>

¹⁹ Arroyo, *Compendio...*, p.274

²⁰ Del Corte López, «El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque», 161

²¹ Arroyo, *Compendio...*, p.275

According to article 256.1 of the MNA *except for proof to the contrary, a bill of lading shall certify delivery of the goods by the consignor to the carrier for the carriage and their delivery with the characteristics and in the state recorded in the document*. This can be a rebuttable presumption, however, it becomes irrebuttable and the proof to the contrary is not admissible against a person other than the consignor, if they received the bill of lading in good faith and without gross negligence (article. 256.1). In all cases, the carrier may include reservations to the bill when the received merchandise differs from what it is declared in it. In consequence, the *inclusion of one or several reservations on a bill of lading shall deprive the document of validity as proof under the terms of the reservation* (article 259). Articles 257 and 258 establish how the reservations are to be made. In absence of reservations the carrier will be assumed to have received the goods in proper condition.

Although the MNA does not expressly recognise the bill of lading as a document of title, this is a characteristic that is unequivocally derived from its regulation²². In fact, the MNA has considered the experience accumulated under previous legislation and rulings, and thus contains provisions that recall the principles of documents of title law. This becomes more evident when considered that bills of lading can be to the bearer, to the order or nominative. In consequence, the bill of lading is a document of title, and more precisely, a title representative of the goods²³. As article 251 of the MNA establishes, *conveyance of the bill of lading shall take the same effects as delivery of the goods represented, without the prejudice to the relevant criminal and civil actions to which the party illegitimately dispossessed of such may be entitled. The acquirer of the bill of lading shall acquire all the rights and actions of the conveyor to the goods, with the exception of agreements regarding jurisdiction, and arbitration, which shall require the consent of the acquirer pursuant to the terms stated in Chapter I of Title IX*. To finish, it can be mentioned that the reiterated nature of document of title and a title representative of the goods implies that it is an enforceable title: the bill of lading entails the enforcement of the obligation to return the goods delivered to the carrier for the carriage²⁴.

4. Formal elements of the bill of lading

The bill of lading must include the mandatory mentions set out in article 248.1 of the MNA. To briefly mention them, the bill of lading must include

²² Carlos Llorente Gómez De Segura, «El contrato de fletamento», en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima* (Madrid: Dykinson, 2015), 160

²³ Arroyo, *Compendio...*, p.277

²⁴ Arroyo, *Compendio...*, p.278

the following details: the carrier's and the consignor's information, a description of the merchandise that will be transported, including their quantity and condition, the pick-up and delivery locations and the date of delivery of the goods to the carrier for carriage. In addition, it must be specified if the goods may be transported on the deck or if they are hazardous. As one can notice, jurisdiction clauses are not an essential part of the bill of lading regarding their obligatoriness. However, the MNA acknowledges that besides the mandatory provisions, the bill of lading *may also contain all the mentions or clauses that may be validly agreed by the consignor and the carrier* (article 248.2).

For last, the MNA regulates the bill of lading in two different sub-sections: the bill of lading in paper format (articles 246 to 261) and the bill of lading on electronic media (articles 262 to 266). The sub-section that regulates the electronic bills of lading focuses exclusively on regulating the aspects that derive from its electronic nature²⁵. In fact, according to article 264 *an electronic bill of lading shall be subject to the same regime and have the same effects as the bill issued in paper format, with no further specialties than those contained in the issue contract*.

III. JURISDICTION CLAUSES

Bills of lading frequently incorporate jurisdiction clauses, which represent a formal agreement between the parties regarding the designated forum for resolving potential disputes. This express agreement on jurisdiction, also referred to as express submission, is a legally binding agreement between the contractual parties by virtue of which it is specified which court will have the competence to adjudicate any disputes that have arisen, or may potentially arise, between them²⁶. This is indeed very important because jurisdiction is the power to hear and determine the resolution to legal disputes. In this sense, it is clear that jurisdiction constitutes a prerequisite to the judicial process since if, by application of its rules, the courts of a state do not have jurisdiction, they cannot hear the matter²⁷. In other words, one can argue that jurisdiction is the very foundation of the judicial process.

In order for jurisdiction clauses to be applicable, they must be valid formally and materially. When these two conditions are met, the jurisdiction

²⁵ Carlos Llorente, «Los documentos del transporte», en *Los contratos sobre el buque en derecho español*, (Madrid: Dykinson, 2018), 189

²⁶ Alfonso-Luis Calvo Caravaca and Javier Carrascosa González, *Derecho internacional Privado. Volumen I*. Decimotava edición. (Granada: Comares, 2018), 143

²⁷ Carlos Esplugues Mota and Guillermo Palao Moreno, *Derecho internacional privado*. 17.^a edición. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), 121

clauses exert two effects: the prerogative effect and the derogative effect. The prerogative effect means that the designated courts will be the only competent ones to hear the dispute. On the other hand, the derogative effect conveys that the rest of the courts shall not declare themselves competent to hear the dispute²⁸.

Having considered this and going back to the bills of lading, the parties may incorporate a jurisdiction clause in the bill conferring jurisdiction to the courts of a specific country or countries. Therefore, if a dispute rises between the carrier and the consignor, only the state who has been conferred jurisdiction upon will be competent to hear the case. For example, a Dutch carrier and a German consignor may agree that the competent court to hear any dispute that may arise from their contractual relationship will be the Dutch courts.

As it has been established, jurisdiction clauses have no effect unless they are both formally and materially valid. This is why it is essential to know in which court and according to which law will be the validity of jurisdiction clauses determined. In Spain in a European Union framework, when a third-party holder of the bill of lading becomes part of the equation, the question of whether the jurisdiction clause applies to them or not rises. This is not a trivial question because without jurisdiction the courts have no competence to hear the case and any action taken by them will be void. In fact, it is no secret that jurisdiction clauses incorporated in a bill of lading can become a procedural nightmare for the Spanish consignees and their insurance companies²⁹. To analyse where the question rises from, the European Union regulation and the Spanish national regulation must be considered. Regarding the international conventions that regulate the bills of lading and were mentioned before, as explained the only applicable international convention applicable to this matter in Spain is the Hague-Visby rules. However, the Hague-Visby rules do not contain provisions on jurisdiction.

1. Regulation Brussels I bis

Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (recast) (Regulation Brussels

²⁸ Beatriz Campuzano Días, et al., *Manual de derecho internacional privado*. 10.^a edición, (Madrid: Tecnos, 2023), 53-54

²⁹ Francisco De Borja Langelaan Osset, «Consideraciones normativas sobre las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque a la luz de la jurisprudencia de las audiencias provinciales», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Enero 2020, n°39, 164

I bis hereinafter) is the most important European legal instrument to determine jurisdiction given its material scope of application³⁰. The spirit of this regulation lies on two main objectives which consist of creating an European space of justice and enhancing the smooth functioning of the internal market³¹. However, in order for Regulation Brussels I bis to be applicable, all 4 scopes of application must be met:

- The material scope of application: this refers to what matters is the regulation applicable. In accordance with article 1 of Regulation Brussels I bis, the Regulation *shall apply in civil and commercial matters*. Hence, without prejudice to the exceptions set out in paragraph 2 of article 1, none of which being relevant to the topic of the essay, Regulation Brussels I bis applies to all civil and commercial matters that include an international element. Therefore, it applies to the carriage of goods by sea under the bill of lading system.
- The personal scope of application: in other words, this means to whom the Regulation applies. A connection with European Union territory is a requisite for its applicability. This connection can come in three different ways: the defendant being domiciled in a member state (article 24), a member state having the exclusive jurisdiction (article 24), or the parties having a tacit or express agreement on jurisdiction in favour of a member state (articles 25 and 26). Therefore, it is applicable to jurisdiction clauses that confer jurisdiction to the courts of a member state.
- The territorial scope of application: this refers to where it applies, and the answer is that Brussels Ia Regulation is applicable in the territory of a member state according to article 81. However, it must be noted that Denmark is an exception to this rule as it is established by articles 1 and 2 of Protocol No 22 on the position of Denmark annexed to the Treaty of the European Union (TEU hereinafter) and to the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU hereinafter).
- The temporal scope of application: regarding since when the Regulation applies, in accordance with article 81 it is applicable to proceedings instituted after 10 January 2015.

Having checked the four scopes of application, the next step is to analyse what confers jurisdiction to courts according to the regulation. The

³⁰ Hernández Rodríguez, «Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima», 407

³¹ Alfonso-Luis Calvo Caravaca and Javier Carrascosa González. *Compendio de Derecho Internacional Privado*. Segunda edición. (Murcia: Rapid Centro Color, 2020), 57

regulation designs a set of jurisdictional forums articulated in a hierarchical manner³²: exclusive jurisdiction, prorogation of jurisdiction, by tacit or express agreement, special jurisdiction, by reason of the subject matter or by reason of the protection of the weaker party or general forum, and the defendant's domicile jurisdiction.

Since this essay concerns on the jurisdiction clauses incorporated in the bills of lading, the precepts on express agreement on jurisdiction must be considered. In this regard, article 25.1 of Regulation Brussels I bis establishes de following:

1. If the parties, regardless of their domicile, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. The agreement conferring jurisdiction shall be either:

(a) in writing or evidenced in writing;

(b) in a form which accords with practices which the parties have established between themselves; or

(c) in international trade or commerce, in a form which accords with a usage of which the parties are or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade or commerce concerned.

The concept of "jurisdiction clause" should be guided by the principle of freedom of choice enshrined in article 25 of Regulation Brussels I bis³³. Regardless of where they live, the parties to a contract can choose a court or courts in a European Union country to settle any future disputes. The parties can also decide if that chosen court or courts will be the only ones with jurisdiction or if others may have jurisdiction too. Regulation Brussels I bis aims to balance two objectives: facilitating commercial transactions while preventing the enforcement of clauses that could go unread or unnoticed in the contract. To achieve this, in article 25 of Regulation Brussels I bis, the EU legislator advocated for clear and mandatory formal requirements that at the same time avoided excessive formalities that could hinder commercial practice³⁴.

³² Esplugues Mota and Palao Moreno, *Derecho...*, 141

³³ Opinion of Advocate General Collins. *Joined Cases C-345/22 to C-347/22*. 16 November 2022. par.34

³⁴ Geert Van Calster, *European Private International Law*. Second edition, (Oxford: Hart, 2019) 114

To summarize, the material validity of the agreement is to be determined according to the law of the competent court. That is, if the Spanish courts are competent to hear a case and the applicable law is the German law, the substance of the case will be determined according to the German law, but the material validity of the jurisdiction clause will be determined according to the law that is applicable in accordance with the Spanish conflict laws. When it comes to the formal validity of the agreement, the agreement is required to have been made either in writing or evidenced in writing, as per the usual way of the contractual parties of making business or following the usage of international trade or commerce.

In any case, it is important to mention that the jurisdiction clause is an autonomous agreement within the contract that it is inserted. The autonomy of the clause means that the clause may be valid, even if the contract is null and void³⁵, or the other way around, that the jurisdiction clause may be null and void even when the rest of the contract is perfectly valid.

2. *Maritime Navigation Act*

As it has already been explained, the national legislation to consider on the carriage of goods by sea is the Maritime Navigation Act. Regarding the enforceability of jurisdiction clauses incorporated in a bill of lading against a third-party holder of that document, the articles to consider are articles 251 and 468. These two articles establish the following:

Article 251. Effectiveness of conveyance.

Conveyance of the bill of lading shall take the same effects as delivery of the goods represented, without prejudice to the relevant criminal and civil actions to which the party illegitimately dispossessed of such may be entitled. The acquirer of the bill of lading shall acquire all the rights and actions of the conveyor to the goods, with the exception of agreements regarding jurisdiction and arbitration, which shall require the consent of the acquirer pursuant to the terms stated in Chapter I of Title IX.

Article 468. Jurisdiction and arbitration clauses.

Without prejudice to the terms foreseen in the international conventions in force in Spain and the provisions of the European Union, clauses of submission to a foreign jurisdiction or arbitration abroad shall be null and void and considered not to be included, as set forth in contracts for use of the ship, or in ancillary navigation contracts, when they have not been negotiated individually and separately.

³⁵ AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022, n°573/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2022/192011, AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022, n°574/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2022/191029, and AAP de 16 de junio de 2022, n°575/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2022/192275

In particular, insertion of a jurisdiction or arbitration clause in the printed conditions of any of the contracts referred to in the preceding paragraph shall not provide evidence, in itself, of fulfilment of the requisites established therein.

In other words, transferring the bill of lading has the same effect as delivering the goods themselves. That is, the new holder of the bill of lading has all the rights and actions as the previous holder of the bill of lading had. However, an exception is set up for the cases of jurisdiction and arbitration, where the agreement on jurisdiction will be null and void unless it has been individually and separately negotiated between the parties. The MNA also adds that just including a jurisdiction clause in standard contract terms is not enough to prove to have fulfilled the requirement of individual and separate negotiation.

Therefore, and in relation to what is established in article 25.1 of the Regulation Brussels I bis, it must be highlighted that the MNA adds an extra requisite for the validity of the jurisdiction clauses incorporated in the bill of lading. The requisite of independent and separate negotiation of the jurisdiction clauses, a requisite that is not fulfilled when a third-party becomes the holder of the bill of lading.

For the cases where the jurisdiction clause is invalid, article 469.2 establishes the following:

In contracts for the use of the ship, the competent Courts, to be chosen by the plaintiff, shall be those of:

- a) *The domicile of the defendant;*
- b) *Place where the contract is entered into*
- c) *Port of loading or unloading.*

What the Spanish legislator sought with this regulation was to avoid the abuses frequently detected in maritime traffic, echoing the abuses sometimes suffered by third-party holders of bills of lading who are forced to submit to foreign courts or international arbitration when in fact they have not negotiated the jurisdiction clauses or could even be unaware of them³⁶. The underlying conviction is that forcing domestic businesses that ship and receive goods to litigate small claims in a foreign jurisdiction may in practice lead to a denial of effective judicial protection³⁷. This explains why the MNA

³⁶ Marta Casado Abarquero, «Extensión al consignatario de los efectos de una cláusula de elección de foro prevista en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona No. 62/2020, de 24 de abril de 2020». *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, 2021, Vol. 13, N° 1: 779

³⁷ AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº573/2022, AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº574/2022 and AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022,

considers invalid the jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading by adding a requirement that is not fulfilled, and leaves on the hands of the plaintiff a wide choice of court that can confer jurisdiction to the Spanish courts.

3. *Relationship between national and European law*

Given the existence of two distinct legal sources -national and European- potentially applicable to the enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading, it becomes crucial to define the relationship between these two sources of law.

The European Union lacks any sovereignty and therefore, it has no regulating power per se. On the contrary, as established by the Treaty on the European Union (TEU), the contracting parties confer competences to the European Union to *attain objectives they have in common* (article 1) and these competences are governed by the principles of subsidiarity and proportionality (article 5). Furthermore, the TEU clarifies that the *competences not conferred to the [European] Union in the Treaties remain with the Member States*.

The categories and areas of competence that have been conferred to the European Union are set out in Title I of Part One of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU hereinafter). More precisely, article 4(2) (j) confers jurisdiction to the European Union in the area of justice. This competence is shared, which means that the Union and the Member States can legislate and adopt legally binding acts in that area, but the Member States *shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its competence (article 2(2) of TFEU)*. This means that the European Union has a preference to regulate, which implies that if the European Union exercises their power to regulate, Member States shall only regulate those aspects on which the European Union legislation does not act or on which the European Union legislation leaves room for state action³⁸.

Therefore, both Spain and the European Union have the competence to regulate jurisdiction in general, and the enforceability of jurisdiction clauses incorporated in a bill of lading against a third-party holder of that document in specific. However, given that it is a shared competence, it is paramount to bear in mind that the MNA can only regulate so far as the European Union has not regulated.

In addition, the principle of primacy is a key element to understand the relationship between national and European Union law. The principle of

nº575/2022

³⁸ Jorge Urbaneja Cillán, et al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020). 36-37

primacy rests upon the fundamental principle that in any conflict between a provision of a national law and a provision of European Union law, the European Union law will prevail. Primacy is essential to ensure the effective implementation of European Union policies and prevent Member States from leaving the European Union law without effects by simply establishing their own national laws hierarchically above³⁹

The principle of primacy has been established through the settled case law of the ECJ⁴⁰. It is not explicitly included in the TEU and the TFEU, however, the 17th declaration annexed to the TFEU includes a short concerning primacy annexed to it. This declaration acknowledges that the principle of primacy is a *cornerstone principle of Community law* that as the European Court of Justice (ECJ hereinafter) acknowledges is *inherent to the specific nature of the European Union*. At a national level, the principle of primacy was challenged before the Tribunal Constitucional de España (Spanish Constitutional Court), arguing that the principle of primacy violated the Spanish Constitution's supremacy. However, the Tribunal Constitucional explained that primacy is not a primacy of general scope but refers exclusively to the European Union's competences. Finally, the Court declared that the proclamation of the primacy of the European Union law does not contradict the supremacy of the Spanish Constitution⁴¹.

In summary, the European Union and Spain share the competence to regulate the applicability of jurisdiction clauses. However, Spain can only regulate to the extent that the European Union has not and in case of contradiction between both regulations, the European Union law, Regulation Brussels I bis in this case, prevails over the national law, the MNA in this case.

IV. JOINED CASES C-345/22, C-346/22 AND C-347/22

Article 25.1 of Regulation Brussels I bis and articles 251 and 468 of the MNA considered together have created several doubts which have been

³⁹ «Primacy of EU law (precedence, supremacy)», Eur-Lex, accessed on May 20th of 2024 <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/primacy-of-eu-law-precedence-supremacy.html>

⁴⁰ Judgement of the Court of 15 July 1964, as Case 6-64, *Flaminio Costa v E.N.E.L*, ECLI:EU:C:1964:66; Judgement of the Court of 17 December 1970, as Case 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114; Judgment of the Court of 9 March 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, Case 106/77, ECLI:EU:C:1978:49; and, Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 13 November 1990, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395

⁴¹ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005. Ref. Aranzadi, RTC 2004/256

reflected in repeated litigation before the Spanish courts. Because although it is true that Regulation Brussels I bis regulates the existence and validity of express agreement on jurisdiction, it is silent on their effectiveness of conveyance, leaving the task of solving this loophole on the hands of the CJEU⁴². Subsequently, on 16 May of 2022 the Audiencia Provincial de Pontevedra (Pontevedra Court, Pontevedra, Spain) agreed to requested for a preliminary ruling from the ECJ through judicial decrees⁴³, joining three similar cases that were on trial.

Two main answers were sought though this preliminary ruling. First, whether the validity of jurisdiction clauses extending to a third-party shall be analysed according to the law of the court which the parties have conferred jurisdiction. And second, whether national law establishing additional requirements for the validity of jurisdiction clauses incorporated in a bill of lading was contrary to Regulation Brussels I bis.

1. *The previous debate*

It is interesting to note that the debate on the enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading in Spain within the European Union framework had started long before the Audiencia Provincial de Pontevedra requested for a preliminary ruling. This is evidenced by the non-uniform jurisprudence that was being developed all around Spain. On one hand, some courts adjudicated the validity of the jurisdiction clauses in favour of other European Union courts and in consequence declared that Spanish courts lacked jurisdiction⁴⁴. On the other hand, considered the jurisdiction clause invalid and declared the Spanish courts to have jurisdiction⁴⁵.

⁴² Hernández Rodríguez, «Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima», 405

⁴³ AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº573/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2022/192011 AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº574/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2022/191029 and AAP de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº575/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2022/192275

⁴⁴ See for example: AAP de Valencia de 8 de noviembre de 2016, nº1620/2019, Ref. Aranzadi, JUR 2017/14921; AAP de Castellón de 23 de mayo de 2017 nº134/2017, Ref. Aranzadi, JUR 2018/26095; or, AAP de Vizcaya de 28 de marzo de 2018, nº236/2018, Ref. Aranzadi, JUR 2018/195432

⁴⁵ See for example: AAP Vizcaya de 7 de junio de 2019, nº940/2019, Ref. Aranzadi, JUR 2019/215225; AAP de Barcelona de 7 de octubre de 2019, nº167/2019, Ref. Aranzadi JUR 2019/293937; or AAP de Barcelona de 10 de junio de 2022 nº118/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2023/82645

Equally, the doctrine could not find any consensus. From one angle, some claimed that the application of articles 251 and 468 of the MNA were only to be applied when Regulation Brussels I bis was not applicable as they defended that these articles go against the EU law. In this direction, they argued that the application of articles 251 and 468 of the MNA respond to the undistinguished interest of the Spanish insurance companies and are unsustainable in a country that supports free trade, the market economy and is integrated in the European single market⁴⁶.

Contrarily, there were also experts claiming that the Spanish courts evaluating the jurisdiction clause should start their analysis from the application of article 468 of the MNA⁴⁷. These side also argued that articles 251 and 468 were necessary to break the trend of recognizing agreements that stipulated submission to foreign courts. They claimed that this recognition was causing clear damage to Spanish companies, which were suffering irrecoverable losses due to the enormous costs of litigation in foreign courts⁴⁸.

2. Preliminary ruling procedure

If a court or a tribunal of a member state has a question regarding the validity or the interpretation of acts of the European Union and considers that an answer to the question is necessary to enable to give a judgement, the court or the tribunal may request the ECJ to give a ruling thereon. This is done through the preliminary ruling process, which is established by article 267 of the TFEU. This article confers jurisdiction to the ECJ to give preliminary rulings on the interpretation and validity of European Union acts.

According to article 267 rising the question referred for a preliminary ruling is optional for the courts that do not judge at last instance. On the other hand, for the courts that decide at last instance, the Tribunal Supremo (Supreme Court) in case of Spain, requesting for a preliminary ruling is mandatory when a question relating to the validity or interpretation of European Union acts are in place, as the final resolution of the dispute depends on it.

⁴⁶ Aitor Zurimendi Isla, «Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de Navegación Marítima», *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N°18, 2016: 89-110 and Nerea Iráculis Arregui, «La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima», *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N°. 19, 2017: 173-208

⁴⁷ Ana María Sánchez-Horneros Adán, «La Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos», *Diario La Ley*, núm. 8802, 2016: 10-11

⁴⁸ Julio Carlos Fuentes Gómez, «La competencia judicial internacional en los litigios de derecho marítimo» (tesis doctoral, Comillas Universidad Pontificia, 2023), 426

Regarding the parties to the dispute, although they are not entitled to directly request for a preliminary ruling to ECJ, the role they play in practice is meaningful as they are the ones who plea necessary to determine the validity and the interpretation of European Union acts before the national courts.

When the request for a preliminary ruling is presented before the ECJ, the judicial process that is taking place at the national court is left pending. Once the ECJ receives the request for a preliminary ruling, an Advocate General is appointed, who along with the rest of the legitimated parties presents a written statement. An oral phase follows the written phase of the process, and finally, ECJ gives judgement. The judgement is given according to the competence that the ECJ has, that is, regarding the validity and interpretation of the European Union act, and not about the merits of the case. In consequence, the ECJ notifies the national court their judgement, and, afterwards, the national court, which is the one who has the competence to hear the case, gives judgement on the judgement⁴⁹.

To finish, it is worth noting that the judgement on the preliminary ruling is binding not only to the court that requested for the preliminary ruling but to all the courts and tribunals of all member states that are to adjudicate on the same legal matter. In addition, the judgements set a legal precedent that the ECJ is prone to follow in analogous cases⁵⁰.

3. *The disputes in the main proceedings: joined cases C-345/22 to C-347/22*

As aforementioned, the request for a preliminary ruling was done by three judicial decrees. This is because three different cases were on trial before the Audiencia Provincial de Pontevedra. These three cases were denominated as C-345/22, C-346/22 and C-347/22 by the ECJ.

In Case C-345/22, a contract for carriage of goods by sea was concluded on 9 April 2018 between Maersk Line Perú S.A.C. (Maersk hereinafter) and Aguafróst Perú, where Maersk was the carrier and Aguafróst was the shipper. The contract was evidenced by a bill of lading. The bill of lading included a jurisdiction clause according to which it would be “*governed and interpreted in accordance with English law and any disputes arising therefrom shall be submitted to the High Courts of Justice [(England & Wales) (United Kingdom)] of London [(United Kingdom)], the jurisdiction of the*

⁴⁹ Alfonso Ramos De Molins, Francisco Sanz Gandasegui And Begoña Rodríguez Díaz, *Manual de ámbito jurisdiccional comunitario e internacional: guía práctica para abogados ante la UE y el TEDH*. (Madrid: Dykson, 2015), 84-85

⁵⁰ Carl Otto Lenz. «The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure», *Fordham International Law Journal*. Volume 18, issue 2. 1994: 403

courts of another country being excluded". In addition, the clause allowed for the carrier to bring proceedings against the trader at the place where the trader carried their activity. On the other hand, Oversea Atlantic Fish SL (Oversea hereinafter), became a third-party holder of the bill of lading.

The issue on the validity of jurisdiction clauses rose when after the goods having arrived damaged, Allianz, the insurance company subrogated to Oversea's rights, brought legal action against Maersk before the Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra (Commercial Court No 3 Pontevedra, Spain) seeking compensation for damages.

Maersk argued that the Spanish courts had no jurisdiction to hear the case based on the jurisdiction clause that was incorporated in the bill of lading in favour of the English courts, but, the Court rejected Maersk's plea. In response, Maersk brought an internal appeal against such rejection. However, Maersk's request was once again dismissed, and the Court judged in favour of Allianz's claim acknowledging Allianz's right to be compensated. Maersk appealed the judgement before Audiencia Provincial de Pontevedra (Provincial Court, Pontevedra, Spain) claiming that the jurisdiction clause was enforceable against the third-party holder of the bill. The argument for the claim was that article 251 of the MNA was not to be applied given the contradiction that it presented against what establishes article 25 of the Regulation Brussels I bis.

Similarly, in Cases C-346/22 and C-347/22, contracts of carriage where concluded. In Case C-346/22, MACS is the carrier, Tunacor Fisheries Ltd is the shipper, Fortitude Shipping SL is the third-party holder of the bill of lading and Mapfre the insurance company that subrogated to Fortitude Shipping SL's rights. On the other hand, in Case C-347/22, Maersk is the carrier, Aguafrío Perú is the shipper, Oversea is the third-party holder of the bill of lading and Allianz is the insurance company that subrogated to Oversea's rights. In both cases, the contract between the carrier and the shipper was evidenced by a bill of lading that included a jurisdiction clause that conferred exclusive jurisdiction to the High Court of Justice (England & Wales) of London. Both contracts also established that the bill of lading was to be governed in accordance with English law.

In Cases C-346/22 and C-347/22 as well, the goods arrived damaged at the port of destination and the insurance companies subrogated to the third-party holder of the bill of lading brought action against the carriers. Similarly to what occurred in C-345/22, the carriers argued in the right procedural times that the jurisdiction clauses conferring jurisdiction to the English courts were applicable to the third-party holders of the bills of lading, and therefore, the Spanish courts lacked jurisdiction. With no success in the first instance where the courts ruled in favour of the insurance companies claims, the carriers brought an appeal against those judgements before Audiencia Provincial de Pontevedra (Provincial Court, Pontevedra, Spain).

4. *The questions referred for the preliminary ruling*

In the judicial decrees through which the Audiencia Provincial de Pontevedra agreed to request for a preliminary ruling, Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de junio de 2022, n°573/2022, Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de junio de 2022, n°574/2022 and Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de junio de 2022, n°575/2022, the Court expressed their belief that there is no problem for domestic law to contain a specific regulation in cases where the European Union law is not applicable. However, the Court explains that questions arise when domestic rules are intended to be of general application with the aim of filling the apparent gaps that arise in the application of the European Union law. And this is what they point out to be the reason behind the decision of requesting the preliminary ruling to the ECJ. More specifically, the questions referred for the preliminary ruling are the following:

- 1) When article 25 of Regulation Brussels I bis specifies that the validity of jurisdiction clauses is determined by the law of the Member State to which jurisdiction is conferred, does this encompass the specific question of whether the clause's extension to a third-party, not party to the original contract, is considered valid?
- 2) Is article 251 of the MNA, which requires a clause to be individually and separately negotiated to be enforceable against a third party, compatible with article 25 of Regulation Brussels I bis and the interpretations established by the case-law of the ECJ?
- 3) Can national laws, under the European Union law, introduce additional conditions for the validity of jurisdiction clauses in bill of lading regarding their effectiveness against third parties?
- 4) Does a provision like article 251 of the MNA introduce an additional validity requirement for jurisdiction clause that contradicts article 25 of Regulation Brussels I bis?

5. *The ECJ's judgement*

After the written and oral parts of the procedure, on 25 April 2024 the ECJ gave judgement. First, the Court added a preliminary observation referring to whether Regulation Brussels I bis applies to the specific cases where the jurisdiction clause confers jurisdiction to the United Kingdom. The Court explains that based on the Withdrawal Agreement and the fact that Allianz and Mapfre brought their respective actions before the end of the transition period on 31 December 2020, Regulation Brussels I bis applies to the main proceedings in dispute. However, it is important to highlight that a

jurisdiction clause in favour of the United Kingdom's courts is not a jurisdiction clause in favour of a member state anymore, and Regulation Brussels I bis is not applicable to those cases.

Afterwards, the ECJ analyses which law governs the enforceability of a jurisdiction clause against a third-party holder of the bill of lading. To finish, the Court answers questions two, three and four together as it is understood by the Court that what in essence is sought to know is if articles 251 and 468 of the MNA are contrary to article 25(1) of Regulation Brussels I bis.

A. The applicable law governing the extension of jurisdiction clause to third parties

Regarding this question, the ECJ acknowledges that the first sentence or article 25(1) of Regulation Brussels I bis does not specify if the jurisdiction clause can be enforceable to a third party that later succeeds, complete or partially, to the rights and obligations of one of the contractual parties, as they already had in previous judgements⁵¹.

The ECJ explains that the jurisdiction clause is enforceable against a third-party only when this third-party has succeeded a contractual party wholly in their rights and obligations in accordance with the law that is applicable according to the national substantive law. In this sense, the ECJ explains on that while the law of the designated court determines the substantive validity of a jurisdiction clause, the enforceability of that clause against a third-party holder of the bill of lading focuses on the effects of the jurisdiction clause and not the validity. And therefore, the assessment of the enforceability, which determines if the third-party has succeeded wholly a contractual party, comes after establishing the clause's substantive validity.

Consequently, the ECJ concludes the following in paragraph 54 of the judgement:

“...in the present case, the referring court were to find that Oversea and Fortitude, as third-party holders of bills of lading, are respectively subrogated to all of the rights and obligations of Aquafrost and Tunacor Fisheries, as shippers and therefore original parties to the contracts of carriage at issue in the main proceedings, that court would have to conclude therefrom, in accordance with Article 25(1) of the Brussels Ia Regula-

⁵¹ Judgement of the Court (First Chamber) of 7 February 2013, as C-543/10, Re-fcomp SpA v Axa Corporate Solutions Assurance SA, para. 25, ECLI:EU:C:2013:62; Judgement of the Court (First Chamber) of 20 April 2016, as C-366/13, Profit Investment Sim SpA v Stefano Ossi, para. 23, ECLI:EU:C:2016:282; and, Judgement of the Court (First Chamber) of 18 November 2020, as C-519/19, Ryanair DAC v DelayFix, para. 40, ECLI:EU:C:2020:933

tion, as interpreted by the case-law of the Court, that the jurisdiction clauses at issue in those cases are enforceable against those third parties. By contrast, that provision is not relevant to the examination of whether those third parties are subrogated to all of the rights and obligations of those shippers, since that subrogation is governed by national substantive law as established by applying the rules of private international law of the Member State of the referring court.”

On those grounds, the ECJ rules as it follows:

“Article 25(1) of 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 must be interpreted as meaning that the enforceability of a jurisdiction clause against the third-party holder of the bill of lading containing that clause is not governed by the law of the Member State of the court or courts designated by that clause. That clause is enforceable against that third party if, on acquiring that bill of lading, it is subrogated to all of the rights and obligations of one of the original parties to the contract, which must be assessed in accordance with national substantive law as established by applying the rules of private international law of the Member State of the court seized of the dispute.”

B. The compatibility of articles 251 and 468 of MNA with article 25(1) of Regulation Brussels I bis

To begin, the ECJ explains that jurisdiction clauses are enforceable against a third-party holder of the bill of lading as long as two conditions are met. First, the clause must be deemed valid in the original contract of carriage between the carrier and the consignor. Second, according to the applicable national law, as determined by the rules of private international law of the member state to which the court hearing the dispute belongs, when the third-party acquires the bill of lading they must have succeeded to wholly to the rights and obligations of one of the original parties to the contract. Therefore, in cases C-345/22 to C-345/22, the Spanish Court, must have checked whether the third party had succeeded in the rights of the consignor, and if they had succeeded, there would be no need to check that the third-party had agreed to the jurisdiction clause. That is, if the applicable law to the substance were the Spanish law, the succession of the third-party in the place of the consignor would be analysed in accordance with the MNA.

However, the Court expresses its agreement with the General Advocate when this argued in the written part of the preliminary ruling process that article 251 in conjunction with article 468 *“has the effect of circumventing Article 25(1) of the Brussels Ia Regulation, as interpreted by the case-law of*

the Court and is therefore contrary to thereto"⁵². To this, it is added that the effects of applying articles 251 and 468 have infringe the jurisprudence established by the judgement of 9 November 2000, Coreck, since it would mean granting the third-party more rights than what the original contract parties had, as they would be allowed to not be bound to the jurisdiction clause⁵³.

Inevitably, the ECJ concludes that the application of articles 251 and 468 of the MNA, where succession is partial and a separate and individual negotiation of jurisdiction clauses is required for the clause to be enforceable against a third-party, breaches the European Union law. In consequence, the Court reminds that the principle of primacy obliges national court to interpret, as far as possible, domestic law in accordance with European Union law to guarantee the effectiveness of them. Furthermore, the principle of primacy forces national judges to apply European Union law when the application of the national law is not compatible with the European Union law. That is, it is imperative for national judges and courts to leave unimplemented when this contradicts with the European Union law.

In the light of all of the above, the court rules as follows:

“Article 25(1) of Regulation No 1215/2012 must be interpreted as precluding national legislation under which a third party to a contract for the carriage of goods concluded between a carrier and a shipper, who acquires the bill of lading evidencing that contract and thereby becomes a third-party holder of that bill of lading, is subrogated to all of the shipper’s rights and obligations, with the exception of those arising under a jurisdiction clause incorporated in the bill of lading, where that clause is enforceable against that third party only if the third party has negotiated it individually and separately.”

V. CONCLUSION

To determine the enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading in the European Union framework where Regulation Brussels I bis is applicable, the first step is to look at the material validity of the jurisdiction clause according to the law of the Member State that is hearing the case. The second step is to determine whether the third-party has succeeded a contractual party following the national law applicable to the substance that is applicable according to the rules of private

⁵² Opinion of Advocate General Collins. *Joined Cases C-345/22 to C-347/22*. 16 November 2022. par.61

⁵³ Judgement of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000, as C-387/98 *Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV and Others*, Rec. 2000, p.I-09337, ECLI:EU:C:2000:606

international law. The third step is to look at if the jurisdiction clause confers jurisdiction to the court of a member state. If the rules of private international law determine that the applicable law is the Spanish law, articles 251 and 468 of the MNA would have to be left aside as they are contradictory to article 25(1) of Regulation Brussels I bis. In consequence, the jurisdiction clause that confers jurisdiction to a European Union member state, is enforceable against a third-party holder of the bill of lading.

On the contrary, if Regulation Brussels I bis is not applicable to the case because it is outside its scope of application and the applicable law to the substance of the case is the Spanish law, then articles 251 and 468 are applied, and in consequence, given that the individual and separate negotiation requirements are not met, the jurisdiction clause would not be enforceable against a third-party holder of the bill of lading.

VI. BIBLIOGRAPHY

- Arroyo Martínez, Ignacio. *Compendio de derecho marítimo*. 5.^a edición. Madrid: Tecnos, 2014
- Badiola Coca, Silvia. *La responsabilidad del porteador marítimo*. Barcelona: J.M. Bosch, 2022
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis and Carrascosa González Javier. *Derecho internacional Privado. Volumen I*. Decimoctava edición. Granada: Comares, 2018
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis and Carrascosa González Javier. *Compendio de Derecho Internacional Privado*. Segunda edición. Murcia: Rapid Centro Color, 2020
- Campuzano Díaz, Beatriz, Andrés Rodríguez Benot, M^a Ángeles Rodríguez Vázquez and Alfonso Ybarra Bores, *Manual de derecho internacional privado*. 10^a edición. Madrid: Tecnos, 2023.
- Casado Abarquero, Marta. «Extensión al consignatario de los efectos de una cláusula de elección de foro prevista en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona No. 62/2020, de 24 de abril de 2020». *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, 2021, Vol. 13, N^o 1: 775-784
- Del Corte López, Javier. «El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque». En *Los contratos sobre el buque en derecho español. Análisis práctico*, 145-168. Madrid: Dykinson, 2018
- Esplugues Mota, Carlos and Palao Moreno, Guillermo. *Derecho internacional privado*. 17.^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023
- Eur-Lex. «Primacy of EU law (precedence, supremacy)». Last accessed on May 20th of 2024. <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/primacy-of-eu-law-precedence-supremacy.html>
- Fuentes Gómez, Julio Carlos. «La competencia judicial internacional en los litigios de derecho marítimo». Tesis doctoral. Comillas Universidad Pontificia, 2023
- Hernández Rodríguez, Aurora. «Las cláusulas de elección de foro en los contratos de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

- Los arts. 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo, 2023, Vol. 15, Nº1): 403-421
- Instituto Español de Comercio Exterior. «Transporte. Conocimiento de Embarque Marítimo». Accessed on April 9th of 2024 <https://www.icex.es/es/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/tramites-gestiones-exportacion/documentos-generales/documentos-de-transporte/conocimiento-embarque-maritimo>
- Iráculis Arregui, Nerea. «La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima», *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, Nº .19, 2017: 173-208
- Langelan Osset, Francisco de Borja. «Consideraciones normativas sobre las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque a la luz de la jurisprudencia de las audiencias provinciales». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Enero 2020, nº39, pp.163-189
- Lenz, Carl Otto. «The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure». *Fordham International Law Journal*. Volume 18, issue 2. 1994: 388-409
- Llorente Gómez De Segura, Carlos. «El contrato de fletamento». En *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, 153-165. Madrid: Dykinson. 2015
- Llorente, Carlos. «Los documentos del transporte». En *Los contratos sobre el buque en derecho español*. 187-206. Madrid: Dykinson, 2018
- McLaughlin, Chester B. Jr. «The Evolution of the Ocean Bill of Lading». *The Yale Law Journal*. March 1926, Vol. 35, No. 5, pp.548-570
- Opinion of Advocate General Collins. Joined Cases C-345/22 to C-347/22. 16 November 2022
- Pulido Begines, Juan Luis. *Curso de Derecho Marítimo de la Navegación Marítima*. Madrid: Tecnos, 2015
- Ramos De Molins, Alfonso, Francisco Sanz Gandasegui, And Begoña Rodríguez Díaz. *Manual de ámbito jurisdiccional comunitario e internacional: guía práctica para abogados ante la UE y el TEDH*. Madrid: Dykson, 2015
- Sánchez-Horneros Adán, Ana María, «La Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos». *Diario La Ley*, núm. 8802, 2016: 1400-1433
- United Nations Trade & Development. «The Rotterdam Rules», accessed on April 9th of 2024. <https://unctad.org/topic/transport-and-trade-logistics/policy-and-legislation/international-maritime-transport-law/rotterdam-rules>
- United Nations Treaty Collection. «United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978». Accessed on April 9th of 2024. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XI-D-3&chapter=11&clang=_en
- United Nations Treaty Collection. «United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea». Accessed on April 9th of 2024 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XI-D-8&chapter=11&clang=_en
- Urbaneja Cillán, Jorge, Millán Requena Casanova and Carolina Soler García. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020

Van Calster, Geert. *European Private International Law*. Second edition, Oxford Hart, 2019

«Maritime transport», World Trade Organisation, accessed on April 3rd of 2024 https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/transport_e/transport_maritime_e.htm

Zurimendi Isla, Aitor. «Las cláusulas de jurisdicción and arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de Navegación Marítima». *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N°18, 2016: 89-110

VII. SOURCES

1. Legislation

A. International treaties

United Nations Convention on the Carriage of Goods by sea, signed at Hamburg on 31 March 1978. *United Nations Treaty Collection*, 31 March 1978

Protocolo de 21 de diciembre de 1979, que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 25 de agosto de 1924 («Gaceta de Madrid» de 31 de julio de 1930), enmendado por el Protocolo de 23 de febrero de 1968, firmado en Bruselas el 23 de febrero de 1968. Instrumento de ratificación de España de 16 de noviembre de 1981. *Boletín oficial del Estado*, 11 de febrero de 1984, p.3674

Treaty of European Union, signed at Maastricht on 7 February of 1992. *Official Journal of the European Communities*, 29 July 1992, pp.4

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon on 13 December 2007. *Official Journal of the European Communities*, 17 December 2007

United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, signed at New York on 11 December 2008. *United Nations Treaty Collection*, 11 December 2008

B. European Union law

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 (recast), *Official Journal of the European Union* n° . L 351/1, from 20 December 2012

C. Spanish national law

España. Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 2014, n°180, p.59193

2. Jurisprudence

A. European Court of Justice (ECJ)

- Judgement of the Court of 15 July 1964, as Case 6-64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66
- Judgement of the Court of 17 December 1970, as Case 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114
- Judgment of the Court of 9 March 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, Case 106/77, ECLI:EU:C:1978:49
- Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 13 November 1990, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395
- Judgement of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000, as C-387/98 *Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV and Others*, ECLI:EU:C:2000:606
- Judgement of the Court (First Chamber) of 7 February 2013, as C-543/10, *Refcomp SpA v Axa Corporate Solutions Assurance SA*, ECLI:EU:C:2013:62
- Judgement of the Court (First Chamber) of 20 April 2016, as C-366/13, *Profit Investment Sim SpA v Stefano Ossi*, ECLI:EU:C:2016:282
- Judgement of the Court (First Chamber) of 18 November 2020, as C-519/19, *Ryanair DAC v DelayFix*, ECLI:EU:C:2020:933
- Judgement of the Court (Sixth Chamber) of 25 April 2024, as *Joined Cases C-345/22 to C-347/22, Maersk A/S and Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA v Allianz Seguros y Reaseguros SA and MACS Maritime Carrier Shipping GmbH & Co*, ECLI:EU:C:2024:349

B. Tribunal Constitucional (Constitutional Court)

- Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005. Ref. Aranzadi, RTC 2004/256

C. Audiencia Provincial (Provincial Court)

- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de noviembre de 2016, nº1620/2019, Ref. Aranzadi, JUR 2017/14921
- Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de mayo de 2017 nº134/2017, Ref. Aranzadi, JUR 2018/26095
- Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 28 de marzo de 2018, nº236/2018, Ref. Aranzadi, JUR 2018/195432
- Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7 de junio de 2019, nº940/2019, Ref. Aranzadi, JUR 2019/215225
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2019, nº167/2019, Ref. Aranzadi JUR 2019/293937
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de junio de 2022 nº118/2022, Ref. Aranzadi, JUR 2023/82645

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº573/2022,
Ref. Aranzadi, JUR 2022/192011
Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº574/2022,
Ref. Aranzadi, JUR 2022/191029
Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de junio de 2022, nº575/2022,
Ref. Aranzadi, JUR 2022/192275

Jurisprudencia

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y NORMAS
DE DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN
EUROPEA EN EL DEPORTE: ESPECIAL
REFERENCIA A LA SENTENCIA TJUE *FIFA C. L.
DIARRA* (ASUNTO C650/22)

*Free movement of persons and EU Competition Law in
sports: special reference to the CJEU in FIFA v. L. Diarra
(Case C-650/22)*

Gabriel Martín Rodríguez
Universidad Rey Juan Carlos, España

<https://doi.org/10.18543/ed.3219>

Fecha de recepción: 09.12.2024

Fecha de aprobación: 09.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

Resumen

El presente trabajo centra sus esfuerzos en tratar un ámbito del derecho de la Unión Europea de especial actualidad: el deporte. Las particularidades de la política deportiva en la Unión Europea, a la luz del marco jurídico definido en el Tratado de Lisboa aprobado en 2007, son sobresalientes, teniendo en cuenta las diferentes aristas que vertebran esta materia: la libre circulación de personas, las normas de libre competencia o las condiciones de desarrollo laboral, son algunas de las cuestiones que pretendemos abordar a continuación. En particular, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *FIFA c. L. Diarra* (asunto C650/22), resuelta a través del planteamiento de una cuestión prejudicial por la Corte de Apelación de Mons (Bélgica), permite hacer un estudio pormenorizado que incardina elementos de las instituciones y políticas de la UE con los principios del derecho de la UE más consolidados por la jurisprudencia del TJUE, como son la proporcionalidad o la libre competencia.

Palabras clave

Derecho; deporte; Unión Europea; libre circulación; normas de competencia.

Abstract

This paper focuses on a particularly timely area of European Union law: sports. The unique characteristics of sports policy within the European Union, as defined by the legal framework established in the Treaty of Lisbon adopted in 2007, are notable, given the multifaceted nature of the subject. Key issues such as the free movement of persons, competition rules, and labor development conditions are among the matters we aim to address herein. In particular, the recent judgment of the Court of Justice of the European Union in *FIFA v. L. Diarra* (Case C-650/22), resolved through a preliminary ruling referred by the Court of Appeal of Mons (Belgium), provides an opportunity for a detailed analysis. This case intertwines elements of EU institutions and policies with fundamental principles of EU law as firmly established in the jurisprudence of the CJEU, such as proportionality and free competition.

Keywords

Law; sport; European Union; free movement; competition rules.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. POLÍTICA DEL DEPORTE EN LA UNIÓN EUROPEA. 1. Evolución. 2. Marco jurídico. 3. El papel de la Comisión Europea. 4. La actuación del Consejo de Europa. III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE. 1. La actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a la sentencia TJUE, de 4 de octubre de 2024, *FIFA c. L. Diarra (asunto C-650/22)*. A) Libre circulación de personas (art. 45 TFUE). B) Principio de proporcionalidad. C) Normas y derecho de competencia (art. 101 TFUE). IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa introdujo, por primera vez, una referencia al deporte dentro de las competencias de apoyo otorgadas a la Unión Europea. Aunque esta mención es, de hecho, relativamente reciente, la cuestión de la compatibilidad entre la práctica del deporte profesional y el acervo comunitario no es nueva. La primera intervención del juez comunitario en este ámbito data de 1974, es decir, más de treinta años antes de la mención del deporte en los artículos 6 y 165 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A nivel europeo, el deporte fue, en un principio, considerado por el Tribunal de Justicia y la Comisión Europea como una simple actividad económica. En este sentido, era necesario evaluar cómo la práctica deportiva, especialmente a nivel profesional, podía articularse con las libertades de circulación de los trabajadores, las normas de competencia o las reglas sobre la prestación de servicios. Paradójicamente, fue en el momento en que el deporte europeo se transformó, a imagen del deporte estadounidense, en una verdadera industria, cuando la Unión Europea comenzó a interesarse por la especificidad de esta actividad, concentrándose especialmente en la protección de la integridad de los jugadores o en las medidas necesarias para garantizar la equidad en las competiciones. De este modo, intenta trazar los contornos de un auténtico modelo deportivo europeo, retomando en ello algunos avances del Consejo de Europa.

No obstante, varios obstáculos limitan la aparición de una verdadera política deportiva europea. La Unión Europea solo dispone de competencias reducidas en este ámbito y el "terreno de juego" excede ampliamente sus fronteras. Sin embargo, cuenta con una capacidad real para insuflar un nuevo espíritu al deporte europeo y podría, de esta manera, moderar los excesos observados en varias disciplinas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a través de la sentencia de 4 de octubre de 2024 en el caso *C-650/22*, resolvió que ciertas disposiciones del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores

(RETJ) de la FIFA son contrarias al Derecho de la Unión, al vulnerar los principios de libre circulación de trabajadores y de competencia transfronteriza establecidos en los artículos 45 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El litigio surgió de una reclamación del exfutbolista Lassana Diarra, quien denunció que estas normas le impidieron fichar por el Royal Charleroi S.C. en 2014, al verse sometido a sanciones derivadas de su rescisión contractual con el Lokomotiv de Moscú. La normativa de la FIFA, en particular los artículos 17.2, 17.4, 9.1 y el apartado 8.2.7 del Anexo 3 del RETJ, impone responsabilidades solidarias a los clubes que contratan a jugadores que rescinden unilateralmente sus contratos, presume automáticamente que estos clubes han inducido a la rescisión y prohíbe la emisión del Certificado de Transferencia Internacional (CTI) mientras exista un litigio contractual entre el jugador y su anterior club. Estas disposiciones generan barreras jurídicas, económicas y deportivas que, según el TJUE, disuaden a los clubes de contratar a jugadores en estas circunstancias y limitan gravemente la movilidad laboral de los futbolistas, afectando su capacidad de competir en otros Estados miembros.

El TJUE rechazó los argumentos de la FIFA basados en la protección de los trabajadores, señalando que no tiene prerrogativas en esta área. Aunque reconoció que la estabilidad de las plantillas podría ser un objetivo legítimo, consideró que las medidas adoptadas no respetan el principio de proporcionalidad, ya que imponen restricciones indiscriminadas y no objetivas. Asimismo, concluyó que estas normas restringen gravemente la competencia entre clubes, al impedir de facto la contratación unilateral de jugadores, y se asemejan a acuerdos de no captación que compartimentan el mercado laboral del fútbol, limitando las transferencias a negociaciones entre clubes. Estas restricciones, calificadas por el TJUE como muy perjudiciales para la competencia, dificultan el acceso de los clubes a un recurso clave como los jugadores de alto nivel.

La sentencia sigue la línea jurisprudencial del TJUE en los casos *European Superleague Company (C-333/21)*¹, *Royal Antwerp Football Club (C-680/21)*² y *ISU (C-124/21)*³, además de otros precedentes que

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2023 (asunto C-333/21): *European Superleague Company c. Fédération internationale de football association (FIFA) y Union des associations européennes de football (UEFA)*. Decisión prejudicial.

² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2023 (asunto C-680/21): *UL, Royal Antwerp Football Club c. Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*. Decisión prejudicial.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2023 (asunto C-124/21): *International Skating Union c. Comisión Europea*. Recurso de casación.

señalaremos a continuación, reafirmando la necesidad de que las normas de los organismos reguladores del deporte respeten tanto el derecho a la libre circulación como las reglas de competencia de la Unión Europea. Aunque el tribunal nacional será el encargado de aplicar estas conclusiones al caso concreto, el fallo deja abierta la posibilidad de que los jugadores afectados por estas disposiciones puedan reclamar indemnizaciones por los daños sufridos. Esta decisión también refuerza la doctrina del TJUE sobre la gobernanza de los organismos deportivos y su compatibilidad con el marco jurídico europeo.

II. POLÍTICA DEL DEPORTE EN LA UNIÓN EUROPEA

1. *Evolución*⁴

El lanzamiento del Foro Europeo del Deporte en 1991, bajo los auspicios de la Comisión Europea, marcó el primer indicio de atención a las cuestiones deportivas en Bruselas. Este foro, diseñado para reunir anualmente a organizaciones deportivas y representantes de los gobiernos de los Estados miembros, tenía como objetivo elaborar recomendaciones sobre los problemas específicos del ámbito deportivo. Actualmente, el Foro cuenta con 250 delegados, entre ellos dirigentes del Comité Olímpico Internacional (COI), comités olímpicos europeos, federaciones europeas, organizaciones de todos los deportes, asociaciones de ligas, clubes y deportistas.

El Tratado de Ámsterdam, adoptado en 1997, hizo por primera vez referencia a la política deportiva en una declaración anexa. Este breve texto subraya "la importancia social del deporte y, en particular, su papel como vínculo de identidad y unión entre las personas". Además, las instituciones de la Unión Europea fueron instadas a consultar a las asociaciones deportivas en asuntos importantes relacionados con el deporte. La declaración también destacó las particularidades del deporte amateur.

En esta línea, el Consejo Europeo reunido en Viena los días 11 y 12 de diciembre de 1998 solicitó a la Comisión la elaboración de un informe sobre el deporte. Este proceso incluyó la organización de las "Jornadas del Deporte" en Olimpia, del 20 al 23 de mayo de 1999. El informe fue presentado al Consejo Europeo de Helsinki en diciembre de 1999.

Dado el desarrollo económico del deporte, su internacionalización y el aumento de su popularidad, el Informe de la Comisión sobre la Salvaguarda de las Estructuras Deportivas Actuales y el Mantenimiento de la Función

⁴ Sobre la Historia de la Unión Europea la obra más completa es la realizada por el profesor Rogelio Pérez-Bustamante (Pérez-Bustamante González de la Vega, 2008)

Social del Deporte en el Marco Comunitario (conocido como "Informe de Helsinki") señaló que dicha evolución podría debilitar su función educativa y social. El documento destacó, entre otras cuestiones, tres riesgos:

- Consecuencias para la salud física y mental de los jóvenes, cada vez más atraídos por el carácter lucrativo de las carreras deportivas en detrimento de su formación.
- Impacto negativo sobre el principio de solidaridad financiera entre el deporte amateur y el profesional.
- Sobrecarga de los calendarios deportivos, lo que incrementaba el riesgo de dopaje (Alzina Lozano, 2020, 68).

El informe instó a la Unión Europea y al movimiento deportivo a valorar el papel educativo del deporte y a combatir el dopaje. También enfatizó la necesidad de clarificar el marco jurídico del deporte. El texto incorporó algunas conclusiones de las Jornadas del Deporte, según las cuales "el deporte debe ser capaz de adaptarse al nuevo marco comercial en el que opera, sin perder su identidad ni su autonomía, que subrayan sus funciones sociales, culturales, sanitarias y educativas". Asimismo, el informe abordó las implicaciones de las resoluciones del Tribunal de Justicia⁵, las diferencias en la legislación fiscal entre los Estados miembros, los problemas relacionados con los derechos de retransmisión televisiva y el sistema de transferencias de jugadores, que la Comisión consideró basado en indemnizaciones arbitrarias sin relación con los costes de formación, lo cual debía ser prohibido.

En sus conclusiones, el informe destacó los principios de integridad y autonomía del deporte, sentando las bases de un verdadero modelo deportivo europeo. En este contexto, el sistema de ascensos y descensos se consideró un distintivo del deporte europeo, ya que premia el mérito deportivo. Además, se subrayó la necesidad de regular la adquisición de clubes deportivos por entidades comerciales para preservar las estructuras y la ética deportiva. También se priorizó la lucha contra el dopaje y el "mercadeo" de jóvenes deportistas, instando a la Comunidad, los Estados miembros y las federaciones a trabajar conjuntamente en favor de este modelo.

Tras el Informe de Helsinki, el Consejo Europeo de Niza, celebrado los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, adoptó una "*Declaración relativa a las características específicas del deporte y sus funciones sociales en Europa*". Esta declaración estableció principios generales, dada la ausencia de una verdadera competencia comunitaria en la materia. En ella, el Consejo reiteró su deseo de preservar: a) La cohesión y solidaridad entre los diferentes niveles

⁵ Con especial atención a la sentencia *Bosman*.

de práctica deportiva; b) la equidad en las competiciones; y c) los intereses morales y materiales, así como la integridad física de los deportistas, especialmente los jóvenes.

Los Estados miembros fueron instados a fomentar el voluntariado deportivo, reconociendo su papel económico y social. El Consejo subrayó la importancia del papel de las federaciones deportivas y reafirmó su compromiso con la autonomía de las organizaciones deportivas y su derecho a autoorganizarse. Además, se destacó la relevancia de las políticas de formación para jóvenes deportistas, alentando a los Estados miembros a investigar las transacciones comerciales que involucren a deportistas menores de edad.

El Libro Blanco sobre el Deporte, publicado por la Comisión Europea en 2007, marcó un punto de inflexión en la elaboración de una política deportiva europea, abordando el papel social, la dimensión económica y la organización del deporte en Europa. Incluyó iniciativas concretas en el "*plan de acción Pierre de Coubertin*", destacando la especificidad del deporte desde dos perspectivas: las actividades y reglas inherentes al deporte, como la incertidumbre de resultados y el equilibrio competitivo, y las estructuras deportivas, como la autonomía organizativa, la solidaridad y la estructura piramidal de las competiciones. El documento subrayó que las restricciones al mercado, inherentes a la organización deportiva, no violan el derecho comunitario si son proporcionales al interés deportivo legítimo.

El Libro Blanco fomentó directrices sobre actividad física, el apoyo a la inclusión social mediante programas europeos y la lucha contra el dopaje a través de colaboración entre la Unión Europea, los Estados miembros y actores como la AMA. También destacó la importancia del voluntariado, el combate a la discriminación y el racismo en el deporte, y la promoción de un marco jurídico para prevenir comportamientos antisociales y garantizar el orden en eventos deportivos.

Respecto a la libre circulación, se respaldó la compatibilidad de los cupos de jugadores formados localmente con las normas comunitarias, siempre que no implicaran discriminación directa por nacionalidad. En el ámbito económico, se resaltó la importancia de mantener tasas reducidas de IVA para el deporte, analizar el impacto de agentes de jugadores y establecer un sistema de licencias para clubes profesionales que garantice buena gobernanza, transparencia financiera y protección de menores.

Por último, se impulsó un diálogo estructurado entre los socios sociales del sector deportivo, ejemplificado en el fútbol con acuerdos como el de 2012 sobre contratos mínimos para jugadores profesionales. Además, se promovió el proyecto "*Contenido y Contacto*" para establecer un comité de diálogo social sectorial en el deporte, consolidando la cooperación europea en este ámbito.

2. Marco jurídico

El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, estableció una base jurídica específica para el deporte dentro del derecho comunitario. El artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) otorga a la Unión una competencia para realizar acciones destinadas a apoyar, coordinar o complementar las iniciativas de los Estados miembros en el ámbito del deporte⁶. Sin embargo, esta competencia de apoyo no permite a la Unión armonizar las disposiciones legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, ni adoptar actos legales obligatorios, como reglamentos o directivas. En consecuencia, su acción se limita a formular posiciones o recomendaciones y a facilitar la cooperación entre los Estados miembros en cuestiones deportivas (Martín Rodríguez, 2024, 454)⁷.

La integración del deporte en las políticas europeas se extiende al artículo 165 del mismo tratado. Este artículo establece que la Unión contribuye a la promoción de los “desafíos europeos del deporte”⁸. También reconoce las

⁶ Artículo 6 TFUE: *La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: (...) e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte; (...)*

⁷ Prácticamente se mantuvo la misma redacción y disposición que se había dado a la materia en el Tratado constitucional de 2004, a través del Grupo de Trabajo (V) de la Convención Europea, sobre *Competencias Complementarias*. Ver en MARTÍN RODRÍGUEZ, G., 2024, *La Europa de la Convención: un modelo constitucional para la Unión Europea*. Aranzadi, p. 454.

⁸ Artículo 165 TFUE:

1. (...) *La Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa.*
2. *La acción de la Unión se encaminará a:*
 - *(7º): desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura en las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente la de los más jóvenes.*
3. *La Unión y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en materia de educación y de deporte y, en particular, con el Consejo de Europa.*
4. *Para contribuir a la realización de los objetivos contemplados en el presente artículo:*
 - *el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros,*
 - *el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, recomendaciones.*

especificidades del deporte, destaca el papel del voluntariado e insiste en su función social y educativa. La acción de la Unión se orienta a desarrollar la dimensión europea del deporte promoviendo la equidad y apertura en las competiciones deportivas, así como la cooperación entre los órganos responsables del deporte. Asimismo, subraya el papel de la Unión en la protección de la integridad física y moral de los deportistas, especialmente de los más jóvenes. Paralelamente, la Unión y los Estados miembros fomentan la cooperación con terceros países y con organizaciones competentes en materia deportiva, en particular con el Consejo de Europa. Además, el artículo 165 proporciona una base legal para la creación de un programa de financiación específico para proyectos deportivos.

La inclusión del deporte en el Tratado de Lisboa materializa un cambio de enfoque iniciado con la declaración anexa al Tratado de Ámsterdam más de una década antes. El deporte ya no se considera únicamente una actividad económica sujeta a las reglas del mercado interior. Ahora, la Unión Europea debe velar por el desarrollo de un auténtico modelo deportivo europeo, aunque los “desafíos europeos del deporte” aún no estén claramente definidos.

Cabe destacar que el Tratado promueve la apertura en las competiciones deportivas, una mención significativa que, junto con la referencia al voluntariado, permite delinear un modelo europeo de deporte en contraposición al enfoque del deporte espectáculo predominante en Estados Unidos.

3. *El papel de la Comisión Europea*

El Libro Blanco de 2007 no se limita a promover la noción de especificidad deportiva. La Comisión Europea recuerda que, aunque el deporte cumple importantes funciones recreativas, culturales, sociales, educativas y sanitarias que deben ser garantizadas, también genera —especialmente en el ámbito profesional— una serie de actividades comerciales, como la venta de entradas, la publicidad, la cesión de derechos de retransmisión audiovisual y los traspasos de atletas. El documento refleja, por tanto, un enfoque dual de la Comisión, que oscila entre la defensa del acervo comunitario y la promoción de un modelo deportivo europeo.

La primera etapa consiste en determinar si la asociación deportiva que adoptó la norma debe considerarse como una empresa o una asociación de empresas. Se considera empresa si realiza una actividad económica, como la venta de derechos de radiodifusión. Por otro lado, se considera una asociación de empresas si sus miembros llevan a cabo actividades económicas. La Comisión debe evaluar hasta qué punto el deporte puede considerarse una actividad económica. En este análisis, el carácter *amateur* del deporte no tiene relevancia. En ausencia de una actividad económica, no se aplican las normas de competencia. De lo contrario, la Comisión debe comprobar si la

disposición adoptada por la asociación restringe la competencia o constituye un abuso de posición dominante.

Posteriormente, la Comisión examina el contexto global en el que se adoptó la norma deportiva y los objetivos que persigue. A continuación, evalúa si las restricciones impuestas son inherentes a la consecución de esos objetivos y si las disposiciones son proporcionales a los fines perseguidos. Además, analiza si la regla afecta al comercio entre los Estados miembros y, por último, si los efectos beneficiosos de la norma superan a los restrictivos, de acuerdo con el artículo 101, apartado 3, del TFUE.

En su presentación, la Comisión subrayó que cada norma deportiva debe ser examinada individualmente y que no es posible establecer una lista exhaustiva de reglas deportivas que violen las disposiciones comunitarias sobre libertad de competencia. Sin embargo, la Comisión considera que la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE es lo suficientemente flexible para tener en cuenta la especificidad del deporte.

4. *La actuación del Consejo de Europa*

El Consejo de Europa aporta un valor añadido significativo para la elaboración de una política deportiva europea. Sus principales fortalezas radican en su área de influencia geográfica —47 Estados miembros, comparables a las 54 federaciones nacionales inscritas en la UEFA, por ejemplo— y en los textos adoptados en materia deportiva durante más de 45 años. Una de las primeras intervenciones del Consejo en este ámbito se centró en el dopaje. En 1967, la resolución 67 (12) instó a los Estados miembros a dotarse de una regulación específica al respecto.

En 1975, los ministros europeos del deporte lanzaron la Carta Europea del Deporte para Todos, que fue adoptada oficialmente el 24 de septiembre de 1976. Este texto respondía al llamamiento realizado por los miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1970, solicitando el desarrollo del deporte para todos y la creación de estructuras europeas de coordinación. La carta subraya que los valores del deporte contribuyen a la realización de los ideales del Consejo de Europa y sirve como base para la Carta Europea del Deporte, adoptada en 1992, destinada a proporcionar un conjunto de principios comunes a todos los Estados miembros.

La Carta Europea consta de 13 artículos y tiene como objetivo fomentar que los gobiernos promuevan el deporte como un factor esencial para el desarrollo humano. También prioriza la protección y el desarrollo de las bases morales y éticas del deporte, asegurando la dignidad humana y la seguridad de quienes participan en actividades deportivas. El texto reconoce la primacía de las organizaciones privadas, destacando que el papel de las autoridades públicas es principalmente complementario al de los movimientos

deportivos. En el Anexo a la Carta, se encuentra el Código de Ética Deportiva, adoptado ese mismo año, pone énfasis en los valores tradicionales del deporte: juego limpio (*fair play*), espíritu deportivo y voluntariado. Su objetivo principal es formar a los jóvenes en estos valores y combatir las presiones que la sociedad moderna ejerce sobre el deporte.

Desde 1978, el Consejo de Europa ha establecido un Fondo para el Deporte, financiado mediante contribuciones anuales de los Estados miembros del Consejo de Europa y de aquellos Estados no miembros que hayan adherido a la Convención Cultural Europea, a la Convención Europea sobre la Violencia y los Desbordamientos de Espectadores, a la Convención Europea contra el Dopaje y a la Carta Europea del Deporte.

Además, el Consejo de Europa ha adoptado textos específicos destinados a abordar los excesos observados en el ámbito deportivo, como la violencia y el dopaje. En 2007, la firma del Acuerdo Parcial Ampliado sobre el Deporte (APES) marcó un nuevo impulso en la acción del Consejo, reforzando su compromiso con estos temas clave.

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UE

La intervención de la Unión Europea en el ámbito del deporte profesional se ha analizado durante mucho tiempo a través del prisma del acervo comunitario. La práctica del deporte no podía entrar en contradicción con la libre competencia ni con la libertad de circulación de los trabajadores, principios que tanto el juez comunitario como la Comisión se esforzaban por proteger. No fue hasta la culminación de esta lógica económica con la sentencia *Bosman*⁹ que comenzó a surgir, hacia finales de los años noventa, un reconocimiento relativo de la especificidad del deporte.

Ante la falta de una atribución explícita de competencias en los Tratados, la intervención de la Comunidad Europea, y posteriormente de la Unión, en el ámbito deportivo se llevó a cabo durante mucho tiempo a través del juez comunitario. Este debía evaluar la compatibilidad de los reglamentos deportivos con el funcionamiento del mercado interior. Dicho criterio no estuvo exento de consecuencias sobre el propio funcionamiento de las competiciones deportivas, como lo demuestra el impacto significativo de la sentencia *Bosman* en el fútbol profesional europeo en 1995. Sin embargo, aunque a primera vista la jurisprudencia se basaba en consideraciones económicas, el juez comenzó a otorgar reconocimiento a la noción de especificidad del deporte.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de diciembre de 1995 (asunto C-415/93): *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman; Royal club Liégeois c. Jean-Marc Bosman y otros y Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*. Decisión prejudicial.

La sentencia *Walrave y Koch*¹⁰, de 12 de diciembre de 1974, puede considerarse la primera intervención comunitaria en el ámbito deportivo. Según el juez, la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad no solo se aplica a las autoridades públicas, sino que también abarca las normativas de otra naturaleza que regulen colectivamente el trabajo asalariado y la prestación de servicios.

En este caso, el Tribunal de Justicia falló en contra del reglamento de la Unión Ciclista Internacional (UCI) por violar la libertad de circulación de los trabajadores al introducir una discriminación basada en la nacionalidad. Según las normas de la UCI, el entrenador de un equipo nacional debía tener la misma nacionalidad que los ciclistas. Aunque el Tribunal determinó que el deporte constituye una actividad económica, estableció una excepción a este principio en lo que respecta a la composición de los equipos deportivos, particularmente los nacionales. Según el juez comunitario, esta cuestión se refiere exclusivamente al deporte como tal y, por tanto, queda fuera del ámbito de la actividad económica.

En relación a la cuestión de las normas que regulan la libre competencia en la UE (o derecho de competencia), uno de los trabajos más rigurosos que se han elaborado hasta el momento es del profesor Daniel Sarmiento (2022). En su obra, se establece el origen y los conceptos más importantes en esta materia.

La política de competencia y las normas que la sustentan son una construcción relativamente moderna, cuyo origen se remonta a los inicios del siglo XX en Estados Unidos, como respuesta a la aparición de grandes conglomerados empresariales en sectores industriales clave. La *Sherman Antitrust Act* de 1890, complementada por la *Clayton Antitrust Act* de 1914, dotaron a los tribunales estadounidenses de herramientas legislativas eficaces para combatir prácticas de mercado como la formación de cárteles, la fijación de precios y los abusos derivados de posiciones dominantes en el mercado (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2022, 624).

Este enfoque legislativo sirvió de referencia inspiradora para los Estados miembros de Europa al incorporar, en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), disposiciones específicas sobre las prácticas de mercado de las empresas en los sectores industriales regulados por el tratado. Este marco inicial fue posteriormente perfeccionado en 1957 con la redacción del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), cuyas disposiciones en materia de política de competencia han sido los pilares sobre los que se ha edificado la normativa europea actual.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1974 (asunto 36/74): *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie y Federación Española Ciclismo*. Decisión prejudicial.

A lo largo de más de siete décadas, la política de competencia de la Unión Europea ha evolucionado hacia un sistema jurídico e institucional sofisticado y consolidado, diseñado para abordar los retos de un entorno económico en constante cambio. Dada la relevancia práctica de las normas de competencia en la actividad diaria de las empresas, la Unión ha desarrollado un marco regulatorio que combina estabilidad y capacidad de adaptación, respondiendo a las necesidades de un mercado cada vez más integrado y globalizado (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2022, 625).

1. *La actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: especial referencia a la sentencia TJUE, de 4 de octubre de 2024, FIFA c. L. Diarra* (asunto C-650/22)

A) Libre circulación de personas (art. 45 TFUE)

En el análisis del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y su relación con la cuestión prejudicial planteada, emerge un escenario complejo que pone en evidencia las tensiones inherentes entre las normativas específicas de organismos deportivos internacionales y las libertades fundamentales consagradas por el Derecho de la Unión. Este artículo 45 TFUE, que goza de efecto directo, protege la libre circulación de los trabajadores, dentro de los Estados miembros, al oponerse a medidas que, ya sea por su carácter discriminatorio basado en la nacionalidad o por su aplicación general, puedan colocar en desventaja a ciudadanos de la Unión que pretendan ejercer actividades económicas en un Estado miembro distinto al de su origen. En el caso *L. Diarra*, las disposiciones del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) de la FIFA constituyen un obstáculo directo e indirecto a esta libertad de circulación¹¹.

El conflicto en cuestión gira en torno a las normas adoptadas por la FIFA y su aplicación a un jugador profesional (Lassana Diarra), residente en París, y a clubes de fútbol establecidos en otros Estados miembros. Estas disposiciones regulan aspectos cruciales como las indemnizaciones tras la rescisión de contratos de trabajo, las sanciones deportivas para los nuevos clubes que contraten a jugadores en tales circunstancias y los procedimientos relativos a la inscripción de jugadores en competiciones internacionales. En particular, las reglas contenidas en los artículos 17 y 9 del RETJ, así como su anexo 3, exigen una interpretación jurídica detallada para determinar su compatibilidad con el artículo 45 TFUE.

¹¹ Sobre la materia de transferencia de jugadores, puede consultarse: VALEN-TÍN-PASTRANA AGUILAR, R., 2023, *La transferencia internacional de futbolistas menores bajo la regulación de la FIFA y su tratamiento por el TAS*. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, nº 80.

El RETJ establece, entre otros puntos, que un jugador cuya relación laboral haya sido rescindida sin causa justificada debe indemnizar al club anterior, siendo el nuevo club responsable solidario de dicho pago. Este marco de responsabilidad se acompaña de una presunción de culpabilidad sobre el nuevo club, a menos que se demuestre lo contrario, y contempla sanciones deportivas que pueden desincentivar la contratación de jugadores en estas condiciones. Adicionalmente, la normativa prohíbe la inscripción de jugadores en nuevos clubes mientras subsista un litigio con el club anterior relacionado con la rescisión contractual, lo que restringe -efectivamente- su capacidad de trabajar en otro Estado miembro.

Estas disposiciones, en su conjunto, imponen barreras significativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores. La combinación de riesgos financieros, jurídicos y deportivos derivados de la aplicación de estas normas disuade a los clubes de otros Estados miembros de contratar a jugadores en situaciones similares a las de L. Diarra. Más aún, la imposibilidad de obtener el Certificado Internacional de Transferencia (CIT) en casos de litigio agrava estas dificultades, ya que dicha certificación es indispensable para que un jugador pueda participar en competiciones oficiales en su nuevo país de residencia.

El caso de Lassana Diarra ilustra cómo estas normas afectan directamente a la capacidad de los jugadores de fútbol profesional de aprovechar oportunidades económicas en otros Estados miembros, contraviniendo así el principio de libre circulación. Por ejemplo, la oferta del Sporting du Pays de Charleroi a Diarra estuvo condicionada a que este pudiera ser inscrito en Bélgica, una garantía que el jugador no pudo obtener debido a las restricciones impuestas por el RETJ y la falta de resolución oportuna del litigio con su anterior club, el Lokomotiv Moscú. Es decir, las normas controvertidas no solo configuran un obstáculo potencial sino también efectivo a la libre circulación de trabajadores. Su aplicación desproporcionada y su carácter disuasorio comprometen uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, lo que ha exigido, por parte del Tribunal de Justicia, de una evaluación exhaustiva para garantizar la armonización entre las regulaciones deportivas y las libertades esenciales de los ciudadanos europeos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al abordar el caso *Lassana Diarra*, se enfrenta a la cuestión de si las disposiciones del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) de la FIFA, aunque representaran un obstáculo a la libre circulación de trabajadores, pueden justificarse bajo el prisma del interés general. Este análisis de justificación se desarrolla en torno a dos criterios acumulativos establecidos por la jurisprudencia del TJUE: la existencia de un objetivo legítimo de interés general y el respeto al principio de proporcionalidad.

En primer lugar, para que las restricciones a una libertad fundamental, como la consagrada en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea (TFUE), sean admisibles, deben perseguir un objetivo legítimo de interés general. Dicho objetivo no puede ser de naturaleza puramente económica y debe ser compatible con los principios fundamentales de la Unión. El TJUE ha señalado en reiteradas ocasiones que este tipo de objetivos pueden ser invocados no solo por los Estados miembros, sino también por entidades no estatales como la FIFA, siempre que estas actúen de manera coherente con los valores de la Unión¹². Así lo subraya el fallo en *European Superleague Company* (C-333/21)¹³, donde se reafirma que incluso las medidas privadas deben respetar los principios de proporcionalidad y coherencia.

La FIFA defendió que las normas controvertidas del RETJ perseguían tres objetivos principales: mantener la estabilidad contractual y de los equipos, preservar la integridad y la regularidad de las competiciones deportivas, y proteger a los jugadores como trabajadores. De éstos, el TJUE consideró que solo los dos primeros podían ser considerados objetivos legítimos de interés general. El argumento relativo a la protección de los trabajadores ha sido descartado, ya que no figura entre los fines estatutarios de la FIFA y tampoco se aportaron pruebas de cómo las normas controvertidas contribuirían a dicho objetivo.

La preservación de la integridad y la regularidad de las competiciones, sin embargo, sí fue reconocida como un objetivo legítimo, en línea con precedentes como *Lehtonen y Castors Braine* (C-176/96)¹⁴ y *Meca-Medina* (C-519/04 P)¹⁵. Según el TJUE, garantizar la comparabilidad de los resultados entre equipos y evitar alteraciones significativas en la composición de las plantillas durante las competiciones es esencial para salvaguardar la igualdad de oportunidades y la credibilidad de los torneos.

B) El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un eje fundamental del Derecho de la Unión Europea (Mangas Martín, 2024, 92), especialmente cuando se trata de justificar medidas que afectan a derechos fundamentales como la libre circulación de trabajadores consagrada en el artículo 45 TFUE. En el caso *Lassana Diarra*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) evaluó si las disposiciones del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) de la FIFA superaban los estándares de proporcionalidad

¹² Sentencia *L. Diarra*, de 4 de octubre de 2024 (asunto C-650/22), apartados 95 y 96.

¹³ Sentencia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company* (asunto C-333/21), apartados 251 y 252

¹⁴ Apartados 56 y 58.

¹⁵ Apartado 45.

consagrados en el DUE. A pesar de reconocer que estas normas podían considerarse idóneas para alcanzar el objetivo legítimo de garantizar la regularidad de las competiciones deportivas, el Tribunal concluye que muchas de ellas son desproporcionadas por exceder lo necesario para alcanzar dicho objetivo, elemento fundamental del control de proporcionalidad¹⁶.

El TJUE confirmó que las disposiciones del RETJ, descritas en los artículos 17 y 9 y en su anexo 3, pueden contribuir a mantener un grado razonable de estabilidad en las plantillas de los clubes de fútbol profesional. Dicha estabilidad es esencial para preservar la integridad de las competiciones, evitando que alteraciones frecuentes o transferencias descontroladas comprometan el equilibrio competitivo. Este razonamiento se alinea con jurisprudencia precedente del Tribunal¹⁷, donde el TJUE sostuvo que los objetivos relacionados con la regularidad y la integridad de las competiciones deportivas son legítimos y pueden justificar restricciones en ciertos casos. La estabilidad contractual es un pilar central para garantizar un entorno competitivo justo en el deporte profesional.

Sin embargo, el TJUE también subrayó que la idoneidad de una medida no basta para considerarla proporcional: debe también superar los criterios de necesidad y proporcionalidad estricta¹⁸.

El Tribunal ha señalado que, aunque algunas normas del RETJ son idóneas, en muchos aspectos van más allá de lo necesario para garantizar la regularidad de las competiciones. El cálculo de las indemnizaciones en caso de rescisión unilateral de contrato incluye criterios ambiguos o excesivamente amplios, como la consideración de la "legislación nacional", que no se aplica de manera efectiva en la práctica, o de las "características del deporte",

¹⁶ Sentencia TJUE, de 4 de octubre de 2018, *Link Logistik N&N* (asunto C384/17).

¹⁷ Véanse, en ese sentido, tanto los fundamentos expuestos en la sentencia de 21 de diciembre de 2023, *Royal Antwerp Football Club* (asunto C680/21), apartado 141; como en resoluciones anteriores: sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (asunto C-415/93), apartado 104; sentencia de 16 de marzo de 2010, *Olympique Lyonnais* (asunto C-325/08), apartado 38; y sentencia de 13 de junio de 2019, *TopFit y Biffi* (asunto C-22/18), apartado 48. Por lo que se refiere, más concretamente, al requisito relativo a la aptitud de tales medidas, debe recordarse que estas solo pueden considerarse adecuadas para garantizar la consecución del objetivo alegado si responden verdaderamente al empeño por alcanzarlo de forma congruente y sistemática. Y, en este sentido, véanse, las sentencias de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International* (asunto C-42/07), apartado 61, y sentencia de 6 de octubre de 2020, *Comisión/Hungría (Enseñanza superior)* (asunto C-66/18), apartado 178.

¹⁸ Sentencia *L. Diarra*, de 4 de octubre de 2024 (asunto C-650/22), apartados 103-114 y 126, en relación al principio de proporcionalidad y a la interpretación estricta sobre "objeto" contrario a la competencia. Complementariamente, también ver lo establecido en la sentencia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company* (asunto C-333/21), apartado 161.

que carecen de una definición precisa y permiten una interpretación discrecional. Según el TJUE, esta falta de claridad genera inseguridad jurídica y excede los límites de lo necesario.

Además, otros elementos como los beneficios obtenidos por el jugador con un nuevo club o los costes amortizados por el club anterior se consideran desproporcionados. En particular, trasladar al jugador costos derivados de acuerdos negociados entre terceros (como clubes o agentes) impone una carga económica injustificada sobre los trabajadores, más orientada a proteger intereses financieros de los clubes que a garantizar la regularidad de las competiciones.

La disposición que establece la responsabilidad solidaria del nuevo club por las indemnizaciones adeudadas por el jugador carece de mecanismos para considerar las circunstancias individuales de cada caso, como exige el principio de proporcionalidad (véase *Link Logistik N&N*, C-384/17¹⁹). Aunque la FIFA argumentó que esta norma no se aplica de manera sistemática, el TJUE ha resuelto que el texto del RETJ no garantiza esta excepción, lo que genera inseguridad jurídica y deja abierta la posibilidad de una aplicación arbitraria.

El artículo 17, apartado 4, establece que cualquier club que contrate a un jugador que haya rescindido su contrato sin justa causa se presume culpable de haber inducido al jugador a dicha rescisión. Además, impone una sanción automática consistente en la prohibición de inscribir nuevos jugadores durante dos periodos de transferencia completos. Según el TJUE, esta presunción, que no admite una evaluación detallada de las circunstancias del caso, es manifiestamente desproporcionada. Si bien el Tribunal ha reconocido que las presunciones pueden ser útiles para superar dificultades probatorias, como señaló en *European Superleague Company* (C-333/21), ha subrayado que éstas deben estar condicionadas a la presentación de indicios suficientes por parte del club reclamante, lo cual no ocurre en este caso.

La prohibición de emitir el CTI durante un litigio contractual entre el jugador y su antiguo club, salvo en casos excepcionales, es igualmente desproporcionada. Al impedir al jugador trabajar en un nuevo club, esta norma pone en peligro su carrera profesional, especialmente considerando la brevedad de las trayectorias deportivas. Además, el TJUE señaló que esta disposición no incluye mecanismos para considerar el contexto específico de cada caso, como las circunstancias de la rescisión o el comportamiento de las partes implicadas.

El TJUE ha concluido que las disposiciones controvertidas del RETJ imponen restricciones que no solo son innecesarias, sino que también afectan

¹⁹ Apartado 45.

de manera desproporcionada los derechos de los jugadores y los clubes. Al imponer cargas financieras excesivas, sanciones automáticas y restricciones laborales ambiguas, estas normas priorizan los intereses económicos de los clubes sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, contraviniendo el principio de proporcionalidad.

Las medidas que afectan derechos fundamentales deben someterse a un estándar estricto de proporcionalidad para garantizar que no se sacrifique el núcleo esencial de estos derechos. En el caso *L. Diarra*, el TJUE aplicó este estándar, concluyendo que las normas del RETJ no se ajustan a las exigencias del Derecho de la Unión.

En relación al análisis sobre el principio de proporcionalidad, se exige que las medidas adoptadas sean aptas para alcanzar los objetivos legítimos alegados, necesarias para ello y aplicadas de manera coherente y sistemática. En este punto, el TJUE expresó dudas significativas sobre la proporcionalidad de las disposiciones del RETJ. En particular, el artículo 17 del RETJ, que establece la responsabilidad solidaria del nuevo club por el pago de indemnizaciones y sanciones deportivas automáticas, fue considerado desproporcionado. Estas medidas, además de imponer riesgos financieros y jurídicos considerables, generan un efecto disuasorio que no guarda una relación razonable con el objetivo de estabilidad contractual alegado. Cualquier restricción que imponga cargas excesivas y no ofrezca un equilibrio adecuado entre los derechos individuales y los objetivos colectivos será declarada incompatible con el Derecho de la Unión.

El TJUE ha destacado la falta de coherencia en la aplicación de estas medidas. Aunque la FIFA argumentó que sus normas buscaban promover la regularidad de las competiciones, la combinación de obstáculos financieros, sanciones deportivas y restricciones administrativas no se aplicó de forma sistemática ni se demostró que contribuyeran efectivamente a alcanzar este objetivo. El TJUE ya había establecido en jurisprudencia anterior que las regulaciones deportivas deben perseguir sus fines de manera congruente; cualquier contradicción o falta de conexión directa entre las medidas y los objetivos las convierte en inadmisibles.

C) Normas y derecho de competencia (art. 101 TFUE)

El análisis del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad de las normas del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) de la FIFA con el artículo 101 TFUE se centra en determinar si dichas disposiciones constituyen una restricción de la competencia en el mercado interior. Este artículo prohíbe los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia dentro de la Unión.

El TJUE confirma que la FIFA, como asociación de federaciones nacionales que gestionan actividades económicas relacionadas con la organización y comercialización del fútbol profesional, puede considerarse una «asociación de empresas» según el artículo 101 TFUE. Esta definición abarca decisiones como las normas del RETJ que afectan directamente a las condiciones económicas en las que los clubes (empresas) operan en el mercado del fútbol profesional. En *European Superleague Company* (C-333/21)²⁰, el Tribunal subrayó que cualquier regulación que incida en la actividad económica de los actores del mercado puede calificarse como una decisión de una asociación de empresas si influye en la estructura competitiva del mercado²¹.

En este caso, las normas del RETJ, al establecer reglas vinculantes sobre contratos y transferencias de jugadores, cumplen con estos criterios. Las asociaciones deportivas que adoptan regulaciones vinculantes para sus miembros deben asegurarse de que éstas no limiten innecesariamente la competencia en el mercado (Valentín-Pastrana Aguilar, 2023).

El TJUE recuerda que para que una norma sea incompatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe tener por objeto o efecto restringir la competencia. La jurisprudencia establece que cuando una norma tiene un «objeto» contrario a la competencia, no es necesario analizar sus efectos. Según el Tribunal en *Royal Antwerp Football Club* (C-680/21)²², el concepto de «objeto» contrario a la competencia debe interpretarse estrictamente y se aplica a comportamientos que, por su naturaleza, revelen un grado suficiente de nocividad para el juego competitivo.

En el caso *L. Diarra*, el TJUE identificó que las disposiciones del RETJ restringen de manera directa y generalizada la competencia entre clubes en el fichaje unilateral de jugadores ya contratados. Estas normas, al imponer obligaciones como la responsabilidad solidaria del nuevo club por indemnizaciones desproporcionadas, la aplicación de sanciones automáticas y la restricción del Certificado de Transferencia Internacional (CTI), crean una barrera casi

²⁰ Apartado 118.

^Y, por referencia de ésta véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros* (asunto C309/99), apartado 64; y de 28 de febrero de 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* (asunto C1/12), apartados 42 a 45).

²¹ Respecto a los conceptos de empresas y de asociaciones de empresas, el TJUE se pronuncia en la Sentencia de 21 de diciembre de 2023, *Royal Antwerp Football Club* (asunto C-680/21), apartados 76 a 79. También véanse al respecto las sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser* (C-41/90), apartado 21; de 11 de diciembre de 2007, *ETI y otros* (C-280/06), apartado 38; y de 1 de julio de 2008, *MOTOE* (C-49/07), apartados 20 y 21. Por último, la cuestión también ha sido abordada en la ya citada sentencia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company* (C-333/21), apartado 115.

²² Apartados 107, 109 y 110. También en *European Superleague Company* (C-333/21), apartados 158 a 168.

insuperable para la contratación de jugadores fuera del sistema de transferencias negociadas. Esto equivale, en la práctica, a un acuerdo de no captación entre clubes, un comportamiento considerado anticompetitivo por su propia naturaleza.

El TJUE enfatiza que el acceso a los jugadores constituye un recurso esencial en el mercado del fútbol profesional. Las normas que limitan este acceso restringen un parámetro clave de competencia, ya que impiden a los clubes competir libremente por fichar a los mejores jugadores disponibles. Como indica la sentencia en *Royal Antwerp Football Club (C-680/21)*, cualquier regulación que limite el acceso a recursos básicos como jugadores de alto nivel debe ser cuidadosamente examinada para evitar compartimentar el mercado.

Las normas que restringen la movilidad de jugadores entre clubes, bajo pretexto de garantizar la estabilidad contractual, a menudo protegen más los intereses económicos de los clubes dominantes que los principios competitivos del mercado.

El TJUE subraya que el RETJ impone restricciones que, por su contenido, contexto económico y fines perseguidos, revelan un elevado grado de nocividad para la competencia²³. En particular: 1) indemnizaciones desproporcionadas. Los criterios establecidos para calcular las indemnizaciones en caso de rescisión unilateral de contratos, como la consideración de la «legislación nacional» o las «características del deporte», son ambiguos y permiten la imposición de compensaciones excesivas e imprevisibles; 2) presunción de inducción. La presunción automática de que el nuevo club ha inducido al jugador a rescindir su contrato, sin posibilidad de un análisis individualizado, carga a los clubes con sanciones injustificadas; y 3) restricción del CTI. La negativa automática a expedir el Certificado de Transferencia Internacional durante un litigio contractual priva a los jugadores de participar en competiciones y a los clubes de alinear a esos jugadores, lo que limita severamente la competencia.

El TJUE concluye que las normas del RETJ operan, en la práctica, como un acuerdo de no captación entre clubes²⁴. Este tipo de acuerdos, al compartimentar el mercado laboral de jugadores y garantizar que los clubes retendrán a sus jugadores salvo mediante transferencias negociadas, constituye una restricción severa y generalizada de la competencia. Este tipo de prácticas puede asimilarse a cárteles horizontales que falsean el mercado al eliminar parámetros básicos de competencia, como el libre fichaje de trabajadores.

El TJUE reconoce que las asociaciones deportivas como la FIFA pueden adoptar regulaciones comunes para garantizar la igualdad de oportunidades y el mérito deportivo. Estas medidas pueden incluir ciertas restricciones, como plazos de transferencias o mecanismos de indemnización, siempre que sean

²³ *L. Diarra* (asunto C-650/22), apartados 127, 130 y 133.

²⁴ *L. Diarra* (asunto C-650/22), apartado 145.

proporcionadas y no excedan lo necesario para garantizar la integridad de las competiciones (*European Superleague Company*, C-333/21). Sin embargo, las normas del RETJ van más allá de lo necesario, generando una compartimentación artificial del mercado laboral de jugadores en beneficio de los clubes y en detrimento de los principios competitivos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al analizar las normas del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) de la FIFA, evaluó si estas pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, basándose en la jurisprudencia que admite excepciones para ciertos acuerdos o decisiones de asociaciones de empresas. Según esta jurisprudencia, un comportamiento que restrinja la competencia puede considerarse lícito si persigue objetivos legítimos de interés general y si las medidas adoptadas son necesarias y proporcionales para alcanzar dichos objetivos²⁵.

Sin embargo, el TJUE concluyó que esta excepción no resulta aplicable a las normas del RETJ. Estas presentan un grado de nocividad inherente para la competencia que las sitúa dentro del ámbito prohibitivo del artículo 101 TFUE, apartado 1, sin posibilidad de justificación bajo este criterio.

La jurisprudencia del TJUE ha reconocido que no todos los acuerdos o decisiones que limitan la libertad de acción de las empresas quedan automáticamente comprendidos en la prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1. Según el Tribunal, un comportamiento puede quedar fuera de esta prohibición si:

1. Persigue uno o varios objetivos legítimos de interés general que no son contrarios a la competencia.
2. Los medios empleados son realmente necesarios para alcanzar esos objetivos.
3. El efecto inherente de restringir la competencia no va más allá de lo estrictamente necesario y no elimina toda competencia²⁶.

En el ámbito deportivo, esta doctrina se ha aplicado para validar ciertas restricciones que buscan garantizar la integridad y la regularidad de las competiciones, como plazos para transferencias o límites en las plantillas. Estas medidas pueden ser admisibles si están orientadas a proteger el mérito deportivo, la igualdad de oportunidades y la estabilidad en las competiciones.

No obstante, en el caso *L. Diarra*, el TJUE ha determinado que las normas del RETJ, aunque presentadas como necesarias para garantizar la estabilidad contractual y la regularidad de las competiciones, exceden lo necesario

²⁵ *L. Diarra* (asunto C-650/22), apartados 149 a 152.

²⁶ Véanse *European Superleague Company* (C-333/21), y *Em akaunt BG* (C-438/22), apartados 30 a 33.

para alcanzar estos fines. Las medidas impuestas, como las indemnizaciones desproporcionadas, las sanciones automáticas y las restricciones administrativas, no solo limitan la competencia, sino que también eliminan en la práctica cualquier posibilidad de fichaje unilateral de jugadores sin recurrir al sistema de transferencias negociadas.

El TJUE ha concluido que, dadas las características de las normas del RETJ, éstas no pueden beneficiarse de la excepción jurisprudencial que permite excluir ciertos acuerdos del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1. Esta conclusión se basa en que:

1. Grado de nocividad: Las normas tienen un objeto contrario a la competencia, al restringir de manera generalizada y drástica la posibilidad de fichaje unilateral de jugadores. Esto las sitúa en una categoría de comportamientos intrínsecamente contrarios al mercado.
2. Ausencia de proporcionalidad: Los medios empleados por la FIFA, como la imposición de indemnizaciones desproporcionadas o sanciones automáticas, exceden lo necesario para garantizar la estabilidad contractual y la regularidad de las competiciones.

Las restricciones que eliminan o reducen significativamente la competencia en un mercado no pueden justificarse bajo pretextos de necesidad o interés general, ya que contradicen los principios fundamentales del mercado interior de la Unión.

Finalmente, el TJUE señaló que, para que un comportamiento que restringe la competencia pueda beneficiarse de la excepción contemplada en el artículo 101 TFUE, apartado 3, es necesario demostrar que:

1. Contribuye a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico.
2. Garantiza a los consumidores una participación equitativa en los beneficios resultantes.
3. No impone restricciones innecesarias a las empresas afectadas.
4. No elimina la competencia en una parte sustancial del mercado.

Las normas del RETJ no cumplen con estos requisitos, ya que su efecto neto es limitar el acceso de los clubes a los jugadores como recurso esencial y compartimentar el mercado laboral del fútbol, generando perjuicios para los jugadores, los clubes más pequeños y, en última instancia, los consumidores del espectáculo deportivo²⁷.

²⁷ *L. Diarra* (asunto C-650/22), apartados 153 a 158.

El artículo 101 TFUE, apartado 3, introduce una excepción a la prohibición establecida en el apartado 1 del mismo artículo, permitiendo que ciertos acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que inicialmente parecen contrarios a la competencia puedan ser considerados lícitos si cumplen con una serie de requisitos acumulativos. Esta disposición reconoce que, en algunos casos, los comportamientos que restringen la competencia pueden generar beneficios significativos, como mejoras en la producción, la distribución o el progreso técnico, siempre que estos superen los efectos negativos sobre el mercado y no eliminen la competencia efectiva en una parte sustancial de este. La excepción, sin embargo, está sujeta a condiciones estrictas, como lo establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en sentencias recientes como *European Superleague Company* (C-333/21).

Para que una práctica se acoja a esta excepción, debe cumplir con cuatro requisitos acumulativos. En primer lugar, debe contribuir a la obtención de incrementos de eficiencia, mejorando la producción o distribución de productos y servicios o fomentando el progreso técnico o económico. En segundo lugar, es necesario que los usuarios o consumidores obtengan una participación equitativa en los beneficios derivados de estos incrementos de eficiencia. En tercer lugar, el comportamiento en cuestión no debe imponer restricciones a las empresas participantes que excedan lo estrictamente necesario para alcanzar dichos beneficios. En cuarto y último lugar, el comportamiento no debe eliminar cualquier competencia efectiva respecto de una parte sustancial del mercado afectado. Si cualquiera de estos requisitos no se cumple, la excepción contemplada en el artículo 101 TFUE, apartado 3, no puede ser aplicada, como enfatizó el TJUE en su sentencia del caso *European Superleague Company* (C-333/21).

El análisis del tercer requisito, relacionado con el carácter indispensable o necesario del comportamiento, resulta particularmente relevante en el contexto de las normas del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ) de la FIFA, objeto de examen en el caso *L. Diarra*. Este requisito implica evaluar si los beneficios alegados podrían alcanzarse mediante medidas menos restrictivas para la competencia. No se trata de realizar un juicio de oportunidad, sino de comparar objetivamente el impacto de la medida adoptada con el de posibles alternativas que pudieran cumplir con los mismos objetivos sin limitar innecesariamente la competencia. El TJUE subrayó que las normas del RETJ presentan una combinación de elementos que son discrecionales o desproporcionados, como se describió en los apartados previos de la sentencia. Estos elementos incluyen indemnizaciones calculadas de manera imprevisible y sanciones automáticas que no permiten considerar las circunstancias específicas de cada caso. Además, las normas imponen una restricción generalizada, drástica y permanente a la

competencia transfronteriza en el fichaje unilateral de jugadores de alto nivel, lo que contribuye a compartimentar artificialmente el mercado laboral del fútbol profesional.

En este sentido, las normas del RETJ parecen exceder lo necesario para garantizar objetivos legítimos como la estabilidad contractual o la regularidad de las competiciones. Aunque la FIFA podría argumentar que estas medidas fomentan la homogeneidad y el mérito deportivo, el TJUE destacó que los mecanismos clásicos del Derecho de contratos, como la posibilidad de indemnización en caso de incumplimiento, bastan para alcanzar estos fines sin restringir innecesariamente la competencia. Este análisis se alinea con el principio, recogido en la jurisprudencia del TJUE, de que las restricciones a la competencia deben evaluarse bajo un estándar estricto de proporcionalidad y necesidad, especialmente cuando afectan derechos fundamentales o parámetros esenciales del mercado.

IV. CONCLUSIONES

La Unión Europea continúa el camino iniciado en 1974, ya que desde el Tratado de Funcionamiento existe una misión encargada de colaborar en el factor social e integrador que supone el deporte, sin entrar en otro tipo de cuestiones, como las económicas. Como ya se ha demostrado en el estudio (sentencias *L. Diarra, European Superleague Company, o Royal Antwerp Football Club*), el TJUE continúa siendo el árbitro de la hoja de ruta deportiva.

Aunque el Tratado de Lisboa reconoce el papel de la Unión Europea en el ámbito del deporte, es evidente que su campo de acción sigue siendo relativamente impreciso y limitado por varias razones. La competencia otorgada a la Unión Europea se restringe a medidas de incentivo, su ámbito geográfico de intervención no responde a la dimensión paneuropea, e incluso global, del deporte. Además, la noción de especificidad deportiva continúa estando condicionada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las decisiones de la Comisión relativas a la libertad de circulación de los trabajadores y al principio de competencia libre y no distorsionada.

Sin embargo, la Unión Europea tiene un papel innegable que desempeñar al coordinar y legitimar, dentro de su territorio, los esfuerzos de las autoridades deportivas para preservar la equidad en las competiciones y la integridad de los jugadores, fomentar la formación, y combatir tanto el amaño de partidos como el dopaje. Las propuestas contenidas en este informe se orientan en esa dirección, aunque sin superar los límites previamente mencionados.

En este contexto, la Comisión ha definido un programa de acción cuyos primeros resultados aún se esperan. Quizás sea necesario ir más allá, elaborando una declaración política que enumere las prioridades de la Unión Europea en

este ámbito y los principios sobre los que se basa su actuación. En 1989, la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, conocida como la Carta Social, recogió los objetivos generales de la Unión Europea en materia social. Aunque era considerada principalmente un instrumento político con obligaciones morales, también incluía una petición explícita a la Comisión para que presentara iniciativas destinadas a traducir el contenido de la Carta en actos legislativos. Posteriormente, sus disposiciones fueron incorporadas en el año 2000 a la Carta de los Derechos Fundamentales.

Un mecanismo similar podría aplicarse al deporte. Una Carta Deportiva de la Unión Europea permitiría, entre otras cosas, definir los "desafíos europeos del deporte" mencionados en el Tratado de Lisboa, otorgando un verdadero alcance político al principio de especificidad del deporte.

Respecto a la aportación que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en particular la sentencia *Diarra*, ha realizado podríamos concluir que:

1. Las normas controvertidas, objeto de análisis, son un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores (Art. 45 TFUE).
2. El análisis del principio de proporcionalidad en el caso *L. Diarra* refuerza la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la necesidad de equilibrar los objetivos legítimos de las organizaciones deportivas con los derechos fundamentales garantizados por el TFUE. Aunque las normas del RETJ buscan preservar la regularidad de las competiciones, su aplicación excede lo necesario, imponiendo cargas desproporcionadas a los jugadores y limitando injustificadamente la libre circulación de trabajadores. Este fallo del Tribunal subraya la importancia de que las regulaciones deportivas se diseñen y apliquen de manera coherente, proporcionada y respetuosa con los valores fundamentales de la Unión Europea.
3. Las normas del RETJ tienen por objeto restringir la competencia en el mercado de fichajes de jugadores de fútbol profesional, al imponer barreras significativas para el fichaje unilateral de jugadores ya contratados. Estas disposiciones no solo restringen el acceso a un recurso básico de competencia, sino que también crean una compartimentación del mercado en beneficio de los clubes establecidos, limitando la movilidad laboral de los jugadores y falseando el juego competitivo.
4. Este fallo refuerza la necesidad de que las normativas deportivas respeten el artículo 101 TFUE, equilibrando los objetivos legítimos de las asociaciones deportivas con los principios fundamentales de competencia en el mercado interior. Cualquier restricción que exceda lo necesario para garantizar la estabilidad y el mérito deportivo debe ser considerada incompatible con el Derecho de la Unión.

5. El Tribunal reafirma que las normas del RETJ, en su forma actual, no solo restringen la competencia, sino que lo hacen de manera tan grave y generalizada que su incompatibilidad con el artículo 101 TFUE, apartado 1, es incuestionable. Al combinar restricciones desproporcionadas, sanciones automáticas y barreras administrativas, estas disposiciones no pueden beneficiarse de la excepción jurisprudencial ni de las condiciones previstas en el artículo 101 TFUE, apartado 3.
6. La sentencia subraya la necesidad de que las regulaciones deportivas respeten el equilibrio entre los objetivos legítimos de las asociaciones deportivas y los principios fundamentales del mercado interior. Cualquier normativa que opere en detrimento de la competencia efectiva y de los derechos de los actores del mercado debe reformarse para alinearse con los valores esenciales de la Unión Europea.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcaide Fernández, J., y Casado Raigón, R., 2019, *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, 3ª ed.
- Alzina Lozano, A., 2020, *El delito de dopaje, especial consideración al bien jurídico protegido*. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, nº 69.
- Alzina Lozano, A., 2019, *Las organizaciones internacionales europeas frente a la violencia en el deporte: (antecedentes jurídicos e instrumentos vigentes [1980-2018])*. CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, nº 220, pp. 81-108.
- Andrés Sáenz de Santamaría, P., 2000, *Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inejecución de sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grecia)*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, año nº 4, nº 8, pp. 493-518.
- Barnard, C., 2013, *The substantive Law of the EU*. Oxford University Press, 4ª ed.
- Humbert, J.F., 2013, *Rapport d'information*. Sénat de France.
- Mangas Martín, A., 2024, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, 11ª ed.
- Martín Rodríguez, G., 2024, *La Europa de la Convención: un modelo constitucional para la Unión Europea*. Aranzadi.
- Pérez-Bustamante González de la Vega, R., 2008, *Historia política y jurídica de la Unión Europea*. Edisofer.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D., 2022, *El Derecho de la Unión Europea*. Marcial Pons, 4ª ed.
- Valentín-Pastrana Aguilar, R., 2023, *El arbitraje en materia deportiva: Guía práctica sobre conflictos relacionados con fútbol*. Aranzadi.
- Valentín-Pastrana Aguilar, R., 2023, *La transferencia internacional de futbolistas menores bajo la regulación de la FIFA y su tratamiento por el TAS*. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, nº 80.

Recensiones

BUSTOS RUBIO, Miguel, *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*, Editorial Jurídica Tirant lo Blanch. Madrid 2024, 322 pp. ISBN 9788410566026

<https://doi.org/10.18543/ed.3220>

Fecha de recepción: 18.10.2024

Fecha de aceptación: 09.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

I.

El libro de cuya recensión me ocupo con gran interés ha sido publicado por la prestigiosa editorial Tirant lo Blanch en junio de este año 2024. Autoría del Dr. Miguel Bustos Rubio, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Internacional de La Rioja, lleva por título *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*, y consta de un total de 320 páginas.

Cabe situar al lector en el destacado hecho de que su autor, el Dr. Bustos, ha venido trabajando con anterioridad la temática objeto de exégesis en este libro. En efecto, el delito de favorecimiento ilícito de acreedores, previsto y penado en el art. 260 del Código Penal (en adelante: CP), constituye una de las figuras típicas insertas en las modalidades delictivas que se denominan “insolvencias punibles”, al menos tras la reforma operada por

Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, en donde se separaron de la hoy llamada “frustración de la ejecución”. Aquellas primeras, a su vez, se desgajan en tres modalidades delictivas: delitos de quiebra o bancarrota empresarial (arts. 259 y 259 bis CP), delito de presentación de datos falsos en un procedimiento concursal (art. 261 CP) y, por último, el delito que es objeto de estudio en esta monografía, el delito de favorecimiento ilícito de acreedores (art. 260 CP). El estudio completo y pormenorizado (y completamente actualizado) de esta controvertida figura delictiva, realizado mediante la consulta y contraste de la bibliografía y jurisprudencia más relevantes, es el objeto de la investigación que ahora ve la luz bajo este prestigioso sello editorial.

El autor parte del principio de prohibición de la prisión por deudas para

dar inicio al análisis del tipo penal. La prohibición de la prisión por las deudas al Estado ha sido reconocida por numerosos países a nivel global, entre ellos España. Esto quiere decir que no se puede sancionar penalmente a los individuos por el mero hecho de poseer deudas o de encontrarse en situación de insolvencia. Más allá de esta situación, si un deudor actúa de forma fraudulenta o perjudica intencionalmente los derechos de sus acreedores, las conductas sí pueden encontrar reproche penal. Esas formas de injusto pueden dar lugar a responsabilidades penales diversas, máxime tras la reforma mentada anteriormente (año 2015) pudiendo dar lugar a alguna forma de alzamiento de bienes (considerada hoy como una modalidad de *frustración de la ejecución*) o bien de insolvencia punible.

Cabe destacar un entendimiento que resulta nuclear y que planea sobre el conjunto de la investigación: para el Dr. Bustos Rubio la principal diferencia entre las figuras de frustración de la ejecución (el alzamiento de bienes y sus formas de aparición) y de insolvencia punible (entre las que se encuentra el delito en examen, como dijimos) reposa en que mientras aquellas primeras se dirigen a la prevención y sanción de situaciones en las que el deudor es insolvente *ficticio, aparente o simulado* (esto es: la deuda es fingida, existen bienes pero se apartan u ocultan de la vista de los acreedores con el fin de no pagar), en las insolvencias punibles la situación de insolvencia es siempre *real*, sancionándose solamente conductas del deudor que se consideran dañosas para la correcta ordenación de los créditos.

Igualmente, como destaca el autor, la reforma del año 2015 llevó a cabo la ampliación del alcance del delito de favorecimiento ilícito de acreedores (art. 260 CP), diferenciando ahora las acciones ejecutadas antes de aquellas otras que se producen después de la declaración de un concurso de acreedores. La evolución parece responder a la necesidad creciente de proteger los derechos de los acreedores frente a los distintos comportamientos que intenten frustrar el cobro de las deudas, llegando a aportar claridad y un mayor enfoque con precisión en la legislación penal sobre las insolvencias existentes.

En este sentido, el Dr. Bustos Rubio estructura en dos partes bien diferenciadas el análisis del injusto: por un lado, se estudia la modalidad de *favorecimiento ilícito preconcurso* (art. 260,1 CP); por otro, se estudia la modalidad de *favorecimiento ilícito posconcurso* (art. 260,2 CP). Y ello en función de en qué momento del proceso se llevan a cabo las conductas típicas. Siendo que esta última, la del favorecimiento posconcurso, resulta más tradicional en nuestro derecho, pues ya existía con anterioridad a la reforma del año 2015, la exégesis de la primera de las modalidades resulta especialmente interesante en esta investigación, pues los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales han resultado hasta la fecha mucho más limitados.

II.

En relación con el análisis del delito de favorecimiento ilícito de acreedores *preconcurso* (art. 260,1 CP), el

Dr. Bustos Rubio comienza con la predeterminación del bien jurídico protegido en este delito. En el trabajo se dibuja de manera muy clara la ausencia de un consenso actual sobre la naturaleza de cada uno de los delitos de insolvencia, incluso en perspectiva comparada con los que hoy se denominan *frustración de la ejecución*. Como expone el autor (pp. 19-20) la discusión deriva directamente del hecho de que estos delitos se encuentran ubicados en una zona ambigua (o zona de grises) entre aquellos de carácter propiamente patrimonial y aquellos otros que afectan a algún sector o parcela del orden socioeconómico.

Por esta razón, existen dos enfoques que predominan en la discusión. Un primero que considera que en estos delitos se da protección a los derechos patrimoniales de los acreedores, y un segundo que considera que nos encontramos ante una protección de intereses supraindividuales, llegándose a enfocar en la estabilidad de un sistema de carácter económico (pp. 28-32). Esta última es la postura sostenida por nuestro autor, al considerar que en el delito del art. 260 CP se produce una tutela directa de un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual, identificado por el Dr. Bustos Rubio en el *correcto funcionamiento del sistema crediticio* del país (pp. 95 y ss.). Concepción que, como es obvio, impregna toda la interpretación posterior de los diferentes elementos típicos del delito en examen.

El Dr. Bustos Rubio concibe a este delito como de peligro y, además, como un *delito acumulativo*, pues se señala que una sola conducta de

favorecimiento no puede destruir el bien jurídico protegido, estribando la razón de su punición individual en la necesidad de evitar el efecto acumulativo y sus consecuencias para la intangibilidad del interés objeto de protección. Por lo tanto, una acción individual de favorecimiento ilícito no llegaría a destruir por sí solo el sistema de crédito, sino que pondría en peligro su funcionamiento correcto. El autor se ha erguido como uno de los principales exponentes de esta categoría en nuestro país, y cuenta con diversos estudios sobre el tema publicados en editoriales de impacto y revistas científicas de prestigio. A ellos nos remitimos para su consulta con detenimiento (pp. 120 y ss.).

En lo que concierne a los sujetos del delito, se considera al deudor como un sujeto único activo encontrándonos ante un delito especial. Él es el *intrañeus*, así considerado por la normativa, siendo el resto de intervinientes no-deudores posibles participantes en el delito (p. 139). El sujeto pasivo, por su parte, depende, como bien atisba el autor, de la visión que se sostenga acerca del bien jurídico protegido. Si se considera (como, por otro lado, sostiene la inmensa mayoría de la doctrina) que el bien jurídico lo es el derecho de los acreedores a cobrar su crédito (derecho patrimonial), entonces los acreedores serán considerados sujetos pasivos de este delito. Por el contrario, si se concibe, como hace el autor, que el bien jurídico lo es de carácter colectivo, entonces no existe titularidad privativa sobre el mismo, siendo indisponible, identificándose el sujeto pasivo en la *colectividad*.

La modalidad preconcursal del art. 260,1 CP (introducida con la reforma operada en el año 2015, como se dijo) sanciona con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, al deudor que, *encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente*, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.

La situación de insolvencia es aquí el presupuesto para la comisión del delito, que solo podrá cometerse a título de autor por el *deudor*, como dijimos. Dicha insolvencia, en la concepción del Dr. Bustos Rubio, ha de ser real, no fingida ni simulada (contrariamente a lo que ocurre con la frustración de la ejecución). La insolvencia, pues, no es resultado alguno en este delito. El autor (pp. 144 y ss.) parte de una aproximación al concepto de insolvencia en el Derecho privado, para avanzar a su tratamiento en la legislación concursal (pp. 150 y ss.) definiéndose normativamente los conceptos de *insolvencia actual* y de *insolvencia inminente*, a los que expresamente alude esta primera forma del delito. Ya por último, se llega a un análisis del concepto propiamente jurídico-penal de insolvencia (pp. 160 y ss.), en los que se desecha la utilidad de diferenciación entre insolvencias *parciales* y *totales* (ambas interesan al Derecho penal), y entre insolvencias *definitivas* y *provisionales*. Sin embargo, y contrariamente a otros sectores

de la doctrina, el Dr. Bustos entiende que sí tiene trascendencia la distinción entre insolvencias *reales* e insolvencias *aparentes*, por las razones que ya hemos apuntado (pp. 169 y ss.).

Resulta muy crítico el autor con esta nueva modalidad de delito de favorecimiento de acreedores prohibido (nueva, desde la reforma apuntada del año 2015). Y ello porque, como bien se argumenta, en este momento *preconcursal* todavía no existe una prelación u orden de pago a los diversos acreedores, que solo es posible disponer normativamente tras la declaración del concurso. Estamos, como señala el autor, ante una redistribución prohibida de los créditos sin que se haya abierto aún el concurso de acreedores (y sin un incremento del pasivo patrimonial), lo que adelanta en demasía la barrera de intervención del Derecho Penal. Se llega a criticar, en definitiva, que el deudor no pueda llegar a favorecer a los acreedores a discreción en un momento en el que efectivamente hay una situación de insolvencia, pero en el que sin embargo todavía no se ha abierto el concurso. Algo que, como se expone en el libro, resultaba atípico antes de la mentada reforma.

A continuación, el autor pasa a analizar con detalle las conductas típicas de favorecimiento prohibido. Se analiza, así, qué es un *acto de disposición patrimonial*, un *acto generador de obligaciones*, y cuándo aquellos están dirigidos al pago de un crédito no exigible o a la facilitación de una garantía a la que no se tiene derecho (pp. 189 y ss.).

Especialmente interesante resulta la exégesis sobre la exigencia de que

no exista *justificación económica o empresarial*. La cláusula condiciona la existencia del delito a la falta de una razón válida que permita favorecer a un acreedor frente a otros (pp. 229 y ss.). El Dr. Bustos Rubio se detiene a analizar la naturaleza jurídica de este extremo de la norma y su fundamento. Desde las concepciones de que nos encontramos ante una causa de atipicidad por encontrarnos en una zona de *riesgo permitido*, hasta aquellas otras que conciben que nos encontramos ante una causa de justificación dada la existencia de un *interés preponderante*, el autor concluye sosteniendo, mediante una sólida argumentación, que la cláusula se sustenta en la existencia de un conflicto de intereses, afirmando (pp. 242-243) que “la norma penal no puede lanzar el mandato de prohibición de favorecimiento de acreedores por parte de un deudor insolvente en sede previa al concurso, sin reconocer que en ciertos casos existirá un *interés preponderante* (que no un riesgo permitido) que permita desplazar el carácter prohibido o antijurídico de esta conducta [...] quedando justificados si concurre un interés preponderante identificado en la justificación económica o empresarial de la operación”.

Otra importante cuestión pasa por determinar el concreto contenido de la cláusula señalada. El autor parte de la gran indeterminación que implica acudir hoy a este tipo de expresiones, que hacen flaco favor al principio de determinación en Derecho Penal (pp. 245-246), si bien se esfuerza en dotar de contenido cierto a la misma, explorando las aportaciones que han llegado desde el Derecho privado, y

prestando especial atención a la propuesta de *tertium genus* realizada por Gutiérrez Pérez, una de las autoras de referencia en materia de delitos de insolvencia punible (pp. 250 y ss.). Con todo, resulta claro que, a causa de tal grado de indeterminación en la redacción actual, se desliza un gran riesgo de dejar en las manos de los jueces y los peritos la valoración de la posible justificación de los deudores, con el consiguiente peligro de poder sufrir decisiones arbitrarias que afecten a la exigencia de certeza, tan necesaria en materia penal.

Por último, en lo que corresponde al análisis del art. 260,1 CP, se cierra el estudio con alguna referencia al tipo subjetivo. Si bien el delito de favorecimiento ilícito de acreedores preconcursal (también así el posconcursal) solo contempla la modalidad dolosa de comisión, excluyéndose la imprudente, y si bien el autor entiende que esta exclusión resulta coherente con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, se aprovecha un espacio del trabajo para realizarse una crítica a la inclusión de las modalidades imprudentes en ciertos delitos socioeconómicos, que en los últimos años han ampliado de forma excesiva el margen de intervención del sistema penal. Así, por ejemplo, una modalidad de insolvencia punible como es la bancarrota o quiebra empresarial (art. 259 CP) sí contempla la modalidad imprudente de comisión (sin distinguirse, además, entre la grave o la menos grave). El Dr. Bustos Rubio propone su supresión de *lege ferenda* (p. 271).

Para cerrar el apartado de análisis relativo al favorecimiento prohibido

de carácter preconcursal, el capítulo segundo incluye un excursus sobre la interesante cuestión acerca de la responsabilidad penal que pudieran tener los acreedores indebidamente favorecidos (pp. 271 y ss.). Como se expone en esta parte de la investigación, un sector minoritario de la doctrina ha argumentado que los acreedores no deben ser responsables penalmente por recibir un crédito que resulte legítimo. La postura mayoritaria, sin embargo, sostiene que el acreedor puede ser responsable si actúa con dolo. Esto plantea grandes desafíos, ya que la línea entre una participación dolosa y el beneficio simple es difusa, dejando grandes espacios a interpretaciones judiciales diversas y, nuevamente, a la posibilidad de generarse inseguridades de todo punto rechazables.

III.

La segunda parte de la obra (capítulo tercero) aborda el estudio del delito de favorecimiento ilícito de acreedores posconcursal (art. 260,2 CP). Como se dijo, este tipo penal sí gozaba de amplia tradición en nuestro sistema penal, lo que justifica que la extensión de la investigación se reduzca en esta última parte del libro. Con todo, y a pesar de que ambas modalidades comparten diversos elementos (por ejemplo, sirve aquí todo lo dicho para la situación de *insolvencia* como presupuesto del delito), difieren en aspectos claves como las penas, la aplicación y las posibles justificaciones legales, y, sobre todo, el momento de su ejecución, exigiéndose un análisis diferenciado.

En concreto el art. 260,2 CP reza como sigue: “será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, *una vez admitida a trámite la solicitud de concurso*, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”. Como fácilmente puede observarse, la situación temporal es distinta en comparación con la descrita en el art. 260,1 CP: aquí el comportamiento típico se lleva a cabo una vez se ha admitido a trámite la solicitud de concurso que, recordemos, abre la puerta a un concreto orden de prelación y pago de los créditos.

El presupuesto temporal es, pues, esencial para distinguir esta modalidad típica con la del apartado primero. El favorecimiento preconcursal se lleva a cabo antes de abrir el concurso, siendo el posconcursal el que ocurre una vez admitida a trámite la solicitud del concurso. Para el autor nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad (p. 280). Como identifica el Dr. Bustos, existe una deficiencia en la técnica legislativa debido a que el delito no exige que se produzca la *declaración del concurso*, sino solamente su *admisión a trámite*, por lo que el delito puede finalmente cometerse incluso por un deudor perfectamente solvente. El legislador habría desaprovechado en este punto la posibilidad de corregir este error que le

brindaba la reforma del año 2015 (p. 281).

El precepto, por otro lado, alude a un elemento formulado en sentido negativo, cual es el de que no exista autorización (de los jueces o de los administradores concursales), y también a la inexistencia de permiso legal, requisitos acumulativos y no meramente alternativos. En este punto, y contrariamente a lo que se sostuvo por el autor para el caso de la modalidad del art. 260,1 CP, nos encontraríamos directamente ante causas de atipicidad (p. 289).

En cuanto a las conductas típicas, se analiza el significado y alcance de la exigencia de realizar “cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto” (pp. 293 y ss.). Especialmente interesante resulta aquí la cuestión de la delimitación de estas conductas con algunas otras que pudieran a su vez dar lugar a un delito de bancarrota (art. 259 CP), que el legislador no ha sabido desligar correctamente y que, como pone de manifiesto el autor, en la práctica puede generar importantes problemas de carácter concursal (p. 301).

Esta segunda parte del trabajo se cierra con unas breves consideraciones sobre la pena (pp. 301-302) desde una clara perspectiva crítica (pues la penalidad resulta mucho más severa que la prevista para el caso del favorecimiento preconcursal, y a diferencia de aquella primera la pena de prisión y la multa se acumulan). E igualmente, se acompaña de un breve excursus sobre la posible responsabilidad penal

de los administradores concursales (pp. 302 y ss.). Se discute en esta última parte sobre la responsabilidad de los administradores en casos de autorización de acciones ilícitas de favorecimiento, lo que puede conducirles al ámbito propio de delitos como el cohecho, negociaciones prohibidas y malversaciones.

IV.

Reconociéndose que unas pocas líneas de recensión no sirven para comentar todos y cada uno de los interesantes aspectos que se plantean en esta obra, al menos con la innegable profundidad y detenimiento que corresponden, puede atisbarse con cierta facilidad la calidad del trabajo realizado por el Dr. Bustos Rubio, que lejos de centrarse en cuestiones estrictamente dogmáticas desciende al terreno de lo práctico e imbrica la exégesis del tipo penal con consideraciones técnicas (acudiéndose constantemente al estudio en profundidad de la normativa extrapenal en la materia, al objeto de dotar de toda coherencia al estudio) y de carácter utilitario (solo así se entiende la oportunidad de la obra, que deviene en un material sumamente valioso para el estudioso del sistema penal, pero también para cualquier operador jurídico que se vea abocado a trabajar sobre la materia).

Una obra, en fin, que supone una valiosa aportación al estudio de la delincuencia socioeconómica (tan diversa y cambiante), y que, sin duda, más allá de que se compartan o no las interpretaciones patrocinadas por el autor, contribuye al avance del conocimiento en esta materia, tal y como lo

adelanta el Dr. González Cussac en su prólogo al libro.

La limitación de espacio para profundizar más, en esta recensión, en muchos de los interesantes aspectos

que el libro presenta, tiene, no obstante, fácil solución: acudir a la lectura atenta y detenida de la última obra del Dr. Bustos Rubio, que recomendamos efusivamente.

José Antonio Boada Gutiérrez

Abogado. Miembro del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.

j.a.boada.g@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-9935-1932>

NAGLIERI, Giuseppe. *Giudicare e ottemperare: Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2023, 317 págs., ISBN: 978- 88-9166-396-2

<https://doi.org/10.18543/ed.3221>

Fecha de recepción: 07.10.2024

Fecha de aceptación: 09.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

Giudicare e ottemperare: Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale de Giuseppe Naglieri es una obra de gran profundidad y rigor académico que aborda un tema tan pertinente e interesante para el estudio del Derecho Constitucional y del Derecho Público Comparado como es la ejecución de las decisiones de los tribunales constitucionales. A través de un enfoque comparado, el autor analiza las experiencias de Alemania, España, Austria e Italia, explorando cómo cada país ha desarrollado mecanismos para garantizar el cumplimiento de las sentencias de sus cortes constitucionales. El análisis se centra en la construcción del concepto de “ejecución constitucional”, destacando tanto los aspectos teóricos como las prácticas institucionales que aseguran la efectividad de las decisiones jurídico-constitucionales. La obra comienza

planteando el problema central de la investigación, que podría concretarse en la cuestión: ¿cómo se asegura que las decisiones de los tribunales constitucionales sean efectivamente cumplidas? Este problema es particularmente interesante para la academia y para los distintos agentes del derecho porque, en muchos países, no existe un sistema claro para ejecutar las sentencias constitucionales, lo que puede llevar a una falta de obediencia o cumplimiento de estas decisiones, especialmente cuando afectan al poder político o a grupos de interés.

El autor propone una comparación entre diferentes sistemas de justicia constitucional, tomando como base las experiencias de Alemania, España, Austria e Italia. En particular, se centra en la idea de la “ejecución constitucional” como un mecanismo formal que garantice la obediencia a las sentencias de las cortes constitucionales.

En este contexto el autor se plantea preguntas como: ¿Existe una categoría procesal autónoma que regule la ejecución de sentencias constitucionales? ¿Cómo han abordado estos países el problema del incumplimiento?

Para responder a estas cuestiones, Naglieri utiliza con maestría el método comparatista, estudiando cómo diferentes países han desarrollado mecanismos legales y doctrinales para asegurar la ejecución de las decisiones constitucionales. El análisis no se limita a una descripción estática de los sistemas legales, sino que ofrece una visión dinámica, identificando modelos de ejecución que permiten una reflexión más amplia sobre el rol de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas. Esto le permite identificar patrones y diferencias que pueden ayudar a diseñar mejores sistemas de justicia constitucional.

La obra se estructura en cinco capítulos, precedidos de una introducción teórica, donde se plantean las preguntas clave de la investigación y las bases metodológicas. Cada capítulo está cuidadosamente diseñado para ir desde lo particular hasta lo general, proporcionando primero un estudio detallado de cada uno de los cuatro países comparados para luego proponer en el último capítulo modelos teóricos a partir de las pautas identificadas en el análisis comparativo.

En el **Capítulo I** se aborda el **caso alemán**, donde se examina el concepto de *Vollstreckungskompetenz*, referente a la capacidad del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) para determinar quién debe ejecutar sus decisiones y en qué condiciones; y, desde una perspectiva

evolutiva, establecer la capacidad del Tribunal Constitucional Federal para ejecutar sus resoluciones. En esta línea, comienza el capítulo con una primera sección dedicada a la semántica y hermenéutica de la ejecución constitucional. La ejecución constitucional, desde la perspectiva alemana, tiene sus raíces en el entendimiento de la supremacía constitucional y la relación entre los tribunales y los poderes políticos. A lo largo de la historia, Alemania ha desarrollado un sistema estable donde la obediencia a las decisiones judiciales está fuertemente vinculada al concepto de lealtad constitucional (*Verfassungstreue*). El BVerfG, como garante de la constitución, tiene la facultad de emitir decisiones vinculantes, pero su ejecución a menudo depende de la interacción con otras ramas del gobierno. La sección analiza cómo el término *Vollstreckungskompetenz* ha sido interpretado y aplicado por los juristas alemanes, partiendo de una tradición que intenta equilibrar la independencia judicial con el respeto por el poder legislativo. Uno de los puntos clave aquí es que, aunque el Tribunal tiene el poder de decidir quién debe ejecutar sus sentencias, la implementación de estas decisiones no siempre es automática, lo que ha generado tensiones en ciertos casos. Naglieri analiza cómo algunas decisiones emblemáticas del BVerfG, como la BVerfGE 6, 300, han modelado la interpretación contemporánea de la ejecución constitucional en Alemania, haciendo énfasis en el rol de los tribunales como *Herr der Vollstreckung* (“dueños de la ejecución”), y en cómo esto ha afectado a la jurisprudencia.

En la sección segunda Naglieri examina las normas generales de ejecución que han sido desarrolladas a través de la jurisprudencia alemana. En particular, se analizan tres aspectos: a) los límites temporales: estos se refieren a los plazos dentro de los cuales las órdenes de ejecución deben ser emitidas; b) la admisibilidad del procedimiento de oficio: si es posible que el Tribunal inicie procedimientos de ejecución por sí mismo, sin una solicitud formal por parte de las partes interesadas. Naglieri detalla cómo este poder ha sido utilizado en ciertos casos donde los actores políticos no han cooperado; c) la delegación de la ejecución: aquí el autor explora cómo el BVerfG puede delegar la responsabilidad de ejecutar sus decisiones a otros órganos, asegurando que las sentencias se implementen correctamente. La sección también destaca la *Bindungswirkung*, que es el efecto vinculante de las decisiones del BVerfG, y cómo este principio ha sido fundamental para mantener el respeto por las decisiones del Tribunal. Naglieri argumenta que, aunque el Tribunal tiene mecanismos efectivos para asegurar la ejecución, la dependencia de la cooperación de otras ramas del gobierno puede limitar su capacidad de intervención.

En la tercera y última sección del capítulo, Naglieri realiza un análisis exhaustivo de cómo se gestionan las órdenes de ejecución dentro del sistema constitucional alemán. Se detallan varios tipos de órdenes, incluyendo: a) *Verfassungsbeschwerde*: Procedimientos de queja constitucional, donde se emiten órdenes de ejecución en respuesta a violaciones de derechos

fundamentales; b) *Beschwerde* (quejas) contra actos administrativos: donde Naglieri analiza cómo las órdenes de ejecución pueden ser emitidas en casos que involucran actos administrativos que infringen la constitución; y, c) *Beschwerde* contra omisiones legislativas: aquí se exploran los casos en que el Tribunal ha intervenido cuando el parlamento no ha legislado conforme a una decisión constitucional. En resumen, esta sección refleja cómo el BVerfG ha consolidado un cuerpo de jurisprudencia que le permite manejar la ejecución de sus decisiones, aunque siempre dentro de los límites de su competencia y en cooperación con otras ramas del gobierno.

El **Capítulo II** se centra en el **sistema español**, con especial atención al conflicto del gobierno central con el gobierno autonómico catalán debido a sus pretensiones de separatismo e independencia; y a las reformas legislativas que fortalecieron los mecanismos de ejecución del Tribunal Constitucional español (TC) frente a esta coyuntura política. El autor comienza por señalar que, a diferencia de Alemania, España ha enfrentado desafíos más recientes relacionados con el cumplimiento de las decisiones constitucionales, particularmente durante el conflicto catalán. Y se sirve de este caso para evaluar cómo las tensiones políticas pueden afectar la ejecución de las decisiones constitucionales y cómo los tribunales responden ante estas circunstancias. En este orden de ideas, Naglieri dedica una primera sección al artículo 24 de la Constitución española, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que incluye el derecho a la

ejecución de las sentencias judiciales. Señala que, en el contexto constitucional, este artículo se ha interpretado como una garantía de que las decisiones del TC deben ser respetadas por todas las autoridades. Sin embargo, la ejecución de las decisiones del TC no siempre ha sido sencilla en España. En particular, refiere que, durante el referéndum ilegal de independencia de Cataluña en 2017, las autoridades autonómicas desobedecieron abiertamente las decisiones del Tribunal, ocasionando una crisis constitucional.

La sección segunda la dedica a la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del estado de derecho, donde analiza las herramientas que introduce esta reforma para asegurar la ejecución de sus decisiones. Entre ellas destaca las multas coercitivas como medida de presión a las autoridades que no cumplan con las decisiones del TC; y, la suspensión temporal de funciones al personal funcionario que se resista a cumplir con las decisiones del Tribunal. Esta potestad fue utilizada durante la crisis catalana, cuando varios funcionarios fueron apartados de sus cargos por no acatar las decisiones del TC. Naglieri explica cómo estas medidas fueron diseñadas para fortalecer la posición del TC en situaciones de conflicto político. Sin embargo, también hace notar las limitaciones de estas herramientas, ya que su efectividad depende en gran medida de la voluntad política de los actores involucrados.

En la tercera sección el autor ahonda en la crisis constitucional ocasionada por el conflicto entre el gobierno catalán y el gobierno estatal, centrándose en el papel del TC. Naglieri analiza cómo el Tribunal ha utilizado sus nuevos poderes para gestionar la situación. En particular, el TC emitió varias órdenes de ejecución y medidas cautelares para prevenir la secesión catalana, pero la resistencia de las autoridades autonómicas y locales complicó la situación. En la sección también se abordan otras implicaciones de esta crisis para la justicia constitucional en España. Argumenta que la crisis catalana ha demostrado la importancia de contar con mecanismos efectivos de ejecución constitucional, pero también ha expuesto las limitaciones de estos mecanismos en contextos de alta tensión política.

En el **Capítulo III**, el autor examina la **experiencia austriaca**, resaltando su estabilidad institucional y la auto-ejecución de las decisiones. El sistema austriaco de justicia constitucional tiene una larga tradición, basada en el modelo desarrollado por Hans Kelsen. A diferencia de España y Alemania, Austria ha disfrutado de una mayor estabilidad en la ejecución de las decisiones constitucionales, lo que ha permitido que su Tribunal Constitucional funcione de manera más eficaz sin necesidad de intervenciones frecuentes.

El §146 de la Constitución austriaca (B-VG) establece los procedimientos para la ejecución de las decisiones del Tribunal Constitucional. Este artículo ha sido una piedra angular para garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales y ha proporcionado

un marco claro para la cooperación entre los tribunales y las demás ramas del gobierno. Naglieri dedica la primera sección del capítulo a la discusión sobre cómo este artículo ha sido clave para la longevidad del sistema constitucional austriaco, asegurando que las decisiones del Tribunal se implementen de manera rápida y efectiva. Además, destaca que este marco ha permitido al Tribunal operar de manera más independiente, sin la necesidad de depender tanto de la cooperación política como en otros países.

Un aspecto clave del sistema austriaco, abordado en la segunda sección del capítulo, es la tipicidad de sus decisiones judiciales, lo que significa que las sentencias suelen ser autoejecutables. Esto contrasta con sistemas como el español o el alemán, donde el Tribunal a menudo necesita emitir órdenes adicionales para asegurar la ejecución. En Austria, la ejecución forzosa de las decisiones constitucionales ha sido un tema menor, en gran parte debido a la claridad del marco legal y a la cooperación entre los poderes del Estado. Naglieri señala que este enfoque ha permitido al Tribunal Constitucional austriaco operar con una alta eficiencia y ha evitado los problemas que otros países han enfrentado en términos de incumplimiento.

El **Capítulo IV** analiza el **caso italiano**, donde la falta de un marco formal de ejecución ha llevado a la Corte Constitucional a desarrollar soluciones interpretativas para garantizar el cumplimiento de sus resoluciones. En esta línea, la Corte Constitucional italiana ha desarrollado un enfoque único y creativo para garantizar que sus

sentencias sean respetadas, adaptándose a las limitaciones del sistema. A este enfoque teórico de auto-ejecución constitucional dedica el autor la primera sección del capítulo. Naglieri examina como, en ausencia de normas claras, la doctrina jurídica italiana ha desarrollado una serie de teorías que justifican la ejecución automática de las sentencias de la Corte Constitucional. Entre estas teorías se destaca la noción de que las decisiones de la Corte tienen un valor normativo, lo que significa que son obligatorias y autoejecutables desde el momento en que se pronuncian. A pesar de la falta de un marco formal, la Corte Constitucional italiana ha sido activa en garantizar que sus decisiones se cumplan, especialmente en casos relacionados con derechos fundamentales. No obstante, el sistema italiano depende en gran medida de la cooperación política y de la voluntad del parlamento para implementar los cambios legislativos necesarios tras las decisiones de la Corte.

En la sección segunda, Naglieri examina la capacidad de la Corte de actuar como legislador provisional en casos excepcionales. Esto ha ocurrido principalmente cuando el parlamento ha fallado en implementar decisiones judiciales o ha demorado en hacerlo. En estos casos, la Corte ha emitido “sentencias de plazo” o “decisiones condicionadas”, que otorgan al legislador un período para realizar cambios, pero también introducen medidas temporales que se mantienen vigentes hasta que se adopte una solución definitiva. Naglieri argumenta que esta capacidad de intervención de la Corte ha sido fundamental para

garantizar el respeto por las decisiones constitucionales, pero también plantea preguntas sobre los límites del poder judicial en un sistema democrático. La Corte Constitucional ha actuado de esta manera en varios casos notables, como en cuestiones relacionadas con la protección de derechos sociales y económicos, donde las decisiones judiciales requerían que el parlamento adoptara medidas legislativas para cumplir con los estándares constitucionales. Este enfoque refleja un grado de creatividad jurídica que ha sido necesario desarrollar debido, como ya se ha indicado, a la falta de un sistema claro de ejecución. Sin embargo, también ha generado críticas, ya que hay expertos que sostienen que la Corte está asumiendo un papel demasiado intervencionista al legislar temporalmente en lugar de simplemente interpretar la ley.

En lo que respecta a la relación entre la Corte y el legislador en la ejecución de sentencias, es un elemento clave del sistema italiano, que el autor recoge con carácter problemático en la sección tercera de este cuarto capítulo. Dado que no existe un mecanismo formal para la ejecución de decisiones constitucionales, la Corte depende en gran medida de la buena voluntad política del legislador para implementar los cambios necesarios. Esto ha llevado a situaciones en las que el cumplimiento de las decisiones judiciales se ha retrasado o incluso ignorado. El autor examina varios casos en los que la Corte Constitucional ha emitido sentencias importantes que requerían cambios legislativos, pero donde el parlamento ha fallado en actuar de manera oportuna. En algunos

de estos casos, la Corte ha adoptado una postura más activa, emitiendo “sentencias de aviso” que instan al legislador a cumplir con sus obligaciones constitucionales. Naglieri también contempla críticamente en su texto cómo este enfoque de cooperación entre la Corte y el parlamento refleja un equilibrio de poder que ha permitido a Italia evitar muchas de las tensiones que han surgido en otros países, como España o Alemania, en relación con la ejecución de decisiones constitucionales.

Finalmente, el **Capítulo V** ofrece una **reflexión comparativa sobre los modelos de ejecución constitucional** identificados en los sistemas estudiados. Naglieri propone varios modelos teóricos que pueden derivarse del análisis comparado y ofrece una reflexión sobre las implicaciones de estos modelos para la efectividad de la justicia constitucional.

En la primera sección Naglieri comienza por analizar cómo los diferentes sistemas constitucionales han desarrollado *formantes* (componentes operativos del derecho) y *meta-formantes* (principios subyacentes que guían la interpretación y aplicación de las normas) que influyen en la ejecución de las decisiones constitucionales. La discusión se focaliza en cómo estos formantes interactúan con los contextos políticos y sociales de cada país. Por ejemplo, en Alemania, la lealtad constitucional y el respeto por la autoridad del Tribunal Constitucional son pilares clave del sistema, lo que ha facilitado la ejecución de decisiones sin necesidad de intervenciones adicionales. En contraste, en España, el conflicto catalán ha expuesto

las debilidades del sistema de ejecución cuando los actores políticos no están dispuestos a cumplir con las decisiones judiciales. Naglieri también introduce el concepto de *crittotipi*, que son elementos no formales del sistema legal que pueden influir en cómo se aplican las normas. En el contexto de la ejecución constitucional, los *crittotipi* incluyen factores como la cultura política y la disposición de los actores políticos a cooperar con el poder judicial.

En la sección segunda, la obra de Naglieri alcanza un punto álgido al construir teóricamente modelos teóricos aplicativos a partir de los hallazgos de su investigación, lo cual supone un interesante aporte a la disciplina. El autor propone como modelos de ejecución constitucional basados en los sistemas analizados:

1) El “*modelo pan-procesual*”: Este modelo, representado principalmente por Alemania, se caracteriza por la intervención activa del Tribunal Constitucional en la ejecución de sus decisiones. El Tribunal tiene la capacidad de emitir órdenes de ejecución y asegurar que sus decisiones sean cumplidas a través de mecanismos legales formales. Naglieri destaca que este modelo es eficaz en contextos donde existe una alta cooperación entre las ramas del gobierno y un fuerte respeto por la constitución.

2) El “*modelo finalístico-especial*”: Este modelo, que se encuentra en España y en menor medida en Austria, se centra en la creación de herramientas específicas para asegurar la ejecución de decisiones en situaciones excepcionales.

3) El “*modelo de auto-ejecución constitucional*”: Este modelo, que es característico de Italia, se basa en la idea de que las decisiones constitucionales son autoejecutables y no requieren una intervención activa del Tribunal para su cumplimiento. Sin embargo, este modelo depende en gran medida de la cooperación del legislador, lo que puede generar problemas cuando el parlamento no actúa con rapidez para implementar las decisiones del Tribunal.

4) Un “*modelo emergente-tercio género*”: Naglieri plantea que, en algunos casos, puede estar emergiendo un *tercio género*, un modelo híbrido que combina aspectos del modelo pan-procesual y el modelo auto-ejecutivo. Este modelo podría permitir a los tribunales intervenir más activamente en ciertos casos, mientras que en otros dependería de la cooperación legislativa.

Naglieri concluye el capítulo con una tercera sección en la que realiza una reflexión sobre la efectividad de los distintos modelos de ejecución constitucional. Argumenta que, si bien cada país ha desarrollado enfoques únicos basados en su contexto histórico y político, hay ciertos principios universales que pueden mejorar la efectividad de la ejecución de las decisiones constitucionales. Uno de estos principios es la cooperación interinstitucional. En los sistemas más exitosos, como el alemán, la cooperación entre el Tribunal y los poderes legislativo y ejecutivo ha sido fundamental para garantizar el cumplimiento de las decisiones. En contraste, en sistemas donde existe una mayor desconfianza entre las instituciones,

como en España, la ejecución ha sido más problemática. El autor también señala que el éxito de la ejecución constitucional depende en gran medida de la legitimidad del Tribunal. En países donde el Tribunal es visto como un actor imparcial y respetado, como en Austria, sus decisiones son más fácilmente ejecutadas. Sin embargo, en contextos más polarizados, como en España, el Tribunal Constitucional puede enfrentarse a desafíos adicionales para asegurar el cumplimiento de sus sentencias.

Naglieri concluye su obra destacando la importancia de contar con mecanismos efectivos para la ejecución de decisiones constitucionales. Sin estos mecanismos, la justicia constitucional corre el riesgo de volverse simbólica, sin la capacidad real de influir en la política o en la vida de las personas. El análisis comparado de Alemania, España, Austria e Italia ofrece una perspectiva muy interesante sobre los diferentes enfoques que los países pueden adoptar para garantizar el respeto por las decisiones constitucionales. Mientras que algunos sistemas, como el alemán, han desarrollado herramientas estables para asegurar la ejecución, otros, como el italiano, dependen más de la cooperación política y la buena voluntad de los actores legislativos. Naglieri sugiere que, en un mundo cada vez más complejo y politizado, los tribunales constitucionales deben seguir adaptándose para enfrentar nuevos

desafíos relacionados con la ejecución de sus decisiones. Esto puede implicar la adopción de nuevas herramientas, como las sanciones coercitivas, o una mayor cooperación con los poderes legislativo y ejecutivo.

En definitiva, estamos ante una obra imprescindible en el campo del Derecho Constitucional, por su rigor académico, su carácter innovador y por el magistral uso del método comparatista, que permite identificar con claridad las diferencias y similitudes entre los sistemas de Alemania, España, Austria e Italia. El autor no solo se centra en el análisis normativo, sino que también considera las dimensiones políticas, sociales y culturales que influyen en la ejecución de sentencias, lo que otorga una profundidad única al estudio. Además, su propuesta de modelos teóricos introduce conceptos clave para comprender cómo los tribunales constitucionales pueden asegurar la obediencia a sus decisiones en distintos contextos. La obra no solo ofrece una valiosa contribución teórica, sino que también brinda herramientas prácticas para mejorar la efectividad de la justicia constitucional en contextos de alta complejidad política. Por su profundidad, claridad y relevancia, su estudio resultará de gran utilidad a juristas, académicos y profesionales del derecho que deseen comprender los desafíos y soluciones en torno a la ejecución constitucional en el mundo contemporáneo.

Lorena Chano Regaña

Universidad de Extremadura

lorenachano@unex.es

<https://orcid.org/0000-0002-7475-3852>

SALCEDO BELTRÁN, Carmen, *Indemnizaciones por despido improcedente adecuadas, reparaciones apropiadas y su función disuasoria*, Bomarzo, Albacete, 2024, 264 pp., ISBN 978-84-19574-56-5.

<https://doi.org/10.18543/ed.3222>

Fecha de recepción: 11.11.2024

Fecha de aceptación: 09.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

El excelente libro de la profesora Carmen Salcedo Beltrán (Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales) que se reseña, constituye una obra esencial para la disciplina laboral. Se publica, además, en un momento en el que la materia que se analiza, el despido improcedente y sus consecuencias, está presente en numerosos debates jurídicos. La autora nos ofrece un nuevo trabajo sobre la Carta Social Europea que confirma que es una de las mayores expertas sobre este texto convencional del Consejo de Europa y de su implementación en derecho comparado.

De entrada, se ha de subrayar la colaboración de expertos de reconocido prestigio en la redacción del Prólogo, el Epílogo y la Presentación. Así, el primero, ha sido escrito por Luis Jimena Quesada, Catedrático de Derecho Constitucional, para poner de

relieve que la obra es un magnífico exponente de transferencia de conocimiento a la sociedad, ya que la investigación que se ha realizado, no sólo aborda el derecho a la protección en caso de despido en el marco de la protección multinivel desde la teoría, sino también desde praxis jurídica, dirigida a la consecución de la justicia en el respeto a la dignidad de la persona.

En cuanto al segundo, redactado por José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, reflexiona sobre el modelo normativo del despido libre indemnizado en España, para descender al injustificado, su coste económico y la facultad legal de opción reconocida al empleador entre la readmisión, sin abono de salarios de tramitación, o la reafirmación en el despido con abono de la indemnización tasada sin los salarios aludidos.

En lo que atañe a la tercera, dos ilustres juristas la han elaborado. En concreto, Régis Brillat, Secretario Ejecutivo durante veinticinco años del Servicio de la Carta Social Europea, y Jean-Michel Belorgey, Ex Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), Consejero de Estado Honorario, Parlamentario honorario y Ex presidente de la Comisión de asuntos culturales, familiares y sociales de la Asamblea Nacional francesa. En sus contribuciones evocan las reticencias de los Estados y de las instituciones judiciales supremas respecto de la Constitución Social de Europa y acentúan la trayectoria profesional de la autora, destacada jurista e incansable luchadora por los derechos sociales, contraria al abandono o la simulación.

La obra se encabeza con una Presentación en la que Carmen Salcedo pone de manifiesto las dificultades que siguen existiendo actualmente sobre la efectividad de los derechos sociales, siendo exponente la Carta Social Europea, al ser el catálogo más completo con singulares mecanismos de supervisión, de entre los que se distingue el procedimiento de reclamaciones colectivas.

La cuestión la plantear desde dos perspectivas. Por un lado, la normativa internacional, en la que la Carta Social Europea, integrada por los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales, es trascendental de entre todos los existentes en el escenario de protección multinivel. Por otro lado, la normativa francesa y los pronunciamientos judiciales, que están mucho más avanzados que los españoles en cuanto a la forma de dotar de efectividad a los estándares de

garantía más elevados, una vez que todas las instancias jurisdiccionales se han pronunciado.

Con esta aproximación, la estructura de la obra se organiza en siete capítulos y un Anexo. El primero de ellos (titulado «La tutela multinivel de los derechos sociales», pp. 37-74) contextualiza la patente asimetría histórica de los tratados en el seno del Consejo Europa y los recientes intentos para corregirla, de entre los que despuntan la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Reikiavik en mayo de 2023 y la Conferencia de Alto Nivel de Vilna, en julio de 2024. Paralelamente rememora las cuestiones esenciales del proceso de celebración y entrada en vigor de los tratados internacionales celebrados entre Estados que codifica, con vocación universal, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, así como los principios de *ius cogens* en cuanto a su observancia, aplicación e interpretación, complementados con los mandatos constitucionales de prevalencia de la normativa internacional. En esta sección se incorpora un apartado para exponer la situación en estos momentos en torno a la regulación española del tope indemnizatorio y los progresos de la praxis judicial tras la ratificación de la versión revisada de la Carta Social Europea y la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas, además de la inusitada ratificación del protocolo regulador. Asimismo, se muestran los primeros resultados del examen, por la vía del sistema de informes, que el CEDS publicó en marzo de 2024 y los pendientes de publicar y de adoptar en

cuanto a las dos reclamaciones colectivas presentadas.

El capítulo segundo (rubricado «Marco normativo del baremo aplicable al despido sin causa real y grave en Francia», pp. 75-93) explica la reforma adoptada en Francia a partir de 2017, en la que se determinó una horquilla sobre la indemnización, de mínimos y máximos, frente a la precedente en la que únicamente existía el primero. Esta permite vislumbrar la inconsistencia de las alarmantes y frecuentes noticias o comentarios sobre los “peligros” que acechan a nuestro país si la forma de determinación de la reparación tasada del Estatuto de los Trabajadores, en caso de despido sin causa, se modificara y dejara de estar sujeta a un tope máximo. Se resalta que en ese sistema jurídico es el juez el que tiene la prerrogativa de acordar una indemnización o la readmisión.

Por su lado, el capítulo tercero (con el título «Los recursos a las instancias internacionales», pp. 95-154) pivota en los mecanismos articulados por los agentes sociales de tres países (Finlandia, Italia y Francia siguiendo un orden cronológico) contra la medida legislativa doméstica, así como en la jurisprudencia previa existente previa, materializada en conclusiones o decisiones sobre el fondo, originada en controles previos realizados. Su conocimiento pormenorizado, así como su secuenciación es primordial puesto que son la argumentación jurídica de la aplicación del control de convencionalidad por las instancias judiciales.

En el capítulo cuarto (titulado «Los recursos en las instancias nacionales», pp. 155-177), se efectúa un riguroso

recurso de la revolución francesa surgida en las instituciones judiciales francesas a través de una numerosa selección de pronunciamientos. Se incluyen los datos muy importantes y que interesan muchísimo en cuanto a la cuantía que corresponde según el baremo instaurado, la concedida finalmente como reparadora y adecuada en virtud de la implementación de la normativa internacional y las circunstancias valoradas para proceder a fijar una indemnización más elevada. Del mismo modo, acomete las respuestas desde las instancias gubernamentales, el Consejo Constitucional y la Corte de Casación, observando, de forma crítica, las contradicciones e imprecisiones jurídicas en las que incurrían y, también, las exégesis claramente tendenciosas.

Seguidamente, en el capítulo quinto («La persistencia ejemplar *de iure* y *de facto* de las jurisdicciones ordinarias», pp. 179-194) se examinan siete decisivos pronunciamientos posteriores a los emitidos en 2022 por las instancias superiores, que prosiguen la resistencia, desplazando la normativa nacional e implementando la internacional, subrayando que dos de ellos, incluso, referencian sentencias españolas que están actuando en términos equivalentes. Con ello se constata la legitimidad constitucional de su actuación, que no puede ser ignorada por ningún estamento judicial.

El penúltimo capítulo («La oposición de los operadores jurídicos», pp. 195-212) aborda, por una parte, la respuesta del Sindicato de Abogados de Francia interviniendo, como *amicus curiae* durante la instrucción del procedimiento de una de las

reclamaciones colectivas y poniendo a disposición de los trabajadores, defensores sindicales y abogados de un argumentario. Y, por otra parte, las declaraciones documentadas públicas del Sindicato de la Magistratura.

Finalmente, en el capítulo séptimo («Reflexiones y propuestas finales: la seguridad jurídica y la igualdad en la prevalencia y efectividad de los compromisos internacionales», pp. 213-216) se establecen algunas consideraciones en torno a de la coherencia en la sistematización de las fuentes, la seguridad jurídica y la igualdad sobre una resolución contractual en la que no hay que olvidar, es antijurídica.

Las últimas líneas de esta reseña quieren destacar el acierto de incluir un Anexo en el que los lectores encontrarán una guía para la

presentación de una reclamación colectiva extraordinariamente útil, en español, con las líneas jurisprudenciales del CEDS así como su estructura básica respecto de la fase de admisibilidad y de la instrucción.

Llegados a este punto, no queda más que concluir señalando que la monografía, a mi modo de ver, es un texto de referencia y de consulta insoslayable para conocer con precisión la conformidad y/o violación de las normativas nacionales reguladoras de los despidos sin causa a los estándares europeos e internacionales y la forma de articular estos últimos para que sean efectivos en virtud de los compromisos asumidos, de los que, aunque sea una obviedad, se ha de insistir que son vinculantes.

Guillermo García González

Catedrático de Universidad. UNIR, La Rioja

guillermo.garcia@unir.net

<https://orcid.org/0000-0002-5927-4124>

SÁNCHEZ MOLINA, Pablo 2021, *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*, Aranzadi, Navarra, 2021, 265 pp. ISBN:9788413900865

<https://doi.org/10.18543/ed.3223>

Fecha de recepción: 14.10.2024

Fecha de aceptación: 09.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

En un contexto marcado por las complejidades de la globalización, y en particular, por su inherente pluralismo jurídico, SÁNCHEZ-MOLINA presenta una propuesta que aspira, como él mismo reconoce en la introducción de su obra, a «sacar beneficio del potencial de la globalización». Con este loable objetivo, la obra que tengo el placer de reseñar aborda el dilema de la fragmentación del Derecho Internacional (FDI) a través de la cláusula de mayor protección¹, presentándola como una herramienta

para la gestión racionalizada del pluralismo legal.

La obra comienza estableciendo el marco teórico de la investigación bajo un título muy revelador: «la pluralidad de normas como oportunidad para la mayor protección de los derechos humanos: de la fragmentación al constitucionalismo global». Desde esta visión, el autor descarta posicionarse en el debate *unidad versus fragmentación* del Derecho Internacional, optando por abordarlo desde una lógica propositiva a través de la teoría del constitucionalismo global, entendida como «fórmula para revertir la concepción fragmentada del pluralismo normativo» (p. 53). Sin embargo, no se limita a ello, reconociendo un papel aún más significativo a esta teoría que «no solo busca la racionalización del pluralismo normativo[...] sino también la legitimación y limitación del poder» (p. 60).

¹ Nos remitimos a la explicación que sintetiza el autor: «un precepto reconocido en la mayoría de Tratados que, en esencia, limita el uso de un tratado internacional por un Estado parte que lleve consigo una limitación del estándar de protección nacional: la cláusula de la mayor protección de los derechos humanos» (p. 21)

Y desde una perspectiva que traslada los elementos característicos del constitucionalismo al ámbito internacional, el autor concreta el objeto de su estudio: la entidad propia del pluralismo legal en el ámbito de los derechos humanos. Una entidad propia que se manifiesta a través de conflictos interpretativos e institucionales, y que deriva en la distinta protección que se otorga a un mismo derecho.

En este sentido, la obra responde a una preocupación esencial en el marco del Constitucionalismo multinivel y que adelanta Ángel Rodríguez en el prólogo de la misma: ¿qué hacer cuando los estándares de los instrumentos internacionales de derechos son menos protectores que los nacionales? Y es que, si el pluralismo jurídico es inevitable, y su consecuencia es la FDI, urge la búsqueda de mecanismos que fomenten la cohesión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y con este fin, la obra presenta una herramienta para evitar que la pluralidad jurídica implique su fragmentación, para buscar la cohesión en la pluralidad y, sobre todo, para combatir (si quiera doctrinalmente) la regresión de los derechos humanos.

Para respaldar su propuesta, SÁNCHEZ-MOLINA se remonta en el Capítulo II a los orígenes de la cláusula; y expone con brillantez su trascendencia en el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT y su posterior expansión como principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un principio que permitió aunar la vocación incluyente, propia de los tratados internacionales, con su pretendida eficacia. No obstante, advierte al lector: mientras que la naturaleza sectorial de

la OIT la hace propicia a extensiones *favor-libertatis*, en otros ámbitos, la mayor protección de un derecho puede suponer la limitación de otro. Y en este sentido, destaca que la finalidad con que la OIT introdujo esta cláusula no ha perdurado en otros instrumentos de derechos, en los que ha mostrado una «personalidad diferente». Un hecho que despierta el interés para su estudio en otros instrumentos de protección de los derechos humanos. En particular, los siguientes capítulos analizan la cláusula en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a fin de identificar aquellos elementos comunes de este principio de Derecho internacional para la protección de los derechos humanos.

La comparativa comienza en el marco del Convenio Europeo de derechos humanos que, pese a su consideración como instrumento constitucional del orden público europeo², evidencia una falta de eficacia práctica de esta «cláusula olvidada, residual, ritual e invisible». Por ello, el autor critica su escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal, así como el abismo existente entre su finalidad originaria, plasmada en el tenor literal, y su aplicación práctica. Y es que, el artículo 53CEDH exige para su aplicación que un Estado parte rebaje la protección interna (incluyendo los instrumentos internacionales ratificados) de un derecho a causa de una

² STEDH de 23 de marzo de 1995. Caso *Loizidou c. Turquía* §75.

interpretación del Convenio. Si esta devaluación ocurriera, se estaría vulnerando el propio Convenio, pues, aunque se respetara el estándar mínimo convencional, se estaría vulnerando la cláusula del artículo 53 al no garantizarse la mayor protección de ese derecho. Pero, aunque en teoría la cláusula trata de evitar una *infraprotección* sobrevenida en los ordenamientos jurídicos a causa del estándar convencional; su aplicación no siempre resulta tan evidente, lo que ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a matizar su interpretación hasta casi vaciarla de contenido.

Su complejidad práctica lleva al autor a diferenciar, para su estudio, entre aquellos casos donde su aplicación resulta pacífica y donde resulta conflictiva; lo que sucede frecuentemente por la existencia de un conflicto de intereses, donde la mayor protección de un derecho puede suponer la limitación de otro. Una diferenciación que ha llevado a una parte mayoritaria de la (escasa) doctrina a excluir esos *complicated cases* del ámbito de activación del art. 53 CEDH, un punto en la que difiere el autor: ¿la categorización de un asunto como conflictivo debería suponer la exclusión de la cláusula de mayor protección o requiere, como propone SÁNCHEZ MOLINA, de un juicio de proporcionalidad específico desde el que decidir sobre su aplicación? En este sentido, el capítulo finaliza denunciando la incorrecta aplicación de la cláusula en el ámbito del Consejo de Europa, reclamando un mayor activismo del TEDH y proponiendo «un ámbito aplicativo realista de la cláusula», que podría incluirse en la mayoría de tratados de derechos; y que pone el

foco de atención en el conflicto de intereses. Una propuesta que llevaría al TEDH a desarrollar un «enjuiciamiento aplicativo» del art. 53 CEDH bajo unos criterios objetivos.

Continuando con el análisis de las *distintas personalidades* de la cláusula, el autor salta al Continente americano para analizar las particularidades de esta cláusula contenida en el artículo 29 del CADH. Un artículo «único»³, por agrupar una serie de reglas de interpretación. Aunque estas reglas, desarrolladas en los distintos apartados, no son exclusivas; lo que lleva al autor a señalar sus homólogas en el CEDH: como el artículo 17 del CEDH, similar al apartado a); o el artículo 53, similar al apartado b). que a su vez constituyen, respectivamente, las limitaciones intrínsecas y extrínsecas del Convenio y de la Convención. De hecho, conviene advertir de una idea que se evidencia a lo largo del capítulo: que la *personalidad* de la cláusula contenida en la CADH no deriva tanto de su redacción, que contiene solo alguna sutil diferencia respecto a la del CEDH, sino de su aplicación por la Corte IDH.

En este sentido, SÁNCHEZ-MOLINA observa una diferencia trascendental en el plano interno internacional: mientras que en el ámbito del Consejo de Europa, el Estado parte no puede aplicar el estándar del CEDH cuando sea parte en un tratado que eleve ese estándar protector; en el caso

³ Término empleado por el autor en referencia a la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985.

de la CADH basta con que un Estado miembro sea parte de un tratado con un estándar mayor para que éste le sea aplicado a todos los demás miembros de la CADH⁴. Lo que ha permitido a la Corte IDH elevar el propio estándar de protección de la Convención para alcanzar a otros tratados internacionales. Una aplicación de la cláusula en la que el autor ve una respuesta ante el problema de la fragmentación internacional y que «llevaría a la configuración de una protección internacional de los derechos humanos receptora de los avances de otros instrumentos internacionales» (p. 148).

De este modo, la aplicación de la cláusula en el ámbito de la CADH conlleva lo que el autor ha denominado como un *ius commune al alza*, que sería positivo tanto para la mayor protección del derecho como para contrarrestar, a su vez, la FDI. Mientras que la cláusula en el ámbito del CEDH causa el efecto contrario, en aras de una mayor protección del derecho, su aplicación conllevaría una mayor fragmentación.

Y junto a esa diferencia en la proyección *erga omnes* que despliega la cláusula de mayor protección en el ámbito de la CADH, también se percibe una notable diferencia en cuanto a

su aplicación *automática*. Pues, en tanto que la cláusula ha servido para acoger los estándares nacionales más protectores en el contenido de sus propios derechos, no se requiere que se produzca una limitación por parte de un Estado en la aplicación de otro instrumento de protección. Bastaría con hacer uso de la interpretación más protectora en todo caso.

Tras abordar la cláusula en el marco del CEDH y de la CADH resulta evidente que, dentro de los tratados internacionales de protección de derechos, aun con sus particularidades regionales y sus muchos matices, la cláusula adopta una función de límite dentro del estándar de protección mínimo establecido en los tratados de derechos. De modo que, aun cuando estos marcan, con carácter general, un estándar mínimo de protección; la activación de la cláusula supone que el estándar mínimo es, en realidad, el máximo que marca el Derecho de cada Estado (en el marco del CEDH) o de algún Estado miembro (en el ámbito del CADH). Sin embargo, las lecciones aprendidas no son trasladables al ámbito *sui generis* de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión que obedece a una lógica distinta. Consciente de ello, el autor dedica el Capítulo V a la cláusula del artículo 53 de la CDFUE observando su redacción en perspectiva histórica; su relación con otros preceptos de la Carta; la jurisprudencia emanada del TJUE; y en relación con el concepto de la *identidad constitucional*. Todo ello, a fin de dar respuesta a unas preguntas tan oportunas como complejas: ¿la eficacia del artículo 53 CDFUE se aplica, por igual a la vertiente

⁴ Según el tenor literal del artículo 29, b) de la CADH: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados».

nacional, internacional y europea?; ¿la mayor protección puede afectar al principio de primacía del derecho de la Unión?; ¿cuáles son los límites de la *identidad nacional*?

En la búsqueda de respuestas a estos interrogantes, el autor parte de una idea fundamental y definitoria de la particular *personalidad* del artículo 53 CDFUE: el principio de primacía del Derecho de la Unión implica que, en el ámbito de competencias de la UE, no nos encontramos con distintos estándares de protección sino uno solo: el de la Unión. Una perspectiva que no está exenta de conflictos, especialmente cuando se enfrenta a la *identidad constitucional* de los Estados. Por otro lado, en las competencias que se han reservado los Estados, el estándar de la Carta no puede desplazar el propio. Estas premisas evidencian la personalidad *sui generis* de la cláusula contenida en el artículo 53 de la Carta, pero no simplifican su aplicación. Así, el desarrollo que lleva a cabo el autor sobre las posibles interpretaciones de esta cláusula a través de la jurisprudencia del TJUE, no solo sirve para comprender su complejidad, sino que llevan al lector a reflexionar sobre el futuro del sistema europeo de derechos y a plantearse si es posible conciliar la mayor protección de los derechos, con la identidad constitucional de los Estados y la primacía, unidad y efectividad del Derecho europeo.

En definitiva, esta obra refleja el profundo análisis llevado a cabo por

el autor, quien ha elaborado una teoría sobre las *distintas personalidades* de la cláusula de mayor protección partiendo de su consideración *originaria* (OIT), donde se constituyó como un principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para concretarse como una cláusula *olvidada* (en el CEDH); *potenciada* (en el CADH); y *sui generis* (en la CDFUE). Reflejando así la necesaria y oportuna tendencia a repensar conceptos clásicos, y a extrapolar los principios del constitucionalismo a un marco jurídico que deviene más complejo. Una cualidad que lo avala como un trabajo clave para la necesaria construcción teórico-práctica de una cláusula presente en los principales tratados de derechos; que se supo necesaria desde un momento temprano de la internacionalización de los derechos, pero cuya eficacia práctica nos deja más preguntas que certezas. Y es que, mientras que la doctrina ha dedicado un considerable número de investigaciones al necesario diálogo entre tribunales, son pocos quienes se han atrevido con el estudio de esta cláusula que, sin embargo, supone una condición a ese diálogo. Sin duda, esta obra servirá para el desarrollo teórico práctico que esta cláusula requiere a fin de asumir el papel que SÁNCHEZ-MOLINA le augura como «criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global».

María Dolores Requena de Torre.

Universidad Pontificia Comillas

mdrequena@icade.comillas.edu

<https://orcid.org/0000-0002-2609-2594>

ESTUDIOS DE DEUSTO. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos en castellano o en inglés que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público. La Revista no cobra importe alguno a los autores por el envío de los artículos, ni por su evaluación, ni por su posterior publicación. Además de artículos resultado de investigaciones originales, la revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica reseñas de publicaciones u obras científicas. Al respecto no acepta reseñas no solicitadas. No obstante, agradece sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.
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 Din A 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 Ascencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Ascencio 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. **Idiomas:** Los autores son responsables de usar un inglés o un castellano adecuado, y pueden recurrir a servicios profesionales de idiomas, preferentemente antes del envío del manuscrito.
6. **Envío:** Los manuscritos deben ser enviados únicamente al siguiente correo: revistaestudios@deusto.es. Los autores recibirán un acuse de recibo por parte de la Dirección de la Revista en un plazo máximo de 7 días, comunicándoles la aceptación del trabajo a efectos de su posterior evaluación por pares o el rechazo por no respetar los criterios que se han indicado en cuanto al formato, idiomas o enfoque de la Revista. En caso de que el rechazo sea motivado por cuestiones

de formato, los defectos podrán ser subsanados y por tanto se podrá llegar a aceptar el manuscrito y someterlo a la correspondiente evaluación por pares. En cambio, si el rechazo se debe a que el trabajo no está ni en inglés ni en castellano, los idiomas aceptados por la Revista para su publicación, o si se debe a que el trabajo no aborda aspectos de Derecho público, el manuscrito será rechazado sin que sea evaluado. Actualmente no hay ningún tipo de tasa o cargo para los autores por enviar manuscritos, aceptarlos, evaluarlos o publicarlos.

7. **Proceso de evaluación:** Estudios Deusto. Revista de Derecho Público utiliza el sistema de evaluación «doble ciego», por lo que debe desconocerse tanto la identidad del evaluador como del autor durante el proceso de evaluación del trabajo. En este sentido, se hará todo lo necesario para evitar que se pueda desvelar la identidad de los evaluadores y de los autores de los trabajos. Es nuestra intención que los autores conozcan la no aceptación del manuscrito no revisado en un plazo de 7 días desde la recepción del manuscrito, y en caso de que se acepten para su evaluación, el proceso puede prolongarse de 2 a 3 meses.

Aviso de derechos de autor/a

Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista Estudios Deusto. Revista de Derecho Público, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas.

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. Derechos de los autores, responsabilidad y Código ético:
 - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicados 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. Revista de Derecho Público (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 Deusto. Revista de Derecho Público y de una manera que no sugiera un respaldo al autor o a su trabajo por parte de la Revista.
 - 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.
 - e) Los autores son los únicos responsables de las consecuencias que puedan derivarse de las reclamaciones de terceros sobre el manuscrito enviado y su publicación en la Revista Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público.
3. Usuarios: Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una publicación de acceso abierto. Su contenido es gratuito. Se permite el acceso completo e inmediato, la lectura, la búsqueda, la descarga, la distribución y la reutilización en cualquier medio o formato solo con fines no comerciales y de conformidad con la legislación de derechos de autor aplicable, sin el permiso previo de la Revista o del autor(es). En cualquier caso, se debe hacer un reconocimiento adecuado de

la fuente de publicación original y cualquier cambio en el trabajo original debe indicarse claramente y de una manera que no sugiera el respaldo del autor o de la Revista en absoluto. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Código ético

Estos compromisos están basados principalmente en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Ámbito de actuación y objetivos de la Revista

1.1. Ámbito de la Revista

La revista *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* es una revista científica con una larga trayectoria en el ámbito del Derecho que publica dos números anualmente y que es de acceso abierto. Publica trabajos escritos en castellano o en inglés que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público, así como reseñas de publicaciones científicas en el ámbito del Derecho público.

1.2. Financiación

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista científica especializada editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y que únicamente cuenta con el apoyo económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

2. Organización de la Revista

2.1. Órganos

La revista *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* cuenta con un equipo editorial conformado por una Dirección, un Consejo de Redacción y un Consejo Asesor.

La Dirección de la Revista está conformada por el Director y la Secretaria General. Y es designada por parte de la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) entre su profesorado. Y del mismo modo dicha autoridad podrá decidir su cese y su sustitución por otras personas.

El Consejo de Redacción está conformado por profesores y expertos especializados en el ámbito del Derecho. A solicitud de la Dirección de la Revista pueden ayudar y asesorar acerca de la publicación de los manuscritos recibidos. Igualmente, son consultados ante un cambio en el enfoque y alcance de la Revista.

El Consejo Asesor está conformado por profesores y expertos especializados en el ámbito del Derecho. A solicitud de la Dirección de la Revista pueden ayudar y asesorar acerca de la publicación de los manuscritos recibidos, así como pueden evaluar manuscritos recibidos por parte de la Revista y proponer evaluadores para dichos manuscritos por la temática que abordan.

El Consejo de Redacción, al igual que el Consejo Asesor, es designado a propuesta de la Dirección de la Revista por parte de la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) entre profesores y/o profesionales de reconocido prestigio. Y del mismo modo dicha autoridad podrá decidir su cese a propuesta de la Dirección de la Revista.

2.2. Obligaciones generales de la Dirección de la Revista

La Dirección 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.
 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 y personales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
 8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos intelectuales y éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.
- 2.3. Confidencialidad y tratamiento de los conflictos de interés de los órganos de la Revista
- La Dirección, el Consejo de Redacción y el Consejo Asesor de la Revista no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente y los potenciales o actuales evaluadores del artículo. Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los integrantes de la Dirección de la Revista, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo, 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 igualmente en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal.
- Los integrantes de la Dirección, del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor 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.
3. Propiedad intelectual y tratamiento de los datos
- Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicados en cualquier forma anteriormente; y que no está preparando su publicación en otra parte.
- 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.
- No obstante, 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 Deusto. Revista de Derecho Público*.
- Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* es una revista de acceso abierto y su contenido puede ser libremente usado, leído, descargado, distribuido en cualquier medio solo para fines no comerciales sin autorización previa del editor o de los autores. En todo caso, deberá citarse la fuente y el autor de la publicación original e indicar claramente cualquier cambio que se haya realizado sin que parezca de ningún modo que cuenta con el respaldo del editor o de los autores. La Revista se publica esencialmente en línea a través del sistema ‘Open Journal Systems (OJS)’ que integra el protocolo OAI (Open Archive Initiative) para una mayor difusión y transmisión de sus contenidos en internet, así como para una mayor accesibilidad y reutilización de sus contenidos por la comunidad científica y la sociedad en general.
4. Relación con los autores
- 4.1. 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.

4.2. 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.

4.3. Proceso de evaluación y Decisiones respecto a la publicación

El proceso de evaluación está sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Los autores no conocerán la identidad de los evaluadores, 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.

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 órganos de la Revista (Dirección y/o Consejo de Redacción y/o Consejo Asesor), 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, 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.

4.4. Obligaciones de los autores

4.4.1. 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.

La Dirección de la Revista comprobará la originalidad de los manuscritos presentados mediante el uso de la aplicación TURNITIN antes de ser evaluados anónimamente por evaluadores expertos externos e independientes para su posible publicación en la Revista.

4.4.2. 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.

Los autores deberán asegurarse en su caso de que todos los coautores estén debidamente incluidos, y que no haya ninguna persona mencionada como autora indebidamente.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación.

4.4.3. 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 claramente en el manuscrito.

En caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación, la Dirección de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes.

4.4.4. 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.

4.4.5. 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.

4.4.6. Manipulación de las fuentes

La manipulación o alteración de las citas del manuscrito no se considera ético o aceptable. Se estima que se produce esa situación cuando se añaden citas que no se corresponden o no encajan adecuadamente con el contenido del manuscrito y/o que se incluyen con la finalidad de aumentar de manera artificial las citas de un autor o una revista.

4.4.7. Errores en los artículos publicados

Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente a la Dirección de la Revista y colaborar con ella en la corrección o retractación del error cometido. Si la Dirección de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, se le notificará inmediatamente este hecho al autor del trabajo afectado para que pueda alegar lo que estime conveniente, en particular para que pueda enviar la correspondiente retractación y corrección o acreditar la veracidad y corrección de su trabajo. La Dirección analizará la situación y adoptará una decisión definitiva al respecto, que se comunicará al autor.

5. Relación con los evaluadores

5.1. Obligaciones de los evaluadores

El proceso de evaluación está sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Los evaluadores no conocerán la identidad de los autores, ni de los demás evaluadores del mismo ma-

nuscrito, 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 con previa autorización expresa de la Dirección de la Revista.

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales.

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 para que proceda en consecuencia.

5.2. 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 deberán ser usadas 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.

Los evaluadores manifestaran a la Dirección de la Revista, antes de llevar a cabo la evaluación, cualquier conflicto de interés en el que se puedan encontrar, ya sean personales, académicos, o comerciales.

5.3. Derechos de los evaluadores

Los evaluadores asisten a la Dirección de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos y de este modo contribuyen a la mejora de la Revista. Igualmente, tienen derecho a pedir la ayuda que necesiten a la Dirección de la Revista.

Los evaluadores tienen derecho a pedir a la Dirección de la Revista la acreditación de su colaboración con la Revista evaluando manuscritos.

6. Tratamiento de las reclamaciones y sanciones

Si hay sospechas fundadas sobre el incumplimiento de las normas éticas del presente Código, la Dirección de la Revista procederá a investigar inmediatamente el asunto. Con este propósito podrá consultar con el Consejo de Redacción, así como solicitar asesoramiento al Consejo.

Si el Director de la Revista finalmente estima que un autor o autores han infringido las normas éticas sobre publicación de la Revista, éste se reserva el derecho a imponer sanciones como pueden ser la no aceptación de ulteriores manuscritos que pueda presentar el autor o autores, el rechazo de la publicación de manuscritos del autor o autores en proceso de evaluación, así como la retirada o la corrección del trabajo publicado por el autor o autores en la Revista.

La Dirección de la Revista con el eventual asesoramiento del Consejo de Redacción y del Consejo Asesor decidirá sobre si es necesaria una retirada del trabajo de la Revista o si es suficiente con una corrección del mismo.

Además, si las sospechas fundadas sobre el incumplimiento de las normas éticas del presente Código recaen sobre algún miembro del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor, la Dirección de la Revista procederá a investigar inmediatamente el asunto pudiendo contar con el asesoramiento del Consejo de Redacción y/o del Consejo Asesor, sin la participación del miembro o de los miembros afectados de tales órganos. Si el Director de la Revista finalmente estima que un

miembro o miembros del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor ha infringido estas normas éticas, propondrá a la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) la adopción de alguna medida sancionadora, entre las que podrá estar su cese inmediato. La decisión final será adoptada por dicha máxima autoridad.

Igualmente, si la persona afectada por estas sospechas de incumplimiento de las normas éticas del presente Código es la propia Dirección de la Revista, la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) será quien ordene la investigación y decida finalmente si debe adoptarse o no alguna medida sancionadora, entre las que podrá estar su cese inmediato.

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 72, Issue 2, July-December 2024
DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7212024>

Table of contents

Studies

The labor complaint remedy: historical view and current regulation

JAIIME ALEMAÑ CANO

The public direction of government centers: advising or co-presidency? The White House Chief of staff as a case study (1946-2024)

DANIEL CASAL OUBIÑA

Decentralisation of personal wealth taxation in the light of constitutional principles of redistribution

PEDRO GARCÍA GUJJARRO

Analysis of the special forms of execution existing in the Spanish penitentiary system for maternal and paternal profiles: possibilities, criticisms, proposals for improvement and defense of an extensive application to fathers of the normative possibilities foreseen for mothers

TALIA GONZÁLEZ COLLANTES

Constitutional implications of the guiding principles on human rights and business

ANA MARÍA OVEJERO PUENTE

Fundamental right to love in Colombia: A rhetorical constitutional commitment with limited practical materialization

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS

Historical and competential evolution of the island councils in the Canary Islands

FLORENTINO DE GUZMÁN PLASENCIA MEDINA

The amendment of art. 49 of the Spanish Constitution: Was it necessary? Is it good enough?

BEGOÑA RODRÍGUEZ DÍAZ

The Inter-american Court of Human Rights and the European Court of Human Rights in the protection of LGBTB people, between judicial activism and the need for common rules of protection

SILVIA ROMBOLI

Dissonance in the Europe of rights

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Dynamics of change in the management of the Royal Household and the development of the King's functions

DANIEL DEL VALLE-INCLÁN RODRÍGUEZ DE MIÑÓN

Juan Churruca Award

The legal protection of the civil servant whistleblowing in the European Union: an analysis of the Staff Regulation and the internal regime of Frontex

MARCEL AMO SÁNCHEZ

The enforceability of jurisdiction clauses against a third-party holder of the bill of lading

NAHIA AROSTEGI ARRIAGA

Jurisprudence

Free movement of persons and EU Competition Law in sports: special reference to the CJEU in *FIFA v. L. Diarra* (Case C-650/22)

GABRIEL MARTÍN RODRÍGUEZ

Book reviews