# La irradiación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

**Xabier Arzoz Santisteban (coord.)**

Marcial Pons

Cofinanciado por la Unión Europea

# LA IRRADIACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN
(Coord.)

# LA IRRADIACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2024

Esta obra ha sido realizada y publicada en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet Integration through EU Fundamental Rights (2021-2024), concedida por la Comisión Europea.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Xabier Arzoz Santisteban
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
Tamayo y Baus, 7. 28004 MADRID
☎ 91 304 33 03
*www.marcialpons.es*

DOI: https://doi.org/10.37417/t2pdke53

Diseño de cubierta: ene estudio gráfico

Impresión: Élece, Industrias Gráficas, S.L.

MADRID, 2024

# ÍNDICE


Pág.

**ABREVIATURAS** ..... 19

**RELACIÓN DE AUTORES** ..... 21

**PRESENTACIÓN,** *por Xabier Arzoz Santisteban* ..... 25

**PRIMERA PARTE**
**VIEJAS Y NUEVAS LIBERTADES**

**EL DERECHO A LA DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE,** *por Koldo Martín Sevillano*

1. Introducción ..... 31
2. La dignidad como concepto filosófico ..... 32
   - 2.1. La dignidad en la Grecia clásica ..... 32
   - 2.2. La dignidad en la filosofía medieval cristiana ..... 34
   - 2.3. La dignidad en el Renacimiento ..... 35
   - 2.4. La dignidad en la Edad Moderna ..... 35
   - 2.5. La filosofía contemporánea y la dignidad ..... 37
   - 2.6. Concepto filosófico de dignidad ..... 40
3. Características no controvertidas del derecho a la dignidad en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .. 41
   - 3.1. La dignidad como fundamento del orden político y de la paz social ..... 42

Pág.

3.2. La dignidad como valor inherente al ser humano ..... 42
3.3. La naturaleza dual de la dignidad ..... 43
3.4. La dignidad como condición de base o fundamento para otros derechos y libertades ..... 44
3.5. La dignidad como *mínimum* invulnerable ..... 44
3.6. La dignidad como protección contra la cosificación ..... 46
3.7. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad ..... 46
3.8. La dignidad como límite a los derechos..... 47

4. Características controvertidas del derecho a la dignidad ..... 48
4.1. La dignidad como derecho autónomo ..... 48
4.2. La dignidad como derecho fundamental ..... 51
4.3. La dignidad como derecho absoluto ..... 52

5. Los rasgos del derecho a la dignidad en la CDFUE..... 53
5.1. La dignidad como fundamento del orden político y de la paz social..... 53
5.2. La dignidad como valor inherente al ser humano ..... 54
5.3. La naturaleza dual de la dignidad ..... 54
5.4. La dignidad como fundamento de otros derechos fundamentales ..... 55
5.5. La dignidad como *mínimum invulnerable*..... 56
5.6. La dignidad como protección contra la cosificación ..... 56
5.7. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad ..... 57
5.8. La función limitadora de otros derechos..... 58
5.9. La dignidad como derecho autónomo ..... 59
5.10. La dignidad como derecho fundamental ..... 59
5.11. La dignidad como derecho absoluto..... 60
5.12. Dificultades en su implementación ..... 60
5.12.1. Principios y derechos..... 61
5.12.2. Ámbito de aplicación de los derechos fundamentales contenidos en la Carta..... 62
5.12.3. El concepto de «ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» ..... 63
5.12.4. El efecto útil y la no ampliación «del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión» ..... 64

6. Conclusiones..... 65
7. Bibliografía..... 66

Pág.

**LA CAPACIDAD ECONÓMICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA: REFLEXIONES EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE,** *por Maria Júlia Ildefonso Mendonça*

1. Introducción ..... 69
2. Una aproximación al principio de capacidad económica ..... 71
3. La protección de la capacidad económica en el contexto europeo. 74
4. La capacidad económica en la jurisprudencia del TJUE ..... 76
   - 4.1. La tributación por la renta neta objetiva ..... 77
   - 4.2. La tributación por la renta neta subjetiva ..... 79
     - 4.2.1. La comparabilidad entre contribuyentes y su superación ..... 81
     - 4.2.2. La acumulación de beneficios fiscales equivalentes 87
5. ¿Hacia un derecho subjetivo a contribuir según la capacidad económica en la UE? ..... 89
6. Conclusiones ..... 91
7. Bibliografía ..... 92

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CONSEJO DE EUROPA Y EN LA UNIÓN EUROPEA: SINERGIAS Y DIVERGENCIAS,** *por Salvador Martínez Rompeltien*

1. Planteamiento inicial ..... 95
2. El derecho de propiedad en el Consejo de Europa ..... 96
   - 2.1. Consideraciones generales ..... 96
   - 2.2. Las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea: El caso *Dangeville c. Francia* ..... 97
3. El carácter global de los derechos: la interrelación entre el TEDH y el TJUE ..... 101
   - 3.1. La protección del derecho a la propiedad privada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ..... 102
   - 3.2. La influencia mutua de ambos tribunales en el conflicto entre el derecho de propiedad y la lucha contra el terrorismo. ... 111
4. Conclusiones ..... 115
5. Bibliografía ..... 116

Pág.

## SEGUNDA PARTE
## IGUALDAD Y SOLIDARIDAD

**EL (POTENCIAL) ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y LA POBREZA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA LABOR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS,** *por Rodrigo Merayo Fernández*

1. Introducción ..... 119
2. Breve acercamiento conceptual a la pobreza contemporánea ..... 121
3. El enfoque de derechos humanos en la lucha contra la pobreza. Argumentos para su defensa ..... 124
4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pobreza. Apuntes sobre la praxis jurisprudencial ..... 127
   - 4.1. El «principio de conexión implícito»: arts. 2, 3 y 8 CEDH 129
     - 4.1.1. Derecho a la vida (art. 2) ..... 129
     - 4.1.2. Derecho a la protección contra los tratos inhumanos o degradantes (art. 3) ..... 130
     - 4.1.3. Derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) ..... 136
   - 4.2. Comentarios a la doctrina jurisprudencial: potencialidad e insuficiencias ..... 141
5. Conclusiones ..... 148
6. Bibliografía ..... 150
   - 6.1. Decisiones y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ..... 155
   - 6.2. Otro material bibliográfico utilizado. ..... 156

**CONTROL FRONTERIZO Y DERECHOS HUMANOS. LA SUSTITUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA POR LA COACCIÓN DIRECTA A RAÍZ DE LA CRISIS MIGRATORIA,** *por Teresa Acosta Penco*

1. Introducción ..... 157
2. La configuración jurídica de la actividad de vigilancia fronteriza en el Derecho de la Unión Europea ..... 159
   - 2.1. La política común sobre control de fronteras ..... 159
   - 2.2. El Código de Fronteras Schengen como norma de referencia en materia de control fronterizo ..... 160

Pág.

2.2.1. Ámbito de aplicación objetivo ..... 161
2.2.2. Ámbito de aplicación subjetivo y categorización de la actividad de control fronterizo como actividad administrativa de policía ..... 161

2.3. La actividad de vigilancia fronteriza ..... 163

2.3.1. El concepto dual de vigilancia fronteriza acogido por el Código de Fronteras Schengen ..... 163
2.3.2. La interacción entre el Código de Fronteras Schengen y la Directiva Retorno en materia de vigilancia fronteriza ..... 165

3. La vigilancia fronteriza en España antes de la crisis migratoria. El procedimiento de devolución ..... 167

3.1. El procedimiento administrativo de devolución ..... 167
3.2. Una resolución de difícil ejecución ..... 169

4. La vigilancia fronteriza en España a raíz de la crisis migratoria. El régimen especial de Ceuta y Melilla ..... 171

4.1. Antecedentes del Régimen Especial de Ceuta y Melilla ..... 171
4.2. El Régimen Especial de Ceuta y Melilla y su compatibilidad con la Directiva Retorno ..... 173

5. La compatibilidad del régimen especial de Ceuta y Melilla con el Convenio Europeo de Derechos Humanos ..... 176

5.1. Antecedentes de hecho y demanda ..... 176
5.2. Sobre la aplicabilidad del CEDH al caso *N.D. y N.T. c. España* ..... 177
5.3. La contradictoria postura del TEDH respecto a la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas ..... 179
5.4. Crítica a la postura de la Gran Sala del TEDH ..... 181

6. Conclusiones ..... 183
7. Bibliografía ..... 184

**INVALIDEZ E INCAPACIDAD PERMANENTE COMO CAUSA AUTOMÁTICA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO,** *por Luis Carlos Bandrés Oróñez*

1. Introducción ..... 187
2. Cuestiones prejudiciales, ¿realmente necesarias? ..... 187

Pág.

2.1. Ante la colisión normativa ..... 192
2.2. Doctrina del «acto aclarado» ..... 196
3. Conclusiones..... 197
4. Bibliografía..... 199

**LOS DERECHOS DE IMPLICACIÓN COMO REALIZACIONES DEL VALOR DE LA SOLIDARIDAD. NOTAS SOBRE EL PAPEL DE LOS SINDICATOS,** *por Alex Sans Dalmau*

1. Introducción..... 201
2. La Carta como fuente de derechos sociales ..... 204
2.1. La protección de los derechos sociales en un sistema multinivel ..... 204
2.2. Fenómeno sindical e implicación en el Derecho Social de la Unión Europea..... 206
3. Los derechos de cogestión en Alemania en la doctrina del TJUE.. 210
3.1. El sistema de cogestión alemán ..... 210
3.2. El asunto *Erzberger* (C-566/15)..... 213
3.3. El asunto *IG Metall y ver.di o SAP SE* (C-677/20)..... 217
4. Los sindicatos como sujeto de solidaridad: empresas transnacionales y *demos* «laboral» europeo..... 220
5. Consideraciones finales..... 223
6. Bibliografía..... 225

**TERCERA PARTE**
**JUSTICIA**

**EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. ESTADO ACTUAL Y PROPUESTAS DE FUTURO,** *por Ana María Vicario Pérez*

1. Introducción..... 231
2. Las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales. 233
2.1. Persona jurídica y personalidad jurídica ..... 233
2.2. Causas justificativas del reconocimiento de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas ..... 236
3. El derecho al debido proceso en favor de las personas jurídicas ... 239
3.1. La inclusión de las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal en el ámbito de la Unión Europea..... 240

Pág.

3.2. El necesario reconocimiento de las garantías procesales en favor de las personas jurídicas por el ordenamiento de la Unión Europea. Posición jurisprudencial ..... 243

4. La aplicación de las garantías procesales del ordenamiento europeo a las personas jurídicas ..... 245

4.1. La conformación del estatuto procesal del investigado y/o acusado de la Unión Europea ..... 245

4.2. La inclusión de las personas jurídicas en el estatuto procesal del investigado y/o acusado de la Unión Europea ..... 249

5. Aproximación de las garantías procesales de las personas jurídicas como condicionante de la cooperación judicial penal entre estados miembros ..... 252

6. Conclusiones ..... 255

7. Bibliografía ..... 257

**RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR LAS INFRACCIONES DE SU FILIAL EN EL DERECHO SANCIONADOR DE LA COMPETENCIA: COMPATIBILIDAD CON EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y ESPAÑOL,** *por Diego Rodríguez Cembellín*

1. Introducción ..... 259

2. El concepto de empresa y la sanción a las matrices ..... 260

3. Compatibilidad con los principios de responsabilidad personal y presunción de inocencia ..... 264

4. Las sanciones de las autoridades nacionales de la competencia y la primacía del Derecho de la Unión ..... 266

5. La responsabilidad de las matrices cuando no se aplica el Derecho de la Unión ..... 270

6. Conclusiones ..... 273

7. Bibliografía ..... 274

**EL DERECHO FUNDAMENTAL AL *NE BIS IN IDEM* EN EL ÁMBITO EUROPEO: (IN)COMPATIBILIDAD CON SU CONCEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL,** *por Carmen Martín Fernández*

1. Introducción: el derecho fundamental al *ne bis in idem*. Estado de la cuestión ..... 277

2. El derecho fundamental al *ne bis in idem* en Europa ..... 278

Pág.

2.1. La configuración de este derecho fundamental en el CEDH, en la CDFUE y en el CAAS ..... 278
2.2. La configuración de este derecho fundamental en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE ..... 281
2.2.1. El *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE: del *idem crimen* al *idem factum* y la pervivencia del *bis* como enjuiciamiento ..... 281
2.2.2. Las teorías del TEDH y del TJUE para evitar las perniciosas consecuencias de un excesivo apego al *idem factum* ..... 283
2.2.3. La insatisfacción que generan estas teorías y la necesidad de reconocer el *idem crimen* al menos en la vertiente sustantiva del derecho ..... 286

3. La garantía *ne bis in idem* en España ..... 290
3.1. Su vertiente sustantiva ..... 290
3.2. Su vertiente procedimental ..... 295
3.3. Consecuencias de la inexistencia de una verdadera vertiente procesal de esta garantía en el ámbito administrativo ..... 298

4. Dos posibilidades para la uniformización de ambas concepciones 300
4.1. La adopción del *idem crimen* por el TEDH y por el TJUE 300
4.2. La adopción por el TC español de la jurisprudencia europea sobre los procesos punitivos vinculados y la posible reforma del instituto de la caducidad ..... 303

5. Conclusiones ..... 309
6. Bibliografía ..... 309

**LA TRANSNACIONALIDAD DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN EL ÁMBITO EUROPEO A PROPÓSITO DE LA STC 1/2023, DE 6 DE FEBRERO,** *por Julia López Espejo*

1. Introducción ..... 313
2. Los distintos niveles de protección del principio *non bis in idem* en el Derecho europeo. Principales dificultades que se detectan .. 315
3. Criterios jurisprudenciales existentes a nivel europeo en relación con el principio *non bis in idem* ..... 320
3.1. La existencia de una «acusación en materia penal» como premisa para la aplicación del principio *non bis in idem* .. 320
3.2. La matizada duplicidad sancionadora prohibida por el principio *non bis in idem* ..... 323

Pág.

3.3. La necesaria y, de nuevo, matizada triple identidad de hechos, sujetos y fundamento jurídico como presupuesto del principio *non bis in idem* ..... 327

4. Los hechos y el objeto de la STC 1/2023, de 6 de febrero..... 330
5. Análisis crítico de la fundamentación jurídica de la STC 1/2023, de 6 de febrero, en relación con los criterios jurisprudenciales existentes a nivel europeo..... 334

5.1 Jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem* ..... 334
5.2. En cuanto al *bis* ..... 335
5.3. En cuanto al *idem* ..... 336

5.3.1. Identidad fáctica ..... 336
5.3.2. Identidad subjetiva..... 338
5.3.3. Identidad de fundamento ..... 339

6. Reflexiones finales..... 341
7. Bibliografía..... 343

**CUARTA PARTE**
**LA CARTA EN LA INTERSECCIÓN DE ORDENAMIENTOS**

**TRES ENFOQUES DIFERENTES EN GARANTÍA DEL CIUDADANO: LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPAÑOL Y EUROPEO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN,** *por Berta Martín Jiménez*

1. Introducción..... 347
2. Estado de la cuestión ..... 349
3. La figura del procedimiento en el Derecho español..... 352
4. Concepción del procedimiento en el Derecho de la Unión Europea. 358
5. Intersección del Derecho de la Unión Europea y el Derecho español en los procedimientos complejos..... 360
6. Derecho a una buena administración: ámbito de aplicación y efectos 365

6.1. La formulación del derecho a una buena administración... 365
6.2. El derecho fundamental europeo a la buena administración en su aplicación en el ordenamiento español..... 368
6.3. El derecho a una buena administración como derecho nacional..... 370

7. Consideraciones finales..... 376
8. Bibliografía..... 378

Pág.

**LA VINCULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS A LA CARTA FUERA DEL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA,** *por Andrés Vilas Villamarín*

1. Introducción ..... 383
2. Naturaleza jurídica de los mecanismos de condicionalidad financiera 386
   - 2.1. Vínculos formales y materiales entre el Derecho de la Unión Europea y los mecanismos híbridos ..... 390
     - 2.1.1. MEDE y Eurogrupo ..... 390
     - 2.1.2. MEDE, Comisión y BCE ..... 391
     - 2.1.3. MEDE y Consejo de la Unión Europea ..... 393
     - 2.1.4. MEDE y TJUE ..... 394
3. Naturaleza jurídica del Memorándum de Entendimiento ..... 395
   - 3.1. Obligatoriedad del Memorándum de Entendimiento adoptado dentro del marco legal de la Unión Europea ..... 397
   - 3.2. Naturaleza del Memorándum de Entendimiento adoptado fuera del marco legal de la Unión Europea ..... 400
4. Posición actual del TJUE ..... 402
   - 4.1. Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea ..... 402
   - 4.2. Extensión *de facto* de las competencias de la Unión Europea 407
5. Conclusiones ..... 409
6. Bibliografía ..... 411

**LA INTEGRACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. UN PROPÓSITO EN EL QUE PERSEVERAR,** *por Nicolás Aldea Martínez*

1. Introducción ..... 413
2. El proceso de adhesión después del Dictamen 2/13 ..... 414
3. Posibles soluciones a las cuestiones planteadas por el TJUE ..... 416
   - 3.1. Soluciones a la contradicción entre los arts. 53 CEDH y 53 CDFUE ..... 416
   - 3.2. Soluciones a la vulneración del principio de confianza mutua ..... 417
   - 3.3. Soluciones al solapamiento de la solicitud de opinión consultiva con la cuestión prejudicial ..... 420
   - 3.4. Soluciones al pronunciamiento del TEDH sobre cuestiones de Derecho comunitario ..... 423

Pág.

3.5. Soluciones a la intromisión del TEDH, a través del mecanismo del codemandado, en el sistema de competencias y responsabilidades de la Unión Europea ..... 425
3.5.1. El proceso de designación del codemandado ..... 425
3.5.2. La limitación de las reservas formuladas por los Estados miembros al CEDH por la declaración de responsabilidad conjunta del TEDH ..... 426
3.5.3. El reparto de responsabilidad entre codemandados ..... 427

3.6. Soluciones a la vulneración de la autonomía del Derecho de la Unión por el procedimiento de intervención previa. 428
3.6.1. La aplicación del procedimiento de intervención previa para la interpretación del derecho derivado ..... 428
3.6.2. La decisión sobre la existencia de jurisprudencia del TJUE para iniciar el procedimiento de intervención previa ..... 429

3.7. Soluciones al control jurisdiccional en exclusiva del TEDH sobre las materias de PESC excluidas del control del TJUE ..... 430

4. Conclusión ..... 436
5. Bibliografía ..... 438

# ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| ATJUE | Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| BCE | Banco Central Europeo |
| CAAS | Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen |
| CCDSFT | Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores |
| CDFUE | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| CEAR | Comité Español de Ayuda al Refugiado |
| CFS | Código de Fronteras Schengen |
| CE | Comunidad Europea |
| CDFUE | Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| CEDH | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales |
| CP | Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal |
| ELSJ | Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia |
| ET | Estatuto de los Trabajadores |
| FEEF | Fondo Europeo de Estabilización Financiera |
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| LGT | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria |
| LOEx | Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su inserción social |

| | |
|---|---|
| LPAC | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas |
| LRJSP | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público |
| MEDE | Mecanismo Europeo de Estabilidad |
| MEEF | Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| PEC | Pacto de Estabilidad y Crecimiento |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| RLOEx | Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril) |
| SE | Sociedad Anónima Europea |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STG | Sentencia del Tribunal General |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| SSTJUE | Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STPI | Sentencia del Tribunal de Primera Instancia |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TMEDE | Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad |
| UE | Unión Europea |
| UEM | Unión Económica y Monetaria |

# RELACIÓN DE AUTORES

## TERESA ACOSTA PENCO

Profesora ayudante doctora de Derecho administrativo en la Universidad de Córdoba. Ha publicado *La intervención directa de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. De la mera coordinación a la actuación subsidiaria en las fronteras exteriores de la Unión Europea* (Iustel, 2023).

## NICOLÁS ALDEA MARTÍNEZ

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, profesor de CUNEF Universidad y abogado en ejercicio. Ha publicado la monografía *La posición constitucional de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el control de la estabilidad presupuestaria* (Thomson Reuters Aranzadi, 2023).

## LUIS CARLOS BANDRÉS ORÓÑEZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza, letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y profesor asociado de la Universidad de Zaragoza (Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo).

## MARIA JÚLIA ILDEFONSO MENDONÇA

Doctora en Derecho y profesora de Derecho financiero y tributario en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Ha publicado la monografía *International Juridical Double Taxation from an Ability-to-Pay Perspective under EU Law* (Kluwer Law International, 2024).

**JULIA LÓPEZ ESPEJO**

Contratada predoctoral FPU de la Universidad de Córdoba, adscrita al área de Derecho financiero y tributario. En su investigación aborda temas relativos al Derecho tributario sancionador y al Derecho financiero constitucional.

**CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ**

Doctora en Derecho y profesora de Derecho administrativo en la Universidad de Córdoba. Ha publicado *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana* (Thomson Reuters Aranzadi, 2023).

**BERTA MARTÍN JIMÉNEZ**

Contratada predoctoral FPU en la Universidad de Alcalá en el área de Derecho administrativo. Su investigación se centra en los procedimientos administrativos complejos en el Derecho español y el Derecho de la Unión Europea.

**KOLDO MARTIN SEVILLANO**

Profesor contratado interino en la Universidad de Vigo (Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo), alumno de doctorado y letrado ejerciente del Colegio de Abogados de Vigo.

**SALVADOR MARTÍNEZ ROMPELTIEN**

Doctor en Derecho por la UNED, profesor-tutor en el Centro Asociado de la UNED en Lanzarote y abogado en ejercicio.

**RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ**

Contratado predoctoral FPI en la Universidad Carlos III de Madrid, miembro del grupo de investigación sobre el Derecho y la Justicia (UC3M) y coordinador de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (UC3M).

**DIEGO RODRÍGUEZ CEMBELLÍN**

Investigador en periodo de orientación posdoctoral (POP-FPU) de la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo con la tesis *Potestad sancionadora y grupos de empresas*, de próxima publicación.

**ALEX SANS DALMAU**

Contratado predoctoral en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) y miembro del grupo de investigación consolidado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (greDTiSS).

### ANA MARÍA VICARIO PÉREZ

Investigadora posdoctoral FPU en el Área de Derecho procesal de la Universidad de Burgos. En 2024 defendió su tesis doctoral en materia de proceso penal y personas jurídicas desde la doble perspectiva del derecho español y de la Unión Europea.

### ANDRÉS VILAS VILLAMARÍN

Contratado predoctoral en la Universidad de Vigo, en el área de Derecho Constitucional. Su investigación versa sobre las consultas no referendarias en el nivel local.

# PRESENTACIÓN

Han transcurrido más de dos décadas desde la primera proclamación solemne de la Carta de Derechos Fundamentales por los presidentes de las tres instituciones principales de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2000, y catorce años desde su entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, de forma simultánea a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En este periodo de tiempo, la Carta se ha convertido en un instrumento jurídico de primer orden en el Derecho de la Unión Europea, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y en el contexto jurídico internacional.

En los veintiséis Estados miembros de la Unión Europea los particulares acuden con naturalidad al texto de la Carta en busca de argumentos para revertir normas, políticas y decisiones de las instancias europeas y nacionales.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los órganos judiciales de los Estados miembros, aplicando o utilizando hermenéuticamente la Carta, es inabarcable.

No obstante, en el todavía breve devenir jurídico de la Carta, la jurisprudencia federalizante del Tribunal de Justicia, sentada en las sentencias *Melloni* y *Åckerberg Fransson* de 26 de febrero de 2013, marca un punto de inflexión. La Carta ya no es un instrumento jurídico más de protección de los derechos individuales en un panorama cada vez más abigarrado de textos jurídicos, que a lo sumo reemplaza en el plano de la Unión a las disposiciones iusfundamentales que contienen las Constituciones nacionales, supliendo una laguna, largo tiempo denunciada.

La Carta constituye un instrumento jurídico imprescindible de carácter federal, llamado a aplicarse en y a los Estados miembros siempre que resulte aplicable el Derecho material de la Unión, sin perjuicio

de respetar el nivel de protección eventualmente superior que puedan garantizar las normas internas. Parafraseando al gramático Antonio de Nebrija, se puede afirmar que la Carta es compañera de la Unión: allí donde pone el pie el Derecho material de la Unión, alcanza también la eficacia de la Carta, con las características propias de aquel Derecho, la primacía y el efecto directo.

Pero eso no es todo. La Carta puede incluso llegar a desplazar por entero la aplicación de las normas constitucionales internas: eso ocurre en el ámbito de aplicación exclusivo y excluyente del Derecho material de la Unión. Si el Derecho de la Unión no deja margen para la aplicación del Derecho interno, ya sea porque ha sido adoptado en el marco de las (escasas) competencias exclusivas de la Unión o porque, aun adoptado en el marco de las competencias compartidas, supone una regulación completa de la materia, no se puede aplicar ni el Derecho material interno ni el nivel de protección iusfundamental interno, aunque este conlleve un nivel superior de protección.

La existencia de un ámbito de aplicación exclusivo y excluyente del Derecho material de la Unión ha dejado también de constituir una rareza o una excepcionalidad en el marco de las competencias compartidas. La actualidad y la pujanza de las áreas cubiertas por la regulación de la orden europea de entrega y el Reglamento General de Protección de Datos lo ponen de manifiesto. En el futuro se añadirán nuevas materias.

El volumen que tengo el placer de presentar pone el foco justamente en la Carta de Derechos Fundamentales y lo hace desde muy diversas perspectivas. Antes de glosar su contenido, debe explicarse su intrahistoria.

El presente libro es el resultado de una de las más gratas actividades académicas que he tenido la fortuna de vivir. Consistió en la organización de un Seminario de Investigadores en Formación sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tuvo lugar el 2 de junio de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid. La actividad se enmarca en la Cátedra Jean Monnet *Integration Through Fundamental Rights* que la Comisión Europea concedió al autor de esta presentación para el periodo 2022-2024.

Previamente, en marzo de 2023 se había realizado una convocatoria pública, de carácter competitivo, entre investigadores en formación, que se difundió por numerosas vías. Las bases de la convocatoria definían la noción «investigador en formación» como la de aquella persona que contara con un contrato o beca predoctoral o posdoctoral o que hubiera defendido su tesis doctoral en los últimos cuatro años, de cualquier nacionalidad o procedencia.

El llamamiento tuvo muy buena acogida. Los miembros del Comité Científico, compuesto por Susana Viñuales Ferreiro, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, Cristina Elías Méndez y quien suscribe, seleccionaron quince propuestas para su presentación oral.

El seminario se organizó en cuatro paneles: «Viejas y nuevas libertades», moderado por la profesora Cristina Elías Méndez, profesora titular de Derecho constitucional (UNED); «Igualdad y solidaridad», moderado por Itziar Gómez Fernández, profesora titular de Derecho constitucional (Universidad Carlos III); «Justicia», moderado por Jorge García-Andrade Gómez, profesor titular de Derecho administrativo (UNED); y «La Carta en la intersección de ordenamientos», moderado por Susana Viñuales Ferreiro, profesora contratada doctora de Derecho administrativo (UNED).

El presente volumen trae causa de dicho seminario, y retoma su estructura. En el centro de atención de los catorce capítulos que componen el volumen está la irradiación de la Carta de Derechos Fundamentales a muy diversos ámbitos (la dignidad humana, la capacidad contributiva, la pobreza, el control fronterizo, la incapacidad para el trabajo, los sindicatos, las garantías procesales de las personas jurídicas, el principio *non bis in idem* en el ámbito europeo y transnacional y la buena administración), que han sido abordados desde perspectivas muy distintas (Derecho administrativo, constitucional, laboral, procesal y tributario). También se incluyen cuestiones transversales, como la aplicabilidad de la Carta por las instituciones europeas fuera del marco jurídico de la Unión, así como la posibilidad de una próxima adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Siete de los autores son ya doctores en Derecho (tres de ellos obtuvieron su doctorado con posterioridad a la celebración del seminario) y ya realizan una actividad docente y los otros siete son contratados predoctorales. Proceden de distintas universidades españolas: desde Vigo a la Pompeu Fabra, pasando por Oviedo y Zaragoza, y desde Burgos a Córdoba, pasando por Alcalá de Henares, la Carlos III, la Complutense y la UNED.

A la luz de lo relatado puede entenderse que afirme que este libro culmina una de las más gratificantes iniciativas académicas en las que he podido participar. Opinión que es plenamente compartida por los profesores senior que me han acompañado en esta andadura. Tras unos largos y sombríos años en los que parecía que nuestra universidad se había quedado sin relevo generacional, la convocatoria del citado Seminario de Investigadores en Formación nos ha descubierto una luminosa y pujante generación de nuevos juristas, que desde distintas disciplinas está contribuyendo a la actualización y renovación de los estudios jurídicos, integrando con gran soltura y rigor el ordenamiento de la Unión Europea y el interno. En el curso de las sesiones de debate

nos asombraron tanto su dinamismo como su calidad y, por qué no decirlo, un desenfado académico que a los profesores senior nos trajo una bocanada de aire fresco.

Con esta publicación compartimos ahora la experiencia que nosotros pudimos vivir meses atrás, de tal manera que el lector pueda comprobar por sí mismo la calidad y la originalidad de los estudios jurídicos seleccionados y enriquecerse, como lo hemos hecho previamente nosotros, de la reunión de unos conocimientos jurídicos de frontera tratados bajo enfoques innovadores. No solo continúan, sino que también abren discusiones relevantes sobre nuevas y viejas cuestiones. A juzgar por el anticipo que nos proporcionan los trabajos que ahora se dan a la luz, creo no exagerar si pronostico que la investigación jurídica de los próximos años nos va a deparar grandes y satisfactorios avances.

Xabier Arzoz Santisteban
Catedrático de Derecho administrativo
Titular de la Cátedra Jean Monnet
*Integration through EU Fundamental Rights*

PRIMERA PARTE

# VIEJAS Y NUEVAS LIBERTADES

# EL DERECHO A LA DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE

Koldo Martín Sevillano

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda el sinuoso derecho a la dignidad, y la problemática que se deriva del hecho de que en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) sea reconocido como derecho fundamental, mientras que en nuestra Constitución el art. 53 no lo considere como tal.

El concepto de dignidad no es claro, ni mucho menos unánime, y ha ido adquiriendo sus connotaciones morales a lo largo de la historia. Del concepto filosófico se ha nutrido en gran parte el concepto jurídico a partir del cual se ha reconocido el derecho a la dignidad desde mediados del siglo xx.

El capítulo se inicia realizando un breve recorrido por la formación del concepto filosófico de dignidad, por su evidente utilidad de cara a definir el concepto jurídico. A continuación, proseguimos describiendo aquellas características y atributos que atesora el derecho a la dignidad en nuestro ordenamiento. Para ello, comenzamos por aquellas características cuyo reconocimiento es pacífico por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, y más adelante continuamos con aquellos atributos más controvertidos.

Una vez analizadas las características del derecho a la dignidad, tratamos de definir el derecho a la dignidad.

Posteriormente se aborda la problemática de la coexistencia del derecho a la dignidad como derecho fundamental reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y como derecho no fundamental en nuestra Constitución, con un breve examen del ámbito de aplicación de la Carta y de la doctrina relativa al efecto útil.

## 2. LA DIGNIDAD COMO CONCEPTO FILOSÓFICO

El concepto jurídico de dignidad humana es relativamente reciente, pero no así el filosófico, del que el primero recibe su complejidad. Es por ello por lo que, aunque no sea este un foro filosófico, debemos hacer un brevísimo recorrido por las principales concepciones filosóficas (e incluso teológicas) en torno a la idea de dignidad.

No en vano, si repasamos el contenido referente a la dignidad de textos constitucionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución Española de 1978, o incluso el breve art. 1 de la CDFUE, es inevitable pensar en las connotaciones filosóficas que han dado pie a tales referencias.

Lo mismo ocurre si analizamos las sentencias del Tribunal Constitucional español, del Tribunal Constitucional Federal alemán o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por ello, debemos iniciar este estudio realizando un recorrido por algunos de los autores que han contribuido, en nuestra opinión, a delimitar el concepto de la dignidad humana.

### 2.1. La dignidad en la Grecia clásica

En la Grecia clásica, la dignidad no estaba definida como concepto independiente, pero gracias a la contribución de filósofos como Platón o Aristóteles se crearon las bases para la definición posterior del concepto.

Platón, entre los siglos V y IV a.C., no utilizó el término «dignidad» de manera expresa, pero hay conceptos y principios en su filosofía que pueden asociarse sin dificultad con la noción de dignidad humana. Así, el valor y el propósito del ser humano se encuentran enraizados en su concepción del alma y su relación con la verdad, la bondad y la belleza.

Así, por ejemplo, Platón sostiene que el alma es inmortal y preexistente, que nuestra alma tiene un valor intrínseco y una capacidad para conocer las verdades eternas, y que esta concepción eleva la importan-

cia de cada individuo[1]. Como veremos, el valor intrínseco es parte de las características de la dignidad como concepto jurídico.

De la misma manera, al introducir la idea del bien, que Platón concibe como la más alta forma de la realidad y la fuente de toda verdad y virtud, el autor nos indica que cada ser humano tiene la capacidad, mediante la razón, de acceder a esta verdad, lo que proporciona un valor y dignidad inherentes al individuo[2].

Estas son solo algunas de las maneras en que la filosofía de Platón toca temas relacionados con la dignidad humana. Si bien no usó explícitamente el término en el sentido moderno, sus ideas establecen un fundamento para la valoración del ser humano en relación con el cosmos y la realidad trascendental.

Aristóteles, en el siglo IV a.C. tampoco articuló una noción explícita de «dignidad humana», pero su filosofía sugiere una profunda apreciación del valor y la potencialidad del ser humano. Sus reflexiones sobre la racionalidad, la eudaimonía (el estado de satisfacción debido a la situación que una persona alcanza en la vida), la ética de la virtud y la naturaleza política del ser humano proporcionan bases sólidas para una comprensión de la dignidad humana, y pueden considerarse como fundamentos de nuestro actual concepto filosófico de dignidad.

Aristóteles consideró que el hombre posee una naturaleza racional que lo distingue de otros animales y lo hace ocupar un lugar distinguido en el cosmos[3].

Del mismo modo, al introducir el concepto de «eudaimonía», sostuvo que es el bien supremo al que aspiran los seres humanos, y que se logra al vivir una vida virtuosa. Esto implica que el ser humano tiene un valor intrínseco, y su bienestar y florecimiento son esenciales[4].

Además, Aristóteles considera que la ética está estrechamente ligada a la idea de cultivar virtudes y que estas virtudes, ya sean intelectuales o morales, permiten al individuo alcanzar la eudaimonía y, por tanto, reflejan la dignidad y el potencial inherente del ser humano[5].

Finalmente, Aristóteles creía que el ser humano, además de racional, es un animal político, entendido como que es natural para él vivir en una polis o ciudad–estado y participar en la vida de la comunidad[6]. Este aspecto social del ser humano también subraya su dignidad y su capacidad para contribuir al bien común.

---

1 Platón (1959).
2 Platón (1975).
3 Aristóteles (1984).
4 *Ibid*.
5 *Ibid*.
6 Aristóteles (1985).

## 2.2. La dignidad en la filosofía medieval cristiana

La filosofía cristiana, que ha sido influenciada y ha influido a lo largo de los siglos en numerosos pensadores y teólogos, ofrece una rica comprensión de la dignidad humana. Aún hoy, más de mil años después, la influencia de los pensadores cristianos medievales es innegable a la hora de valorar derechos como la eutanasia o el derecho al aborto. La idea central es que cada ser humano, creado a imagen y semejanza de Dios, posee un valor y una dignidad intrínsecos.

Agustín de Hipona, uno de los filósofos más influyentes en la tradición cristiana, en los siglos IV y V abordó cuestiones relacionadas con la naturaleza y dignidad del ser humano en el contexto de la caída, la redención y la relación con Dios.

Afirmó el concepto tradicional de *imago Dei*, según el cual el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios, subrayando la idea de dignidad inherente de cada individuo, a pesar de la mancha que supone el pecado original[7], es decir, la dignidad se relaciona con la ausencia de pecado.

Agustín de Hipona también apreció la capacidad humana de razonar y conocer a Dios como otra manifestación de nuestra dignidad[8]. Así, para el filósofo el anhelo del alma humana por Dios es una característica esencial de nuestra naturaleza.

Por último, cabe reseñar en su filosofía que Agustín vio en la capacidad de amar, y concretamente en la caritas o amor caritativo, el fundamento para la dignidad humana. Este amor desinteresado, refleja nuestra relación con Dios y con los demás[9].

El más prominente e influyente pensador cristiano medieval fue Tomás de Aquino, que en el siglo XIII proporcionó una base para desarrollar la noción de dignidad humana, a partir de su concepción de la naturaleza humana, en relación a la cual sostiene la idea ya citada de la *imago Dei*, y de su relación con Dios.

Tomás de Aquino desarrolló un pensamiento según el cual todo ser tiene una finalidad o propósito. Alcanzar ese propósito es para la persona alcanzar su perfección. La finalidad última es la unión beatífica con Dios. Al vivir de acuerdo con la razón y la virtud, las personas pueden acercarse a esta finalidad[10] y, por tanto, actualizan su dignidad.

---

7 Hipona (1969).
8 Hipona (1944).
9 Hipona (1971).
10 Aquino (1942).

Para Aquino, la moralidad está íntimamente ligada a la idea de vivir de acuerdo con nuestra naturaleza racional. Al vivir virtuosamente, las personas no solo honran su propia dignidad, sino que también reconocen y respetan la dignidad de los demás[11].

Finalmente, el filósofo incluye una dimensión social en su concepción de la dignidad. Así, las personas, al ser por naturaleza seres sociales, encuentran su perfección en relación con los demás. La comunidad, especialmente la comunidad política, juega un papel esencial en el reconocimiento y promoción de la dignidad humana, y para ello debe facilitar la vida virtuosa[12].

## 2.3. La dignidad en el Renacimiento

Entre los siglos XIV y XVII, el Renacimiento supone un renovado interés en la filosofía (como también en otros ámbitos) de Grecia y Roma. Este movimiento tiene profundas implicaciones en la forma en que las personas ven a los seres humanos y su lugar en el mundo, lo que, a su vez, influye considerablemente en la comprensión de la dignidad humana.

Uno de los movimientos característicos del Renacimiento es el humanismo. A diferencia de la filosofía medieval, que estaba fuertemente influenciada por la teología y veía al ser humano en relación con Dios, el humanismo renacentista subraya el valor y la capacidad del individuo por sí mismo.

Entre los pensadores renacentistas, cabe destacar a Pico della Mirandola, que presenta al ser humano como un ser único con libertad para elegir su propio destino y moldear su propia naturaleza. Este enfoque da a los seres humanos una dignidad especial porque no están limitados a un lugar fijo en la jerarquía del cosmos, como los otros seres, sino que pueden elevarse o descender según sus acciones y elecciones[13]. Podemos apreciar en esta idea la fuente de otra de las características del concepto jurídico actual de dignidad: el libre desarrollo de la personalidad.

## 2.4. La dignidad en la Edad Moderna

En la Edad Moderna se sientan las bases para muchas de las ideas contemporáneas sobre la dignidad humana, con la razón y la autonomía individual como sus puntos de partida.

---

[11] *Ibid*.
[12] *Ibid*.
[13] Pico della Mirandola (2003).

Sin duda, no se puede entender el concepto filosófico de dignidad sin leer a Immanuel Kant. De hecho, aún hoy tribunales constitucionales como el alemán se remiten a sus concepciones filosóficas cuando tienen que resolver un litigio en el que la dignidad humana puede estar afectada. Así ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia 357/05, de 15 de febrero de 2006, del Tribunal Constitucional Federal alemán, que no dudó en apoyarse en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano (no utilizar a las personas como medios, ya que son fines en sí mismas) para declarar inconstitucional el art. 14 de la Ley de Aviación Civil.

Para Kant, poseemos dignidad debido a nuestra autonomía moral y nuestra capacidad de actuar bajo la guía de la razón. Así, la dignidad no se basa en características externas, talentos, o logros, sino en nuestra naturaleza intrínseca como seres racionales y morales.

Kant califica la dignidad humana como intrínseca e inalienable. De hecho, diferencia entre dignidad y precio al explicar que todo lo que tiene un precio puede ser reemplazado por algo equivalente, mientras que lo que tiene dignidad no se puede valorar y es irremplazable[14].

Kant divide la experiencia del ser humano en un mundo sensible y un mundo inteligible. La posibilidad de acatamiento de una serie de máximas y principios morales universales, a través de las cuales el ser humano puede voltear las presiones que le llegan del mundo sensible, constituyen para Kant la dignidad del ser humano.

Es esa capacidad de raciocinio la base desde la que el ser humano puede desarrollar libremente su personalidad. El ser humano asume la responsabilidad de sus acciones y decisiones.

Debemos tener en cuenta que Kant fue contemporáneo del siglo XVIII. En sus últimos años tuvo noticia de la Revolución Francesa, e incluso asistió, dentro de la Revolución Industrial, a los inicios de la primera industrialización en Prusia. Sin embargo, no habían cristalizado aún las consecuencias sociales de la Revolución Industrial, y es por ello probablemente que Kant no consideró que en ciertas condiciones el libre desarrollo de la personalidad puede verse coartado.

Los imperativos categóricos de Kant son mandatos de la razón práctica, leyes morales, y se caracterizan por ser obligatorios, aunque incorporan la libertad en sí mismos. El imperativo categórico kantiano referido a la humanidad impone obrar de tal modo que tratemos a la humanidad siempre y al mismo tiempo como un fin, y nunca solo como un medio[15].

---

[14] KANT (2003).
[15] *Ibid*.

La autonomía no es para Kant solo la capacidad de tomar decisiones independientes, sino que también consiste en la capacidad de darse a uno mismo la ley moral, lo que confiere a los seres humanos su dignidad especial. Lo que distingue a los seres racionales es su capacidad para actuar de acuerdo con principios morales universales que son reconocidos y adoptados mediante la razón. Esta capacidad de darse a uno mismo una ley moral y seguirla es precisamente lo que Kant entiende por autonomía.

A partir de ese concepto de autonomía, Kant sostiene que solo lo que actúa según leyes que se da a sí mismo tiene dignidad. Esto es porque la dignidad, en contraposición al precio, es un valor inherente e inalienable. La autonomía es lo que confiere esta dignidad, ya que representa la máxima expresión de la libertad racional y moral. De ahí que Kant considere que «la autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional»[16].

## 2.5. La filosofía contemporánea y la dignidad

Desde el siglo pasado, y especialmente tras la finalización de la II Guerra Mundial, el concepto de dignidad ha sido abordado por numerosos filósofos, razón por la cual lamentablemente muchos de ellos van a quedar fuera de este boceto de la dignidad desde un punto de vista filosófico. Por ello, nos limitaremos a abordar brevemente el pensamiento de Arendt, Habermas, Nussbaum y Griffin relacionado con la dignidad.

Hannah Arendt dedicó gran parte de su obra a temas relacionados con el poder, la autoridad, el totalitarismo y, especialmente, a la naturaleza del ser humano en el mundo político. La dignidad humana constituye uno de los conceptos clave para entender su pensamiento, y además la aborda desde una perspectiva original, en relación con la pluralidad humana y su aparición en el mundo a través de la acción y el discurso.

Para Arendt, la dignidad está intrínsecamente ligada a la esfera pública, al espacio donde los individuos aparecen ante los demás y actúan en conjunto.

«La polis, propiamente hablando, no es la ciudad–estado en su localización física; es la organización del pueblo como viene a la existencia a través de la acción y el discurso»[17].

La acción y el discurso que emerge en el espacio público es lo que confiere a los seres humanos su dignidad única. Es en este espacio donde la identidad de uno se manifiesta y es reconocida por otros.

---

[16] Kant (1961).
[17] Arendt (2003).

El totalitarismo constituye un ataque a esta dignidad, ya que busca eliminar la pluralidad humana, homogeneizar a la sociedad y, en última instancia, erradicar la dignidad intrínseca del ser humano[18].

Con la dignidad no se trata solo de reconocer los derechos humanos, sino de entender la importancia de la acción y el discurso en el espacio público.

> «La libertad es la razón de ser de la política; la política no es más que el movimiento que se establece entre los hombres y que, por el mero hecho de existir, garantiza el espacio de la libertad»[19].

Para Arendt, la dignidad humana es, por tanto, inseparable de la libertad y la pluralidad en el ámbito público. El reconocimiento y la protección de la dignidad son esenciales para salvaguardar la esencia de lo humano en la sociedad.

Jürgen Habermas ha tratado extensamente cuestiones relativas a la ética, la democracia, la comunicación y la racionalidad en la sociedad contemporánea. La noción de dignidad humana también ha ocupado un lugar destacado en sus reflexiones, especialmente en el contexto de sus debates sobre la ética del discurso y la democracia deliberativa. Constituye otra forma original de abordar el concepto de dignidad, también desde un punto de vista social.

La idea central de Habermas sobre la dignidad se encuentra enraizada en su concepción de la ética del discurso, en la cual argumenta que cualquier norma moral válida debe poder ser aceptada por todos los afectados en un proceso de argumentación libre y sin coacciones. Para Habermas, la dignidad humana es inseparable de la capacidad de los individuos para participar en discusiones racionales y deliberativas[20].

La democracia deliberativa, otro tema central en la obra de Habermas, se basa en la premisa de que todos los ciudadanos tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones políticas, lo que refuerza la idea de dignidad como participación en la formación del consenso colectivo[21].

Así, la dignidad, en el pensamiento habermasiano, está estrechamente vinculada a la autonomía, la capacidad de deliberación y la participación en procesos comunicativos racionales.

Martha Nussbaum, filósofa estadounidense, es conocida por sus contribuciones a la ética, la filosofía política y las emociones. Es muy interesante su contribución para el presente estudio, ya que una de

---

[18] Arendt (2006).
[19] Arendt (2018).
[20] Habermas (2010b).
[21] Habermas (2010a).

sus contribuciones más destacadas es su desarrollo del «enfoque de las capacidades» junto con el economista Amartya Sen. Este enfoque busca identificar las capacidades fundamentales que los seres humanos deberían poder desarrollar para llevar una vida digna.

Para Nussbaum, por tanto, la dignidad humana está estrechamente ligada al libre desarrollo de la personalidad.

Las personas deben tener la oportunidad de desarrollar ciertas capacidades básicas para vivir una vida plena y digna.

> «Lo que las personas son realmente capaces de hacer y ser es un indicador más apropiado de si una sociedad es justa»[22].

La autora lleva más allá esta idea para discutir cómo la dignidad humana se relaciona con la justicia social:

> «La idea de dignidad humana tiene al menos dos componentes distintos en esta tradición: primero, la idea de una vida que es digna de la condición humana, que no es una vida de mero animal; y segundo, la idea de una vida que es realmente humana en el sentido de que es una vida guiada por la razón práctica»[23].

Nussbaum sostiene que la dignidad no es solo un concepto abstracto, sino algo que puede y debe traducirse en políticas públicas concretas que promuevan el desarrollo de capacidades esenciales para todos. Su concepto de dignidad está intrínsecamente ligado a las capacidades que permiten a las personas vivir una vida plena y autónoma, y estas capacidades se convierten en el criterio principal para evaluar el bienestar y la justicia en cualquier sociedad.

Otro filósofo relevante para el presente capítulo es James Griffin, que, dentro de la filosofía de los derechos humanos, aborda la noción de «normas mínimas aceptables de bienestar»[24]. Griffin sostiene que los derechos humanos están fundamentados en ciertas capacidades y características que son valiosas para los seres humanos en su calidad de agentes.

La agencia, por tanto, consiste en la capacidad de una persona para actuar, decidir y perseguir lo que considera valioso o bueno para ella. Es la capacidad de reflexionar sobre lo que es valioso en la vida, establecer metas basadas en esos valores y luego actuar en función de esas metas.

---

[22] Nussbaum (2012).
[23] *Ibid*.
[24] Griffin (2009).

Griffin argumenta que los derechos humanos tienen la función de proteger esta agencia. Los derechos están relacionados con lo que permite a las personas actuar en el mundo según sus propias concepciones del bien.

Respetar la agencia de alguien, en cierto modo, es respetar su dignidad. Si los derechos humanos se derivan de la idea de proteger la capacidad de las personas para perseguir su concepción del bien, entonces podemos decir que hay una relación intrínseca entre los derechos humanos y la dignidad humana.

## 2.6. Concepto filosófico de dignidad

La dignidad, desde una perspectiva filosófica, se refiere a un valor intrínseco, inalienable e incondicional que pertenece a los individuos simplemente en virtud de su humanidad.

Si resaltamos en el concepto las ideas de Kant, Arendt, Habermas y Nussbaum, podemos construir una visión amplia y rica de la dignidad.

Para Kant, la dignidad se basa en la autonomía moral del individuo y en su capacidad para actuar según principios racionales y universales. Los seres humanos no deben ser tratados simplemente como medios para fines, sino como fines en sí mismos debido a su valor intrínseco.

Para Arendt, la dignidad también reside en la capacidad de los seres humanos para actuar y hablar en el ámbito público. Es en el espacio público donde los individuos se manifiestan como seres únicos, toman decisiones y participan activamente en la construcción del mundo común.

Para Habermas, la dignidad se refuerza y reconoce en la comunicación libre y abierta entre individuos. La capacidad de los seres humanos para comunicarse, llegar a un entendimiento mutuo y reconocer al Otro en un diálogo libre de coerción es esencial para la realización y reconocimiento de la dignidad humana.

Para Nussbaum, la dignidad también está relacionada con la capacidad de los individuos para funcionar de manera efectiva y llevar vidas que consideren valiosas. Esto implica garantizar las condiciones básicas que permiten a las personas desarrollar y ejercer sus capacidades esenciales, desde la salud y la educación hasta la participación en la vida social y política.

En suma, la dignidad puede entenderse como el reconocimiento y afirmación del valor intrínseco y único de cada ser humano, basado en su autonomía moral, su capacidad para la acción y la comunicación en la esfera pública, y su derecho a desarrollar y ejercer sus capacidades esenciales en un entorno que garantice su bienestar y reconocimiento

mutuo. Es una calidad que nos obliga éticamente a tratar a los demás con respeto, cuidado y justicia, y a garantizar las condiciones que permitan a cada individuo florecer y participar plenamente en la comunidad.

## 3. CARACTERÍSTICAS NO CONTROVERTIDAS DEL DERECHO A LA DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El art. 10.1 de la Constitución Española (CE) establece literalmente que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

La primera cuestión que hay que subrayar es que, por su ubicación, y por la interpretación que del art. 53 CE realiza el Tribunal Constitucional, no tiene las garantías previstas en nuestra norma fundamental para los derechos fundamentales (entre otras, regulación mediante ley orgánica, reforma agravada, procedimiento preferente y sumario, recurso de amparo y contenido esencial).

Sin embargo, la posible consideración del derecho a la dignidad de la persona como derecho fundamental es un tema recurrente y al que esperamos aportar alguna contribución en el presente capítulo.

De las sentencias del Tribunal Constitucional que analizamos a continuación, podemos extraer las características del derecho a la dignidad: su consideración como fundamento del orden político y de la paz social, su valor inherente al ser humano, su naturaleza dual, su condición de base o fundamento para otros derechos y libertades, su consideración como mínimum invulnerable, su condición de medio de protección contra la cosificación, su relación con el libre desarrollo de la personalidad y, finalmente, su función de límite frente a otros derechos.

Por otra parte, no es el derecho a la dignidad el único del que alguna parte de la doctrina duda de su consideración como derecho fundamental. Es más, aun aceptando la interpretación del Tribunal Constitucional del art. 53 CE, Javier Jiménez Campo ha señalado que no todos los recogidos en los arts. 14 a 29 CE son derechos fundamentales[25], sino que en dicho articulado se recogen otros enunciados.

[25] Jiménez Campo (1999).

### 3.1. La dignidad como fundamento del orden político y de la paz social

Tal y como señala el art. 10.1 CE, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social.

Esto no significa que todo derecho sea inviolable, ni que todos los derechos fundamentales sean condiciones esenciales para la efectividad del derecho a la dignidad.

En efecto, no se puede afirmar que cualquier restricción al ejercicio de un derecho fundamental devenga en una vulneración del derecho a la dignidad de la persona.

Debemos recordar que todos los derechos, incluidos los fundamentales, poseen un contenido esencial y otros atributos complementarios.

Cuando se vulnera el contenido esencial de un derecho fundamental, se está atentando contra la dignidad de la persona. Por ejemplo, si a alguien se le niega arbitrariamente el acceso a un juicio justo, no solo se está vulnerando su derecho a la justicia, sino también su dignidad, ya que se le está tratando como si no mereciera la protección y reconocimiento que todos los seres humanos merecen. Sin embargo, debemos realizar dos aclaraciones:

1) La consideración que en este apartado se realiza de la dignidad es siempre en función de otros derechos, si bien, como veremos más adelante, cabe la posibilidad de definir un contenido autónomo del derecho a la dignidad.

2) La dignidad puede ser considerado como el más absoluto de los derechos, cuestión que también será analizada con posterioridad.

### 3.2. La dignidad como valor inherente al ser humano

En primer lugar, la dignidad se considera un valor intrínseco e inherente a cada ser humano, que no depende de condiciones externas ni de circunstancias personales. Es, por tanto, inalienable e irrenunciable. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al derecho a la dignidad habitualmente incide en su valor inherente al ser humano.

Así, la STC 53/1985, de 11 de abril, en materia de despenalización del aborto, en su fundamento jurídico tercero se refiere a los derechos que son inherentes a la dignidad (en la línea del literal del art. 10.1 CE, que no dice que la dignidad sea inherente al ser humano, sino que dice que hay derechos que le son inherentes a la persona), pero en el fundamento jurídico octavo establece que «puede deducirse que la dignidad

es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás», sin duda con reminiscencias del concepto filosófico–teológico medieval de dignidad.

Por su parte, la STC 120/1990, de 27 de junio, en materia de alimentación forzosa a un preso en huelga de hambre, en su fundamento jurídico cuarto, señala que «en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona", la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre».

Al ser un valor intrínseco de cada persona, la dignidad es inviolable. Esto significa que ninguna ley o acto puede desconocer o despreciar este valor.

### 3.3. La naturaleza dual de la dignidad

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la dignidad tiene una doble naturaleza. Por un lado, es un valor que informa todo el ordenamiento jurídico y, por otro, es un derecho subjetivo.

Al calificar la dignidad como valor, nos referimos a la intrínseca valía o valor que todo ser humano posee simplemente por ser humano. Para Kant, por ejemplo, hemos resaltado que la dignidad es un valor intrínseco y absoluto del ser humano, que lo diferencia de los objetos que tienen un precio o un valor relativo[26]. En esta idea destaca que no hay circunstancias bajo las cuales la dignidad de un individuo pueda ser comprometida o minimizada.

Como derecho subjetivo, se trata de un derecho inherente y esencial que pertenece a cada individuo y que impide que su valía o valor sean negados o minimizados. Así, la dignidad humana es reconocida como un derecho subjetivo en muchas constituciones y tratados internacionales como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece en su preámbulo que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Este reconocimiento implica que los Estados y las personas tienen el deber de respetar y proteger la dignidad de cada individuo.

En el epígrafe anterior vimos que el Tribunal Constitucional fundamenta sus fallos en la dignidad como valor.

Sin embargo, es constante también el empleo de la dignidad en los fundamentos jurídicos como derecho subjetivo, si bien es cierto que en

[26] Kant (2003).

la mayoría de los fallos la dignidad actúa como refuerzo del contenido de esos otros derechos.

Por ejemplo, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en materia de protección del derecho al honor, el derecho a la dignidad (y no la dignidad como valor) se utiliza para reforzar los derechos al honor y a la protección de datos, los cuales ya por sí mismos gozan de la protección que el art. 53 CE reserva a los derechos fundamentales.

### 3.4. La dignidad como condición de base o fundamento para otros derechos y libertades

La dignidad sirve de fundamento para otros derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Por ejemplo, derechos relacionados con la integridad física y moral, la prohibición de tortura o la intimidad personal.

Si nos centramos en el campo de los derechos fundamentales, el derecho a la dignidad es ampliamente reconocido como el fundamento esencial de todos los derechos humanos.

En cierto modo, esta condición de base de otros derechos se entremezcla con una de las características de la naturaleza dual analizada en el apartado anterior, ya que en ocasiones se combinan, se mezclan y se llegan a confundir las funciones de fundamento y de refuerzo de otros derechos.

La STC 53/1985, de 11 de abril, ya citada anteriormente, señala en su fundamento jurídico tercero que el concepto de dignidad «germen o núcleo de unos derechos "que le son inherentes"».

### 3.5. La dignidad como *mínimum* invulnerable

El Tribunal Constitucional ha elevado al rango de mínimum invulnerable al derecho a la dignidad humana en diversas ocasiones. De esta forma, la dignidad es considerada un núcleo esencial e intocable de la persona que todos los poderes públicos están obligados a respetar y proteger. La dignidad es, en este sentido, un pilar central del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en la Constitución Española de 1978.

Por su parte, la ya citada STC 53/1985, de 11 de abril, en su fundamento jurídico octavo señala que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar.

La también citada STC 120/1990, de 27 de junio, recalca en su fundamento jurídico cuarto que, proyectada sobre derechos individuales, «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar».

La STC 233/1993, de 12 de julio, en materia de internamiento forzoso de un menor, en su fundamento jurídico primero establece que la dignidad actúa como denominador común de todos los derechos fundamentales.

Por su parte, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en materia de vulneración de derechos fundamentales de los extranjeros, establece que, el hecho de que la dignidad sea calificada de fundamento del orden político y del orden social en la Constitución obliga a reconocer a cualquier persona «aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador».

Supone un ejemplo más reciente la STC 66/2022, de 2 de junio, en materia de derecho de la gestante a elegir el lugar de nacimiento de su hijo, vuelve a incidir en la condición del derecho a la dignidad de la persona de «mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona».

Resulta paradójico que, al constituir la dignidad de forma paralela el mínimum invulnerable de otros derechos y un límite a otros derechos, podría darse un conflicto entre dos derechos fundamentales cuyo mínimum invulnerable se viera afectado, de forma que la dignidad, cualquiera que fuera el resultado, se viera afectada. Sin duda, la ponderación sería la respuesta adecuada a la paradoja.

Sin embargo, para responder a esto la mayoría de la doctrina estaría de acuerdo con Günter Dürig, que en su ya clásico comentario al art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, define a la dignidad como «un principio constitucional superior a todos los derechos objetivos», pero negándole su carácter de derecho fundamental[27]. Este enfoque considera la dignidad como la base de todo el sistema valorativo, pero el hecho de que lo sea no determina por sí mismo que convierta a la dignidad en un derecho fundamental, sino que solo determina que cuando se lesiona un derecho fundamental, se lesiona la dignidad a la vez.

Este planteamiento generalmente aceptado puede ser enfrentado con dos argumentos:

---

[27] Dürig y Maunz (1958).

1) Solo contempla la consideración de la dignidad como base de otros derechos y, como veremos, ya se han realizado esfuerzos doctrinales para definir su contenido autónomo.

2) No solo se conculca el derecho a la dignidad al vulnerar derechos fundamentales. Lo contrario supondría reforzar la posibilidad de reconocimiento de los llamados derechos sociales fundamentales.

Contra ese planteamiento, Ernst-Wolfgang Benda[28] se mostró partidario de considerar la dignidad no solo como un derecho fundamental, sino como el derecho fundamental primordial que da forma al resto de los derechos fundamentales.

### 3.6. La dignidad como protección contra la cosificación

A modo de aplicación directa del imperativo categórico kantiano citado más arriba, la dignidad se presenta como un escudo contra cualquier tipo de cosificación, es decir, contra la reducción de la persona a la condición de un objeto o cosa, sin consideración de su carácter de ser humano.

Esto es especialmente relevante en contextos en los que se aprueban normas, se implementan políticas o se adoptan decisiones que degradan a las personas hasta el punto de hacer desaparecer como tales, como ocurre en casos tan variopintos como la trata de seres humanos, la explotación laboral extrema, los tratamientos médicos no consentidos, o el derribo de aviones de pasajeros secuestrados, por ejemplo.

Así, en la previamente citada STC 66/2022, de 2 de junio, el entonces vicepresidente del Tribunal Constitucional, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, hizo constar su voto particular contrario a la sentencia por considerar que la omisión de la audiencia a la persona afectada implica indefensión y vulneración del derecho a la igualdad y a un proceso justo con todas las garantías, y que la sentencia cosifica a la mujer embarazada, es decir, la sentencia vulnera el derecho de la dignidad de la mujer afectada hasta el punto de desposeerla de su personalidad.

### 3.7. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, contenido expresamente en el art. 10.1 CE, implica que cada individuo tiene el derecho de decidir sobre su vida, definir su proyecto vital y desarrollar su personalidad conforme a sus propios valores, ideas y convicciones, siempre y cuando esto no afecte a los derechos de terceros o el orden público.

---

[28] Benda (1996).

Su relación con la dignidad humana es estrecha. Así, la dignidad humana establece un marco fundamental que protege la singularidad y el valor de cada persona, mientras que el libre desarrollo de la personalidad es una manifestación concreta de esa dignidad, permitiendo a cada individuo vivir y expresarse conforme a su auténtico ser y sus convicciones.

El respeto a la dignidad de un individuo implica respetar su derecho a tomar decisiones y llevar a cabo acciones que formen y reflejen su identidad y valores, pero para que el individuo llegue a tomar esas decisiones en libertad, el Estado debe garantizar unas herramientas y condiciones que den la posibilidad a la persona de desarrollar libremente su personalidad.

La STC 93/2013, de 23 de abril, en materia de protección jurídica a quienes libremente eligen no casarse establece que el legislador debe respetar la opción de las parejas de hecho de no casarse, de manera que no puede imponerles la constitución de una unión de hecho ni un régimen jurídico imperativo vinculado a ello, salvo que así lo hayan consentido, dado que lo contrario vulneraría su libre albedrío, su capacidad de determinar su futuro.

La STC 67/2022, de 2 de junio, en materia de posibilidad de imposición por parte de la empresa de un modo de vestir «correcto», en su fundamento jurídico tercero, establece que incluye el derecho a la propia imagen incluye «la facultad de definición de esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos».

### 3.8. La dignidad como límite a los derechos

La dignidad es considerada no solo un derecho en sí mismo sino también un límite a la hora de interpretar y aplicar otros derechos. Esta característica, asentada en nuestra jurisprudencia constitucional, es paradójica, ya que tiene como consecuencia que, en no pocas ocasiones, la dignidad de la persona se erige en muro infranqueable para el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Bajo esta noción de dignidad humana como límite a otros derechos subyace la idea de que ciertos valores fundamentales son inherentes a la condición humana y deben ser respetados en todas las circunstancias.

Es un principio que busca equilibrar el ejercicio de los derechos individuales con el respeto a la inherente valía y dignidad de cada persona. Es, en esencia, una forma de asegurar que los derechos no se ejerzan de manera que degraden o disminuyan la valía humana de otros.

La STC 93/2021, de 10 de mayo, en materia de derecho al insulto en un conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, en su fundamento jurídico cuarto establece que el derecho al honor, derivado del derecho a la dignidad de la persona, «opera como un límite específico de la libertad de expresión». El ejercicio de la libertad de expresión no constituye excusa suficiente para el insulto, que menoscaba la dignidad del ser humano y su valor como persona.

## 4. CARACTERÍSTICAS CONTROVERTIDAS DEL DERECHO A LA DIGNIDAD

Así como las características precedentes son en buena medida pacíficas en la doctrina y en la jurisprudencia, hay otras características que no lo son tanto: unas por novedosas y otras por ser abiertamente negadas por la parte conservadora de la doctrina.

Además de controvertidas en la doctrina, tampoco podemos fundamentarlas en las sentencias del Tribunal Constitucional, cuestión que se suple con cierto refuerzo argumentativo.

### 4.1. La dignidad como derecho autónomo

En ocasiones se ha calificado al derecho a la dignidad de la persona como «derecho parásito», por ser un derecho que precisa de otro «derecho huésped» para desplegar sus efectos.

Esta es una calificación peyorativa empleada por aquellos que temen los efectos que el reconocimiento del derecho a la dignidad como derecho fundamental podría ocasionar, por ejemplo, sobre algunos de los principios rectores de la política social y económica.

Sin embargo, debería tenerse presente antes de emplear este tipo de calificativos cuándo se generalizó el derecho a la dignidad y por qué, para no caer en el error de, con el fin de desacreditar a una corriente de pensamiento distinta a la nuestra, dar alas a visiones negacionistas del derecho a la dignidad.

Dicho esto, es cierto que la dignidad se encuentra en la base de muchos otros derechos, unos fundamentales y otros no; y que en muchas ocasiones puede parecer que el derecho a la dignidad no es más que un refuerzo.

Sin embargo, esto puede también deberse a la ausencia de un concepto claro y generalmente aceptado sobre el derecho a la dignidad, que separe sus dos funciones: como derecho autónomo, y como mínimum invulnerable de otros derechos.

Hay voces doctrinales, como Rafael de Asís Roig y Antonio Pele, que abogan por distinguir dos contenidos dentro del derecho a la dignidad humana: el contenido específico como derecho autónomo, y el contenido en relación con otros derechos[29].

El segundo de los contenidos no es objeto de este análisis, pero el primero sí es novedoso y muy relevante a los efectos del presente estudio.

De Asís y Pele construyen un contenido autónomo del derecho a la dignidad muy práctico y basado en dos componentes ligados a la dignidad: la autonomía y la independencia.

La autonomía es fundamento de los derechos humanos y rasgo definitorio de los seres humanos como tales. No cabe una vida digna sin autonomía.

La independencia es, por su parte, presupuesto y consecuencia de la autonomía.

Sin embargo, aún no hemos salido del bucle, ya que autonomía e independencia conforman el contenido de todos los derechos.

Los autores explican que el contenido autónomo de la dignidad, desde el punto de vista de la autonomía y la independencia, incluye dos contenidos: uno de no intervención, y otro de promoción.

Dentro del contenido de no intervención se trata de garantizar el respeto a la libertad, a la libre elección de la persona. Este contenido de no intervención vincula a particulares y a los poderes públicos, y solo decae en situaciones concretas y con respeto de sus garantías.

Por su parte, el contenido de promoción busca garantizar la satisfacción de ciertas necesidades básicas y la puesta a disposición de las herramientas imprescindibles para garantizar que la persona puede en el futuro tener elección y tomar sus decisiones libremente. Los poderes públicos tienen, en este sentido, obligaciones de promoción de políticas que posibiliten esa elección, obligaciones de remoción de los obstáculos que la impidan, y obligaciones de prestación de ayudas y servicios que permitan a la persona disfrutar del mínimo de condiciones sin el cual la capacidad de decisión se vería anulada. Este contenido de promoción debería tener carácter universal, pero hoy suele entenderse que solo vincula a los poderes públicos.

Las consecuencias de la Revolución Industrial pueden ayudarnos a entender el porqué de esta vinculación a los poderes públicos. La sociedad crea un nuevo modo de producción, y llama a los campesinos a

[29] De Asís Roig y Pele (2012).

moverse a las ciudades para trabajar en las fábricas prometiendo unas mejores condiciones de vida.

Sin embargo, una vez que estos han acudido a la llamada surgen problemas imprevistos y que no existían hasta entonces, como el problema de cómo mantener a una familia cuando se da una incapacidad temporal, un accidente de trabajo o el desempleo. Es el nuevo modo de producción auspiciado por la sociedad el que ha creado esas necesidades.

En palabras de Ernst Forsthoff[30], es la sociedad la que provoca una reducción del espacio vital dominado y una ampliación del espacio vital efectivo. Dado que es la sociedad la que hace surgir las necesidades, también debe ser ella la que aporte las herramientas para paliar los problemas que surgen de su decisión.

Coincidiendo con esta visión, Benda[31] señala que el Estado no solo debe dar libertad a la persona, sino que debe proteger de manera activa la dignidad humana frente a las amenazas que puedan surgir.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha mostrado reacia a definir de manera autónoma la dignidad. Sin embargo, pueden encontrarse voces discordantes que claman por concepto autónomo. Entre dichas voces podemos encontrar la de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón. Así, en la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo, con relación al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica reguladora de la eutanasia, se emitieron diversos votos particulares, entre los que se contaba su voto concurrente.

En dicho voto, la magistrada lamenta que el debate en la sentencia no se centrase en el contenido y alcance del derecho a la dignidad en la Constitución. La sentencia empleó la dignidad como límite del derecho a la vida, es decir, una vez más analizó el derecho a la dignidad como un derecho que necesita estar en conexión con otro para desplegar sus efectos.

Balaguer justifica su postura en la posibilidad de «identificar de forma expresa el sesgo ético y moral» que planteaba el recurso. Considera que estas realidades condicionan la visión que tenemos sobre la capacidad de autodeterminación sobre nuestra vida, y están determinadas por la pertenencia a una comunidad política.

Continúa Balaguer lamentando que la sentencia no haya aprovechado para acabar con la influencia del biopoder teológico en la interpretación de los arts. 10.1 y 15 CE.

---

[30] Forsthoff (1975).
[31] Benda (1996).

Nuestro ordenamiento ha ido liberándose de ese biopoder de manera progresiva, y por eso lamenta la magistrada que se haya perdido esa oportunidad.

Desde los años ochenta (por ejemplo, en la ya citada STC 53/1985), el Tribunal Constitucional viene definiendo la dignidad como «valor espiritual y moral inherente a la persona», y esta definición no casa con los paradigmas normativos y analíticos actuales de definición del art. 10.1 CE.

Se podía haber concretado el contenido del derecho a la dignidad humana con obligaciones positivas asistenciales o prestacionales del Estado.

Para finalizar, la magistrada Balaguer Callejón aboga por dotar a la dignidad de un contenido jurídico autónomo, basado en la «necesidad de hacer intangible a la persona humana» frente a los poderes públicos.

No se trata, por tanto, solo de despenalizar conductas, sino también de asegurar que quien toma ese tipo de decisiones trascendentales disponga de asistencia sanitaria pública en su realización.

### 4.2. La dignidad como derecho fundamental

Resulta cuestionable que, siendo reconocida por la doctrina y la jurisprudencia la dignidad como mínimum invulnerable de los derechos fundamentales, no tenga en nuestro ordenamiento la consideración de derecho fundamental.

Sin duda, aunque la argumentación de que el art. 53 CE no otorga al art. 10.1 las garantías previstas para los derechos fundamentales es empleada con asiduidad, es realmente el temor a las consecuencias de su reconocimiento como derecho fundamental sobre otros derechos y en particular sobre los derechos sociales lo que no permite dar el salto de naturaleza al derecho a la dignidad en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, también existen voces discrepantes con argumentos en favor de la fundamentalidad del derecho a la dignidad.

Como ejemplo, podemos citar a Rodríguez–Arana Muñoz[32], que, en su intención de que el mínimo vital existencial sea garantizado por la Administración, lamenta la «pétrea y literal interpretación del art. 53 de Nuestra Carta Magna» por suponer un freno que impide a nuestro Tribunal Constitucional avanzar en el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales. Es por ello por lo que se muestra partidario de

[32] Rodríguez–Arana Muñoz (2015: 499).

una reforma del art. 53 que contribuya al reconocimiento de los derechos sociales como fundamentales.

Probablemente, bastaría con incluir en art. 10.1 como parte del conjunto de derechos para los que el art. 53.2 prevé las garantías de procedimiento preferente y sumario y de recurso de amparo.

No es objeto del presente estudio profundizar en otros textos, más allá de la CDFUE y la Constitución, pero sí es relevante en este momento destacar que no solo la Carta reconoce el derecho a la dignidad como derecho fundamental, sino que otros textos constitucionales, como la Ley Fundamental de Bonn también lo hacen. En esta última, a raíz de los acontecimientos sucedidos en la primera mitad del siglo xx por todos sobradamente conocidos, el Estado reconoce la fundamentalidad de la dignidad humana y se supedita a ella, tal y como ha puesto de manifiesto Peter Häberle[33], al definirla como «premisa antropológica y cultural».

### 4.3. La dignidad como derecho absoluto

En un apartado anterior hemos señalado que la dignidad en ocasiones actúa como muro infranqueable para otros derechos.

Así, no es difícil encontrar sentencias en las que, si bien no se considera a la dignidad como derecho absoluto, sí se la considera límite a otros derechos, como hemos visto.

Ya hemos citado la STC 19/2023, de 22 de marzo, en la que se contraponen el derecho fundamental a la vida con el derecho a una muerte digna. La controvertida decisión del Tribunal Constitucional prioriza el derecho a la dignidad.

Sin embargo, no podemos extraer de ello que el derecho a la dignidad sea un derecho absoluto, entre otras argumentaciones que puedan existir, porque ante un conflicto entre dos derechos fundamentales en el que en ambos casos se viera implicada la dignidad, uno tendría que perder irremediablemente.

Ahora bien, en el brevísimo análisis precedente en cuanto a la cualidad de derecho absoluto solo se ha tenido en cuenta la dignidad relacionada con otros derechos a la hora de ponderar.

Podría ser distinto el resultado si tenemos en cuenta el concepto autónomo de dignidad, aunque una vez más no podríamos calificarlo de absoluto, en nuestra humilde opinión.

Imaginemos una situación en la que el Estado tiene que prestar un determinado servicio para cumplir con esos contenidos de no intervención y de promoción que definen de manera autónoma la dignidad.

---

[33] Häberle (2000).

Imaginemos que el Estado tiene recursos para cumplir con los contenidos para algunas personas, pero no para todas. O imaginemos que tiene que dar dos prestaciones que se consideran esenciales para garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero solo puede dar una.

Son imágenes pueriles si se quieren calificar así, pero nos hacen dudar de la consideración de la dignidad como derecho fundamental. Sí creemos que podría (y seguramente debería) considerarse como el más fundamental de todos los derechos, pero ante un conflicto entre derechos, habría que acudir a un juicio de ponderación, en la línea de la teoría de los derechos fundamentales desarrollada por Alexy[34].

La argumentación precedente, contraria al absolutismo del derecho a la dignidad, coincide con prácticamente la totalidad de la doctrina y jurisprudencia, y con filósofos como Griffin[35]. Su visión podría ser muy relevante en sede del reconocimiento del derecho a la dignidad como derecho fundamental, ya que considera que no se trata de añadir más y más derechos al catálogo de derechos humanos sin una base filosófica sólida. La dignidad, en este contexto, debe ser entendida no como una carta blanca para añadir cualquier derecho, sino como algo vinculado a las condiciones esenciales para la capacidad de una persona para actuar, decidir y perseguir lo que considera valioso o bueno para ella en la vida[36].

## 5. LOS RASGOS DEL DERECHO A LA DIGNIDAD EN LA CDFUE

Una vez analizado el derecho a la dignidad en nuestra Constitución, resulta interesante comparar en qué medida las características extraídas del derecho a la dignidad reconocido en nuestra Carta Magna están presentes en el derecho a la dignidad reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

### 5.1. La dignidad como fundamento del orden político y de la paz social

En el art. 1 CDFUE, el literal se limita a decir que es inviolable, y que debe ser respetada y protegida. No aparece por tanto una mención a que sea fundamento del orden político y de la paz social.

En el preámbulo de la Carta se cita, junto a la libertad, la igualdad y la solidaridad, como fundamento de la Unión, por ser parte de su fun-

---

[34] Alexy (2014).
[35] Griffin (2009).
[36] *Ibid*.

damento espiritual y moral. Además, a continuación, se proclama que la Unión se basa en los principios de democracia y el Estado de Derecho.

Sin embargo, el hecho de que la dignidad sea uno de los fundamentos de la Unión, y que esta se base en los principios de la democracia y el Estado de Derecho no puede llevarnos directamente a inferir que la dignidad es fundamento del orden político y de la paz social en la Carta.

Es evidente que la Carta garantiza derechos y libertades sin los cuales se presume difícil garantizar la paz social. Se nos hace difícil imaginar una convivencia pacífica sin el derecho a la igualdad, sin la prohibición de los trabajos forzados o sin la libertad de expresión, por ejemplo. Además, hay derechos contenidos en la Carta que tienen relación con el orden político, como los derechos de sufragio activo y pasivo.

Sin embargo, al contrario de lo que ocurre en nuestra Constitución, en la Carta no parece que se le otorgue a la dignidad la función de ser fundamento del orden político y de la paz social.

### 5.2. La dignidad como valor inherente al ser humano

El art. 1 de la Carta reconoce la dignidad como inviolable. No dice literalmente que sea inherente al ser humano, pero del literal del artículo puede deducirse tal extremo. Si se garantiza que la dignidad del ser humano no puede ser transgredida, es porque se está dando por hecho que todo ser humano dispone de dignidad por el mero hecho de serlo.

Este razonamiento es coherente con el origen del precepto del que la Carta tomó fuente: el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Después de las atrocidades cometidas contra el pueblo judío, la Ley Fundamental busca garantizar que ningún ser humano vuelva a ser despojado de su dignidad, y por eso dice que la dignidad es intangible.

Por tanto, entendemos que existe un reconocimiento implícito de la inherencia de la dignidad al ser humano, sin perjuicio de considerar que no estaría de más su reconocimiento explícito, dado que la historia ha demostrado que la positivización es una mejor vía de garantía de derechos.

### 5.3. La naturaleza dual de la dignidad

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece la dignidad no solo como un valor fundamental, sino también como un derecho subjetivo.

Como valor, la dignidad, en el contexto de la Carta, es entendida como un valor inherente a cada persona. Este enfoque subraya la importancia de respetar y valorar a cada individuo simplemente por su condición de ser humano. Este principio ético subyace y guía la interpretación y aplicación de todos los demás derechos y libertades fundamentales en la Unión Europea.

Como derecho subjetivo, el derecho a la dignidad implica que los individuos pueden invocar este derecho en un tribunal o en el marco de procedimientos legales. Esto es significativo porque otorga a las personas un mecanismo legal para defender su dignidad contra acciones o políticas que podrían violarla. En este sentido, la dignidad actúa como un derecho protegido y exigible.

Por tanto, al igual que lo hacíamos en el texto constitucional, constatamos la presencia de la naturaleza dual del derecho a la dignidad del ser humano en la Carta.

### 5.4. La dignidad como fundamento de otros derechos fundamentales

La dignidad humana, reconocida como un valor fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no solo es un derecho en sí mismo, sino que también actúa como el fundamento de otros derechos fundamentales. Podemos encontrar en la Carta innumerables ejemplos de esta característica:

— La dignidad humana subyace al derecho a la vida (art. 2) y al derecho a la integridad de la persona (art. 3). Estos artículos prohíben prácticas como la pena de muerte y la tortura, y garantizan el respeto a la integridad física y mental, en consonancia con el principio de tratar a todas las personas con respeto y humanidad.

— La Carta prohíbe la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes (art. 4), una prohibición que se deriva directamente del valor de la dignidad humana. Este principio asegura que todos los individuos sean tratados de manera que preserve su dignidad inherente.

— La protección de la libertad y seguridad personal (art. 6) también se basa en el respeto a la dignidad humana. Garantizar que las personas no sean privadas arbitrariamente de su libertad es una extensión del respeto a su dignidad intrínseca.

— El derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7) refleja el reconocimiento de la dignidad en las esferas personal y doméstica de los individuos, protegiendo su autonomía y privacidad.

— Los principios de no discriminación (art. 21) y la igualdad ante la ley (art. 20) están estrechamente ligados a la dignidad humana. Estos

artículos aseguran que todas las personas sean tratadas con igual respeto y dignidad, independientemente de sus características personales.

— Los derechos en el ámbito laboral (art. 31), incluyendo condiciones de trabajo justas y protección contra el despido injustificado, se relacionan con el respeto a la dignidad en el contexto laboral.

— El derecho a la protección de datos personales (art. 8) también se vincula con la dignidad, enfatizando la importancia del respeto a la vida privada y la autonomía individual en la era digital.

La Carta de Derechos Fundamentales, al colocar la dignidad humana como fundamento de otros derechos fundamentales, asegura que todos ellos se interpreten y apliquen de una manera que respete y refuerce la dignidad intrínseca de cada persona.

Por tanto, en la Carta la dignidad actúa como fundamento de otros derechos fundamentales, al igual que en nuestra Constitución.

### 5.5. La dignidad como *mínimum invulnerable*

La dignidad como mínimum invulnerable está presente en la Carta, al igual que en la Constitución, como corolario lógico del hecho de que la dignidad es fundamento o base de otros derechos fundamentales.

Actuando como tal, un derecho fundamental puede verse vulnerado hasta tal punto que no solo ese derecho sea transgredido, sino que también la dignidad de la persona se vea afectada.

Así, la Carta prohíbe cualquier forma de tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes, lo cual está en consonancia con el respeto incondicional de la dignidad humana; garantiza el derecho a la integridad de la persona, lo que incluye protecciones contra intervenciones médicas o biológicas sin el consentimiento libre y plenamente informado de la persona; establece que todas las personas son iguales ante la ley y prohíbe cualquier forma de discriminación, reafirmando que la dignidad de cada persona debe ser respetada sin importar sus características personales o sociales; o garantiza unas condiciones de trabajo dignas, el acceso a la justicia social y el respeto a la privacidad y la vida familiar.

### 5.6. La dignidad como protección contra la cosificación

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al enfatizar la dignidad como un valor fundamental y derecho inherente a todo ser humano, proporciona una protección significativa contra la

cosificación, por ser este un concepto fundamentalmente contrario a la noción de dignidad humana.

Así, el art. 1 CDFUE actúa como un escudo genérico contra cualquier forma de cosificación, asegurando que todas las personas sean reconocidas y tratadas como individuos con valor y derechos inherentes, pero podemos encontrar ejemplos de artículos en los que dicha protección es más concreta, como por ejemplo:

— Los artículos relacionados con la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes (art. 4) protegen a las personas de ser tratadas como meros objetos sujetos al capricho de otros, reforzando el concepto de que cada individuo merece respeto y consideración moral.

— El art. 3, que trata sobre el derecho a la integridad de la persona, incluye disposiciones contra prácticas que podrían ser consideradas formas de cosificación, como la experimentación médica o biológica sin consentimiento libre e informado.

— La Carta también aborda específicamente el tráfico de seres humanos en su art. 5, que es una forma extrema de cosificación. Este artículo prohíbe explícitamente la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado, todos los cuales tratan a las personas como propiedades o mercancías.

— En los preceptos relativos a la libertad y los derechos personales, la Carta subraya la importancia del respeto a la autonomía personal, un principio contrario a cualquier forma de cosificación que niegue la agencia y la libertad individual.

Por tanto, al igual que en la Constitución, en la Carta hay una fuerte presencia de la protección contra la cosificación.

### 5.7. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad

Hemos visto que en nuestra Constitución el libre desarrollo de la personalidad está íntimamente conectado con el derecho a la dignidad del ser humano. Algo similar ocurre en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien el libre desarrollo de la personalidad no aparece expresamente reflejado en ella.

A pesar de esa carencia de reconocimiento explícito, varios de los artículos de la Carta apoyan y promueven el libre desarrollo de la personalidad. Por ejemplo:

— El art. 7 garantiza el derecho al respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a las comunicaciones. Este artículo apoya la

autonomía personal y la libertad de desarrollar la propia personalidad en el contexto familiar y social.

— El art. 9 reconoce el derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan en estas materias, lo que implica un reconocimiento de la libertad personal en las decisiones más fundamentales de la vida.

— El art. 11 garantiza la libertad de tener opiniones y de recibir y comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas, lo que es esencial para el desarrollo individual y autónomo de la personalidad.

— El art. 22 reconoce el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística respalda el libre desarrollo de la personalidad al permitir a las personas expresar y desarrollar su identidad cultural y personal.

En conjunto, estos artículos y otros en la Carta promueven un entorno en el que los individuos pueden desarrollar libremente su personalidad, en un marco de respeto y protección de la dignidad humana. La Carta, por tanto, no solo protege los derechos individuales, sino que también fomenta un espacio para el crecimiento personal y la autonomía dentro del respeto a los derechos y libertades de los demás.

Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad es un rasgo de la dignidad presente implícitamente en la Carta.

### 5.8. La función limitadora de otros derechos

La dignidad humana se recoge en el art.1 CDFUE, lo que ofrece una idea de su posición de preeminencia. Este posicionamiento sugiere que la dignidad humana debe ser una consideración primordial en la interpretación de otros derechos y libertades en la Carta.

Esto tiene aplicación directa en los conflictos entre derechos fundamentales. Por ejemplo, la libertad de investigación científica puede verse limitada por consideraciones relativas a la dignidad humana, como en el caso de la investigación con células madre o la clonación humana. Aquí, la dignidad actúa como un límite ético y legal para garantizar que la ciencia y la tecnología respeten los valores fundamentales de la humanidad.

Vemos, por tanto, que en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, al igual que en nuestra Constitución, la dignidad humana no solo opera un derecho fundamental, sino que también tiene una función limitadora de otros derechos.

## 5.9. La dignidad como derecho autónomo

Hemos abogado previamente por la inclusión de dos contenidos dentro del derecho a la dignidad. Por un lado, el más clásico contenido heterónomo, que sitúa a la dignidad siempre en función de otros derechos; y, por otro lado, el más revolucionario contenido autónomo.

Ambos contenidos están presentes en la Carta, y cabe destacar que el contenido autónomo del derecho a la dignidad es más evidente que en la Constitución.

El art. 1 CDFUE no solo reconoce la dignidad como valor, sino también como un derecho autónomo, lo que significa que tiene un valor en sí mismo, independiente de otros derechos y libertades.

Esta concepción de la dignidad humana como un derecho autónomo implica que no está sujeta a limitaciones o excepciones en función de la nacionalidad, el estatus social, el género, la raza, la religión u otras características personales.

Además, la inclusión de la dignidad humana como un derecho autónomo en la Carta influye en la formulación de legislaciones y políticas a nivel de la Unión Europea y de los Estados miembros, asegurando que estas promuevan y protejan la dignidad humana en todos los aspectos.

Por tanto, la autonomía del derecho a la dignidad es mucho más clara en la Carta que en la Constitución.

## 5.10. La dignidad como derecho fundamental

Tal y como se ha señalado, la dignidad no solo opera como base o fundamento de otros derechos fundamentales en la Carta, sino también como un derecho autónomo.

Además, del contenido literal del art. 1 y de su posición en la Carta hemos extraído que no solo es un derecho fundamental, sino que es el más fundamental de todos ellos.

Por tanto, es claro que la dignidad es un derecho fundamental en la Carta, a diferencia de lo que ocurre en nuestra Carta Magna.

La consideración de la dignidad como un derecho fundamental tiene varias implicaciones importantes, pero especialmente conviene resaltar que la Carta obliga a la UE y a los Estados miembros a considerar la dignidad humana en sus políticas sociales y económicas, asegurando que las necesidades básicas de las personas sean satisfechas y que sean tratadas con respeto y equidad.

No es objeto del presente estudio el delimitar cuáles son y hasta dónde llegan las necesidades que deben ser cubiertas, y somos conscientes de las limitaciones que el ámbito de aplicación de la Carta supone, pero se abre un marco de discusión acerca de los derechos sociales que podría tener que reconocerse al amparo del derecho a la dignidad como derecho fundamental.

### 5.11. La dignidad como derecho absoluto

Previamente, en los epígrafes relativos a las características de la dignidad en la Constitución, nos hemos mostrado contrarios al reconocimiento de la dignidad como derecho absoluto.

Sin embargo, la Carta sitúa la dignidad humana como un derecho absoluto y el fundamento de todos los demás derechos y libertades. Esta preeminencia de la dignidad se refleja en el hecho de que es el primer derecho mencionado en la Carta (art. 1), lo que subraya su importancia fundamental.

Además, se refleja también en el hecho de que la dignidad humana no puede ser derogada o restringida, incluso en situaciones de emergencia o por otros derechos.

Estos pueden ser aspectos que reflejen una cierta preeminencia, pero sigue pendiente determinar cómo resolver un conflicto en el que dos partes que vean afectada su dignidad se vean enfrentadas.

En consecuencia, debemos decir que, en la Carta, a diferencia de en nuestra Constitución, la característica de la dignidad como derecho absoluto está presente, aunque mantenemos nuestras reservas con respecto a sus consecuencias en algunos supuestos prácticos que podrían darse.

### 5.12. Dificultades en su implementación

La implementación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español plantea ciertos desafíos, dadas las diferencias entre los sistemas y las concepciones sobre lo que constituye un «derecho fundamental».

La primera dificultad es la conceptual, ya que, mientras que la Carta reconoce un amplio conjunto de derechos y principios, no todos ellos tienen una contrapartida directa en la Constitución Española. Eso ocurre precisamente con el derecho a la dignidad, que en la Carta es considerado un derecho fundamental, mientras que en nuestro ordenamiento ya hemos visto que se le asocian muchas características, pero que la doctrina y la jurisprudencia se muestran reacias a reconocerlo como derecho fundamental.

La segunda dificultad se halla en el ámbito de aplicación de la Carta, que es vinculante solo cuando se está aplicando el Derecho de la Unión Europea. Esto provoca que no todos sus preceptos tengan una aplicabilidad directa en el ámbito interno de los Estados miembros a menos que se esté implementando o aplicando una normativa europea. Así, un derecho reconocido en la Carta, pero no en la Constitución Española no sería invocable directamente ante un tribunal español a menos que esté vinculado a una cuestión de Derecho de la Unión Europea. Esta restricción se ve compensada, en parte, por cierta laxitud del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que considera que basta una mínima relación con el Derecho comunitario para que la Carta pueda ser aplicable.

La tercera dificultad consiste en que el Derecho comunitario, al abordar temas que son competencia compartida o exclusiva de los Estados miembros, puede dar lugar a situaciones de ambigüedad o conflictos de interpretación.

El presente apartado pretende dilucidar los efectos que el reconocimiento del derecho a la dignidad como derecho fundamental en la CDFUE a raíz de su aprobación y su posterior reconocimiento como derecho originario vinculante sobre nuestro ordenamiento, en el que la dignidad no es un derecho fundamental.

### *5.12.1. Principios y derechos*

La Unión Europea, tal y como señala la CDFUE, reconoce los derechos, libertades y principios que enuncia esta última.

Esta afirmación provoca que sea necesario que diferenciemos entre principios y derechos, ambos fundamentales.

Los derechos en la Carta son aquellos que tienen una aplicación directa y pueden ser invocados por los individuos ante un tribunal. Estos derechos, en muchos casos, se presentan como mandatos directos o claras prohibiciones, y pueden ser objeto de procedimientos judiciales. Las autoridades están obligadas a respetarlos y garantizarlos. Ejemplos de derechos contenidos en la Carta serían el derecho a la vida (reconocido en el art. 2) o el derecho a la libertad y seguridad (reconocido en el art. 6).

Los principios, por su parte, son normas generales que guían la interpretación y aplicación de la legislación, pero no son invocables de manera directa ante los tribunales, tal y como establece el art. 52.5 CDFUE, al señalar que «podrán ser objeto de una acción judicial únicamente en la aplicación de dicho Derecho y siempre respetando las limitaciones establecidas en la presente Carta».

Sin embargo, pueden adquirir un carácter concreto y justiciable en la medida en que la legislación los desarrolle. En otras palabras, los principios actúan más como directrices o normas generales que las instituciones de la UE y los Estados miembros deben respetar al legislar o al implementar políticas.

El art. 1 CDFUE establece: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida». La primera duda que debemos despejar consiste en dilucidar si la dignidad, recogida en el art. 1 de la Carta es un derecho o es un principio.

Para resolver esta cuestión, no hay más que acudir a las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), publicadas el 14 de diciembre de 2007, que fueron elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta. Así, en su explicación relativa al art. 1 reconoce que «la dignidad de la persona humana no solo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales».

No podía ser de otro modo, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C–377/98, en materia de protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, en el fundamento 70 de la sentencia, establece que «[c]orresponde al Tribunal de Justicia, al controlar la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona».

El reconocimiento de la dignidad humana como derecho fundamental es doblemente relevante si tenemos en cuenta que se produjo antes de que la Carta adquiriera condición de derecho originario y de que fuera vinculante.

### *5.12.2. Ámbito de aplicación de los derechos fundamentales contenidos en la Carta*

El ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se delimita en el art. 51 CDFUE.

Además, el apartado segundo explicita que la Carta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados».

En el artículo hay dos puntos que pueden generar problemas de cara a una aplicación práctica, y que de hecho las han creado: el primero consiste en la delimitación de lo que es y lo que no es aplicación

del Derecho de la Unión, y el segundo consiste en cuestionarse si el principio del efecto útil puede revertir la no ampliación «del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión».

### *5.12.3. El concepto de «ámbito de aplicación del Derecho de la Unión»*

En referencia a la primera cuestión, las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales relativas al art. 51 son claras al determinar que «la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión solo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

Sin embargo, en la práctica se ha demostrado que no está tan claro cuándo la Carta es aplicable y cuándo no, cuándo estamos ante una aplicación del Derecho de la Unión Europea y cuándo no, como ha demostrado la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la cuestión.

Así, el TJUE ha determinado que estamos ante una aplicación del Derecho de la Unión Europea en la Sentencia de 19 de noviembre de 2019 del caso *TSN y AKT* (asuntos C–609/17 y C–610/17), en materia de aplazamiento de vacaciones por enfermedad; o en la Sentencia de 19 de noviembre de 2019 del caso *AK* (asuntos C–585/18, C–624/18 y C–625/18), en materia de jubilación forzosa.

Sin embargo, en otros casos ha establecido que las partes no se encuentran ante una aplicación del Derecho de la Unión Europea, como en la Sentencia de 8 de mayo de 2014 del caso *Pelckmanx Turnhout* (asunto C–483/12), en materia de cierre obligatorio de un negocio durante un día a la semana.

La cuestión no es sencilla, pero sí podemos señalar que de la jurisprudencia del TJUE no se desprende una aplicación restrictiva, sino más bien todo lo contrario: se deduce una cierta laxitud a la hora de considerar que estamos ante la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Así, el TJUE establece dos requisitos que son de pronunciación constante en su jurisprudencia en la materia:

1) Que exista un vínculo de conexión con el Derecho de la Unión de un grado superior a la mera proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de las materias en la otra.

2) Que, para determinar si una normativa nacional es una medida de aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del art. 51 de la Carta, se ha de comprobar, si su finalidad es aplicar una disposición del

Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar.

#### *5.12.4. El efecto útil y la no ampliación «del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión»*

La segunda de las cuestiones que debemos tener en cuenta al objeto del presente estudio, derivada del apartado segundo del art. 51 de la Carta, parte del hecho de que las competencias cuyo ejercicio se cede por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, y en el caso de España en particular, se dividen internamente en los países por materias, mientras que los Tratados marcan unos objetivos que deben alcanzarse.

Por ejemplo, en virtud del art. 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en materia de energía la competencia es compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea. En principio, el art. 2 TFUE establece claramente cuándo puede legislar cada uno: los Estados miembros pueden ejercer su competencia si la Unión no ha ejercido la suya o si ha decidido dejar de ejercerla.

Sin embargo, los Tratados establecen objetivos que la Unión Europea debe alcanzar, y cuando ha sido preciso el TJUE ha interpretado de manera extensiva el reparto competencial cuando un objetivo marcado en los tratados no puede ser alcanzado con el reparto establecido. Esto es lo que se conoce como el principio del efecto útil.

Como principio, el efecto útil refuerza la idea de que las disposiciones del Derecho de la Unión Europea deben interpretarse y aplicarse de manera que se garantice su pleno efecto y que se impida que se frustren sus objetivos. Este principio es esencial para asegurar la efectividad, coherencia y primacía del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros.

En la ya clásica sentencia del caso *Costa/Enel* (asunto 6/64), de fecha 15 de julio, aunque el TJUE no aborda explícitamente el principio del efecto útil, este subyace a la decisión. Al garantizar la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional, el TJUE asegura que las normas y principios del Derecho europeo puedan aplicarse de manera efectiva y uniforme en todos los Estados miembros. Si el Derecho nacional pudiera prevalecer sobre el Derecho europeo, esto socavaría el efecto útil del Derecho de la Unión, ya que sus disposiciones y objetivos podrían verse frustrados por legislaciones nacionales

contrarias. Por tanto, al afirmar la primacía, el TJUE también protege el efecto útil del Derecho de la Unión.

Sin embargo, el efecto útil también actúa como criterio interpretativo. Así, el efecto útil se utiliza en la práctica para resolver cuestiones específicas en casos concretos. Es decir, el TJUE, al enfrentarse a interpretaciones potencialmente conflictivas o ambiguas de disposiciones del Derecho de la Unión, optará por la interpretación que garantice que la norma en cuestión tenga el mayor efecto útil posible.

Un ejemplo más reciente lo constituye la sentencia de la cuestión prejudicial del caso *Openbaar Ministerie* (asuntos C–562/21 PPU y C–563/21 PPU), versada precisamente en la CDFUE, según la cual «ningún elemento del sistema establecido en la Decisión Marco 2002/584 permite considerar que la entrega de una persona al Estado miembro emisor para el ejercicio de acciones penales esté supeditada a la garantía de que estas acciones darán lugar a un procedimiento penal ante un órgano jurisdiccional concreto», y que una interpretación contraria privaría de su efecto útil no solo a la realización del objetivo de la decisión marco en cuestión, sino también a la confianza mutua entre los Estados.

Vemos, por tanto, que el hecho de que se entremezclen materias, competencias y objetivos, aderezados con el efecto útil, provoca una dificultad interpretativa a la ya mencionada del hecho de que el derecho a la dignidad sea un derecho fundamental en la Carta, pero no en la Constitución.

Para el resto del estudio es interesante añadir que, además de que la energía es una competencia compartida, en virtud del art. 153 TFUE, la lucha contra la exclusión social es una competencia de apoyo, por lo que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros.

## 6. CONCLUSIONES

El concepto de dignidad, desde un punto de vista filosófico, se ha ido construyendo a lo largo de la historia, y ha adquirido connotaciones morales y teológicas de las que el positivismo jurídico ha tratado de deshacerse. Dworkin muestra que las normas no solo son reglas, y que la moral también puede participar en su construcción.

La mayoría de las características del derecho a la dignidad aceptadas por la doctrina son propias de la concepción heterónoma del derecho, pero cabría establecer una concepción autónoma del derecho a la dignidad sin intervención de otros derechos.

El derecho a la dignidad, tal y como se ha reconocido en la Carta, recoge similitudes y diferencias con respecto a nuestra Constitución.

Entre las similitudes podemos hallar su valor inherente al ser humano, la naturaleza dual (como valor y como derecho subjetivo) del derecho a la dignidad, su consideración como base o fundamento de otros derechos, su condición de mínimum invulnerable, su función de protección contra la cosificación, su relación al libre desarrollo de la personalidad y su función limitadora de otros derechos.

Entre las diferencias cabe destacar que en la Carta el derecho a la dignidad no parece operar como fundamento del orden político y de la paz social, que la autonomía del derecho a la dignidad es clara, que se reconoce como derecho absoluto y, especialmente, que es un derecho fundamental, con las consecuencias que de ello podrían derivarse.

El derecho a la dignidad ha sido reconocido por la CDFUE como derecho fundamental y, para nuestro ordenamiento, este reconocimiento puede suponer un antes y un después dado que, aunque hoy en día el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha aplicado el principio del efecto útil con el derecho a la dignidad, no es descabellado pensar que pueda hacerlo en el futuro.

## 7. BIBLIOGRAFÍA


Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aquino, T. (1942). *Suma teológica: Selección*, Buenos Aires, Espasa–Calpe.

Arendt, H. (2003). *La condición humana*, Barcelona, Paidós Ibérica.

— (2006). *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial.

— (2018). *Entre el pasado y el futuro*, Barcelona, Ediciones Península.

Aristóteles (1984). *Ética a Nicómaco*, Barcelona, Orbis.

— (1985). *Política*, Barcelona, Orbis.

Asís Roig, R. y Pele, A. (2012). «Dignidad humana», en Monereo Atienza, C., y Monereo Pérez, J. L. (dirs.), *La Europa de los derechos*, Granada, Comares.

Benda, E. (1996). *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

Dürig, G. y Maunz, T. (eds.) (1958). «Art. 1–11», en *Id.*, Grundgesetz–Kommentar, Munich, Beck.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

— (1988). *El imperio del derecho*, Barcelona, Gedisa.

— (2011). *El derecho de la libertad: La lectura moral de la Constitución estadounidense*, Madrid, Trotta.

— (2005). *La soberanía de la moral*, Madrid, Trotta.

Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal Alemana*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

Griffin, J. (2009). *On human rights*, Northamptonshire, Oxford University Press.

Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos.

Habermas, J. (2010a). *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta.

— (2010b). *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Trotta.

Hipona, A. (1971). «La doctrina cristiana», en *Obras de San Agustín,* en edición bilingüe, vol. xv, Madrid, La editorial católica.
— (1969). «La trinidad», en *Obras de San Agustín,* en edición bilingüe vol. v, Madrid, La editorial católica.
— (1944). *Soliloquios y manual*, Madrid, Atlas.
Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
Kant, I. (1961). *Crítica de la razón práctica*, Buenos Aires, Losada.
— (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Córdoba, El Cid Editor.
Nussbaum, M. C. (2012). *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós Ibérica.
Platón (1959). *Fedón*, Barcelona, Bosch.
— (1975). *La república o El estado*, 12.ª ed., Madrid, Espasa–Calpe.
Pico della Mirandola, G. (2003). *Discurso sobre la dignidad del hombre*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
Rodríguez–Arana Muñoz, J. (2015). *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Sevilla, Global Law Press–Editorial Derecho Global–INAP.

# LA CAPACIDAD ECONÓMICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA: REFLEXIONES EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Maria Júlia Ildefonso Mendonça

## 1. INTRODUCCIÓN

El principio de capacidad económica es uno de los más antiguos e importantes principios que informan el Derecho tributario. Como señalan algunos autores, su primera enunciación puede encontrarse en la obra de Santo Tomás de Aquino[1] y, con el paso del tiempo, se ha llegado a considerar que el principio de capacidad económica constituye «la verdadera estrella polar del tributarista»[2]. Pese a ello, el desarrollo dogmático de este principio ha sido bastante tortuoso, no siempre reuniendo consenso sobre su alcance y relevancia[3].

La desconfianza ante el principio de capacidad económica radica, en gran medida, en su ambivalencia. Si, por una parte, este principio impone a los ciudadanos la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según su capacidad económica, por otra parte, también constituye una garantía de los ciudadanos frente al Estado, ya que esa contribución no debe existir donde no hay capacidad económica y,

---

[1] En este sentido véase Amatucci (2016: 1–16); Englisch (2014: 439–443).

[2] Cortés Domínguez (1965: 989).

[3] Sobre la evolución doctrinal del principio de capacidad económica, véase Palao Taboada (1976: 374–426); y Palao Taboada (2005: 767–783). Estos trabajos han sido reeditados recientemente en Palao Taboada (2018).

en todo caso, no debe sobrepasarla[4]. Así, el principio de capacidad económica encierra en sí mismo un deber y un derecho que el legislador debe concretar en cada tributo y en el sistema tributario en su conjunto.

En su vertiente de derecho, el principio de capacidad económica asume diferentes intensidades, cobrando su sentido mínimo en lo que se refiere a la imposición indirecta y su sentido máximo en el ámbito de la imposición directa, y en particular en lo que se refiere a los impuestos sobre la renta de las personas físicas. Aquí es donde el legislador tiende a prestar más atención a la persona que tributa, a sus idiosincrasias y necesidades, graduando, en consonancia, la carga impositiva que le corresponde. Esta es una tendencia que se observa en todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE).

Sin embargo, la conceptualización de la capacidad económica es comúnmente realizada desde una perspectiva puramente interna, constituyendo una garantía de las personas en su deber de contribuir al sostenimiento del gasto público de un Estado. Por ello, su concretización se enfrenta a grandes desafíos ante situaciones transfronterizas, en las que se añade complejidad a la correlación entre el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público y el derecho a contribuir con arreglo a su propia capacidad, ya que el contribuyente se relaciona con dos o más Estados, al residir, por ejemplo, en un Estado y percibir renta en otro.

Habida cuenta de que el mercado interior de la UE supone un espacio sin fronteras interiores en el que se asegura la libertad de circulación[5], se asiste a una creciente preocupación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en garantizar que se tenga en cuenta la capacidad económica de los contribuyentes que se relacionen con más de un Estado miembro.

Así pues, el presente trabajo tiene por objetivo estudiar la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de la capacidad económica con el propósito de evaluar en qué medida se puede considerar que estamos ante un verdadero derecho fundamental a contribuir con arreglo a la capacidad económica[6].

Para llevar a cabo este estudio, el trabajo se estructura en cuatro partes. En primer lugar, se hace una aproximación al principio de capacidad económica para, en segundo lugar, estudiar la protección

---

[4] A este respecto, el Tribunal Constitucional declara que del principio de capacidad económica «no solo se deriva una obligación positiva, la de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, sino también un derecho correlativo, como es el de que esa contribución sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad». Véase, por todas, la STC 67/2023, de 6 de junio, ECLI:ES:TC:2023:67, FJ 3.

[5] Art. 3.3 del Tratado de la UE («TUE») y art. 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE («TFUE»).

[6] Sobre la concepción de la capacidad económica como derecho fundamental, véase Herrera Molina (1998); Domínguez Crespo (2010: 49–65) y Domínguez Crespo (2012: 25–53).

concedida a la capacidad económica en el contexto europeo. La tercera parte es dedicada al estudio de la jurisprudencia del TJUE, poniendo en manifiesto la acción del Tribunal en la protección de la capacidad económica en el contexto transfronterizo. Finalmente, se ponderan los avances obtenidos y los desafíos que se plantean en la consideración de la capacidad económica como verdadero derecho subjetivo protegido por el Derecho de la UE.

## 2. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

En su origen, el principio de capacidad económica surge como la negación del principio de equivalencia como criterio de reparto de la carga fiscal entre los contribuyentes. Según el principio de equivalencia, el impuesto debe estar en consonancia con el beneficio que el contribuyente recibe de las funciones y servicios públicos del Estado, mientras que, según el principio de capacidad económica, el impuesto debe corresponder a la capacidad del contribuyente para pagarlo[7]. Sin embargo, la superación del principio de equivalencia por el principio de capacidad económica no reúne unanimidad entre la doctrina.

Por un lado, se ha argumentado que la eficacia de la capacidad económica se limita a los impuestos, no abarcando a todos los tributos, como es el caso de las tasas[8]. Además, en lo que se refiere a los impuestos, se considera que el principio de capacidad económica tiene diferentes intensidades[9]: asume su relevancia máxima en los impuestos sobre la renta, en particular, en lo que respecta a personas físicas, mientras que en los impuestos sobre el consumo tiene una expresión mínima, ya que los consumidores caen en el anonimato del mercado.

Por otro lado, se ha defendido que los principios de capacidad económica y de equivalencia coexisten en los sistemas tributarios de los Estados, sin excluirse mutuamente. El principio de capacidad económica prevalece en lo que respecta a la imposición directa, mientras que el principio de equivalencia adquiere mayor relevancia en el dominio de la imposición indirecta y de las tasas[10]. En este sentido, se afirma incluso que el principio de equivalencia se integra en el principio de

---

[7] Sobre la evolución histórica del principio de equivalencia, así como su interacción con el principio de capacidad económica, véase Martínez Sánchez (2014: 29–52); Vasques (2008: 251–330).

[8] Casalta Nabais (1998: 474–477); Vasques (2008: 378–379).

[9] Moschetti (1980: 267); Casalta Nabais (1998: 480–481).

[10] J. Lang (2009: 52–53); véase también Tipke y Lang (2010: 91).

capacidad económica al concebirse el beneficio que percibe el contribuyente como una particular manifestación de capacidad económica[11].

Esta falta de consenso se debe, en parte, a la forma como cada Estado enmarca el principio de capacidad económica en su ordenamiento jurídico.

Allí donde el principio de capacidad económica está expresamente recogido en la Constitución estatal y abarca todo el sistema tributario, como en España o Italia, la doctrina suele encontrar una forma de articular el principio de capacidad económica con el principio de equivalencia en ámbitos tributarios en los que el principio de equivalencia ofrecería una respuesta más operativa que el principio de capacidad económica.

En cambio, cuando el principio de capacidad económica no está expresamente consagrado en el texto constitucional y se extrae de otros principios, como el de igualdad, como ocurre en Alemania o en Portugal, no es necesario articular el principio de capacidad económica con el de equivalencia, lo que facilita establecer una clara distinción entre los ámbitos tributarios donde impera el principio de capacidad económica y donde opera el principio de equivalencia.

En todo caso, aunque no se pueda afirmar que la capacidad económica es el único principio de justicia en el reparto de la carga tributaria[12], este principio sí que ofrece una orientación jurídica esencial que permite extraer dos importantes premisas.

En primer lugar, la tributación depende de una demostración de riqueza, lo que significa que un impuesto solo puede imponerse sobre una manifestación de capacidad económica que permita su pago. Esta manifestación de capacidad debe plasmarse en los hechos imponibles elegidos por el legislador, que podrán cambiar con el paso del tiempo con la evolución de la sociedad.

En segundo lugar, no es suficiente cualquier demostración de riqueza, sino que esta demostración debe ser neta y disponible. Es decir, la tributación solo debe ocurrir una vez se hayan deducido los gastos necesarios para la obtención de riqueza y para el sostenimiento del propio individuo detentor de esa riqueza. Por tanto, no basta cualquier manifestación de capacidad económica para pagar el impuesto, sino que debe ser relevante y expresar una real y efectiva capacidad para contribuir.

---

[11] Véase, por ejemplo, Cors Meya (1986: 327); Martín Delgado (1979: 80); Sáinz de Bujanda (1963a: 100–104).

[12] En este sentido Palao Taboada (2018: 98) destaca la tautología de identificar la capacidad económica con la justicia tributaria: «Decir que es justo que tribute quien tiene la debida capacidad económica equivaldría a decir que es justo que sea sometido a imposición quien se considera justo sujetar a gravamen».

En cierto modo, estas premisas se corresponden con lo que autores como Giardina (1961: 53–57) y Sáinz de Bujanda (1963a: 42) han designado como capacidad económica absoluta y capacidad económica relativa. La capacidad económica absoluta está vinculada a la aptitud abstracta de los contribuyentes para contribuir al gasto público, y se expresa en la determinación de los hechos imponibles que constituyen una manifestación de capacidad económica. Por su parte, la capacidad económica relativa está relacionada con la aptitud concreta para contribuir, que debe determinarse midiendo y cuantificando la capacidad económica de cada contribuyente, según su situación fáctica[13].

De este modo, la capacidad económica es la conditio sine qua non para gravar, y exige conocer a la persona que será gravada para graduar la tributación en consonancia. O, como subraya Manzoni (1965: 14), la capacidad económica es la condición previa de la imposición y su umbral[14].

Por otra parte, cabe señalar que los principios de capacidad económica y de igualdad presentan una singular vinculación. La capacidad económica constituye el tertium comparationis necesario para hacer efectivo el principio de igualdad[15]. Por ello, los contribuyentes con capacidad económica igual deben ser tributados de forma igual, y los contribuyentes con capacidad económica diferente deben ser tributados de forma diferente.

No obstante, el principio de capacidad económica no proporciona por sí mismo todas las respuestas necesarias para determinar la cuantía justa que, a título de impuesto, cada contribuyente debe satisfacer. Los criterios para establecer dicha cuantía deben encontrarse en la interacción del principio de capacidad económica con otros principios y

---

[13] En definitiva, como señala Rodríguez Bereijo (2021: 90), «se debe porque se tiene capacidad económica y se debe según la capacidad que se tiene».

[14] Debe señalarse que Manzoni va más allá y afirma que la capacidad contributiva no es solo la condición previa y el umbral de la imposición, sino también su parámetro, siendo la medida unitaria de referencia para determinar la carga fiscal específica que debe recaer sobre cada contribuyente.

[15] Sin embargo, no hay unanimidad sobre la naturaleza de esta conexión, lo que se debe, como explica Palao Taboada (2018: 168 y ss.), a la existencia de diferentes formas de entender el principio de igualdad. Por un lado, el principio de igualdad puede concebirse como un principio formal y abstracto, sin proporcionar, por sí mismo, un criterio para establecer cuándo las situaciones son iguales o desiguales. En el ámbito tributario, ese criterio se encuentra en el principio de capacidad económica, que da contenido al principio de igualdad. Por otra parte, el principio de igualdad puede concebirse como la prohibición de la discriminación arbitraria, tal como propone Leibholz. El concepto de arbitrariedad es también indeterminable, exigiendo criterios que deben encontrarse en la naturaleza de las cosas, la razonabilidad o la conciencia jurídica de la colectividad. Bajo esta perspectiva, la capacidad económica se concibe como independiente del principio de igualdad y descargada de la presión de concretización de su contenido y alcance específicos, constituyendo únicamente un criterio más a considerar. Véase también Palao Taboada (2005: 767 y ss.) y Palao Taboada (1976: 410 y ss.).

derechos fundamentales[16]. Por ello, la capacidad económica comprende un juicio de valor[17] sobre la cuantía justa que cada uno debe satisfacer, cuantía que debe ajustarse a los imperativos constitucionales y al desarrollo social en cada momento. Así, por ejemplo, la Constitución de un Estado puede exigir políticas sociales y económicas para garantizar el bienestar general y la redistribución de riqueza y, aunque la capacidad económica es ajena a estos fines, no entra en conflicto con ellos. De hecho, actualmente, se entiende que el principio de capacidad económica no exige una tributación progresiva, que cumple una función de política redistributiva[18].

Y aunque el principio de capacidad económica no está aislado de los demás principios y derechos fundamentales, este principio se ha convertido en uno de los criterios sustantivos para lograr la justicia en el reparto de la carga fiscal entre los contribuyentes, y se considera que constituye una auténtica garantía de los contribuyentes frente al Estado[19].

## 3. LA PROTECCIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA EN EL CONTEXTO EUROPEO

En el contexto europeo, el principio de capacidad económica está integrado en la estructura de los sistemas fiscales de la mayoría de los Estados miembros, con independencia de sus opciones políticas y de las técnicas concretamente empleadas.

Como señala Englisch (2014: 451), existe una fuerte tendencia entre los Estados miembros, aunque no uniforme, en cuanto a la especial relevancia de la capacidad económica, siendo cierto que gran parte de estos Estados han implementado de facto importantes elementos del principio de capacidad económica en su legislación fiscal, particularmente en lo que respecta a los impuestos sobre la renta de las personas físicas.

Siguiendo el análisis de Englisch (2014: 451–456), el principio de capacidad económica se menciona expresamente como requisito constitucional para una fiscalidad justa en ocho Estados miembros: España, Italia, Francia, Grecia, Croacia, Chipre, Bulgaria y Hungría. En Alemania, Austria y Polonia, el principio de capacidad económica

---

[16] Moschetti (1980: 277); Casalta Nabais (1998: 495).

[17] Sáinz de Bujanda (1963a: 71).

[18] Como explica Englisch (2014: 445), la progresividad no es inherente a la noción de capacidad económica, aunque esta noción es lo suficientemente flexible como para abarcar la progresividad si así se desea políticamente o se exige constitucionalmente. A este respecto véase también Tipke y Lang (2010: 89–90); J. Lang (2009: 46); Tipke y Yamashita (2002: 35); Bizioli y Reimer (2020: 64); Vanistendael (2010: 538–540).

[19] Tipke y Lang (2010: 90).

se deriva de otros principios constitucionales, como la igualdad y la solidaridad, tal como ocurre en Portugal, donde la Constitución incorpora importantes elementos del principio de capacidad económica, sin mencionarlo expresamente. También en Países Bajos y Estonia la doctrina encuentra en otros principios constitucionales la protección de la capacidad económica, aunque todavía no es jurisprudencia consolidada de los respectivos tribunales constitucionales. En Rumanía, Finlandia, Suecia, Luxemburgo y Dinamarca, la capacidad económica se considera un principio rector importante para el diseño de la legislación fiscal, aunque sin rango constitucional. Finalmente, en Bélgica, Irlanda, Malta y República Checa, la capacidad económica no figura como criterio especialmente relevante en los debates sobre política fiscal[20].

Aunque la mayoría de los Estados miembros reconoce la necesidad general de tener en cuenta la situación de los contribuyentes en el ámbito impositivo, la expresión concreta de la protección de la capacidad económica varía de un impuesto a otro y de un país a otro, siendo las diversidades sociales y culturales entre los Estados miembros de especial importancia en este ámbito. Esa diversidad se descuidaría si se establecieran figuras y requisitos precisos a nivel de la UE, como subrayan Lang y Englisch (2012: 267).

Llegados a este punto, cabe referir que los Tratados de la UE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) no hacen ninguna referencia al principio de capacidad económica y, en la medida en que este principio no se reconoce expresamente en todos los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, no resulta claro que se pueda considerar que este principio integra el Derecho de la UE como resultado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, al amparo del art. 6.3 del Tratado de la UE[21].

Es más, los Tratados de la UE son silentes en materia de fiscalidad directa y la armonización llevada a cabo en este ámbito a través de derecho derivado es escasa y alcanza únicamente a materias muy particulares[22]. Pese a ello, esto no significa que, en el seno de la UE, no se lleve a cabo la protección de la capacidad económica en aquellas situaciones en que los contribuyentes se relacionan con más de un Estado miembro.

---

[20] En cuanto a la posición de los cuatro Estados miembros restantes (Letonia, Lituania, Eslovaquia y Eslovenia), el autor señala que desconoce su posición.

[21] En este sentido véase Herrera Molina y García–Herrera Blanco (2004: 68–69). En cambio, Domínguez Crespo (2012: 51) defiende que la consideración del principio de capacidad económica como una tradición constitucional común a los Estados miembros exige un balance cualitativo y no cuantitativo.

[22] De hecho, cualquier intento de promover la armonización en materia de impuestos directos debe hacerse al amparo del art. 115 TFUE, que exige unanimidad.

De hecho, aunque la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, estos deben ejercerla respetando el Derecho de la Unión y, en particular, las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE, como así lo ha sostenido el TJUE en repetidas ocasiones[23].

Es decir, la fiscalidad directa no queda totalmente fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, ya que las disposiciones generales de los Tratados de la UE, y en particular la prohibición de discriminación y de restricciones a la libre circulación en el seno del mercado interior[24], tienen la virtualidad de limitar el ejercicio de los poderes tributarios de los Estados miembros.

Así pues, en los ámbitos no armonizados, el Derecho de la UE impone a los Estados miembros que, al ejercer su potestad tributaria, no obstaculicen la libre circulación a través de medidas discriminatorias o restrictivas. Por ello, las situaciones transfronterizas no pueden recibir un trato fiscal menos favorable del que gozan las situaciones comparables puramente internas.

Es precisamente bajo la égida de la prohibición de medidas discriminatorias o restrictivas de la libre circulación que el TJUE lleva a cabo la protección de la capacidad económica en el seno de la UE, como se estudiará a continuación.

## 4. LA CAPACIDAD ECONÓMICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Al amparo de la prohibición de discriminación y de restricciones a la libre circulación, el Derecho de la UE exige que cada Estado miembro aplique los mismos criterios que aplica en las situaciones puramente internas a las situaciones transfronterizas cuando estas sean comparables y no existan razones imperiosas de interés general que justifiquen lo contrario.

---

[23] Véanse, por ejemplo, SSTJUE de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31, apdo. 21; de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271, apdo. 16; de 27 de junio de 1996, Asscher, C-107/94, ECLI:EU:C:1996:251, apdo. 36; de 14 de septiembre de 1999, Gschwind, C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409, apdo. 20; de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, ECLI:EU:C:2002:750, apdo. 75; de 6 de julio de 2006, Conijn, C-346/04, ECLI:EU:C:2006:445, apdo. 14; de 14 de noviembre de 2006, Kerckhaert & Morres, C-513/04, ECLI:EU:C:2006:713, apdo. 15; de 25 de enero de 2007, Meindl, C-329/05, ECLI:EU:C:2007:57, apdo. 21; de 18 de marzo de 2010, Gielen, C-440/08, ECLI:EU:C:2010:148, apdo. 36; de 10 de mayo de 2012, Comisión/Estonia, C-39/10, ECLI:EU:C:2012:282, apdo. 47; de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen, C-632/13, ECLI:EU:C:2015:765, apdo. 28; y de 24 de octubre de 2019, Estado belga (Indemnité pour personnes handicapées), C-35/19, ECLI:EU:C:2019:894, apdo. 31.

[24] Arts. 18, 45, 49, 56 y 63 TFUE.

Este planteamiento permite que, ante una cuestión prejudicial o un procedimiento de infracción, el TJUE observe cómo cada Estado miembro determina la capacidad económica de los contribuyentes en una situación puramente interna, considerando incompatible con el Derecho de la UE el trato fiscal menos favorable de los contribuyentes en situación comparable que se hayan acogido a la libre circulación. En palabras de García Prats (2003: 76), «las exigencias del principio de capacidad económica se incorporan al acervo comunitario como exigencia lógica derivada de los parámetros de comparabilidad entre los sujetos que ejercen las libertades comunitarias y aquellos sujetos que no las ejercen».

Por tanto, como señalan Bizioli y Reimer (2020: 69), la referencia al principio de capacidad económica en la jurisprudencia del TJUE no tiene por objetivo desarrollar un concepto autónomo comunitario de este principio, sino que esa referencia procura garantizar que los requisitos internos para la determinación de la capacidad económica pasen a formar parte del razonamiento judicial para valorar la existencia o no de discriminación o de restricciones a la libertad de circulación[25].

Para poner de manifiesto la labor del Tribunal de Luxemburgo en la protección del derecho a contribuir según la capacidad económica en el seno de la UE se analiza a continuación la jurisprudencia del TJUE, con particular enfoque en dos de los elementos esenciales de la capacidad económica: la consideración de los gastos relacionados con la actividad de los contribuyentes (es decir, la tributación por la renta neta objetiva) y la consideración de los gastos relacionados con sus circunstancias personales y familiares (es decir, la tributación de la renta neta subjetiva).

### 4.1. La tributación por la renta neta objetiva

Es hoy pacífico sostener que la renta percibida por los contribuyentes debe tributarse por su importe neto. Es decir, los costes de obtención de la renta deben deducirse del importe íntegro de la misma. De lo contrario, si los contribuyentes tributaran por su renta íntegra, sin considerarse los gastos pertinentes en los que hayan incurrido para obtenerla, la carga impositiva recaería sobre una capacidad económica artificial que no reflejaría una capacidad real y efectiva para contribuir[26].

---

[25] Según Vanistendael (2014: 122), la cuestión no es tanto si existen pautas específicas en el seno de la UE con respecto a la capacidad contributiva, sino más bien si las pautas que se aplican en las situaciones internas se aplican también en las situaciones transfronterizas. Véase también Bammens (2020: 172).

[26] Véase, por ejemplo, Griziotti (1958: 147–148); Giardina (1961: 208); Sáinz de Bujanda (1963a: 53–54); Moschetti (1980: 404–405).

Sin embargo, como señala Traversa (2015: 14), la imposición sobre una base neta no es un principio del Derecho de la UE y la determinación de la deducibilidad de gastos corresponde a cada Estado miembro en el ejercicio de su potestad tributaria. Por ello, el TJUE únicamente puede intervenir cuando los Estados miembros establecen criterios para la deducibilidad de gastos que varían en función del hecho de que determinada actividad se ejerza domestica o transfronterizamente, ya que en tal caso, los Estados miembros crean una desventaja unilateral para los contribuyentes que se acogen a la libre circulación, lo que es inadmisible a la luz de la prohibición de discriminación y de restricciones vertida en las disposiciones generales de los Tratados de la UE.

De este modo, siempre que determinados gastos sean deducibles de la base imponible de un contribuyente que ejerce su actividad dentro de las fronteras de un Estado miembro, dicho Estado tiene la obligación simétrica de permitir la deducción de los mismos gastos a un contribuyente que ejerza actividad en un contexto transfronterizo. En otras palabras, cuando se reconoce a nivel nacional la capacidad económica objetiva, también hay que hacerlo en situaciones que afecten a dos o más Estados miembros. Así, a título de ejemplo, los Estados miembros no pueden permitir la deducibilidad de gastos por parte de contribuyentes residentes y prohibirla en el caso de los contribuyentes no residentes.

A este respecto, el TJUE es enfático al afirmar que no existe diferencia objetiva alguna entre contribuyentes que se acojan a la libre circulación y los que no lo hagan, ya que ellos se encuentran en una situación comparable[27]. La comparabilidad de su situación se basa en el hecho de que, en ambos casos, gravar una renta íntegra equivale a gravar una capacidad económica artificial que no representa una capacidad real y efectiva para contribuir.

Por consiguiente, los Estados miembros no pueden, sin infringir el Derecho de la UE, adoptar criterios y técnicas diferentes y más gravosos para determinar la renta neta objetiva de los contribuyentes que ejercen una libertad de circulación que los utilizados para determinar la renta neta objetiva de los contribuyentes en situación puramente interna.

---

[27] SSTJUE de 12 de junio de 2003, Gerritse, C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, apdo. 27; de 6 de julio de 2006, Conijn, C-346/04, ECLI:EU:C:2006:445, apdo. 20; STJUE, de 15 de febrero de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande, C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96, apdos. 23–24; de 18 de marzo de 2010, Gielen, C-440/08, ECLI:EU:C:2010:148, apdos. 45–47; STJUE, de 31 de marzo de 2011, Schröder, C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, apdos. 40–41; de 24 de febrero de 2015, Grünewald, C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, apdo. 29; de 17 de septiembre de 2015, Miljoen, C-10/14, ECLI:EU:C:2015:608, apdo. 57; y de 6 de diciembre de 2018, Montag, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, apdo. 30.

En su jurisprudencia, el TJUE utiliza el concepto de «gastos directamente vinculados» para referirse a los gastos deducibles relacionados con la actividad de los contribuyentes. Según el Tribunal, dichos gastos son aquellos que tienen un vínculo económico directo con la actividad que da lugar a la imposición en un Estado miembro y, por tanto, son indisociables de esta[28], lo que no quiere decir que baste una mera correlación entre el importe de los gastos y la renta imponible[29]. Los gastos deben ser necesarios[30], aunque no se exija que sean inevitables[31].

La necesidad de este concepto se explica por el hecho de que (i) no siempre es fácil determinar en la legislación fiscal de los Estados miembros qué gastos deducibles se califican como gastos de la actividad o como gastos personales y familiares, y de que (ii) esa calificación puede variar de un Estado miembro a otro. Por tanto, el concepto de gastos directamente vinculados adoptado por el TJUE permite a los tribunales nacionales trazar de forma más uniforme la línea divisoria entre los gastos relacionados con la actividad económica y los gastos relacionados con las circunstancias personales y familiares[32], que estudiaremos a continuación.

## 4.2. La tributación por la renta neta subjetiva

Con relación a la renta neta subjetiva, hoy es comúnmente aceptado que los impuestos deben recaer sobre la renta disponible de los individuos una vez asegurado su sustento básico y el de sus familias. Como señala Tipke (2002: 35), «es cierto que el ciudadano tiene capacidad económica por el importe total de su renta, pero la renta no está disponible para el pago de impuestos en la medida que es necesaria para la propia existencia y para la atención de deberes particulares ineludibles»[33].

A este respecto, se ha observado que el respeto por las necesidades existenciales corresponde a un imperativo político y social[34], que refleja

---

[28] STJUE de 15 de febrero de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande, C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96, apdo. 25.

[29] STJUE de 31 de marzo de 2011, Schröder, C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, apdo. 43.

[30] SSTJUE de 24 de febrero de 2015, Grünewald, C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, apdo. 30, y de 6 de diciembre de 2018, Montag, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, apdo. 37.

[31] STJUE de 6 de diciembre de 2018, Montag, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, apdo. 41.

[32] Véase la STJUE, de 24 de febrero de 2015, Grünewald, C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, apdos. 31–32, donde el TJUE aclara que, a pesar de sus orientaciones, en última instancia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si un determinado gasto es un gasto de actividad o un gasto relacionado con la situación personal del contribuyente.

[33] En el mismo sentido, véase Griziotti (1958: 153–154); Giardina (1961: 212); Sáinz de Bujanda (1963b: 240); Manzoni (1965: 74–75); Moschetti (1980: 267); Berliri (1986: 252–253); Casalta Nabais (1998: 522–523); García Berro (2022: 50).

[34] Griziotti (1958: 153).

una norma de solidaridad[35], cuya violación conduciría innegablemente a un sentimiento de injusticia[36] y vulneraría la dignidad humana como principio estructural de los Estados de Derecho.

Así pues, existe una fuerza económica intangible destinada a satisfacer necesidades existenciales, que no expresa capacidad económica para contribuir. Los Estados reconocen y salvaguardan esa fuerza económica intangible a través de la consideración fiscal de lo que el TJUE denomina como «circunstancias personales y familiares» de los contribuyentes. A través de esa consideración, los Estados miembros buscan adaptar el impuesto a las idiosincrasias de los individuos, asegurando que estos paguen impuestos en consonancia con su propia capacidad.

El concepto de circunstancias personales y familiares tiene un significado muy amplio en la jurisprudencia europea, ya que su concreción depende del Derecho interno de cada Estado miembro[37].

La casuística demuestra que la consideración de las circunstancias personales y familiares puede llevase a cabo a través de la atribución de ventajas fiscales relacionadas con la esfera familiar de los contribuyentes (como es el caso de la tributación conjunta[38], las reducciones por hijos a cargo[39], o por pensiones alimenticias[40]) y con su esfera privada (como es el caso de fracciones exentas[41], deducciones por cotizaciones de seguros de jubilación, de vida y de enfermedad[42], reducciones por rendimientos negativos relacionados con la vivienda[43], u otros gastos de

---

[35] Moschetti (1980: 269).

[36] Berliri (1986: 252).

[37] García Prats (2013: 18).

[38] SSTJUE de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31; de 14 de septiembre de 1999, Gschwind, C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409; de 16 de mayo de 2000, Zurstrassen, C-87/99, ECLI:EU:C:2000:251; STJUE, de 25 de enero de 2007, Meindl, C-329/05, ECLI:EU:C:2007:57; y de 28 de febrero de 2013, Ettwein, C-425/11, ECLI:EU:C:2013:121.

[39] STJUE de 12 de diciembre de 2013, Imfeld y Garcet, C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822.

[40] SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, ECLI:EU:C:2002:750, y de 12 de julio de 2005, Schempp, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446.

[41] SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, ECLI:EU:C:2002:750; de 12 de junio de 2003, Gerritse, C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340; de 1 de julio de 2004, Wallentin, C-169/03, ECLI:EU:C:2004:403; y de 14 de marzo de 2019, Jacob y Lennertz, C-174/18, ECLI:EU:C:2019:205. No obstante, no todas las fracciones exentas deben considerarse relacionadas con la esfera personal de los contribuyentes, véase, por ejemplo, SSTJUE, de 17 de septiembre de 2015, Miljoen, C-10/14, ECLI:EU:C:2015:608, y de 17 de octubre de 2013, Welte, C-181/12, ECLI:EU:C:2013:662.

[42] SSTJUE de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90; de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:31; de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, ECLI:EU:C:2009:719; y de 22 de junio de 2017, Bechtel, C-20/16, ECLI:EU:C:2017:488.

[43] SSTJUE de 21 de febrero de 2006, Ritter–Coulais, C-152/03, ECLI:EU:C:2006:123; de 18 de julio de 2007, Lakebrink y Peters–Lakebrink, C-182/06, ECLI:EU:C:2007:452; de 16 de octubre de 2008, Renneberg, C-527/06, ECLI:EU:C:2008:566; de 18 de junio de 2015, Kieback, C-9/14, ECLI:EU:C:2015:406; de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen, C-632/13, ECLI:EU:C:2015:765; y de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102.

manutención[44]). De acuerdo con el TJUE, el concepto de circunstancias personales y familiares no se restringe a las ventajas fiscales concedidas por los Estados miembros que tengan una finalidad social[45]. Este concepto abarca, incluso, las ventajas fiscales concebidas principalmente para incentivar a los contribuyentes a gastar y realizar inversiones siempre y cuando tengan un impacto sobre su capacidad económica[46].

Conforme ya se ha referido, la imposición sobre la renta neta no es un principio del Derecho de la UE, por lo que la consideración de las circunstancias personales y familiares y su concreción corresponde a cada Estado miembro en el ejercicio de su potestad tributaria. Así, el Derecho de la UE no impone cualquier medida a este respecto más allá de la observancia por las disposiciones relativas a las libertades fundamentales: los Estados miembros no pueden sujetar los contribuyentes que se acogen al derecho a la libre circulación a un trato fiscal menos favorable de lo que se concede a los contribuyentes que no se han acogido a ese derecho, cuando su situación es comparable.

Sin embargo, precisamente en la concreción de lo que es la comparabilidad entre contribuyentes con relación a las circunstancias personales y familiares es donde el TJUE osa ir más allá en la protección del derecho a contribuir según la capacidad de cada uno, como veremos infra, en el epígrafe 4.2.1. Por otra parte, el planteamiento asumido por el Tribunal en esta materia se ve confirmado en su jurisprudencia sobre acumulación de beneficios fiscales equivalentes, que analizaremos en el epígrafe 4.2.2.

### 4.2.1. *La comparabilidad entre contribuyentes y su superación*

Como ha reconocido el TJUE, existe una correlación entre la sujeción a gravamen por la renta mundial en un Estado y la consideración de la situación personal y familiar del contribuyente en ese Estado[47].

Por regla general, los contribuyentes son sujetos a gravamen por su renta mundial en el Estado miembro donde residen. En contrapartida, también es el Estado de residencia el que se encuentra mejor posicionado para tener en cuenta las circunstancias personales y familiares, ya

---

[44] Véase, por ejemplo, la STJUE de 14 de marzo de 2019, Jacob y Lennertz, C-174/18, ECLI:EU:C:2019:205, donde estaban en causa reducciones en concepto de ahorro a largo plazo, por prestaciones pagadas con bonos de servicio, por gastos destinados a incrementar la eficiencia energética de una vivienda, gastos para mejorar la seguridad de viviendas contra robo o incendio y donaciones. Véase, igualmente, la STJUE, de 15 de julio de 2021, BJ c. État belge, C-241/20, ECLI:EU:C:2021:605.

[45] STJUE de 14 de marzo de 2019, Jacob y Lennertz, C-174/18, ECLI:EU:C:2019:205, apdo. 38.

[46] *Ibid*., apdos. 40–41.

[47] STJUE, de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, ECLI:EU:C:2002:750, apdo. 99.

que la tributación por la renta mundial implica obligaciones declarativas más extensas, que permiten conocer la renta global y la situación personal y familiar de los contribuyentes.

En cambio, en lo que se refiere a los no residentes, normalmente los Estados únicamente les gravan por las actividades realizadas en su territorio, ignorando los ingresos obtenidos de otras fuentes. Además, a los no residentes se les suele tributar a través de un sistema de retenciones liberatorias, exigiéndoles reducidas obligaciones declarativas. Por lo que, como norma general, los Estados disponen de información muy limitada sobre los no residentes, desinteresándose por su renta global y situación personal y familiar.

Así pues, asumiendo que los Estados miembros disponen de mucha información sobre contribuyentes residentes y de muy poca sobre contribuyentes no residentes, el TJUE concluye que, en principio, la consideración de las circunstancias personales y familiares corresponde al Estado de residencia, ya que este es el que está mejor posicionado para evaluar la real y efectiva capacidad económica de los contribuyentes[48].

De esta conclusión, el TJUE extrae dos importantes premisas. En lo que se refiere a la consideración de las circunstancias personales y familiares, los Estados miembros (i) deben proporcionar el mismo trato fiscal a sus residentes, con independencia de que hayan ejercido o no la libre circulación, pero (ii) no tienen que conceder el mismo trato fiscal a residentes y no residentes[49].

---

[48] STJUE de 15 de julio de 2021, BJ c. État belge, C-241/20, ECLI:EU:C:2021:605, apdo. 25: «[…] incumbe, en principio, al Estado miembro de residencia conceder al contribuyente la totalidad de las ventajas fiscales relacionadas con su situación personal y familiar, ya que, salvo excepción, dicho Estado es el que mejor puede apreciar la capacidad contributiva personal del contribuyente, resultante de computar el conjunto de sus ingresos y de tener en cuenta su situación personal y familiar, en la medida en que este tiene en él el centro de sus intereses personales y patrimoniales». Véase también: SSTJUE de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31, apdo. 32; de 14 de septiembre de 1999, Gschwind, C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409, apdo. 22; de 16 de mayo de 2000, Zurstrassen, C-87/99, ECLI:EU:C:2000:251, apdo. 21; de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, ECLI:EU:C:2002:750, apdo. 90; de 12 de junio de 2003, Gerritse, C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, apdo. 43; de 1 de julio de 2004, Wallentin, C-169/03, ECLI:EU:C:2004:403, apdo. 15; de 9 de noviembre de 2006, Turpeinen, C-520/04, ECLI:EU:C:2006:703, apdo. 27; de 25 de enero de 2007, Meindl, C-329/05, ECLI:EU:C:2007:57, apdo. 23; de 28 de febrero de 2013, Ettwein, C-425/11, ECLI:EU:C:2013:121, apdo. 45; de 28 de febrero de 2013, Beker, C-168/11, ECLI:EU:C:2013:117, apdo. 43; de 12 de diciembre de 2013, Imfeld y Garcet, C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822, apdo. 43; de 18 de junio de 2015, Kieback, C-9/14, ECLI:EU:C:2015:406, apdo. 22; de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen, C-632/13, ECLI:EU:C:2015:765, apdo. 31; de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102, apdo. 30; de 22 de junio de 2017, Bechtel, C-20/16, ECLI:EU:C:2017:488, apdo. 55; y de 14 de marzo de 2019, Jacob y Lennertz, C-174/18, ECLI:EU:C:2019:205, apdo. 26.

[49] Esta conclusión está en consonancia con el dispuesto en el art. 24.3 del Modelo de Convenio de la OCDE, que plasma la práctica internacional de no conceder a los no residentes

Dado que los residentes son comparables entre sí, el Estado miembro de residencia tiene, a la luz de la prohibición de discriminación y de restricciones vertida en las disposiciones generales de los Tratados de la UE, que considerar plenamente todas sus circunstancias personales y familiares, con independencia del origen de sus ingresos. Consiguientemente, en la práctica, el Estado miembro de residencia debe imputar el importe total de las circunstancias personales y familiares en los ingresos obtenidos domésticamente, incluso cuando el contribuyente haya obtenido ingresos en el extranjero y el Estado residencia se abstenga de gravar esos ingresos al eliminar la doble imposición[50].

Por el contrario, los Estados miembros no tienen que tratar de forma igual a los residentes y no residentes en lo que respecta a la consideración de las circunstancias personales y familiares, ya que, por regla general, existe una diferencia objetiva entre su situación: mientras que los residentes están sujetos a gravamen por su renta mundial, los no residentes están sujetos a gravamen únicamente por los ingresos que hayan obtenido en el territorio del Estado. Así pues, los Estados miembros no discriminan cuando, al tributar, no tienen en cuenta las circunstancias personales y familiares de los no residentes[51].

Sin embargo, existe una importante excepción a este respecto: cuando un contribuyente no obtiene ingresos significativos en el Estado

---

los beneficios personales y familiares que se otorgan a los residentes. En este sentido, véase Van Raad (2010: 155–156).

[50] NIESTEN (2015: 192). Véase la STJUE de 15 de julio de 2021, BJ c. État belge, C-241/20, ECLI:EU:C:2021:605. En este caso, aunque el contribuyente no percibió ingresos significativos en el Estado miembro de residencia, el TJUE señaló que el contribuyente disponía de ingresos suficientes en dicho Estado para que sus circunstancias personales y familiares fueran tenidas en cuenta en el Estado de residencia.

[51] STJUE de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102, apdo. 31: «[…] el hecho de que un Estado miembro no conceda a un no residente determinados beneficios fiscales que concede a un residente no es, por regla general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre las situaciones de los residentes y de los no residentes, tanto desde el punto de vista de la fuente de sus ingresos como de su capacidad personal para pagar impuestos o de sus circunstancias personales y familiares». Véase también: SSTJUE de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31, apdo. 34; de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:31, apdo. 18; de 27 de junio de 1996, Asscher, C-107/94, ECLI:EU:C:1996:251, apdo. 41; de 14 de septiembre de 1999, Gschwind, C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409, apdo. 23; de 12 de junio de 2003, Gerritse, C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, apdo. 44; de 1 de julio de 2004, Wallentin, ECLI:EU:C:2004:403, C-169/03, apdos. 15–16; de 9 de noviembre de 2006, Turpeinen, C-520/04, ECLI:EU:C:2006:703, apdos. 26–27; de 25 de enero de 2007, Meindl, C-329/05, ECLI:EU:C:2007:57, apdo. 23; de 22 de marzo de 2007, Talotta, C-383/05, ECLI:EU:C:2007:181, apdo. 19; de 18 de julio de 2007, Lakebrink y Peters–Lakebrink, C-182/06, ECLI:EU:C:2007:452, apdos. 28–29; de 16 de octubre de 2008, Renneberg, C-527/06, ECLI:EU:C:2008:566, apdo. 59; de 10 de mayo de 2012, Comisión/Estonia, C-39/10, ECLI:EU:C:2012:282, apdo. 49; de 28 de febrero de 2013, Ettwein, C-425/11, ECLI:EU:C:2013:121, apdos. 45–46; de 18 de junio de 2015, Kieback, C-9/14, ECLI:EU:C:2015:406, apdo. 22; y de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen, C-632/13, ECLI:EU:C:2015:765, apdos. 31–32.

miembro de residencia y obtiene la (casi) totalidad[52] de sus ingresos en otro Estado miembro, su situación pasa a ser muy similar a la de un residente en ese otro Estado miembro. Es decir, aunque ese contribuyente no esté formalmente sujeto a gravamen por su renta mundial en ese otro Estado, la tributación por la renta mundial se produce en la práctica, encontrándose toda su renta sujeta a gravamen ahí. Como señala García Prats (2013: 7), en casos como este, la imposición limitada constituye de facto una imposición ilimitada de la renta atribuible a un determinado contribuyente.

Por ello, en casos como este, se pide al otro Estado miembro que tenga en cuenta las circunstancias personales y familiares del contribuyente no residente en los mismos términos que lo hace respecto a sus residentes. El TJUE introdujo esta excepción por primera vez en el caso Schumacker y, desde entonces, la ha aplicado en múltiples ocasiones[53].

Con todo, el análisis de la evolución de las sentencias del Tribunal a este respecto permite afirmar que la excepción Schumacker no es absoluta. Lo que sí resulta absoluta es la necesidad de asegurar que las circunstancias personales y familiares son consideradas fiscalmente en algún lugar, aunque los contribuyentes no estén sometidos de iure o de facto a una tributación por la renta mundial[54].

Precisamente, en el caso *X*[55], el Tribunal introdujo una especificación a la excepción Schumacker, con el objetivo de cubrir su zona gris,

---

[52] Por «la (casi) totalidad» se entiende al menos el 75 por 100 de la renta imponible total de una persona durante el ejercicio fiscal, según la Recomendación 94/79/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen. No obstante, el TJUE ha aceptado la normativa fiscal de los Estados miembros que establece que «la (casi) totalidad» de la renta significa el 90 por 100 de la renta imponible total del contribuyente o de la unidad familiar. A este respecto, véase SSTJUE, de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31; y de 14 de septiembre de 1999, Gschwind, C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409.

[53] SSTJUE de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31; de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:31; de 16 de mayo de 2000, Zurstrassen, C-87/99, ECLI:EU:C:2000:251; STJUE, de 1 de julio de 2004, Wallentin, C-169/03, ECLI:EU:C:2004:403; de 9 de noviembre de 2006, Turpeinen, C-520/04, ECLI:EU:C:2006:703; de 21 de febrero de 2006, Ritter–Coulais, C-152/03, ECLI:EU:C:2006:123; de 18 de julio de 2007, Lakebrink y Peters–Lakebrink, C-182/06, ECLI:EU:C:2007:452; de 16 de octubre de 2008, Renneberg, C-527/06, ECLI:EU:C:2008:566; de 10 de mayo de 2012, Comisión/Estonia, C-39/10, ECLI:EU:C:2012:282; de 28 de febrero de 2013, Ettwein, C-425/11, ECLI:EU:C:2013:121; y de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102.

[54] En las palabras de García Prats (2003: 79), «el objetivo que persigue el TJCE consiste en extender a los sujetos que ejercen las libertades fundamentales el derecho a la personalización del gravamen de la imposición sobre la renta, como consecuencia de las exigencias del principio de capacidad económica entendida en sentido subjetivo».

[55] STJUE de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102. El caso se refería a un contribuyente residente en España que obtenía la totalidad de su renta imponible fuera de España, en concreto, en los Países Bajos (60 por 100) y en Suiza (40 por 100). En el Estado de residencia, no se tuvo en cuenta su situación personal y familiar, ya que el contribuyente no

es decir, el caso de los contribuyentes que, aunque no obtienen ingresos significativos en el Estado de residencia, no obtienen la (casi) totalidad de sus ingresos en un único Estado miembro.

En tal caso, lo relevante ya no es el hecho de que el contribuyente esté sujeto a gravamen en el otro Estado miembro de forma similar a un residente, sino el hecho de que el Estado miembro de residencia no puede considerar sus circunstancias personales y familiares porque el contribuyente no dispone de una base imponible suficiente para el efecto, mientras que sí dispone de esa base en otros Estados miembros[56]. Según afirma el TJUE, «la discriminación consiste en que la situación personal y familiar de un no residente que percibe en un Estado miembro distinto del de su residencia lo esencial de sus ingresos y la cuasi totalidad de sus ingresos familiares no se tiene en cuenta ni en el Estado miembro de residencia ni en el Estado miembro de empleo»[57].

Por ello, en el caso *X*, el TJUE concluyó que, una vez que el Estado miembro de residencia no podía considerar las circunstancias personales y familiares del contribuyente por inexistencia de base imponible para el efecto, los Estados de la fuente deberían considerar tales circunstancias en la proporción de los ingresos que ese contribuyente obtuvo en su territorio[58].

Este caso ilustra claramente la prioridad absoluta que el TJUE atribuye a la consideración de las circunstancias personales y familiares de los contribuyentes, ya que el Tribunal prescinde de una comparabilidad estricta entre contribuyentes residentes y no residentes a la hora de proteger su capacidad económica subjetiva[59].

Sin embargo, en rigor, esta sentencia no ha supuesto una verdadera sorpresa, al menos si tenemos en cuenta el asunto Comisión/Estonia[60].

En este asunto el TJUE examina la situación de un contribuyente que percibía dos pensiones de jubilación de escasa cuantía y de prácticamente de igual importe, una derivada de su Estado de residencia

---

disponía de base imponible para el efecto. En los Estados de la fuente, tampoco se tuvo en cuenta su situación personal y familiar al tratarse de un no residente que no obtenía la casi totalidad de su renta imponibles de ninguno de esos Estados. Para un análisis crítico del asunto X, véase García Prats (2018: 103–152).

[56] STJUE de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102, apdo. 42: «[…] Lo que sigue siendo el criterio decisivo es si es imposible que un Estado miembro tenga en cuenta, para el cálculo del impuesto, las circunstancias personales y familiares de un contribuyente en ausencia de ingresos imponibles suficientes, aunque tales circunstancias puedan tenerse en cuenta, por lo demás, cuando existen ingresos suficientes».

[57] STJUE de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102, apdo. 34.

[58] *Ibid*., apdo. 49.

[59] Como señala García Prats (2018: 114), el TJUE ya no se preocupa con verificar la comparabilidad objetiva entre residentes y no residentes, sino de proteger a los contribuyentes cuando el Estado miembro de residencia no puede considerar su situación personal y familiar.

[60] STJUE de 10 de mayo de 2012, Comisión/Estonia, C-39/10, ECLI:EU:C:2012:282.

(Finlandia) y otra de otro Estado miembro (Estonia). En el Estado de residencia, el importe agregado de las dos pensiones no superaba el umbral del mínimo exento, por lo que el contribuyente no tenía que pagar impuesto. Por su parte, la pensión procedente del otro Estado estaba sujeta a impuesto en ese país, y el contribuyente no tenía derecho al mínimo exento, al tratarse de un no residente que no obtenía la casi totalidad de su renta en ese Estado. Sin embargo, también en ese otro Estado, el importe conjunto de las dos pensiones solo superaba ligeramente el umbral del mínimo exento establecido para los residentes en ese país.

De esta forma, por un lado, el contribuyente solo obtenía el 50 por 100 de su renta en ese otro Estado, y, por otro lado, el Estado de residencia sí que había tenido en cuenta las circunstancias personales y familiares del contribuyente al concederle el mínimo exento, razón por la que el contribuyente no estaba sujeto a gravamen en ese Estado.

Como puede observarse, el asunto *Comisión/Estonia* no contempla una situación que sea subsumible a la excepción *Schumacker* (contribuyente que obtiene la casi totalidad de su renta imponible en un Estado distinto de su Estado de residencia) ni a la especificación introducida en el caso X (imposibilidad de que el Estado de residencia tenga en cuenta las circunstancias personales y familiares del contribuyente debido a la ausencia de base imponible para el efecto). A pesar de ello, el TJUE consideró inadmisible la situación en la que se encontraba este contribuyente, ya que si hubiera obtenido todos sus ingresos únicamente en un Estado miembro (ya sea el Estado de residencia o el otro Estado), no tendría que pagar impuesto —o, como mucho, una cuantía residual— por efecto del mínimo exento que se le concedería en cualquiera de esos Estados.

En este caso, para priorizar la consideración de las circunstancias personales y familiares del contribuyente, el TJUE no tuvo en cuenta el mínimo exento concedido por el Estado de residencia, exigiendo al otro Estado que considerase igualmente la situación personal y familiar de ese contribuyente, negando la existencia de una acumulación indebida de beneficios fiscales[61].

Pues bien, si en el caso *X* se estableció el marco a seguir en los casos de la zona gris de la excepción *Schumacker*, en el asunto *Comisión/Estonia* se estableció el marco a seguir en los casos limítrofes. Se trata de aquellos casos en los que la renta agregada de los contribuyentes es tan reducida que dichos contribuyentes no estarían (prácticamente) sujetos a gravamen ni en el Estado de residencia ni en otro Estado (si allí fuesen residentes), ya que los beneficios fiscales por circunstancias

[61] *Ibid*., apdos. 55–57.

personales y familiares concedidos en cada uno de esos Estados supera su renta imponible.

En estos casos limítrofes, se requiere que el otro Estado considere también las circunstancias personales y familiares de los no residentes al igual que lo hace respecto a sus residentes. De lo contrario, si el otro Estado pudiera gravar sin tener en cuenta las circunstancias personales y familiares de esos contribuyentes en situación limítrofe, se vulneraría lo que ese Estado ha definido como la fuerza económica intangible destinada a satisfacer las necesidades existenciales de cariz personal y familiar de los contribuyentes.

Así pues, parece que el TJUE no tolera que la fuerza económica intangible de los contribuyentes no se tenga en cuenta por el mero hecho de que se haya ejercido el derecho a la libre circulación. En última instancia, ello significaría que las libertades de circulación garantizadas en el seno del mercado interior podrían vulnerar normas orientadas a la protección de la dignidad humana, que constituye uno de los valores fundamentales de la UE[62], algo que el Tribunal no parece admitir como posible.

### 4.2.2. *La acumulación de beneficios fiscales equivalentes*

Pese a la correlación entre la sujeción a gravamen por la renta mundial y la consideración de las circunstancias personales y familiares, los Estados miembros pueden regular entre ellos, mediante convenio, la obligación de considerar la situación personal y familiar de los contribuyentes en situación transfronteriza. Incluso, en ausencia de tal convenio, el Estado de residencia puede verse dispensado del cumplimiento de la obligación de considerar en su integridad la situación personal y familiar de sus residentes en el caso en que otro Estado ya la haya considerado[63], siempre que, claro está, no se trate de un caso limítrofe.

Pues bien, según el planteamiento del TJUE, las circunstancias personales y familiares de los contribuyentes deben ser consideradas plenamente en el contexto de la UE al menos una vez, y preferiblemente,

---

[62] Art. 2 TUE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad en la que prevalecen el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

[63] SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, ECLI:EU:C:2002:750, apdos. 99–100. Véase también STJUE de 28 de febrero de 2013, Beker, C-168/11, ECLI:EU:C:2013:117, apdo. 56; de 12 de diciembre de 2013, Imfeld y Garcet, C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822, apdo. 61; y de 15 de julio de 2021, BJ c. État belge, C-241/20, ECLI:EU:C:2021:605, apdos. 44–45.

no más de una vez[64]. El énfasis en preferiblemente se debe al hecho de que la atribución de beneficios personales y familiares en otro Estado miembro no siempre impide que el TJUE declare que el Estado de residencia incurre en un trato fiscal restrictivo cuando no considera en su integridad las circunstancias personales y familiares de sus residentes.

En efecto, en los asuntos *Imfeld y Garcet* y *BJ c. État belge*, el Estado de residencia justificó la falta de consideración de un beneficio fiscal relacionado con la situación personal y familiar de los contribuyentes en el hecho de que otro Estado miembro les había concedido un beneficio fiscal equivalente. El TJUE no aceptó este argumento, señalando que los contribuyentes en causa no tuvieron derecho a dicho beneficio fiscal en el Estado de residencia, no porque se beneficiaron de una ventaja equivalente en otro Estado miembro, sino porque el beneficio fiscal quedaba en todo caso anulado por la normativa fiscal del Estado de residencia[65]. En otras palabras, la normativa fiscal del Estado miembro de residencia establecía un régimen que automáticamente impedía la consideración de las circunstancias personales y familiares de los contribuyentes en causa, con independencia de que sus circunstancias personales y familiares hubiesen sido consideradas en otro Estado miembro[66].

Aunque la justificación presentada por el Estado de residencia es adecuada para evitar la duplicación de beneficios fiscales relacionados con la situación personal y familiar de los contribuyentes, el régimen en causa va más allá de lo necesario para evitar esa duplicación de ventajas, corriéndose el riesgo de privar por completo a los contribuyentes que ejercen la libre circulación de la consideración de sus circunstancias personales y familiares.

Así, la atribución unilateral por parte de un Estado miembro de beneficios fiscales relacionados con la situación personal y familiar a los no residentes no es suficiente para justificar la falta de consideración de sus circunstancias personales y familiares en el Estado de residencia. Es imprescindible que exista, en la legislación fiscal del Estado de

---

[64] El TJUE, en la sentencia de 9 de febrero de 2017, X, C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102, apdo. 47, afirma que «la libertad de los Estados miembros de repartirse entre ellos el ejercicio de sus competencias tributarias, principalmente a fin de evitar la acumulación de ventajas fiscales, debe conciliarse con la necesidad de garantizar a los contribuyentes de los Estados miembros en cuestión que, al final, se habrá tenido debidamente en cuenta su situación personal y familiar en su integridad, con independencia del modo en que los Estados miembros interesados hayan repartido entre ellos tal obligación». Tal y como explica Cerioni (2017: 165), la idea de conciliación planteada por el Tribunal parece significar que deben alcanzarse dos objetivos simultáneamente: por un lado, garantizar que se conceda a los contribuyentes el 100 por 100 de las ventajas fiscales relativas a su situación personal y familiar; por otro lado, garantizar que esas ventajas fiscales no se dupliquen, y que los contribuyentes no reciban en dos o más jurisdicciones más del 100 por 100 de esas ventajas fiscales.

[65] SSTJUE de 12 de diciembre de 2013, Imfeld y Garcet, C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822, apdo. 73; y de 15 de julio de 2021, BJ c. État belge, C-241/20, ECLI:EU:C:2021:605, apdo. 49.

[66] En el mismo sentido, Peeters (2014: 27); García Prats (2015: 27).

residencia, una correlación entre la negativa a conceder los beneficios fiscales relacionados con la situación personal y familiar y la atribución de beneficios fiscales equivalentes en otro Estado miembro.

Una vez más, este posicionamiento del TJUE ilustra la prioridad absoluta que se otorga a la consideración de la circunstancias personales y familiares en el seno de la UE, ya que el Tribunal no permite que la consideración de la situación personal y familiar de los contribuyentes que se acogen a la libre circulación se deje al azar, exigiendo esa consideración en algún Estado miembro.

## 5. ¿HACIA UN DERECHO SUBJETIVO A CONTRIBUIR SEGÚN LA CAPACIDAD ECONÓMICA EN LA UE?

Como ya se ha analizado, el principio de capacidad económica se integra en la estructura del sistema tributario de los Estados miembros, con independencia de las opciones políticas y de la configuración técnica concretamente empleada por cada Estado.

Pese a ello, el Derecho de la UE no consagra el principio de capacidad económica y no impone una obligación a los Estados miembros de tributación por la renta neta objetiva o subjetiva, lo que es una consecuencia lógica del hecho de que la fiscalidad directa ser competencia de los Estados miembros.

Ante tal escenario, el TJUE ha abierto el camino para la protección de la capacidad económica en el seno de la UE al amparo de las disposiciones generales de los Tratados de la UE que prohíben medidas discriminatorias o restrictivas de la libre circulación. Sin embargo, este planteamiento presenta limitaciones ya que se basa en herramientas pensadas para garantizar la libre circulación y no para la protección de la capacidad económica como tal.

En efecto, este planteamiento únicamente permite asegurar la tributación por la renta neta de contribuyentes en situación transfronteriza cuando esta tributación sea igualmente asegurada internamente por los Estados miembros en causa.

Así, por ejemplo, los contribuyentes que hayan ejercido la libre circulación serán sujetos a gravamen por su renta neta objetiva en ambos Estados miembros con los que se relacionen únicamente cuando ambos Estados establezcan deducciones por gastos relacionados con la actividad desarrollada.

Lo mismo ocurre con la tributación por la renta neta subjetiva, aunque con relación a este aspecto se verifica una complejidad acrecida, ya que no todos los Estados miembros con los que el contribuyente se

relaciona están obligados a considerar su situación personal y familiar. De hecho, como hemos observado, lo ideal es que se evite el doble disfrute de ventajas fiscales relacionadas con circunstancias personales y familiares.

Siguiendo la jurisprudencia del TJUE analizada supra, la consideración de las circunstancias personales y familiares corresponde siempre al Estado de residencia del contribuyente, ya que todos los residentes son comparables entre sí, con independencia de que hayan ejercido o no su derecho a la libre circulación. Además, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, aunque los residentes y no residentes no estén, como regla general, en situación comparable en lo que se refiere a las circunstancias personales y familiares, su situación se vuelve comparable cuando los no residentes obtienen la (casi) totalidad de su renta en otro Estado miembro. En ese caso, ese otro Estado miembro debe considerar la situación personal y familiar de los no residentes al igual que lo hace con relación a sus propios residentes.

En rigor, la prohibición de medidas discriminatorias o restrictivas a la libre circulación y el juicio de comparabilidad que le es inherente difícilmente permitiría ir más lejos en la defensa de la tributación por la renta neta subjetiva en el seno de la UE.

Sin embargo, se asiste en la jurisprudencia del TJUE a una verdadera transmutación de lo que es la prohibición de discriminaciones y de restricciones a la libre circulación. Prueba de ello es el hecho de que, en los asuntos *X* y *Comisión/Estonia*, el Tribunal se libera del juicio de comparabilidad para llevar a cabo la protección de lo que es el derecho del contribuyente a contribuir según su propia capacidad económica, tratando de evitar que el ejercicio de la libre circulación garantizada en el seno del mercado interior pueda vulnerar ese derecho.

Pero, como decíamos, este planteamiento únicamente permite la protección de lo que es el derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica cuando este sea un valor común a los Estados miembros con los que el contribuyente se relacione y exista cierta semejanza en la forma de concretarlo. Cuando así no lo sea, la transmutación llevada a cabo por el Tribunal de lo que es la prohibición de discriminaciones y de restricciones a la libre circulación no consigue mitigar la existencia de disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros.

Un ejemplo de disparidad sería el caso de un contribuyente residente en un Estado miembro cuya legislación no prevea la concesión de ningún beneficio fiscal relacionado con la situación personal y familiar. El hecho de que el contribuyente obtenga una parte (que no sea la casi totalidad) de su renta en otro Estado miembro que sí considera las circunstancias personales y familiares de sus proprios residentes, no le permite exigir que ese otro Estado miembro tenga en cuenta sus

circunstancias personales y familiares como si fuera residente en ese Estado con fundamento en que su situación personal y familiar no ha sido considerada en su Estado de residencia.

En tal caso, la ausencia de concesión de beneficios fiscales relacionados con la situación personal y familiar en el Estado de residencia no se debe a la imposibilidad de que ese Estado los tenga en cuenta por falta de renta imponible para el efecto, sino que se debe a la ausencia de previsión legal, en ese Estado, de beneficios fiscales en esta materia[67].

De esta forma, pese a los avances protagonizados por el TJUE, todavía existen importantes desafíos en la protección del derecho a contribuir según la capacidad económica en el seno de la UE que no pueden ser superados con base en la prohibición de medidas discriminatorias o restrictivas a la libre circulación.

Para una real y efectiva protección del derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica es necesario que este se conciba como un derecho subjetivo universal e indisponible que vincula a todos los poderes públicos, con fundamento directo en el ordenamiento jurídico de la UE, y en particular en los valores de la dignidad humana, la igualdad y la solidaridad en que se basa el proyecto europeo.

## 6. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos pretendido evaluar en qué medida se puede hablar de derecho fundamental a contribuir con arreglo a la capacidad económica en el seno de la UE. Pese a los avances logrados por el TJUE, parece que todavía hay un largo recorrido por delante.

Es cierto que el principio de capacidad económica se reconoce y se integra en la estructura del sistema tributario de los Estados miembros,

---

[67] Este escenario se asemeja, en cierta medida, a la situación contemplada en la STJUE de 5 de julio de 2005, D, C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424, que se refiere al impuesto sobre el patrimonio. En este caso, el 90 por 100 del patrimonio de un contribuyente estaba situado en el Estado miembro de residencia, mientras que los restantes 10 por 100 estaban situados en otro Estado miembro. El contribuyente solicitó que se aplicase en ese otro Estado miembro la fracción exenta para el cálculo del impuesto, un beneficio que únicamente estaba previsto para los residentes en ese otro Estado miembro. Según el contribuyente, el hecho de que el Estado miembro de residencia no establecía un impuesto sobre el patrimonio implicaba que, a este efecto, su situación personal y familiar no se tomara en consideración en ningún lado, ni en su Estado de residencia ni en el otro Estado miembro. Sin embargo, el TJUE concluyó que el otro Estado miembro no estaba obligado a concederle el beneficio que concede a sus propios residentes, ya que su situación no era comparable. Por otra parte, las diferencias entre los beneficios fiscales relacionados con la situación personal y familiar previstos en cada Estado miembro también pueden resultar en disparidades, como se puede observar en la STJUE de 14 de septiembre de 1999, Gschwind, C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409.

pero también es cierto que el Derecho de la UE no consagra expresamente el principio de capacidad económica y no impone que los Estados miembros lo observen. Como hemos estudiado, en el ámbito de la UE, no existe una obligación de que los Estados miembros graven a los contribuyentes por su renta neta, lo que es una consecuencia lógica del mantenimiento de la soberanía fiscal estatal.

No obstante, el TJUE protagoniza la defensa del derecho a contribuir según la capacidad económica, al promover la tributación por la renta neta en el contexto transfronterizo. Para tal efecto, el Tribunal se sirve de las disposiciones generales de los Tratados de la UE concebidas para proteger y asegurar la libre circulación en el seno del mercado interior e, incluso, transmuta la prohibición de discriminaciones y de restricciones para llegar más lejos en la protección del derecho a contribuir según la capacidad económica, en cuanto expresión de la dignidad humana.

Sin embargo, la defensa de la capacidad económica a través de normas pensadas para la protección de libertades económicas tiene necesariamente importantes limitaciones, no evitando las disparidades. La cabal protección del derecho a contribuir según la capacidad económica requiere su anclaje directo en el ordenamiento jurídico de la UE, y en particular en los valores de la dignidad humana, la igualdad y la solidaridad en el que se basa el proyecto europeo.

En definitiva, este enfoque permitiría asegurar la vinculación plena de todos los Estados miembros al ejercicio de su potestad tributaria en observancia de la capacidad económica de los contribuyentes, tanto en situaciones puramente domésticas como transfronterizas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Amatucci, A. (2016). «Foundation of the contemporary ability–to–pay principle in taxation in the thought of Saint Thomas Aquinas», en Jochum, H. *et al.* (eds.), *Practical Problems in European and International Tax Law*, IBFD: 1–16.

Bammens, N. (2020). «Free movement of citizens and family taxation», en Panayi, C. *et al.* (eds.), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar: 163–177.

Berliri, L. V. (1986). *El impuesto justo*, Instituto de Estudios Fiscales.

Bizioli, G. y Reimer, E. (2020). «Equality, ability to pay and neutrality», en Panayi, C. *et al.* (eds.), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar: 51–74.

Casalta Nabais, J. (1998). *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina.

Cerioni, L. (2017). «Case note: X v Staatssecretaris van Financiën: A step forward in a proper application of the ability–to–pay principle in cross–border situations?», en *British Tax Review*, 2: 162–171.

Cors Meya, F. X. (1986). «Las tasas en el marco de un sistema tributario justo. Civitas», en *Revista española de derecho financiero*, 51: 325–340.

Cortés Domínguez, M. (1965). «El principio de capacidad contributiva en el marco de la técnica jurídica», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 60: 975–1053.

Domínguez Crespo, C. (2010). «The "ability to pay" as a fundamental right: rethinking the foundations of tax law», en *Mexican Law Review*, 3(1): 49–65.

— (2012). *Incidencia y perspectivas del principio de capacidad económica en el Derecho tributario de la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales.

Englisch, J. (2014). «Ability to Pay», en Brokelind, C. (ed.), *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*, IBFD: 439–463.

García Berro, F. (2022). «Familia y capacidad económica en la regulación del IRPF: claves actuales para superar viejas deficiencias», en Cubero Truyo, A. *et al.* (eds.), *Adaptación de la normativa tributaria a las nuevas realidades familiares*, Tirant lo Blanch, 49–95.

García Prats, A. (2003). «La jurisprudencia del TJUE y el artículo 33 de la Ley del Impuesto de la Renta de no Residentes (De la asunción del principio de capacidad económica como principio del ordenamiento comunitario)», *Revista española de derecho financiero*, 117: 61–113.

— (2013). «Revisiting "Schumacker": Source, Residence and Citizenship in the ECJ Case–law on Direct Taxation», en Richelle, I. *et al.* (eds.), *Allocating Taxing Powers within the European Union*, Springer: 1–42.

— (2015). «Subjective Ability to Pay: Schumacker», en Haslehner, W. *et al.* (eds.), *Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation*, Kluwer Law International: 21–40.

— (2018). «El "prorrateo" de las ventajas fiscales personales y familiares, según el TJUE», *Quincena Fiscal*, 1–2: 103–152.

Giardina, E. (1961). *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Giuffrè.

Herrera Molina, P. (1998). *Capacidad económica y sistema fiscal: análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*, Marcial Pons.

Herrera Molina, P. y García–Herrera Blanco, C. (2004). «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? (Reflexiones ante la Jurisprudencia Comunitaria sobre las Cláusulas Antiabuso y la reacción del legislador español)», *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 251: 47–76.

Lang, J. (2009). «Steuergerechtigkeit und Globalisierung», en Spindler, W. *et al.* (eds.), *Steuerzentrierte Rechtsberatung*, Verlag Dr. Otto Schmidt.

Lang, J. y Englisch, J. (2012). «A European Legal Tax Order Based on Ability to Pay», en Amatucci, A. (eds.), International Tax Law, Kluwer Law International: 261–339.

Manzoni, I. (1965). *Il Principio della capacità contributiva nell'ordinamento constituzionale italiano*, Giappichelli.

Martín Delgado, J. M. (1979). «Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978», *Hacienda Pública Española*, 60: 61–93.

Martínez Sánchez, C. (2014). *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*, Marcial Pons.

Moschetti, F. (1980). *El principio de capacidad contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales.

Niesten, H. (2015). «Growing Impetus for Harmonization of Personal and Family Allowances: Current State of Affairs of the Schumaker–Doctrine after Imfeld and Garcet», *EC Tax Review*, 24(4): 185–201.
Palao Taboada, C. (1976). «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, vol. II. Tecnos: 374–426.
— (2005). «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista española de derecho financiero*, 124: 767–783.
— (2018). *Capacidad contributiva, no confiscatoriedad y otros estudios de Derecho constitucional tributario*, Thomson Reuters Aranzadi.
Peeters, B. (2014). «Mobility of EU Citizens and Family Taxation: A Hard to Reconcile Combination», *EC Tax Review*, 23(3): 118–120.
Rodríguez Bereijo, A. (2021). «El principio de capacidad económica en una encrucijada: (la problemática interpretación jurisprudencial del art. 31.1 de la Constitución en el impuesto sobre plusvalías inmobiliarias)», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 25(1): 87–116.
Sáinz de Bujanda, F. (1963a). «Reflexiones sobre un sistema de derecho tributario español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 7(16/17): 7–199.
— (1963b). *Hacienda y Derecho*, vol. 3, Instituto de Estudios Políticos.
Tipke, K. (2002). *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, Marcial Pons.
Tipke, K. y Lang, J. (2010). *Steuerrecht*, 20.ª edición, Verlag Dr. Otto Schmidt.
Tipke, K. y Yamashita, D. (2002). *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*, Malheiros.
Traversa, E. (2015). «Objective Ability to Pay: The Gerritse Case», en Haslehner, W. *et al.* (eds.), *Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation*, Kluwer Law International: 1–20.
Van Raad, K. (2010). «Non–Residents – Personal Allowances, Deduction of Personal Expenses and Tax Rates», *World Tax Journal*, 2(2): 154–161.
Vanistendael, F. (2010). «Is Fiscal Justice Progressing?», *Bulletin for International Taxation*, 64(10): 526–540.
— (2014). «Ability to Pay in European Community Law», *EC Tax Review*, 23(3): 121–134.
Vasques, S. (2008). *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina.

# ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CONSEJO DE EUROPA Y EN LA UNIÓN EUROPEA: SINERGIAS Y DIVERGENCIAS

Salvador Martínez Rompeltien

## 1. PLANTEAMIENTO INICIAL

Las siguientes líneas tienen como objetivo realizar un análisis comparativo del Derecho de propiedad en el Consejo de Europa y en la UE.

Lo que se persigue es estudiar la evolución y alcance del Derecho de propiedad en las dos vías existentes en Europa hacia una integración, la del Consejo de Europa y la de la UE.

Para ello, se estudia del Derecho de propiedad mediante el artículo primero del Protocolo adicional del CEDH y se expone un ejemplo muy didáctico de cómo el TEDH puede convertirse en la última garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, también mediante la invocación del Derecho de propiedad.

Posteriormente, nos ocuparemos de la evolución del Derecho de propiedad en lo que hoy en día es la UE, destacando su origen pretoriano hasta el momento actual, con su pleno reconocimiento en la CDFUE.

Si en algo coinciden ambas formas de integración, que como sabemos parten de premisas u ópticas distintas (las Comunidades Europeas incidieron en su origen en la integración económica para crear lazos entre los pueblos europeos, y el Consejo de Europa en la importancia de la salvaguarda de los ideales democráticos y derechos humanos y

libertades fundamentales), es en la crucial labor pretoriana llevada a cabo desde el ámbito judicial para trascender a los límites de los tratados y el convenio, llegando mucho más lejos de lo que los Estados inicialmente estarían dispuestos a asumir, gracias a una labor de construcción del Derecho que, haciendo uso de la terminología anglosajona, bien podríamos considerar predominantemente judge–made law.

Tras ello, se analizan interrelaciones que han existido entre ambos sistemas, sus semejanzas y divergencias.

## 2. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CONSEJO DE EUROPA

### 2.1. Consideraciones generales

El CEDH no incluyó al Derecho de propiedad entre los garantizados. No obstante, como es de sobra conocido, dicha inicial omisión fue subsanada al poco tiempo. Apenas dos años después (recordemos que el CEDH es de fecha 4 de noviembre de 1950), concretamente el 20 de marzo de 1952, por medio del Protocolo Adicional al CEDH, en su art. 1, se procedió a reconocer al Derecho de propiedad con el siguiente tenor literal:

> Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional.
>
> Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

Uno de los aspectos que más llama la atención al aproximarse a la redacción del art. 1 del Protocolo Adicional es la referencia que se hace a la protección de los bienes y la diferencia que ello pueda acarrear con el concepto tradicional o que en el ámbito interno pueda llegar a tener con la propiedad.

El texto del art. 1 del Protocolo Adicional no hace mención expresa al Derecho de propiedad. La única alusión al Derecho de propiedad se contiene en el título del artículo. Lo cual, a primera vista podía hacer presagiar que la garantía se quedara en algo similar al art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, esto es, un reconocimiento de un derecho sin apenas garantías de facto, ha tenido otro desenlace

bien distinto. Lo que dice el artículo es: «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes».

Ello ha supuesto una ampliación del espectro de protección quizás no valorado en su justa medida por las Altas Partes Contratantes al suscribir el Protocolo Adicional.

Otro aspecto a tener en cuenta en el carácter evolutivo de la jurisprudencia del TEDH es la armonización que supone su propia aplicación. En ello, tiene cierta analogía con lo que sucede en la Unión Europea.

De todas formas, no debemos perder de vista que, en el ámbito del Consejo de Europa, por contraste con la UE, las bases de adhesión son muy diversas. La pretendida integración por medio de los derechos no persigue, aunque de facto en muchos aspectos por la vis expansiva de los derechos fundamentales se aboca a ello, una armonización legislativa o aproximación de mínimos.

Es más, el CEDH no impone una única respuesta a los problemas. No se trata, como en el supuesto de las Directivas europeas, de una obligación de resultado para lograr un fin. El sistema de protección de derechos del Consejo de Europa tiene otra dinámica. Dada la diversa composición de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, con realidades muy distintas, el TEDH dentro de su control de mínimos, se configura como un sistema flexible en constante evolución. Por ello, el margen de apreciación estatal es clave para comprender el funcionamiento del TEDH.

Por último, debe destacarse que el proceder del TEDH adolece de altas dosis de casuismo, lo que hace complejo cierta labor predictiva de sus fallos. Pero a su vez, en defensa del TEDH, hemos de decir que su proceder en cuanto al razonamiento y explicitación de la ratio decidendi de sus sentencias goza de gran calidad técnico–jurídica.

### 2.2. Las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea: El caso *Dangeville c. Francia*

Como ejemplo de la aplicación del Derecho comunitario por parte del TEDH, para proteger el Derecho de propiedad, resulta de gran utilidad detenerse en el caso *Dangeville c. Francia*, con sentencia de la Sala Segunda, de 16 de abril de 2002.

Lo particular de esta sentencia es que pone de manifiesto, de forma evidente, toda la problemática del incumplimiento por parte de los Estados de obligaciones de Derecho comunitario, con efectos para los particulares, como es el caso de la falta de transposición de las directi-

vas europeas. Resulta además destacable ver el análisis que se realiza del Derecho comunitario para la resolución posterior del caso.

Por otro lado, el caso también aborda, de forma acertada a mi parecer, el escollo insalvable que supone para el particular una aplicación excesivamente rígida y formalista de los cauces a su disposición, para hacer valer sus derechos e intereses.

Aquí resulta de gran utilidad tener presente la jurisprudencia reseñada en el §33 de la sentencia, al hacer referencia a que el derecho que corresponda ejercer sobre la base del Derecho comunitario de un particular deba respetar el marco preestablecido, de acuerdo con las formas y requisitos internos. No obstante, ello no puede suponer, tal y como sucede en el caso presente, que su ejercicio sea extremadamente difícil de llevar a cabo en la práctica.

Una vez comentadas las claves o ejes principales sobre los que versa el asunto, interesa detenerse brevemente en el supuesto fáctico, a los efectos de una correcta comprensión del asunto.

El caso versa sobre la queja de una mercantil que se dedica al ámbito profesional de los seguros. Dicha mercantil alega que el Estado francés no ha implementado en tiempo y forma una Directiva europea que declaraba exentas del pago del IVA a operaciones de seguro y reaseguro. Ello le supuso verse obligada a tributar el IVA durante medio año, a pesar de que se encontraba exenta con base en Derecho comunitario. Aquí es preciso puntualizar que la infracción que se le imputa al Estado es la omisión de la adaptación de su legislación interna a la normativa comunitaria. Para hacer algo más complejo el supuesto fáctico, hay que tener en cuenta que se dictó a posteriori una nueva Directiva sin carácter retroactivo que ampliaba seis meses más la vacatio legis para implementar la Directiva inicial, que establecía la exención del pago del IVA a la actividad de los seguros.

Sobre la base de lo preceptuado en la Directiva comunitaria comentada, la mercantil reclamó el reingreso de los tributos abonados en concepto de IVA por indebidos, sin que, en el ámbito interno, independientemente de una estimación parcial de sus pedimentos en una instancia intermedia, fueran estimados.

Por último, en cuanto a los hechos en sí, debe destacarse que la propia Administración, mediante una circular, dictada varios años después, pero todavía cuando el asunto estaba pendiente de resolución definitiva en la vía interna, estableció dejar sin efecto las reclamaciones pendientes. En ellas se exigía el IVA no abonado en el periodo de seis meses en que debió transponerse la directiva y la nueva directiva que ampliaba la vacatio legis de la transposición de la norma, aunque ya se hubiera requerido su cobro.

Ello dio lugar a un trato diferenciado ante situaciones análogas. Cuestiones de índole procesal interna y un mal entendimiento del principio de seguridad jurídica, supusieron que se desestimara en última instancia la reclamación de la mercantil, a pesar de que, en un caso completamente idéntico, sí se estimó una pretensión de la misma entidad.

Para el enjuiciamiento del caso, como ya advertíamos al comienzo de nuestro análisis, es muy didáctico el enfoque que se realiza del Derecho de la Unión Europea y la relación de primacía que goza sobre el Derecho interno. Aspecto que, por otra parte, es decisivo para el presente asunto. Particular importancia tiene, en este sentido, la jurisprudencia del antiguo TJCE en los asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, *Erich Dillenkorfer y otros v. Bundesrepublik Deutschland* [1996] ECR I–4845, para constatar que el incumplimiento de una obligación de Derecho comunitario, en este caso la no transposición de una directiva, supone un incumplimiento grave que si genera un perjuicio al particular genera un derecho a ser indemnizado.

Ya entrando de lleno en el análisis del caso ante el TEDH, lo primero que tenemos que dirimir es si estamos o no ante un bien, en el sentido del art. 1 del Protocolo Adicional.

En el §44 se da buena cuenta del planteamiento que hace la parte demandante de esta cuestión, alegando que es titular de un crédito cierto y exigible. Dicho crédito se deriva de la obligación realizada de un tributo ilegal, en el sentido de contravenir normativa comunitaria del IVA de la que se encontraba exenta. Por todo ello, su pretensión entraba dentro de la noción de expectativa legítima, con acuerdo al TEDH. Asimismo, la demandante sustenta su pretensión en la ya comentada circular, que apoya en cuanto al fondo su queja, con respecto a la inexigibilidad del IVA en aquellos casos en que se encuentren requeridos y que todavía no se ha devengado su pago.

Especialmente relevante es el §47, con respecto a lo ya dicho acerca del respeto de los medios preestablecidos en el ámbito interno para hacer valer los derechos y su límite en cuanto a una aplicación excesivamente formalista de los mismos que los pueda dejar virtualmente sin efecto. Es reseñable que el TEDH contestara de forma contundente al planteamiento por parte del Gobierno sobre la regla de la «distinción de los medios de impugnación». Para ello, destaca que la demandante, desde que activó la primera reclamación en el ámbito interno, ha mantenido los mismos argumentos como fundamento a su pretensión, esto es, una norma de Derecho comunitario clara, precisa y directamente aplicable. Es por ello, que cuestiones de índole meramente formal, como la regla de «distinción de los medios de impugnación» no es causa suficiente para dejar sin efecto un derecho sustantivo como en el caso presente. Para ello, el TEDH recurre también a su habitual expre-

sión de que el CEDH es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales.

En cuanto a la existencia de la interferencia y la regla aplicable al caso, la argumentación del TEDH también reviste interés. Especialmente llamativo resulta el razonamiento del TEDH para encuadrar el caso sobre la base de la primera regla. No sin haber explicitado antes que la interferencia se podría asimilar perfectamente con una expropiación de bienes. Sin embargo, el TEDH deja claro que lo común o natural, en este tipo de asuntos que entran dentro del ámbito tributario, sería examinar el caso desde el punto de vista de la reglamentación del uso de los bienes.

Como se puede apreciar, el TEDH utiliza el resquicio de la primera regla de carácter sustancial, dadas las connotaciones del caso particular, que encaja más dentro de un supuesto de despojo o expropiación, pero por su naturaleza tributaria no casa bien con dicho enfoque. Por ello, el TEDH opta por la primera regla, no sin antes defender el carácter sistemático del art. 1 del Protocolo Adicional en su conjunto.

Siguiendo el iter expositivo del TEDH, a los efectos de ponderar los argumentos esgrimidos por parte del Gobierno para defender la injerencia y el interés general, lo esencial del caso son dos aspectos. En primer lugar, la injerencia no se produce por un acto en sí, sino por una omisión legislativa. Y lo que no procede es cargar al demandante con las consecuencias de la propia negligencia estatal para con las obligaciones de Derecho de la Unión Europea y dificultar por cuestiones formales el ejercicio del Derecho.

El segundo aspecto es la ausencia de recurso efectivo en manos de la denunciante. Ciertamente, era complicado para el particular acertar que cauce era idóneo procesalmente para hacer valer su derecho. De ahí que no pueda justificarse en que el ejercicio de un recurso especial, que es desestimado, impide a posteriori, con base en el criterio de cosa juzgada, activar un cauce general tras la ya comentada circular.

El TEDH deja suficientemente claro que la demandante ha argumentado en la vía interna el derecho sustantivo con base en una norma clara, concisa y directamente efectiva. De ahí que sea de gran utilidad para situaciones análogas de falta de adaptación de normativa de Derecho de la Unión Europea, recurrir a lo dicho en el §57. Aquí se indica que no se pueden oponer al particular las dificultades procesales para hacer valer un derecho en el ámbito interno, en aras de una protección de una adecuada administración de la justicia, en su vertiente de la defensa de la cosa juzgada, cuando los cauces para la defensa de la pretensión carecen de la previsibilidad adecuada. Lo contrario, como es obvio, es vaciar de contenido material a los derechos por cuestiones de índole procesal.

Para el TEDH, aunque en este caso no se indica expresamente, el carácter de la calidad de las normas procesales en el ámbito interno,

en el sentido amplio del término, abarcando la interpretación de estas, es decisivo. En este caso se ha aplicado de forma excesivamente rígida el ámbito procedimental para hacer valer un derecho sustantivo fuera de discusión, cuando no existía una práctica pacifica con respecto al mecanismo procesal preestablecido con un mínimo de certeza para hacerlo valer.

Como cierre a este análisis de esta sentencia, interesa destacar como, indirectamente, a través del recurso al TEDH se pueden hacer valer derechos amparados en la normativa de la Unión Europea.

Esto es una muestra de la utilidad del TEDH, también como órgano de defensa del Derecho de la Unión Europea. Todo ello sin perjuicio de que el TEDH haya desempeñado un papel destacable en cuanto a la propia integración europea y está destinado a desempeñar un papel de fiscalizar de dicho proceso, no solamente como hasta ahora, de forma indirecta, sino directamente.

Aunque ello no será posible hasta que se superen los escollos que impiden cumplir el mandato claro de adhesión al CEDH por parte de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa.

## 3. EL CARÁCTER GLOBAL DE LOS DERECHOS: LA INTERRELACIÓN ENTRE EL TEDH Y EL TJUE.

A nadie se le escapa que el fenómeno de la globalización, de la misma forma que en los distintos ámbitos de la vida, también ha tenido, tiene y tendrá una importancia cada vez mayor en el ámbito del Derecho.

En el caso del TEDH, tanto en cuanto al conjunto de derechos y libertades que ampara, como en el caso del Derecho de propiedad, es muy común el recurso al «estado de la cuestión» en los diferentes ordenamientos de los Estados parte en el Convenio.

Un avance en parte de los Estados miembros respecto a situaciones nuevas objeto de garantía puede suponer, y de facto así es, un avance por arrastre al resto de Estados miembros, por obra de la jurisprudencia del TEDH. Lo cual constata que estamos ante un instrumento vivo.

Asimismo, por el contrario, que no exista una tendencia pacífica en cuanto al estado de la cuestión, puede suponer, y más en un derecho como el de propiedad, que el margen de apreciación de los Estados sea mayor y la protección del derecho más endeble.

El caso del TJUE es algo distinto. Aunque todavía no se ha podido dar cumplimiento al mandato del art. 6.2 TUE de adhesión de la Unión

Europea al CEDH[1], lo cierto es que el control del Derecho comunitario por parte del TEDH es una realidad innegable. Dado que el Derecho comunitario es, asimismo, Derecho interno de los Estados miembros, y el juez nacional es también juez de la Unión Europea, al tener que aplicarlo e interpretarlo, no podemos hablar estricto sensu del TJUE como un órgano *ad extra* del sistema de protección de derechos del Consejo de Europa[2].

El conocimiento y, en su caso, argumentación razonada de la jurisprudencia emanada de ambos tribunales constituye un elemento más a tener en cuenta, para poder hacer decantar la balanza a nuestro favor en la resolución de un asunto en concreto o colmar lagunas existentes en su jurisprudencia respectiva.

También, desde un punto de vista más doctrinal, los cambios o giros jurisprudenciales que se puedan manifestar en estos Tribunales pueden servir de preludio de un cambio previsible en la otra instancia judicial. De ahí que jurídicamente será siempre un recurso a tener en cuenta lo que sucede en otros tribunales con funciones análogas.

### 3.1. La protección del derecho a la propiedad privada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Como es sobradamente conocido, antes de la existencia y posterior entrada en vigor con el Tratado de Lisboa de la CDFUE, el TJCE, actual TJUE, había jugado un papel decisivo en cuando al reconocimiento y defensa de los derechos a través de una encomiable labor pretoriana[3].

---

[1] Art. 6.2 TUE: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

[2] Para profundizar sobre el rol histórico del TEDH y el papel que le corresponde desempeñar en el proceso integrador europeo veáse Martínez (2022: 239). «El TEDH ha tenido ocasión, con motivo de la crisis de la deuda soberana, por la injerencia en el Derecho de propiedad como garante de los derechos sociales de los ciudadanos, de controlar, ciertamente de forma tenue, reconozcámoslo, las medidas anticrisis impuestas por la Troika».

Lo correcto, en un futuro, aparte de seguir asumiendo el TEDH un papel clave en materia de equiparación de estándares en materia de derechos, posibilitando que desde el punto de vista de las exigencias en materia de derechos más Estados estén en condiciones de formar parte de la Unión Europea, es que se asuma una función directa de control de la propia Unión Europea».

[3] Diez–Picazo (2021: 167): «La historia de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea es harto conocida, por lo que basta mencionar sus hitos más destacados. Aunque desde sus orígenes las Comunidades europeas, como entonces se llamaban, se han inspirado en los postulados inherentes a la idea de Estado de Derecho, los Tratados constitutivos de aquellas no recogían catálogo alguno de derechos fundamentales, ni hacían referencia a la sujeción de las instituciones y agentes comunitarios a los mismos. Solo cabía hallar algún atisbo de la idea de derechos fundamentales en preceptos aislados, como el principio de igual salario a igual trabajo independientemente del sexo del trabajador. La omisión de un catálogo de derechos fundamentales probablemente se explica por el hecho de que las Comunidades eran

Ello, en no pocas ocasiones, supuso ir mucho más allá de los Tratados, en un marco de competencias limitadas por el principio de atribución.

En el caso específico que ahora nos interesa, esto es, el Derecho de propiedad, son destacables dos ideas principales. En primer término, debemos partir de que el proceso integrador europeo que surgió de las originarias Comunidades Europeas, aunque desde sus inicios siempre tuvo en mente una unión política, partió desde postulados eminentemente económicos. Simplificando mucho, bien podríamos decir que se trataba de sentar las bases para la creación de un verdadero mercado común[4].

Sin embargo, y a pesar de la importancia que tiene el estatuto de la propiedad privada o, incluso, desde una visión más integradora y acorde con la realidad económica del sistema, la propia constitución económica del sistema comunitario, los tratados no le prestaron la debida atención.

Este olvido fue plenamente consciente. Lo que pasa es que, siguiendo la lógica de uno de los padres fundadores, Jean Monnet, la integración se basaba ir dando pequeños pasos, sobre la base de la creación de lazos económicos que unieran a los pueblos de Europa, dejando el resto de cuestiones para un momento posterior. Y, en la década de los cincuenta del siglo pasado, el estatuto de la propiedad privada era, eminentemente, una cuestión muy unida al núcleo duro de la soberanía nacional.

Posiblemente, ello explique que el Derecho de propiedad privada únicamente tuvo un tratamiento meramente tangencial en los arts. 30[5]

---

vistas, en el momento fundacional, como un instrumento de integración predominantemente económica y, por consiguiente, lejano del tipo de actividades públicas más proclives a la vulneración de derechos fundamentales(policía, justicia penal, etc.); y ello por no mencionar que las competencias entonces transferidas a las Comunidades Europeas no tenían la extensión ni la intensidad que habrían de alcanzar más tarde, por lo que la necesidad de dotar de protección adecuada a los derechos fundamentales frente a la acción comunitaria no era percibida como una necesidad perentoria».

[4] Alonso García (2007: 247): «El ordenamiento jurídico comunitario careció durante casi cincuenta años de un catálogo normativo de derechos fundamentales. Entre las teorías sugeridas para explicar tal ausencia desde sus mismos orígenes, se ha sostenido que el hecho de que el Tratado CEE siguiera cronológicamente a dos intentos fallidos de profundizar globalmente en la integración europea (la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea) tras el éxito de naturaleza sectorial que había supuesto la CECA, pudo inducir a los constituyentes de la CEE a centrar su atención exclusivamente en aspectos económicos y técnicos. También se ha señalado que un listado de derechos del ciudadano comunitario podía haberse convertido en una invitación a la Comunidad para extender sus competencias en detrimento del ámbito competencial de los Estados miembros, con el solo límite del respeto de tales derechos. Y, en fin, que sencillamente no estuvo en la mente de los Estados fundadores una incidencia del ordenamiento comunitario en la vida jurídica de los ciudadanos de tal intensidad que pudiera llegar a plantear la necesidad de definir esferas de estos inviolables para los poderes públicos europeos».

[5] Actualmente dicho artículo se corresponde con el art. 36 TFUE: «Las disposiciones de los arts. 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, pro-

y 295[6] del inicial Tratado de la Comunidad Europea. Se pretendía más bien de excluir del ámbito de actuación de las Comunidades Europeas, actualmente la Unión Europea, ya no solamente un estándar mínimo en cuanto a la propiedad privada, sino más bien como contracautela hacia posibles limitaciones en cuanto a políticas de intervención en la sociedad de los respectivos Estados miembros.

Sin embargo, las políticas desarrolladas por las Comunidades para sentar las bases y crear un mercado común, la política agrícola común y demás intervenciones con base en la normativa comunitaria tenían como destinatarios a ciudadanos de la Unión que se veían afectados por las implicaciones o injerencias que se generarían en sus medios de producción, esto es sus bienes. Lo cual, como es obvio, tenía como repercusión afectar a su propio derecho de propiedad o intereses económicos[7].

Habría que esperar al año 1992, con la instauración del Tratado de la Unión Europea, para formalizar al más alto nivel, esto es, con referencia en los Tratados o Derecho originario, la protección de los derechos. Como sabemos, ello se llevó ca cabo con la instauración del mandato, vía art. 6.2, de que «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». Sin embargo, lo cierto es que el TJCE ya había sentado las bases de dicha protección jurisprudencialmente mucho antes.

En nuestro caso, es importante tener en cuenta que la primera vez que se plantea en sede judicial comunitaria la posible conculcación del

---

tección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

[6] Actualmente dicho artículo se corresponde con el art. 345 TFUE: «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

[7] Utrilla (2011: 98): «El Derecho de propiedad no solo carecía de reconocimiento expreso en el Derecho comunitario originario, sino que además la configuración de su régimen jurídico parecía quedar prima facie excluida del ámbito competencial de la Unión Europea en virtud del citado 295 TCE […]. Este, al disponer que el Tratado no prejuzgaría en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros, parecía negar toda la competencia a las Instituciones comunitarias en el ámbito reseñado, reservando a las normativas nacionales el diseño de sus regímenes de propiedad privada».

Este contexto normativo contrastaba con la realidad de una constante e intensa intervención pública de las instancias comunitarias sobre los ciudadanos miembros. Y ello particularmente a través del amplio repertorio de políticas y de medidas potencialmente lesivas de los derechos individuales de propiedad que el Derecho comunitario instrumenta con vistas a la consecución del mercado único y de la unión económica y monetaria».

Derecho de propiedad es a raíz del caso *Hauer*[8], con sentencia de 13 de diciembre de 1979[9].

En la referida sentencia, en los considerandos del 17 al 30, se aborda «la cuestión del Derecho de propiedad». Veamos con detenimiento los argumentos básicos que se fijan en este primer pronunciamiento.

El primer aspecto que destacar es el recurso a lo que se ha venido en denominar tradiciones constitucionales comunes y su vinculación con el CEDH[10].Ya en el considerando 19[11] se aborda el análisis de los dos tipos de injerencias (el TJCE habla de ataques) que afectan al Derecho de propiedad, consistentes en la privación o restricción (el TEDH utiliza el término regulación) de la misma. Lo decisivo es el reconocimiento explícito por parte del Tribunal de que la restricción impuesta desde el ámbito comunitario de nuevas plantaciones, enmarcada dentro de las políticas de la PAC. Ello, aun no siendo una privación del derecho, dado que se puede disponer del bien y aprovecharlo para los usos no prohibidos, sí supone una restricción en los términos del segundo párrafo del art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH.

Una vez seleccionada la regla aplicable del art. 1 del Protocolo Adicional, de modo análogo al proceder del TEDH, el Tribunal se detiene a realizar un análisis comparativo de las facultades de la regulación de la propiedad en el ámbito constitucional de los Estados miembros. Y llega a la conclusión de que, en todos, se establece una regulación específica

---

[8] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61979CJ0044&from=ES* (Fecha visita 1 agosto 2023).

[9] Es un dato a tener en cuenta que uno de los casos más importantes del TEDH en materia del derecho a la propiedad privada, como es el caso Marckx c. Bélgica, se dicte sentencia en el mismo año. Lo cual es un indicio de la conexión entre el TJCE y el TEDH.

[10] Veáse Considerando 17: «El Derecho de propiedad está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario de conformidad con las concepciones comunes a las Constituciones de los Estados miembros, reflejadas igualmente en el Primer Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos».

[11] Veáse Considerando 19: «Después de haber afirmado el respeto a la propiedad, esta disposición contempla dos posibles formas de ataque a los derechos del propietario, según que el ataque tenga por objeto privar al propietario de su derecho o restringir el ejercicio de este. Es indiscutible que en el presente caso la prohibición de nuevas plantaciones no puede considerarse como un acto que lleve consigo la privación de la propiedad, dado que el propietario sigue siendo libre de disponer de su bien y destinarlo a cualesquiera otros usos no prohibidos. Por el contrario, no hay duda de que esta prohibición restringe el uso de la propiedad. El párrafo segundo del art. 1 del Protocolo contiene a este respecto una indicación importante al reconocer a los Estados el derecho a "poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general". Así, pues, el Protocolo admite en principio el carácter lícito de las restricciones impuestas al uso de la propiedad privada, limitando sin embargo dichas restricciones a la medida de lo que los Estados miembros juzguen "necesario" de acuerdo con el "interés general". Esta disposición no permite sin embargo, dar una respuesta suficientemente precisa a la cuestión suscitada por el *Verwaltungsgericht*».

de los distintos estatutos de propiedad, sobre la base de la función social que deben desempeñar en la vida económica y social del Estado[12].

Descendiendo más al caso concreto de la regulación vitivinícola, que es la que afecta al caso presente, también constata que todos los Estados establecen normas imperativas, no siempre del mismo grado o intensidad, sin que ello sea incompatible con el respeto debido a la propiedad[13]. Por ello, de modo análogo, si dicha regulación se lleva a cabo en el ámbito comunitario, ello tampoco debe afectar en principio al respeto debido del derecho[14].

Tras dichas afirmaciones, se entra a analizar, de modo similar al TEDH, si se cumplían con los requisitos que se exigen para la regulación de los bienes. Esto es, la finalidad social que ampara la restricción, la base jurídica que justifica dicha intervención[15] y aunque no se diga

---

[12] Veáse Considerando 20: «Para poder responder a esta cuestión, es preciso por tanto tener en cuenta las indicaciones resultantes de las normas y prácticas constitucionales de los nueve Estados miembros. A este respecto hay que señalar que esas normas y prácticas permiten al legislador reglamentar el uso de la propiedad privada en interés general. En este punto algunas Constituciones se refieren a las obligaciones inherentes a la propiedad (Ley Fundamental alemana, primera frase del párrafo segundo del art. 14), a su función social (Constitución italiana, párrafo segundo del art. 42), a la subordinación de su uso a las exigencias del bien común (Ley Fundamental alemana, segunda frase del párrafo segundo del art. 14 y Constitución irlandesa, art. 43.2.2o), o de la justicia social (Constitución irlandesa, art. 43.2.1o). En todos los Estados miembros, numerosas normas con rango de ley han dado expresión concreta a esta función social del Derecho de propiedad. Así, en todos los Estados miembros encontramos regímenes relativos a la economía agrícola y forestal, al régimen de aguas, a la protección del medio natural, a la ordenación territorial y al urbanismo, que imponen restricciones, a veces considerables, al uso de la propiedad de bienes raíces».

[13] Veáse Considerando 21: «Más concretamente, en todos los países vitícolas de la Comunidad existen disposiciones imperativas, aunque no siempre del mismo rigor, relativas a la plantación de vides, a la selección de variedades y a los métodos de cultivo. En ninguno de dichos países se considera que estas disposiciones sean incompatibles, en principio, con el respeto debido al Derecho de propiedad».

[14] Veáse Considerando 22: «Así pues, se puede afirmar, teniendo en cuenta las concepciones constitucionales comunes a los Estados miembros y las prácticas legislativas constantes, en los ámbitos más variados, que en principio no cabe plantear objeciones a que el Reglamento no 1162/76 limite las nuevas plantaciones de vides. Se trata de un tipo de restricción conocido cuya legitimidad está reconocida, bajo formas idénticas o análogas, en el ordenamiento constitucional de todos los Estados miembros».

[15] Es importante tener en cuenta la importancia del principio de atribución. Solamente se puede intervenir en aquellas cuestiones en las que se haya asumido la competencia. Veáse en este sentido la justificación de este aspecto de forma más específica en el considerando 24: «Las disposiciones del Reglamento no 1162/76 deben examinarse en el contexto de la organización común del mercado vitivinícola, estrechamente vinculada a la política estructural seguida por la Comunidad en este terreno. Estos objetivos aparecen en el Reglamento (CEE) no 816/70 del Consejo, de 28 de abril, que establece disposiciones complementarias en materia de organización común del mercado vitivinícola (DO L 99, p. 1) y constituye la base del Reglamento impugnado, así como en el Reglamento (CEE) no 337/79 del Consejo, de 5 de febrero, relativo a la organización común del mercado vitivinícola (DO L 54, p. 1; EE 03/15, p. 160), que codifica el conjunto de las disposiciones que regulan la organización común de mercados. El Título III de este Reglamento, relativo a las "normas sobre producción y control del desarrollo de las

expresamente, el justo equilibrio entre el interés general y el particular. El TJCE habla en concreto del principio de proporcionalidad. En palabras del Tribunal, se debe analizar «si las restricciones establecidas por la normativa que se discute responden efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y si no constituyen, en relación con el fin que se pretende alcanzar, una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, que vulneren la esencia misma del Derecho de propiedad[16]».

Ya en el resto de considerandos (del 25[17] al 28[18]) se entra de lleno en control de idoneidad de la normativa regulatoria, dejando claro que la misma pondera adecuadamente los intereses de los consumidores y los productores.

Finalmente, concluye en el Considerando 30 «que la restricción impuesta al ejercicio del Derecho de propiedad mediante la prohibición de nuevas plantaciones de vides, establecida para un período limitado

---

plantaciones", constituye actualmente el marco jurídico de la materia. Otro dato que permite reconocer la política comunitaria seguida en este terreno es la Resolución del Consejo, de 21 de abril de 1975, relativa a las nuevas orientaciones para equilibrar el mercado de vinos de mesa (DO C 90, p. 1)».

[16] Veáse Considerando 23: «Esta observación no agota sin embargo el problema planteado por el *Verwaltungsgericht*. Aunque no se pueda discutir, en principio, la posibilidad de que la Comunidad restrinja el ejercicio del Derecho de propiedad en el marco de una organización común de mercados y atendiendo a finalidades de política estructural, debe también analizarse si las restricciones establecidas por la normativa que se discute responden efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y si no constituyen, en relación con el fin que se pretende alcanzar, una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, que vulneren la esencia misma del Derecho de propiedad. Ello es, de hecho, lo que alega la demandante en el litigio principal, que estima que sólo las exigencias de una política de calidad pueden permitir al legislador restringir el ejercicio de la propiedad vitícola, de manera que la demandada es titular, según ella, de un derecho intangible desde el momento en que se ha reconocido que su terreno es apto para el cultivo de la vid. Conviene pues examinar cuál es el objetivo del Reglamento impugnado y apreciar si existe una relación razonable entre las medidas establecidas por el Reglamento y el objetivo perseguido en el presente caso por la Comunidad.

[17] Veáse Considerando 25: «Según estas disposiciones, la política esbozada y parcialmente puesta en práctica por la Comunidad consiste en una organización común de mercados, vinculada a una mejora estructural del sector vitivinícola. Esta política pretende alcanzar, en el marco de las orientaciones del art. 39 del Tratado, un doble objetivo que es, por una parte, establecer un equilibrio duradero en el mercado vinícola a un nivel de precios equitativo para los productores y razonable para los consumidores y, por otra parte, lograr una mejora de la calidad de los vinos puestos a la venta. Para alcanzar este doble objetivo de equilibrio cuantitativo y de progreso cualitativo, la normativa comunitaria del mercado vitivinícola ha previsto un amplio abanico de intervenciones que se aplican tanto en la fase de producción como en la de comercialización del vino».

[18] Es importante destacar, desde el punto de vista de la propietaria afectada, que la prohibición de plantación tenía carácter temporal por una situación coyuntural de excedentes, tal y como se indica en el Considerando 28 «Para responder a esta doble preocupación el Consejo estableció, mediante el Reglamento no 1162/76, una prohibición general de nuevas plantaciones, sin hacer, salvo ciertas excepciones bien delimitadas, distinción alguna según la calidad de los terrenos. Hay que destacar que, dentro de su generalidad, la medida establecida por el Consejo tiene carácter temporal. Está destinada a remediar inmediatamente una situación coyuntural de excedentes, preparando al mismo tiempo medidas estructurales definitivas».

por el Reglamento núm. 1162/76, está justificada por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no vulnera la substancia del Derecho de propiedad tal como lo reconoce y garantiza el ordenamiento jurídico comunitario».

Es cierto que la invocación y tratamiento del Derecho de propiedad por parte del TJCE, actualmente TJUE no ha sido muy numerosa[19], sobre todo si la comparamos con el gran número de pronunciamientos del TEDH en materia del Derecho de propiedad privada[20]. Si bien ello tiene su explicación en las propias características del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y en el carácter limitado de su conocimiento al ámbito de sus propias competencias.

Ya ciñéndonos a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante CDFUE, bien podríamos decir que es la culminación, en parte, por la falta adhesión de la UE al CEDH, de un proyecto de integración europeo basado en las reglas básicas del Estado de Derecho. Lo cual exigía dotarse a su vez de su propio catálogo de derechos, como garantía al ejercicio cada vez mayor de competencias asumidas.

Como carta de derechos, al menos en nuestro entorno cultural, es el último texto en promulgarse y entrar en vigor. Lo cual reviste un interés para el conjunto de la comunidad jurídica, en el sentido de materializar o sedimentar determinados aspectos que ya se habían consolidado jurisprudencial y doctrinalmente en el ámbito del Derecho de la Unión Europea o el propio TEDH[21].

Desde esta perspectiva dinámica, en parte por la influencia de la propia terminología del TEDH, al entender el CEDH como un instrumento vivo que debe interpretarse de acuerdo con las circunstancias actuales, es la que nos interesa para enfocar el estudio del art. 17 de la Carta, que tiene por Título «Derecho de propiedad», con el siguiente literal:

---

[19] Con la excepción del ámbito de la propiedad intelectual e industrial, con un acervo normativo considerable por parte de la Unión Europea.

[20] Un dato a tener en cuenta es que, en su informe anual del año 2020, únicamente se hace referencia a jurisprudencia del Tribunal General, en el ámbito de la propiedad intelectual. Ver p. 305 y ss. del Informe anual 2020 de la actividad judicial, en *https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021–06/qd-ap-21-001-es-n.pdf* (Fecha visita 2 agosto 2023).

[21] Díez–Picazo (2021: 171): «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea huye de las usuales clasificaciones de los derechos, muy probablemente para evitar dar la impresión de que atribuye más peso a unos derechos que a otros…la Carta recoge todos los derechos que, por una vía u otra […], habían obtenido ya reconocimiento en el Derecho de la Unión europea; y recoge, asimismo, prácticamente todos los derechos declarados por el CEDH. Ello significa que la Carta no supone retroceso alguno en cuanto a la extensión de los derechos fundamentales ya protegidos en la Unión Europea. En segundo lugar, hay que destacar que la Carta incorpora nuevos derechos que están ausentes, al menos de manera explícita, del Convenio Europeo. Así, por ejemplo, el derecho a la protección de datos, la libertad de creación de medios de comunicación, ciertos principios en materia de bioética, etc. En tercer lugar, la Carta contiene un amplio listado de derechos sociales».

> «1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.
>
> 2. Se protege la propiedad intelectual»[22].

Aparte del artículo en sí, también reviste gran importancia la explicación al precepto «elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los arts. 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta»[23].

En lo que atañe a la «explicación relativa al art. 17», el documento indica lo siguiente:

> «Derecho a la propiedad. Este artículo corresponde al art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH, que dice lo siguiente:
>
> […]
>
> Se trata de un derecho fundamental común a todas las constituciones nacionales. Ha quedado consagrado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por vez primera, en la sentencia Hauer (de 13 de diciembre de 1979, Rec. 1979, p. 3727).
>
> La redacción se ha modernizado, si bien conforme al apartado 3 del art. 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último.
>
> Se hace una referencia explícita en el apartado 2 a la protección de la propiedad intelectual, que es uno de los aspectos del Derecho de propiedad, debido a su creciente importancia y al Derecho comunitario derivado. La propiedad intelectual abarca, además de la propiedad literaria y artística, en especial el Derecho de patentes y marcas y los Derechos conexos. Las garantías establecidas en el apartado 1 se aplican de manera adecuada a la propiedad intelectual».

---

[22] *https://curia.europa.eu/panorama/2020/es/judicial-activity.html#key-figures* (Fecha visita 10 marzo de 2022).

[23] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EL* (Fecha visita 5 diciembre 2021).

Aparte de ello, y teniendo en cuenta la importancia sistemática que se ha defendido a lo largo de este trabajo, llama la atención que se haya reconocido de forma separada, con carácter previo al Derecho de propiedad privada, a la libertad de empresa[24].

En cuanto a las diferencias o aspectos novedosos con respecto al artículo del Protocolo Adicional, resaltaría en primer lugar la mención expresa a la justa indemnización, introduciendo asimismo el factor temporal[25] como novedad más reseñable. Por el contrario, no se consideró necesario hacer referencia alguna al respecto de los principios generales de Derecho internacional.

En lo que atañe al resto de aspectos, apenas tienen relevancia práctica, como pueda ser la posible interpretación más restrictiva de utilidad pública, en comparación con el término más amplio de interés público.

Interesa recalcar que, como bien apunta el art. 52.3 CDFUE[26], la interpretación dada al Derecho de propiedad por parte del TEDH constituye un límite, en el sentido de suelo mínimo de protección. Lo cual no obsta que se pueda conceder u otorgar un nivel de protección mayor por parte del Derecho de la Unión Europea.

Este aspecto, que en la teoría resulta sencillo de comprender, en la práctica no lo es tanto. Aunque no han existido apenas divergencias entre la interpretación del Derecho de propiedad por parte del TJUE y el TEDH[27], lo cierto es que, por la complejidad del Derecho de propiedad en sí, ello es muy posible. Ambos tribunales pueden diferir en cuanto al grado de equilibrio que se establezca entre la tensión individual y social del Derecho, de forma individual o en conexión con otros derechos[28].

---

[24] Art. 16 CDFUE (Libertad de empresa): «Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.»

[25] Lo cual recuerda bastante a lo sucedido con relación al caso Sporrong y Lönnroth en cuando al perjuicio causado por el gran lapso en el cual la propiedad de los demandantes estuvo sometida a una amenaza de expropiación por parte de las autoridades.

[26] Art. 52.3 CDFUE: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

[27] Riccio (2018: 219): «No obstante la tendencia a privilegiar los intereses generales de la Unión Europea frente respeto a los derechos fundamentales, se puede decir que la tutela del Derecho de propiedad y la paralela libertad de iniciativa económica ha sido desarrollada por la jurisprudencia comunitaria en sentido sustancialmente conforme a aquella desarrollada por el TEDH».

[28] Ello ha acontecido en cuando al diferente prisma o punto de equilibro fijado entre la libertad de expresión y el derecho al honor por parte del Tribunal Constitucional y el TEDH.

### 3.2. La influencia mutua de ambos tribunales en el conflicto entre el derecho de propiedad y la lucha contra el terrorismo.

Ya para ir cerrando este análisis a la visión del Derecho de propiedad desde la óptica del Derecho de la Unión Europea, es ineludible hacer siquiera una referencia somera a dos sentencias: la primera de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2008, causa 402/05 y 415/05, asunto *Kadi*[29] y la segunda, la Gran Sala del TEDH, asunto *Nada c. Suiza*, de fecha 12 de septiembre de 2012. A través de estas sentencias se percibe el alcance e importancia que alcanza el Derecho de propiedad y las materias tan sensibles a las que puede afectar, como puede ser la lucha contra el terrorismo.

Estas dos sentencias bien podrían encuadrarse conjuntamente dentro del estudio que se ha realizado en cuanto a la vinculación del Derecho penal y el Derecho de propiedad.

Simplificando mucho, el caso *Kadi* aborda la asunción por parte de la Unión Europea de obligaciones impuestas en materia de lucha contra el terrorismo. En este caso, se trata de la congelación de fondos, acordada mediante Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, y el papel que debe desempeñar el sistema jurisdiccional de la propia Unión en cuanto al control y garantías, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, para con los propios afectados por el Derecho de la Unión Europea.

En este sentido, según se expone en el Considerando 20 de la sentencia de la Gran Sala la «Resolución 1333 (2000) dispuso que todos los Estados debían "congelar sin demora los fondos y otros activos financieros de Osama bin Laden y de las personas y entidades con él asociados indicados por el [Comité de Sanciones], incluidos los de la organización Al–Qaeda y los fondos dimanantes u obtenidos de bienes poseídos o controlados directa o indirectamente por Osama bin Laden y las personas y entidades con él asociados, y velar por que esos u otros fondos o recursos financieros no sean utilizados, directa o indirectamente, por sus nacionales o por personas que se hallen en su territorio en beneficio de Osama bin Laden, las personas asociadas con él o entidades poseídas o controladas directa o indirectamente por

[29] El caso dio lugar a tres sentencias. Las dos primeras sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005, Kadi/Consejo y Comisión (T-315/01, Rec. p. II–3649), y Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (T-306/01, Rec. p. II–3533). Al ser recurridas se dictó sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 3 de septiembre de 2008, 402/05 y 415/05, Kadi. Revocando las dos sentencias iníciales, *https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=c-402/05%20p&td=ALL* (Fecha visita 20 mayo 2023).

Osama bin Laden o personas o entidades con él asociadas, incluida la organización Al–Qaeda"».

También «en esta misma disposición, el Consejo de Seguridad encargó al Comité de Sanciones que mantuviera una lista actualizada, basada en información suministrada por los Estados y organizaciones regionales, de las personas y entidades que se hubiera indicado que estaban asociadas con Osama bin Laden, incluida la organización Al–Qaeda»[30].

Dado que para «aplicar esa Resolución era necesaria una acción de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó el 26 de febrero de 2001 la Posición común 2001/154/PESC, relativa a la adopción de medidas restrictivas adicionales contra los talibanes y por la que se modifica la Posición común 96/746/PESC (DO L 57, p. 1)»[31].

Aunque la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de gran controversia[32], no es menos cierto que en cuanto a la garantía del justiciable del control jurisdiccional del Derecho de la Unión Europea tiene un gran valor e importancia jurídica[33].

El hecho de revocar la pretendida «inmunidad» que consagraban las dos primeras sentencias con respecto a una norma de la Unión Europea, en cuanto que tiene su origen y razón de ser en una medida impuesta en el seno del Consejo de Seguridad de la ONU es francamente muy positiva. Ello evita crear más zonas oscuras o vetadas al control jurisdiccional dentro de la Unión Europea.

Desde el punto de vista del Derecho de propiedad, la lesión o quiebra de la proporcionalidad no radica tanto en el hecho, que bien podría justificarse por motivos de seguridad, dadas las terribles consecuencias del fenómeno del terrorismo, de que los bienes fueran incluidos en una lista sobre personas y entidades asociadas a Bin Laden. El problema radica en la imposibilidad de confrontar o hacer valer procesalmente, por alguna vía legal, la incorrección de dicha inclusión. Ello deriva o

---

[30] Veáse Considerando 21.

[31] Veáse Considerando 23.

[32] Ordóñez (2014: 204): «Los derechos fundamentales y su protección en la Unión Europea son esenciales en la comprensión del Derecho contemporáneo y la solución que ha venido elaborando con paciencia el Tribunal de Justicia y las adaptaciones constitucionales, en particular, la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión justificarían la elección de una sentencia particularmente polémica pero también valiente como la sentencia Kadi, dictada en un recurso de anulación donde el Tribunal de Justicia enmienda la posición del Tribunal de Primera Instancia, relativiza el marchamo de las Naciones Unidas y obliga a ser más escrupuloso con la protección de los derechos fundamentales de todas las personas».

[33] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CC0415&from=es* (Fecha visita 25 noviembre 2021).

vincula la injerencia al derecho a la propiedad privada hacia su vertiente de tutela judicial efectiva.

En las conclusiones generales del abogado general[34] se expone de forma muy clara esta problemática, destacando la importancia capital de la tutela judicial efectiva como elemento esencial de la propia sociedad democrática[35].

Asimismo, en el Considerando 53 se expone la clave de la futura sentencia anulatoria del referido reglamento. Aquí se destaca que la inclusión y mantenimiento en la referida lista carece de cualquier tipo de control jurisdiccional, lo cual lesiona el derecho del justiciable, al carecer de mecanismo efectivo alguno para hacer valer su derecho, pudiendo darse en potencia la situación de una inclusión o mantenimiento arbitrario o injustificado de bienes en dicha lista. Todo ello, sin que exista mecanismo procesal alguno para hacer frente a ello[36].

También resulta de gran interés ver como se abre la puerta a la inexistencia de un doble control judicial, esto es, la aplicación del principio de confianza mutua por parte de la propia Unión Europea si se dotara ante el Consejo de Seguridad un instrumento de garantía de control independiente. El problema es que al no existir dicho control o, por decirlo en otras palabras, al no existir el derecho a la tutela judicial efectiva en ese ámbito, la Unión Europea no puede renunciar a garantizar dicho derecho[37].

---

[34] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CC0415&from=es* (Fecha visita 25 noviembre 2021).

[35] Apartado 52: «El derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar preeminente en el universo de los derechos fundamentales. Si bien cabe admitir ciertas limitaciones de dicho derecho cuando existan otros intereses dignos de atención, en una sociedad democrática es inaceptable conculcar la esencia misma de ese derecho. Tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en la sentencia dictada en el asunto Klass y otros, "el Estado de Derecho implica, entre otras cosas, que la eventual interferencia del poder ejecutivo en los derechos de un individuo debe estar sujeta a un control efectivo que normalmente corresponde a los tribunales, al menos en última instancia, control judicial que proporciona las mayores garantías de independencia, imparcialidad y juicio justo"».

[36] Apartado 53: «La recurrente está incluida desde hace años en la lista del anexo I del Reglamento controvertido y, sin embargo, las instituciones comunitarias se niegan a darle la oportunidad de cuestionar los motivos de su continuada inclusión en la lista. En efecto, las mencionadas instituciones han formulado contra ella imputaciones extremadamente graves y, basándose en ellas, le han impuesto severas sanciones. A pesar de ello, se oponen rotundamente a la idea misma de que un tribunal independiente examine si tales imputaciones tienen fundamento y si las subsiguientes sanciones son razonables. A resultas de la mencionada oposición, existe una posibilidad real de que las sanciones impuestas a la recurrente en el marco de la Comunidad sean desproporcionadas —o incluso totalmente infundadas— y de que, a pesar de ello, sigan indefinidamente en vigor. El Tribunal de Justicia no tiene modo alguno de saber si así sucede en realidad, pero la mera existencia de tal posibilidad es anatema en una sociedad que se rige por el Estado de Derecho».

[37] Veáse apartado 54: «Si en el ámbito de las Naciones Unidas existiera un mecanismo genuino y efectivo de control por parte de un tribunal independiente, ello podría eximir a la Comunidad de la obligación de garantizar el control judicial de las medidas de ejecución que

Finalmente, en lo que atañe a la sentencia en sí, interesa destacar como conclusión, que, en su apartado 326, se deja claro que:

> «con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido».

Por último, y para cerrar el círculo de influencias mutuas entre el TJUE y el TEDH, es oportuno traer a colación el caso *Nada c. Suiza*, con sentencia de Gran Sala del TEDH, de fecha 12 de septiembre de 2012.

En primer lugar, podemos apreciar la recepción de la sentencia en los §83[38] a §87, al abordar como jurisprudencia internacional aplicable al «Asunto Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra el Consejo y la Comisión (Tribunal de Justicia de la Unión Europea)».

En el presente caso, aunque Suiza no ha ratificado el art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH, sí se ve amparado de forma indirecta su derecho a la protección de la propiedad por la condena a Suiza por vulnerar el art. 8 y el art. 13 CEDH.

---

se aplican en el marco del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, no existe en la actualidad ningún mecanismo de ese tipo. Tal como la propia Comisión y el propio Consejo han subrayado en sus informes, la decisión de suprimir o no el nombre de una persona de la lista de sanciones de las Naciones Unidas sigue correspondiendo a la más absoluta discrecionalidad del Comité de Sanciones —un órgano diplomático—. En tales circunstancias, es preciso afirmar que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva por medio de un tribunal independiente no está garantizado en el ámbito de las Naciones Unidas. En consecuencia, cuando las instituciones comunitarias aplican las Resoluciones del Consejo de Seguridad de que se trata, no están exentas de un adecuado control judicial en el marco del ordenamiento jurídico comunitario».

[38] Veáse §83: «El Asunto Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas (asuntos C-402/05 P y C-415/05 P; en adelante "la sentencia Kadi") trataba de la congelación de los activos de los demandantes de conformidad con los reglamentos de la Unión Europea, adoptados en relación con la aplicación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1267 (1999), 1333 (2000) y 1390 (2002), que entre otras cosas, exige a todos los Estados miembros de la ONU, adoptar medidas para congelar los fondos y demás recursos financieros de las personas y entidades identificadas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad, como asociadas con Osama Bin Laden, Al–Qaeda o con los talibanes. En este caso, los demandantes se encontraban dentro de esa categoría y por tanto, sus activos habían sido congelados -una medida que para ellos constituía una violación de su derecho fundamental al respeto de la propiedad, protegido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ("el Tratado de la CE"). Sostienen que la normativa del Tratado de la CE, había sido adoptada *ultra vires*».

Al analizar, en concreto el TEDH, la posible violación constatada del art. 13 CEDH, en el §212 se puede ver la importancia del recurso argumentativo a la jurisprudencia del TJUE.

El Tribunal se refiere además a la conclusión del TJCE en donde establece «no es una consecuencia de los principios que rigen el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas, que sea imposible proceder a un control jurisdiccional de la legalidad interna del Reglamento controvertido desde el punto de vista de los derechos fundamentales sea evitado por el hecho de que dicha medida esté destinada a aplicar una resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas» (véase, Sentencia *Kadi* del TJCE, §299, *supra*, punto 86). El Tribunal considera que este mismo razonamiento debe aplicarse, mutatis mutandis, al presente caso, concretamente a la revisión por parte de las autoridades suizas sobre la conformidad de la Ordenanza de los Talibanes con el Convenio. Sostiene además que no hay ninguna disposición en las resoluciones del Consejo de Seguridad que evite que las autoridades suizas introduzcan mecanismos para verificar que las medidas adoptadas a nivel nacional en aplicación de esas resoluciones sean conformes con el Convenio.

## 4. CONCLUSIONES

Es indudable que, desde el punto de vista material, el contenido del Derecho de propiedad apenas difiere en el Consejo de Europa y en la Unión Europea. Las diferencias en cuanto la redacción de las respectivas bases jurídicas se ven amortiguadas por la interpretación jurisprudencial del mismo, siendo esto especialmente relevante en el caso del TEDH.

Existen particularidades dignas de reseña, como la relevancia de la protección de la propiedad intelectual en el seno de la Unión Europea o la decisiva influencia del margen de apreciación en el enjuiciamiento del TEDH en varias casuísticas particulares del Derecho de propiedad en las cuales el parámetro de soberanía nacional se encuentra especialmente presente, como puedan ser las reformas económicas o la política de vivienda.

Sin embargo, las principales diferencias en cuanto al Derecho tienen más que ver con aspectos procesales, en cuanto al momento de intervención, siendo en todo caso el TEDH una garantía subsidiaria limitada exclusivamente a la tutela de los derechos protegidos por el CEDH y sus protocolos, mientras que el TJUE tiene como finalidad la defensa del ordenamiento de la Unión Europea.

En este sentido, lo más destacable es que los criterios sustantivos de la interpretación del Derecho de propiedad se encuentran en continua retroalimentación por la toma en consideración de ambos tribunales recíprocamente.

Unicamente se percibe una mayor fortaleza del Derecho de propiedad en el ámbito de las competencias de la Unión Europea, por mor del menor efecto neutralizador que pueda tener la misma materia en el ámbito del Consejo de Europa, por efecto del margen de apreciación nacional.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, R. (2007). *Sistema Jurídico de la Unión Europea,* Navarra, Thomson–Civitas.

Diez–Picazo, L. M. (2021). *Sistema de Derechos Fundamentales,* Valencia, Tirant lo Blanch.

Martínez Rompeltien, S. (2022). «El TEDH: de instrumento facilitador del proceso integrador europeo a fiscalizador de la propia Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, 79: 227–242. Disponible en: *https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.227-242*.

Ordóñez Solís, D. (2014). «La impronta de las sentencias Francovich, Bosman, Kadi y Factortame en la jurisprudencia de la Unión Europea (1988–2013)», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 50: 201–220. Disponible en: *https://doi.org/10.18543/ced-50-2014*.

Riccio, A. (2018). «La propiedad en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», Madrid, Reus.

Utrilla Fernández–Bermejo, D. (2011). *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa,* Navarra, Civitas.

SEGUNDA PARTE

# IGUALDAD Y SOLIDARIDAD

# EL (POTENCIAL) ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y LA POBREZA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA LABOR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS[1]

Rodrigo Merayo Fernández[2]

## 1. INTRODUCCIÓN

La pobreza continúa siendo un problema relevante a nivel internacional. No es casualidad que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y manifestaciones sea el primero de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas. La consideración de que la pobreza es un mal a erradicar da pistas acerca del tipo de cuestión que vamos a afrontar, esto es, la pobreza tiene que ver más con una situación social creada o permitida que con una condición humana, aunque esta, sin lugar a duda, determina la identidad del sujeto.

Ahora bien, la cuestión de la pobreza es un tema complejo y espinoso en lo que respecta tanto a la conceptualización del término como

[1] Este trabajo se enmarca en el proyecto de «Teorías de la Justicia y Derecho Global de los Derechos Humanos [JUSGLOBAL]», dirigido por las profesoras María Isabel Wences Simón y Carmen Pérez González, y financiado por la Agencia Estatal de Investigación, número de expediente PID2019 107172RB–I00/AEI /10.13039/501100011033 del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia de la Universidad Carlos III de Madrid.

[2] Quiero agradecer las anotaciones y los comentarios a los asistentes al «Seminario de Investigadores en Formación sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», organizado por la cátedra Jean Monnet Integration through EU Fundamental Rights, celebrado el 2 de junio de 2023 en la UNED, especialmente al profesor Xabier Arzoz Santisteban y a la profesora Itziar Gómez Fernández.

a la identificación de aquellos que van a ser considerados como «los pobres». La idea o noción de pobreza que escojamos, así como la estrategia de identificación (método de medición), resultarán determinantes en la actuación de las instituciones (políticas, económicas y sociales), y en los fines a perseguir. Igualmente, conviene apuntar que, dentro de la literatura especializada en el tema, se diferencia entre «extrema pobreza», «pobreza» y «exclusión social». Esta considerable distinción, no solamente alerta de los distintos grados de privación o carencia en los que se ven envueltos las personas, sino que también orienta (o debería de) las distintas evaluaciones y estrategias de actuación para afrontar adecuadamente este tipo de situaciones.

Algunos recientes datos sobre los niveles de pobreza brindan un marco legítimo y justificado de estudio de esta cuestión para superar las posibles divergencias (aunque existe una clara función ideológica también en este asunto), unificando en la preocupación compartida por intentar poner fin a este tipo de situaciones tan sangrantes e injustas. En este sentido, por poner algunos antecedentes encima de la mesa, los últimos datos del Banco Mundial (2022) reflejan que alrededor de unos 719 millones de personas viven en una situación de pobreza extrema, es decir, con menos de 2,15$ al día. De forma similar, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2023), estima que alrededor de 1 100 millones de personas se encuentran todavía en situación de pobreza.

A nivel europeo, Eurostat hizo público los datos sobre las condiciones de vida en Europa en relación con la pobreza y la exclusión social, donde destacó que alrededor del 21,6 por 100 de la población en la Unión Europea se encuentra en riesgo de pobreza y exclusión social. Así las cosas, sin lugar a dudas, esta labor tiene su razón de ser».

Este capítulo, que toma dicho testigo, abordará la cuestión de la pobreza en el ámbito europeo, pero desde un punto de vista jurídico. Lo que se pretende es una aproximación al funcionamiento del sistema europeo de derechos humanos, concretamente a través de la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o el Tribunal), que es el órgano encargado de velar por la garantía y protección de los derechos humanos en el espacio del Consejo de Europa.

La importancia de esta tarea radica en el reciente auge de la praxis jurídica como doctrina de estudio, sobre todo a través del enfoque de derechos humanos, de algunas problemáticas sociales, entre las que se encuentra la pobreza[3]. Esto permitirá conocer las potencialidades y los límites de su tarea y, por ende, de la normativa europea al efecto.

[3] Algunas interesantes aportaciones acerca de este asunto pueden verse en Álvarez Vélez y Rey Pérez (2015); Bilchitz (2017); Talavera Fernández (2019, 2020); Verdiales López (2019); Fernández Blanco y Pereira Fredes (2021).

Igualmente, el estudio de los casos contenciosos posibilitará conocer el tipo de situaciones que el TEDH toma en consideración como merecedoras de análisis, lo que, a su vez, dará cuenta de la idea o noción de pobreza presente en el Tribunal.

El sistema europeo de protección de los derechos humanos responde a la clásica (y cuestionada) clasificación generacional de los derechos humanos. A esta visión se le ha apodado como «funcionalista» por basarse en la creencia de que primero ha de alcanzarse la democracia de corte civil y política y, posteriormente, la democracia de corte social. La pobreza, en mayor o menor medida, afecta y desgasta a ambos modelos democráticos, sin lugar a duda. El sistema europeo asume una lógica «policentrista», consistente en valorar que existen ciertas cuestiones vinculadas estrictamente a la función política, donde poco o nada tienen que decir organismos externos (por ejemplo, en lo que respecta a la distribución de recursos). Este rasgo, como señala Lavrysen (2015: 306), opera, también, en la jurisprudencia del Tribunal, especialmente a través del criterio del «margen de apreciación».

En definitiva, este trabajo pretende dar cuenta de la fuerte conexión existente entre las situaciones de pobreza y la privación del goce y ejercicio de los derechos humanos a través del estudio de la jurisprudencia del Tribunal.

Debido a ello, en primer lugar, se propone un breve acercamiento a las concepciones contemporáneas de la pobreza más relevantes con el objetivo de mostrar el paisaje conceptual en el que se imbrica el debate sobre la pobreza y que, como no podría ser de otra manera, repercute sobre el ejercicio jurídico. En este punto, el ámbito de estudio se focaliza sobre el criterio multidimensional.

En segundo lugar, se llevará a cabo un estudio introductorio sobre el funcionamiento del sistema regional europeo de derechos humanos y los principales instrumentos con los que cuenta, así como se esbozarán algunos argumentos a favor del uso del enfoque de derechos humanos como modelo para tratar, afrontar y revertir la pobreza.

En tercer lugar, se realizará un estudio pormenorizado de la jurisprudencia del TEDH más destacada en lo que respecta a la pobreza.

Por último, se acabará con unas conclusiones críticas acerca de este estudio y con algunos comentarios complementarios.

## 2. BREVE ACERCAMIENTO CONCEPTUAL A LA POBREZA CONTEMPORÁNEA

Los intentos por comprender y definir la pobreza a lo largo de la historia han sido numerosos y variados, pero, todos ellos, a excepción

de la pobreza de espíritu, han concordado en su negatividad para la vida de las personas. No es este el lugar para llevar a cabo un estudio histórico–conceptual del término, por lo que, con el objetivo de facilitar la comprensión al lector, me centraré solamente en el criterio sobre el que se organizan la mayoría de los estudios contemporáneos en materia de pobreza y que goza de mayor popularidad.

Frente a la visión unilateral de la pobreza como una simple cuestión de ingreso o de consumo (criterio económico), en la década de los años sesenta y setenta del siglo pasado vieron la luz las primeras aportaciones que acabarían dando forma al criterio «multidimensional» de la pobreza. Cuestionando el criterio economicista, surgió el enfoque de las necesidades como un arquetipo complementario y, en cierto sentido, opuesto, lo que prendió la mecha de un fructífero recorrido hacia aportaciones teóricas más complejas, pero mucho más enriquecidas y pragmáticas.

La teoría de las necesidades ha sido, a mi modo de ver, la extensión de algo inevitable. Esta asume, como no podría ser de otra manera, que la renta y el ingreso son algunas de las áreas (destacables) que influyen sobre las situaciones de pobreza, pero considera que no son las únicas ni, tal vez, (siempre) las más importantes. Los primeros estudios sobre las necesidades vieron la luz en su versión más mínima, ligados con la simple supervivencia o la seguridad humana (más) básica (alimento, alojamiento, higiene personal…). Con el paso del tiempo, la perspectiva de las necesidades comenzó a integrar otras áreas igualmente necesarias como la salud, la educación, el empleo, la cultura, así como algunos otros bienes y servicios básicos.

Así las cosas, la teoría de las necesidades, que cuenta con distintas versiones, ha tenido una considerable repercusión en el mundo jurídico, concretamente en el campo de los derechos humanos y, especialmente, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales[4]. Pero, para comprender adecuadamente este apartado, hay que examinar las perspectivas absoluta y relativa de la pobreza que influyen sobre las distintas nociones contemporáneas de pobreza y dan sentido al criterio multidimensional.

La tesis relativa o «relativista» comprende la pobreza como aquella situación en la que no se tiene lo que se considera necesario para desarrollar el estilo de vida de la sociedad en la que uno se encuentra o, lo que es lo mismo, los pobres se diferencian del «grupo de referencia» (resto de la población) porque no cuentan con o no son capaces de satisfacer aquello que sí tienen o sí son capaces de satisfacer los demás.

[4] Sobre esta la relación entre los derechos sociales, económicos y culturales con la teoría de las necesidades, algunas interesantes aportaciones se encuentran, entre otros, en De Lucas y Añón Roig (1990), Nino (1990), Contreras Peláez (1994: 52–108), Ribotta (2008), Abramovich y Courtis (2014), y Boyle (2018; 2020).

Habitualmente, con cierta coherencia, a la visión relativa se le recrimina disolver la pobreza en las aguas de la desigualdad al considerar, en esencia, que esta implica tener menos que el resto, lo que explica que Townsend (1979; 2003), principal figura de esta corriente, defendiese que las necesidades humanas varían y están determinadas socialmente (Boltvinik, 1990: 29–30; Spicker, 2013: 38).

Respecto de la tesis absoluta, encabezada por Amartya Sen, el cual define la pobreza como la privación de las capacidades básicas (es una formulación teórica alternativa–complementaria de las necesidades), critica las interpretaciones que inciden en la posesión de los «medios» (satisfactores, bienes y recursos) como estrategia para aliviar la necesidad. En este sentido, Sen estima necesario distinguir entre pobreza y desigualdad pues la primera siempre acarrea un grado de privación absoluta de algunas capacidades (básicas) que son, según él, un núcleo universal irreductible difícil de cuestionar[5].

Igualmente, acusa a la tesis «relativista» de no distinguir adecuadamente entre el espacio de las capacidades (o necesidades) y el de los satisfactores o los bienes y recursos materiales (Sen, 1985). Él mismo enfatiza que los «medios» para alcanzar las capacidades (o satisfacer las necesidades) sí que deben venir determinados por cada contexto particular en el que se encuentren las personas (afectadas), pero no así las capacidades básicas, ya que estas gozan de una presunción de universalidad en las que poco o nada influyen estos diferentes contextos. Pese a ello, finalmente, su postura acaba vacilando en un punto intermedio entre lo absoluto y lo relativo, en el que se mezcla la consideración absolutista–universalista de las capacidades básicas con el criterio relativista, donde apuesta por procedimientos democráticos deliberativos en los que cada sociedad debería escoger qué capacidades quiere incluir en su catálogo[6].

A fin de cuentas, lo que importa retener para este trabajo es que ambas perspectivas se sitúan en el ámbito multidimensional de la pobreza debido a que seleccionan una variedad de áreas de evaluación de esta más allá de la estrictamente económica. Igualmente, bajo este sentido multidimensional, se articulan las principales nociones contemporáneas de pobreza bajo el lenguaje de las necesidades, de las capacidades y de

---

[5] Pese a que Sen hace referencia expresa a lo largo de su obra a algunas de estas capacidades básicas, nunca ha llegado a elaborar una lista directa y completa de estas. Nussbaum ha completado este vacío.

[6] Una visión crítica sobre estas corrientes ha sido desarrollada por Moyn (2019). Este autor critica la imposición del modelo de la suficiencia (necesidades básicas) frente al proyecto igualitarista poscolonial y su relación con los derechos humanos. Pese a ello, no renuncia a la consideración de la suficiencia, sino que la aborda como un complemento más en favor de un modelo igualitario. En esta labor no se hace caso omiso de esta advertencia, por lo que se propondrá un «mínimo garante» que intente no asumir la lógica de un «suficientarianismo desconectado».

los derechos humanos. La extrema pobreza se ha tendido a identificar con la perspectiva absoluta, mientras que la pobreza general o moderada lo ha hecho con respecto al criterio relativo. La labor del TEDH se encuadra en ese espacio intermedio entre ambos criterios, aunque, eso sí, con una fuerte tendencia al abordaje de casos conexos con el criterio absoluto e interpretados en clave de necesidades humanas básicas a través de la técnica jurídica.

## 3. EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN LA LUCHA CONTRA LA POBREZA. ARGUMENTOS PARA SU DEFENSA

Un examen detallado de la evolución jurisprudencial del TEDH permitirá comprobar cómo opera el contenido del Convenio a través de la interpretación del Tribunal en asuntos vinculados con la pobreza. Pero, por el momento, surge una importante cuestión que debe ser respondida: ¿Cuál es la razón que motiva el análisis de la pobreza desde un enfoque de derechos humanos y no desde otras disciplinas o partiendo desde otras disciplinas? O, lo que es lo mismo, ¿qué aspectos contiene el enfoque de derechos humanos que le otorgan la importancia que se le pretende atribuir?

El «enfoque de derechos humanos» representa un tipo específico de paradigma consistente en afrontar las realidades sociales desde una óptica donde los derechos humanos sean el eje nodal sobre el que analizar, razonar, inspirar y coordinar la acción para intentar dar una adecuada respuesta a las mismas, tanto desde el plano de las estrategias de desarrollo como aquellas de salvaguarda y garantía jurídica de los derechos. Este enfoque varía conforme a los distintos contextos y particularidades, por lo que, más que hablar de un «enfoque de derechos humanos», deberíamos de referirnos, en plural, a los «diferentes enfoques de derechos humanos». Pese a ello, existe un núcleo de preocupación compartido por el respeto, la garantía y la promoción de los derechos humanos, y es en eso en lo que interesa centrarse a la hora de argumentar a favor de su uso en singular.

Cabe recordar que el objetivo inicial que inspiró la construcción del sistema europeo (e internacional) estuvo ligado al control del poder político y a la consagración de una serie de derechos humanos centrales, lo que encuentra su razón de ser, en buena parte, en los hechos históricos que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial[7]. En un

[7] En el caso europeo los derechos humanos centrales que se decidieron salvaguardar de manera urgente fueron los de carácter civil y político, haciendo caso omiso de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta ausencia difiere con el espíritu del contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), la cual incorpora ambos tipos de derechos.

sentido más contemporáneo, podría definirse a los derechos humanos como «titulaciones fundamentales» que exigen y fortalecen la consideración igualitaria de todas las personas debido a su dignidad humana (Nussbaum, 2005).

Los derechos humanos contemporáneos, por tanto, se erigen sobre el principio y valor de la dignidad humana, la cual se ve acompañada de otros principios y valores igualmente importantes, tales como la libertad, la igualdad o la seguridad. Los derechos humanos, entonces, podría decirse, ostentan la función de salvaguarda y promoción de los atributos vinculados con la dignidad humana, de ahí su carácter de inalienables, inherentes, esenciales e intransferibles. En la práctica, esto se traduce en la obligación de las sociedades y la comunidad internacional de (intentar) desplegar todos los esfuerzos necesarios y adoptar las medidas adecuadas para garantizar el igual respeto y consideración de sus miembros y de las personas, en general. Hemos topado con la primera y más elemental razón que avala el uso del enfoque de derechos humanos, que no es otra que la consideración de la dignidad humana.

Aun así, esta idea no es ni ha sido una cuestión pacífica y del todo clara. En el ámbito legal, Habermas (2010: 5) ha destacado que esta no apareció recogida en los textos de derechos humanos hasta la normativa internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial, aunque sí estaba implícita en los textos previos. Desde un punto de vista filosófico, la génesis moderna de la idea de dignidad humana radica en la obra del filósofo Immanuel Kant y, especialmente, en su noción del imperativo categórico (Kant, 2005).

Esta formulación filosófica ha sido el basamento que ha inspirado la normativa internacional de derechos humanos contemporánea, aunque, como señala Delgado Rojas (2020: 268–269), los diferentes sistemas de derechos humanos y derechos fundamentales la han ido ampliando y adoptando a sus específicos contextos[8]. En este sentido, para nuestros intereses, basta con recordar, junto a Habermas (2010: 11), que la noción de dignidad humana ejerce las funciones de puente conceptual entre lo moral y lo jurídico, y es ahí donde los derechos humanos resultan determinantes.

Una segunda ventaja que predispone este enfoque es que, debido a la posibilidad de alcanzar consensos que permite apelar a una noción como la de la dignidad humana, la idea de los derechos humanos goza de una considerable salud a nivel internacional. El discurso de los

[8] Una novedosa y reciente doctrina de estudio de los derechos humanos se ha embarcado en la labor de redefinir lo humano a través de la consideración del estatus de la naturaleza y de los animales. Esta corriente doctrinal cuestiona los presupuestos kantianos en lo que se refiere a la consideración y el tratamiento del valor de la naturaleza. Véase Montalván–Zambrano (2020; 2023).

derechos humanos ha conseguido asentarse como una lógica bastante aceptada internacionalmente gracias a la reivindicación de una serie de principios y valores con los que resulta difícil estar en desacuerdo. No es casualidad que la mayor parte de los movimientos sociales o reivindicaciones sociopolíticas no dejen de lado, se articulen o apelen al discurso de los derechos humanos.

Por ello, puede sostenerse que los derechos humanos ejercen (o deberían de ejercer), a su vez, como límite y guía para el procedimiento y la toma de decisiones en múltiples ámbitos, por lo que resulta lógico atribuirles el rango de verdaderas «cartas de triunfo» que configuran un terreno («coto vedado») en el que, una vez asegurados, el conflicto y la discusión política basado en los intereses o deseos de la comunidad, o de una parte de la misma, tienen o tendrían nula operatividad debido al carácter innegociable de tales derechos (Garzón Valdés, 1989; Bayón, 2000; Dworkin, 2012)[9].

La tercera ventaja que refuerza este enfoque es que presenta un marco y un funcionamiento sensible a la interdisciplinariedad, es decir, permite absorber y ponderar los diferentes intereses en juego en base a las consideraciones provenientes de diferentes ámbitos de conocimiento por medio de los derechos humanos. Y ello no es más que por el simple hecho de la importancia que tiene el derecho como regulador de la vida social y de las instituciones que a esta acompañan. Esta virtud es especialmente palpable, por ejemplo, a la hora de decidir las políticas públicas, las estrategias de desarrollo o en la actividad de los Tribunales (por ejemplo, medidas reparatorias)[10]. Ahora bien, este «equilibrio interdisciplinar» encuentra un límite a su actuación en los

---

[9] Este punto no ha estado exento de críticas, las cuales no pueden abordarse aquí en profundidad. A mi modo de ver, las más importantes son aquellas que inciden en el aspecto histórico–cultural, el tipo de sujeto titular de derechos (Grear, 2007), la concepción realista de los derechos vinculada, especialmente, con cuestiones bélicas y humanitarias (Rorty, 1998) y, más recientemente, la enormemente cuestionada relación entre vulnerabilidad–debilidad–colectivos (Fineman, 2008; 2013). Para un análisis contrario respecto de la primera y tercera crítica, algunos autores como Sen (1997), Habermas (2010) o Nussbaum (2012a:147) han desarrollado buenos argumentos. Para una posible vía de contraargumentar la crítica del tipo de sujeto planteado (hombre, varón, blanco, heterosexual, hábil…), puede acudirse al «proceso de especificación» de los derechos presente en Bobbio (1991). Con el argumento de Fineman estoy esencialmente de acuerdo.

[10] A su vez, el enfoque de derechos humanos permite (o permitiría) contar con la participación o la colaboración de las víctimas, los afectados, las organizaciones sociales o la sociedad civil en general en las decisiones, en la elaboración y aplicación de este tipo de políticas o las estrategias de desarrollo. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha incorporado para algunos casos en materia de pobreza medidas de reparación en las que las víctimas o los afectados juegan un papel protagónico junto a las autoridades estatales (véase, a modo de ejemplo, Corte IDH (2020). Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil. Sentencia de 15 de julio de 2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

derechos fundamentales y en el nivel umbral mínimo de garantía de cada derecho humano.

En cuarto y último lugar, el enfoque de derechos humanos contribuye (o debería de contribuir) a la garantía, exigibilidad, realización y aseguramiento de los funcionamientos–capacidades asociadas a aquellas áreas vitales elementales para el adecuado desarrollo humano. Las principales aportaciones doctrinales contemporáneas, tales como la teoría de las necesidades, el enfoque de las capacidades y la idea de los derechos[11], resultan de gran interés en este sentido, e inspiran la comprensión y el planteamiento del enfoque de derechos humanos desde la dimensión de la pobreza y la miseria. Las obligaciones internacionales de derechos humanos, al menos en un nivel mínimo acorde con la dignidad humana (respeto, garantía, protección y efectividad–calidad), confirman este extremo.

En esencia, estas son, a mi modo de ver, las principales ventajas con las que cuenta el enfoque de derechos humanos para ser un marco fértil, permeable y objetivamente importante para abordar las situaciones de pobreza[12].

## 4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA POBREZA. APUNTES SOBRE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL

Pese a las limitaciones convencionales, el TEDH ha ido desarrollando una interesante doctrina jurisprudencial, especialmente desde *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, en la que ha ido teniendo en cuenta distintas situaciones que han ampliado el contenido de algunos derechos convencionales. A mi modo de ver, esta extensión se asienta, principalmente, sobre tres ejes: la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la visión del Convenio como un «instrumento

[11] La teoría de las necesidades cuenta con diferentes formulaciones al respecto, aunque considero especialmente relevantes aquellas que han ampliado el enfoque de la «subsistencia» incorporando dimensiones igualmente importantes para la pobreza (véase, entre otras, Doyal y Gough, 1994; Max–Neef, Elizalde y Hopenhayn, 2010; y Ribotta, 2011). El enfoque de las capacidades defiende que lo realmente importante es lo que las personas son realmente capaces de ser o hacer, y donde encontramos un conjunto de capacidades básicas (Sen, 2000; 2010 y 2021) o centrales (Nussbaum, 2005; 2007; 2012a y 2012b). Finalmente, la teoría de los derechos, en esencia, se caracteriza por la reivindicación de una serie de deberes que han de ser cumplidos para su adecuado y correcto funcionamiento, extremo que les diferencia de las simples demandas, las cuales tienen cierta relevancia moral y política, pero no imponen deberes (véase Dieterlen, 2003: 126–128).

[12] Buena parte de los argumentos que he utilizado para justificar el enfoque de derechos humanos no podrían haberse desarrollado sin el trabajo previo de algunos autores, entre los que destacan: Maurino (2007), Salmón (2007), Faur (2008), Pinto (2008; 2009), Urueña (2013), Von Bogdandy y Urueña (2020).

vivo» y la creencia de que los derechos humanos han de ser verdaderamente «reales y efectivos» y no meramente formales[13].

La convicción de que la normativa europea ha de ser interpretada en base a la realidad social de cada momento se ha convertido en un hecho notorio. En este sentido, este trabajo examina y avala la «protección indirecta» (Bonet Pérez, 2016) desarrollada por el Tribunal.

A través de esta sensibilidad contextual, el Tribunal ha desarrollado una labor interpretativa que amplía el contenido de algunos derechos convencionales a situaciones que, en principio, no quedarían cubiertas por la garantía de estos, debido precisamente a las dificultades que plantean las lógicas «funcionalista» y «policentrista». En este punto, hay que reconocer que el Tribunal se ha distanciado de estas lógicas con base en los ejes arriba reseñados.

Aun así, al menos en lo que respecta a la cuestión de la pobreza, conviene puntualizar que el TEDH no ha reconocido nunca un derecho económico o social en sentido estricto como parte del contenido de aquellos derechos convencionales, sino que, más bien, lo ha hecho con respecto al ámbito de interacción en el que conectan los derechos civiles y políticos con los derechos económicos y sociales, es decir, el de las garantías socioeconómicas.

Esta extensión de la protección a aspectos socioeconómicos se ha llevado a cabo a través de dos modalidades de interpretación fruto de la «permeabilidad» del Convenio: por un lado, el «principio de conexión» que «identifica la existencia de una relación «íntima e inescindible» entre el derecho o libertad reconocido en el CEDH o en sus Protocolos, y el DESC o el interés económico, social o cultural cuya protección jurídica es pretendida» (Bonet Pérez, 2016: 156). A su vez, este cuenta con una vertiente «explícita» y otra «implícita».

La vertiente «explícita» supone que el propio contenido del artículo convencional es el que clarifica el vínculo de interacción con el contenido de algún derecho socioeconómico que tenga especial repercusión para el cumplimiento convencional (derecho a un proceso equitativo, derecho a un recurso efectivo, prohibición de discriminación y prohibición general de discriminación).

La vertiente «implícita» se corresponde con una tarea estrictamente interpretativa del Tribunal por medio de la cual se estipula la conexión entre un derecho convencional y un derecho o garantía socioeconómica, sin que exista especificación alguna de dicho contenido o garantía en la disposición convencional (derecho a la vida, derecho a la protección contra tratos inhumanos o degradantes, derecho al respeto de la vida

[13] Lavrysen (2015: 294 y 308), López Guerra (2015; 2018: 116), Mestre i Mestre (2016: 123), Barcelona (2017: 333), Morte Gómez (2018: 552), Pribytkova (2019: 346–348).

privada y familiar); «el principio de incorporación», es tal que «integra, como parte del contenido jurídico del derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos, el contenido —o parte del mismo— de un DESC o de un interés económico, social o cultural debido a una operación racional que identifica la lógica agregativa de tal resultado» (Bonet Pérez, 2016: 156).

En lo que aquí respecta, el estudio de la jurisprudencia del Tribunal se centrará en los casos concernientes al «principio de conexión implícito» debido a que allí radican los contenciosos más importantes resueltos por el TEDH en materia de pobreza, especialmente a través de la lógica de las «obligaciones positivas». Los otros dos principios también acogen algunos asuntos, aunque no son tan determinantes y trascendentales como los que aquí se van a examinar.

## 4.1. El «principio de conexión implícito»: arts. 2, 3 y 8 CEDH

### 4.1.1. *Derecho a la vida (art. 2)*

Aunque no existe una copiosa jurisprudencia sobre situaciones de pobreza en las que el derecho a la vida se vea inmiscuido, sí es conveniente abordar aquellos contenciosos en los que esta ha sido un factor central. El inicio de la ampliación de la interpretación del derecho a la vida trae causa en la obra de Imbert (1989), autor que sostuvo, con base en la idea de la dignidad humana, la tesis de que la interpretación de los arts. 2 y 3 CEDH debería de trascender su literalidad para intentar abordar situaciones conexas con la justicia social como la pobreza.

En *Nencheva y otros c. Bulgaria*, 18 de junio de 2013, encontramos el caso más flagrante de la pobreza como un verdadero daño que atenta contra el derecho a la vida. Los reclamantes fueron los padres de quince niños con discapacidad que fallecieron en el centro de ayuda estatal en el que vivían debido al recorte presupuestario fruto de la situación económica por la que estaba atravesando el país en el momento de los hechos. El TEDH consideró que se produjo una vulneración del derecho a la vida debido a la inexistencia de medidas preventivas destinadas a impedir dicho daño por parte de las autoridades, las cuales eran conocedoras del riesgo que ello acarrearía.

En consecuencia, los menores quedaron en una situación de «extrema urgencia vital» y, por tanto, imposibilitados para satisfacer adecuadamente sus necesidades más básicas (alimentación, atención médica, higiene y calefacción) y especiales debido a su condición de personas con discapacidad. Las «condiciones de vida tan deplorables» en las que se encontraron las víctimas, que condujeron a su muerte, fueron

el elemento central de la condena. Esta situación, señaló el Tribunal, podría haberse evitado si el Estado no hubiese hecho caso omiso de los indicios con los que contaba, es decir, si hubiese desplegado la obligación positiva de protección de la vida de las víctimas.

En relación con el derecho a la vida encontramos algunos otros casos relacionados con la pobreza, pero donde una privación o carencia relativa se acaba convirtiendo en una privación total o absoluta que, en último lugar, acaba produciendo la muerte de la víctima.

En *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*, de 9 de julio de 2013, el TEDH consideró vulnerado el derecho a la vida por la muerte de una mujer embarazada que no recibió atención médica (urgente) hasta en cuatro ocasiones y en diferentes hospitales debido a unos fuertes dolores que padecía fruto de su estado. Finalmente, terminó siendo explorada por un profesional médico en el último hospital al que acudió, donde se le hizo saber que, como consecuencia de la muerte del feto, necesitaba someterse a una cirugía de emergencia, para lo cual debía de abonar una cantidad que ni ella ni su familia pudieron sufragar, por lo que no pudo recibir la atención médica oportuna tampoco en este hospital. A consecuencia de todas estas negativas para recibir atención médica, junto a la carencia de recursos económicos, la mujer falleció en la ambulancia mientras le trasladaban a otro hospital donde, en principio, iba a ser atendida de urgencia. El Estado falló en la obligación positiva de protección del derecho a la vida debido a la insatisfacción de esta necesidad (salud).

En este tipo de casos, el Tribunal ha sostenido que la protección del derecho a la vida queda sujeta, obligatoriamente, a la existencia de una previsión de garantía y cobertura de este tipo de situaciones en la legislación doméstica (por ejemplo, acceso a la salud de urgencia) y de que las autoridades conociesen o pudiesen haber conocido el riesgo de sus acciones u omisiones con respecto al derecho a la vida. La obligatoriedad de la previsión en la legislación doméstica, que claramente conecta con la lógica «policentrista», supone un obstáculo que debiera superarse, al menos en lo que respecta a un nivel umbral mínimo.

#### 4.1.2. *Derecho a la protección contra los tratos inhumanos o degradantes (art. 3)*

El contenido de este artículo ha acogido algunos de los casos más importantes en materia de pobreza enjuiciados por el Tribunal. Ha sido también bajo la rúbrica de este artículo que el TEDH, por primera vez, en el año 2011, declaró que la situación de extrema pobreza sufrida por el demandante había sido contraria a la protección brindada por dicho artículo (*M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011). Esta apertura jurisprudencial ha supuesto un gran avance en la consideración

de la pobreza como un factor contrario al CEDH, aunque, eso sí, haya sido solo con respecto a circunstancias muy extremas y particulares, como veremos más adelante. Pero, antes de todo, hay que detenerse en los antecedentes más inmediatos y en el marco que los mismos fueron dibujando.

El antecedente más conocido radica en la decisión sobre la admisibilidad *Budina c. Rusia*, de 18 de junio de 2009, en la que, pese a la denegación de la admisión por parte del TEDH (a mi juicio incorrecta), se reconoció con cierto énfasis que «[…] *a wholly insufficient amount of pension and social benefits may raise an issue under Article 3 of the Convention*» (p. 5). Una situación de este tipo, a ojos del Tribunal, podría acarrear la imposibilidad de que la reclamante satisficiese adecuadamente las necesidades humanas básicas debido a su total dependencia de la ayuda del Estado para conseguirlo[14]. Aunque la decisión fue desestimatoria, este asunto trajo consigo la posibilidad de ampliar la cobertura de protección del art. 3 CEDH a situaciones «*of serious deprivation or want incompatible with human dignity*» (p. 6).

Otro importante asunto, previo a *Budina*, aunque no tan popular, es *Moldovan y otros c. Rumanía*, de 30 de noviembre de 2005, en el que resultaron vulnerados tanto el art. 3 como el art. 8 CEDH fruto de las «condiciones de vida impropias» (hacinamiento y ambiente insano) en las que se vieron envueltos los reclamantes, miembros del colectivo romaní, tras la quema y destrucción de sus casas por parte de los vecinos del pueblo en el que residían y con la connivencia de algunas autoridades nacionales. En lo que respecta al art. 3 CEDH, el TEDH declaró su violación debido a que las «condiciones de vida y la discriminación racial» (párr. 113) en la que se vieron envueltos se tradujo en un trato degradante, sin que las autoridades hiciesen nada por (intentar) revertir dicha situación. Esta situación de indefensión, razonó el Tribunal, tuvo que haberles generado un sufrimiento mental incompatible con la dignidad humana, así como sentimientos de humillación y de menosprecio, por lo que se alcanzó el umbral requerido para declarar la violación de dicho artículo.

Teniendo en cuenta estos importantes antecedentes, los casos posteriores (junto a *Moldovan y otros*) que se van a explorar lo hacen bajo el grueso del concepto de «grupos (sociales) vulnerables»[15] desarrollado

[14] Este asunto tiene interesantes referencias a otros dos casos previos en los que se abordaron situaciones similares, pero en los que tampoco se reconoció una vulneración de este artículo. Con respecto al ámbito de la insuficiencia de ingresos, véase la decisión de admisibilidad Larioshina c. Rusia, de 23 abril de 2002; y en lo que respecta al ámbito de las personas sin hogar o en situación de calle (*homeless*), véase la decisión de admisibilidad O' Rourke c. Reino Unido, de 16 de junio de 2001.

[15] A lo largo del texto usaré esta terminología o la de «grupos particularmente vulnerables», que es la que está presente en los casos del Tribunal. Con la primera, es decir, con la apelación a «grupos (sociales) vulnerables», me muestro totalmente en contra debido a los riesgos

por el TEDH (Peroni y Timmer, 2013; Al Tamimi, 2016), concretamente en lo que se refiere a las personas solicitantes de asilo.

El primero de estos casos, ya aludido, es, por definirlo de algún modo, el «plato fuerte» de la jurisprudencia del TEDH en materia de pobreza. Me refiero a *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, asunto en el que se examinó «si una situación de pobreza material extrema puede plantear un problema al amparo del art. 3» (párr. 252). El reclamante fue trasladado desde Bélgica a Grecia en base a que fue allí donde, por primera vez, había estado en territorio europeo, por lo que las autoridades belgas determinaron que la competencia para tramitar su estatus correspondía al país heleno[16]. Una vez en Grecia, permaneció durante meses en condiciones infrahumanas, sin ningún medio de subsistencia.

El TEDH ha sido constante en su jurisprudencia al señalar que del art. 3 CEDH no se puede extraer una obligación de los Estados Parte de proveer de alojamiento o de asistencia económica a los solicitantes de asilo para mantener «un nivel de vida determinado». Aplicando los principios del artículo al caso concreto, resultaron dos hechos determinantes para el análisis del Tribunal.

En primer lugar, las obligaciones asumidas en el derecho positivo nacional fruto de la trasposición de la Directiva 2003/09/EC del Consejo, de 27 de junio, sobre normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, donde se instaba a cumplir con una serie de condiciones mínimas de recepción y trato (necesidades básicas y protección especial)[17].

---

de estigmatización que acarrea, el lenguaje paternalista contrario al enfoque de las capacidades con el que se articula y por el peligro de acabar tratando más la cuestión en términos de «condición humana» que de «situación creada o tolerada». Con respecto a la segunda, soy más sensible, ya que acoge una comprensión de la vulnerabilidad en términos universales (condición humana) y particulares (situaciones sociales–experiencias propias) con la que simpatizo.

[16] Bélgica resultó igualmente responsable de la violación de este artículo debido a que el TEDH sostuvo que, pese a la información, documentación e indicios desfavorables con los que contaba Bélgica acerca de los sobresalientes fallos del sistema de asilo griego, envió al reclamante, contraviniendo la normativa europea, a Grecia, por lo que le expuso al trato degradante del que fue víctima.

[17] En la sentencia recaída en el asunto Sufi y Elmi c. Reino Unido, de 28 de noviembre de 2011, el TEDH adoptó el enfoque de M.S.S. para considerar que el posible traslado de los reclamantes a Somalia hubiese violado el art. 3 CEDH debido a las terribles condiciones humanitarias (imposibilidad de satisfacción de las necesidades más básicas) en las que se hubiesen encontrado fruto del contexto de extrema violencia y por la especial situación y características personales de los demandantes (pertenencia a clanes, inexistencia de arraigo, enfermedad). Pese a ello, la obligatoriedad del requisito de la previsión doméstica respecto del alcance de las obligaciones positivas parece confirmarse en algunos casos posteriores (S.H.H. c. Reino Unido, de 8 de julio de 2013, F.H. c. Grecia, de 31 de octubre de 2014, AL.K. c Grecia, de 11 de diciembre de 2014, A.S. c. Suiza, de 30 de junio de 2015 y Amadou c. Grecia, de 4 mayo de 2016).

En segundo lugar, la consideración del solicitante de asilo como miembro de «[…] un grupo de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial […]», lo que es «[…] objeto de un amplio consenso internacional y europeo […]» (párr. 251).

En definitiva, las extremas condiciones a las que fue expuesto el reclamante, que estuvo «durante meses en la calle, sin recursos, sin acceso a instalaciones sanitarias, sin forma de satisfacer necesidades básicas» (párr. 263) debido a la ausencia de la consideración de su precariedad y vulnerabilidad por parte de las autoridades griegas[18], le dejaron en una posición extremadamente lesiva para su dignidad humana, por lo que «[…] tales condiciones de existencia, junto con la prolongada incertidumbre en la que permaneció y la total ausencia de perspectivas de mejora de su situación, alcanzaron el umbral requerido por el art. 3 del Convenio» (párr. 263).

A estos dos hechos hay que sumar un tercero sin el cual no podría entenderse correctamente el caso, y es que el Tribunal razona de esta forma debido a que la situación de extrema pobreza de la víctima trajo causa en la inefectividad estructural del sistema de asilo griego, el cual acababa perjudicando considerablemente a un buen número de miembros de solicitantes de asilo. Asimismo, hubiese sido interesante que el TEDH analizase el caso bajo el principio de no discriminación, especialmente si se tiene en cuenta que la mayoría de los solicitantes de asilo con los que el reclamante pasó meses en la calle eran de su misma nacionalidad.

Continuando con el estudio de casos, se plantea que la necesidad de «protección especial» de los solicitantes de asilo se agrava cuando hay menores de por medio, debido a que su condición de vulnerabilidad intrínseca prevalece sobre el estatus de inmigrante ilegal, lo que resulta en la necesidad de una mayor diligencia y mecanismos de priorización en la acogida por parte de los Estados en base al «interés superior del menor» (*Popov c. Francia*, de 19 de enero de 2012, *Tarakhel c. Suiza*, de 4 de noviembre de 2014, y *V. M. y otros contra Bélgica*, de 7 de julio de 2015).

El caso *V. M. y otros*, que continúa el enfoque de *M.S.S*. a la hora de analizar las «condiciones de vida de extrema pobreza» de una familia de solicitantes de asilo a cargo de un bebé y una niña con discapacidad,

---

[18] La consideración de los solicitantes de asilo en Grecia como un grupo particularmente vulnerable causó cierta tensión en el seno del TEDH, tal y como refleja el voto particular del juez Sadjó, contrario a la misma. Ello ha dado lugar a un interesante debate académico–doctrinal acerca de qué grupos han de ser considerados como (particularmente) vulnerables, la posible estigmatización que su uso puede acarrear, la identificación, en ocasiones, de la vulnerabilidad con la debilidad (no capacidad de «resiliencia») y la tensión entre las visiones universal y particular de la vulnerabilidad. Véase, entre otros, Anderson (1994), Peroni y Timmer (2013), Truscan (2013), Lavrysen (2015), Flegar (2016), Al Tamimi (2016), La Barbera (2019).

da buena cuenta de la responsabilidad agravada que tienen los Estados en materia de acogida con respecto a los menores. Aquí, debido a los diferentes factores que concurrían sobre las víctimas (romaníes, solicitantes de asilo, menores, con discapacidad, género), el TEDH debería de haber analizado, junto al aspecto material (situación de pobreza), una posible discriminación (multifactorial) por parte de las autoridades belgas. Al igual que en *M.S.S.*, los reclamantes y sus hijos estuvieron en situación de calle junto a otros solicitantes de su misma nacionalidad. Tal vez, si el Tribunal hubiese emprendido ese análisis, habría podido declarar la existencia de algunas deficiencias estructurales del sistema de asilo belga que algunos indicios parecían señalar.

Un punto insuficientemente claro en la jurisprudencia del TEDH ha sido el de si la previsión de la legislación nacional es un requisito indispensable para poder declarar la violación del art. 3 CEDH. La jurisprudencia del TEDH, cuando ha habido menores de por medio, ha ido arrojando un poco más de luz sobre este asunto. A mi modo de ver, en *Tarakhel c. Suiza*, de 4 de noviembre de 2014, y V. M. y otros, se encuentran algunos vestigios que permiten considerar que este requisito no ha de ser estrictamente fundamental y que la simple previsión de la normativa europea (¿e internacional?) podría servir como base jurídica para declarar una determinada situación como contraria al art. 3 CEDH. Es por ello que mi parecer concurre con la tesis (parcial) de Barcelona (2017: 348) en favor de dicho reconocimiento.

Estas dudas acaban por resolverse en *R. R. y otros c. Hungría*, de 5 de julio de 2021. Del análisis de las «condiciones de vida» de la familia de solicitantes de asilo, los cuales pasaron meses retenidos en una zona de tránsito y entre los que había menores, el Tribunal destacó que el padre estuvo en una situación de extrema pobreza en la que fue incapaz de atender sus necesidades más básicas (por ejemplo, se alimentaba de las sobras que dejaba su familia) debido a que la legislación húngara preveía que si a una persona se le había denegado previamente una solicitud de asilo, esta no tendría derecho a cuidados, asistencia y alojamiento (párr. 24). Aunque el Tribunal reconoció que el Estado estaba legitimado para reducir, o incluso retirar, las condiciones materiales de acogida, sostuvo que una decisión tan drástica para el porvenir de una persona como la que adoptaron las autoridades húngaras, debería haberse tomado acorde al «principio de proporcionalidad» presente en el art. 20.5 de la Directiva 33/2013 sobre «normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional»[19].

[19] Este artículo dispone lo siguiente: «5. Las decisiones de reducir o retirar el beneficio de las condiciones materiales de acogida o las sanciones a que se refieren los apartados 1, 2, 3 y 4 del presente artículo se tomarán de forma individual, objetiva e imparcial y estarán motivadas. Las decisiones se basarán en la situación particular de la persona en cuestión, especialmente por lo que respecta a las personas a que se refiere el art. 21, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. En cualquier caso, los Estados miembros asegurarán el acceso a la atención

En este sentido, a partir del examen del caso a través del «juicio de proporcionalidad», el TEDH se decantó por considerar que la normativa europea se anteponía a la legislación doméstica, lo que resultó en que el Estado falló en la provisión de las garantías de acogida con respecto al reclamante (nivel de vida adecuado), las cuales encuentran su versión mínima en la obligatoriedad de la provisión de acceso a la atención sanitaria y en el aseguramiento de unas «condiciones de vida dignas» (necesidades humanas básicas). En base a ello, el Tribunal sostuvo que las alegaciones del demandante estuvieron suficientemente fundamentadas, lo que condujo a declarar que su situación había alcanzado el umbral requerido para declarar la vulneración del art. 3 CEDH.

Esta salvaguarda, tal y como se recoge en la legislación europea al efecto, ha de ser singularmente tenida en cuenta respecto de aquellas personas (particularmente) vulnerables como, por ejemplo, los menores, por lo que cabe confirmar que, si es posible anteponer el Derecho europeo al nacional en una situación de extrema pobreza en la que se ve envuelto un solicitante de asilo adulto y varón, por descontado que los requisitos deben flexibilizarse cuando el asunto concierne a personas solicitantes de asilo (particularmente) vulnerables debido a la(s) condición(es) que determinan su identidad (mujeres, menores…).

A modo de recapitulación, siguiendo a Pribytkova (2019: 342–344), puede concluirse que son cuatro los requisitos que la interpretación del Tribunal prescribe para poder declarar vulnerado el art. 3 CEDH en lo que respecta a las *living conditions* de las personas en situación de pobreza.

En primer lugar, el deber de asegurar un «estándar adecuado de vida», que encuentra su límite en la dignidad humana, ha de resultar de la obligación dispuesta en el Derecho positivo nacional o de la obligación legal bajo la normativa europea (¿e incluso internacional?).

En segundo lugar, el reclamante ha de encontrarse en una situación de total dependencia respecto del Estado, es decir, necesita de las autoridades estatales para la satisfacción adecuada de sus necesidades básicas. Este requisito lo extrae el TEDH de los casos de personas privadas de libertad.

En tercer lugar, ha de cumplirse con un *minimum level of severity*, que es un criterio relativo y difuso, por medio del cual se identifican aquellas situaciones de privación seria o de necesidad incompatibles con la dignidad humana *(serious deprivation*).

En cuarto y último lugar, es necesario que el reclamante o los reclamantes demuestre(n) que su situación, producida por la falta de los

---

sanitaria de conformidad con el art. 19 y garantizarán condiciones de vida dignas para todos los solicitantes».

medios o recursos oportunos, se traduzca en un concreto sufrimiento (mental o físico o ambos) que atente contra su dignidad.

Habrá quien defienda que otro requisito sería la pertenencia a algún colectivo (particularmente) vulnerable, aunque ello, más allá de que sería un considerable error, no encuentra más explicación que el rígido y exigente nivel del umbral articulado por el Tribunal, donde solamente caen bajo su conocimiento situaciones de pobreza especialmente sangrantes y urgentes en las que, desafortunadamente, suelen encontrarse, en la mayoría de las ocasiones, sujetos pertenecientes a estos grupos.

Queda la duda de si el Tribunal, en el futuro, podrá acoger como contraria al art. 3 CEDH alguna situación de pobreza en la que la víctima no pertenezca a ninguno de los colectivos que este ha considerado como «particularmente vulnerables». La decisión Budina es un buen antecedente sobre el que poder ampliar el rango de beneficiarios y reflejar los diferentes rostros de la pobreza, sus múltiples causas y manifestaciones y, además, contribuiría a la desestigmatización (grupo social–vulnerabilidad–debilidad), aunque precisaría de un cambio de rumbo en la argumentación del Tribunal que pasa, a mi modo de ver, por la flexibilización del contenido de las *living conditions*. Y ello podría ser perfectamente factible, tal y como ha demostrado el asunto R. R. y otros.

### 4.1.3. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8)*

En contraposición a los anteriores artículos convencionales, el art. 8 CEDH sí puede ser objeto de interferencias legítimas por parte del Estado, siempre y cuando respeten el «principio de proporcionalidad». Ello se traduce en que los intereses alegados por el Estrado han de ser tan relevantes como para dejar sin efecto las garantías de protección de dicho artículo. Asimismo, la evaluación de las obligaciones positivas queda condicionada por los criterios de búsqueda de un «equilibrio justo» y del «margen de apreciación».

Los asuntos que aquí interesan versan sobre el ámbito de las garantías socioeconómicas respecto de la conservación de la unidad familiar ante situaciones de precariedad material y el espacio de la vivienda.

En lo que se refiere a la unidad familiar, la sentencia recaída en *Wallowá y Walla c. República Checa*, de 2 de octubre de 2006, declaró violado el art. 8 CEDH debido a la separación de los reclamantes de sus hijos como consecuencia de la imposibilidad de proveerles de una vivienda adecuada. El Tribunal, en base a su jurisprudencia, señaló que los Estados, además de las obligaciones negativas de no interferencia, también cuentan con obligaciones positivas para la adopción de aquellas medidas oportunas para hacer valer la garantía del respeto de la vida privada y familiar.

En este tipo de casos relativos a la unidad familiar, el criterio del *fair balance* se inclina siempre, como no podía ser de otra manera, a favor del «interés superior del menor», por lo que la separación de estos de sus progenitores es una medida que el TEDH ha catalogado como de *serious interference* (párr. 70) en la vida familiar. Ello supone que el Estado ha de acreditar la persecución de un fin legítimo que responda a «una necesidad social acuciante» en un entorno democrático.

En el caso concreto, el Tribunal resolvió que el Estado no ajustó sus medidas al «principio de proporcionalidad», y eso pese a que el interés alegado (fin) fue acorde con el beneficio del menor, ya que la imposibilidad de proveer de un adecuado alojamiento a los menores por parte de sus progenitores era un hecho que las autoridades sociales del Estado podían haber ayudado a revertir (obligaciones positivas) sin la necesidad de adoptar una medida tan gravosa como la ruptura de la unidad familiar.

En *R.M.S. c. España*, de 18 de junio de 2013, el TEDH declaró igualmente vulnerado el derecho a la vida familiar debido a la separación de la reclamante de su hija menor de tres años debido a la situación de «indigencia» (carencia material) en la que los servicios sociales del Estado declararon que se encontraban tanto la madre como la menor. Este contencioso, similar al anterior, aporta, en materia de pobreza, un ingrediente novedoso mediante el cual se muestra fehacientemente cómo funciona el criterio del «margen de apreciación» respecto de las obligaciones de los Estados. Así, el Tribunal señaló que «[…] no le compete sustituir la valoración de las Autoridades nacionales competentes por la suya, en lo que respecta a las medidas que deberían haber sido tomadas, ya que esas autoridades están, en principio, mejor situadas para proceder a una tal valoración […]» (párr. 80).

Y es que este razonamiento cobra sentido pese a que el Tribunal reconoció que las medidas adoptadas por el Estado condujeron a la violación del artículo al efecto, lo que acarreó consigo la ruptura del vínculo familiar, de manera irreversible, debido al dilatado paso de los años.

Este órgano, que ha asumido como uno de sus principios que los derechos han de ser «reales y efectivos» y no meramente formales, no puede conformarse con declarar violado un derecho y reconocer, al mismo tiempo, que no tiene competencia alguna para intentar afrontar o revertir las consecuencias de la medida que llevaron a la violación en base al «margen de apreciación de los Estados». En este sentido, el TEDH podría ayudar a los Estados en el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos indicando algunas

medidas que fortalecerían o, más bien, ayudarían a su cumplimiento efectivo[20].

Aunque es innegable que el Tribunal protege el derecho a la vida privada y familiar al considerar que no solamente basta para romper la unidad familiar la (temporal) imposibilidad de proveer una vivienda adecuada o la carencia de recursos materiales, su quehacer da cuenta de las insuficiencias de este órgano para hacer efectivamente reales los derechos que declara vulnerados (por ejemplo, medidas reparatorias para la restitución del vínculo familiar).

En lo que respecta al ámbito de la vivienda[21], los asuntos *Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 24 de septiembre de 2012, *Winsterstein y otros c. Francia*, de 17 de octubre de 2013 y *Hirtu y otros c. Francia*, de 14 de agosto de 2020, son los que mayor resonancia han tenido. Estos casos versan sobre los desalojos de romaníes de asentamientos informales en terrenos públicos en los que llevaban bastante tiempo viviendo con la connivencia de las autoridades domésticas que, de facto, los habían permitido[22]. El Tribunal valoró si las medidas de desalojo acordadas por las autoridades nacionales respetaron las garantías previstas en el art. 8 CEDH, es decir, si existió una «necesidad social acuciante» que justificase dicho desalojo, así como si hubo soluciones alternativas reales y efectivas (obligaciones positivas). El Tribunal reconoció que

---

[20] A lo largo del tiempo, el TEDH ha ido ampliando y perfeccionando el contenido de sus sentencias, especialmente en lo que se refiere a las medidas de reparación, aunque no ha alcanzado el nivel de, por ejemplo, la Corte IDH. Pese a ello, en la fase actual, a la labor del TEDH se le ha apodado como etapa de las «sentencias de plena jurisdicción», mediante las que hace recomendaciones o acoge medidas prescriptivas en el contenido de sus sentencias. Esto ha supuesto un considerable avance, tal y como ha sostenido García Roca (2019: cap. 5). Para el asunto concreto de la pobreza, «la garantía de no repetición», especialmente las «sentencias piloto» o las «reformas estructurales», debería(n) de ser considerablemente tenida(s) en cuenta. Para alcanzar esta «lógica reparativa», argumento líneas abajo en favor de un criterio o estándar de «mínimo garante» y junto a otros términos.

[21] En este ámbito, el TEDH utiliza diferentes términos que pueden resultar confusos. Entre ellos, se encuentran *housing*, *shelter*, *accomodation*, *dwelling* y *home*. A mi modo de ver, bajo la noción de *housing*, se abarca, de una mejor forma, el contenido de cada uno de estos diferentes términos. Además, este juega con la ventaja de que su contenido se vincula con una mayor exigencia en las condiciones materiales y el respeto de la dignidad humana. Asimismo, conviene aclarar que he traducido el concepto autónomo *home* usado por el Tribunal por «hogar» en base a que considero que el sentido que este pretende insuflarle conecta mejor con el significado de esta palabra en la lengua castellana. El TEDH ha señalado que *home*, como concepto autónomo, es una noción ajena a la legislación doméstica y que no se limita a aquellas viviendas que se ocupan legalmente, sino que su consideración depende de ciertas circunstancias fácticas que acrediten «suficientes y permanentes vínculos» con el lugar específico (por ejemplo, el caso Winsterstein, párr. 69). Mi interpretación difiere, por ejemplo, de la de Bouazza Ariño (2021: 9–11), que lo traduce por «domicilio», la cual considero profundamente ajena al parecer que le imprime la jurisprudencia del TEDH.

[22] Este requisito de «larga duración» parece haberse flexibilizado por el Tribunal, ya que en Hirtu y otros los reclamantes solamente llevaban alrededor de unos seis meses asentados en el lugar de la disputa.

el fin perseguido por las autoridades fue totalmente legítimo, pero que fallaron a la hora de evaluar adecuadamente las posibles consecuencias de los desalojos para los reclamantes.

El requisito de la proporcionalidad falló porque el Estado no tuvo en cuenta correctamente ni los intereses de los demandantes (su especial situación y su estilo de vida) ni la posibilidad de que estos terminasen en una situación de *homelessness*, extremo que afectó o hubiese afectado negativamente sobre su desarrollo personal y humano. En este sentido, las autoridades nacionales debieron haber buscado otras fórmulas menos drásticas en las que se hubiesen valorado adecuadamente las posibles consecuencias de los desalojos y las particularidades de los reclamantes. Además, un hecho que conviene no olvidar es que en Yordanova, el Tribunal abrió la puerta a la posibilidad de que el *right to shelter* «*to particularly vulnerable individuals may flow from Article 8 of the Convention in exceptional cases* […]» (párr. 130), lo que, ciertamente, reforzaría el ámbito de las garantías socioeconómicas y evitaría, en buena parte, situaciones de indigencia[23].

Un reciente caso, aunque la vivienda no fue el eje central de la reclamación, pero que sí merece nuestra atención por la especial repercusión y afectación que tiene sobre esta, es *Hudorovic y otros c. Eslovenia*, de 7 de septiembre de 2020, en la que el Tribunal abordó dos reclamaciones de varias comunidades romaníes asentadas en campamentos informales, las cuales alegaron su inadecuado acceso al agua potable y el saneamiento, por lo que reivindicaron su derecho al goce adecuado, correcto y efectivo de estos servicios básicos.

El TEDH, pese a estimar que estas peticiones caían bajo la órbita de protección del art. 8 CEDH, no llegó a la conclusión de que este hubiese sido violado, al considerar que las medidas que las autoridades municipales eslovenas habían adoptado a lo largo de los años cumplieron con las expectativas jurisprudenciales exigidas, además de que tuvieron en cuenta la consideración de los reclamantes como miembros de un «grupo particularmente vulnerable»[24]. Igualmente, también se tuvo en cuenta que los reclamantes no se encontraban en una situación

---

[23] *Shelter* en castellano se refiere a «albergue» o «refugio», por lo que parece que el Tribunal, en caso de que en algún momento reconociese tal derecho, lo haría en su versión mínima (tener un techo). Hasta qué punto esa posible cobertura sería efectiva es una discusión que aquí no será abordada, pero sobre la que sería conveniente reflexionar.

[24] Debido a las limitaciones presentes en la legislación eslovena, el TEDH consideró que las alternativas brindadas por las autoridades municipales (tanques de agua y la no intromisión en la instalación de fosas sépticas) habían cumplido con las expectativas de las obligaciones positivas. Aquí estoy de acuerdo con la opinión disidente de los jueces Pavli y Kuris en lo que se refiere a la aprobación de estas medidas como adecuadas por parte del Tribunal, extremo que encontró su razón de ser a través del uso de factores no homologables como la lejanía de los campamentos y el silencio sobre los obstáculos al suministro, así como por la ausencia del reconocimiento de la «fundamentalidad» de estos derechos (véase párrs. 12–13 del voto discrepante).

de extrema pobreza porque eran receptores de beneficios sociales que les permitían mantener un cierto nivel de subsistencia o, incluso, la mejora de sus propias condiciones de vida (párr. 149).

Desde mi punto de vista, aunque comparto con el Tribunal que los reclamantes no se encontraron en una situación tan extrema como la de *M.S.S.* o *R. R. y otros*, el Tribunal perdió una buena oportunidad para reconocer la «fundamentalidad» de estos derechos en el adecuado y correcto funcionamiento del conjunto de los derechos convencionales. Este reconocimiento, más allá de que precisaría de una flexibilización de los diferentes *minimum levels of severity* que hemos venido examinando (*serious threat, serious deprivation* y *serious interference*), podría haberse llevado a cabo teniendo presentes las consecuencias adversas que el no adecuado acceso a dichos servicios genera sobre la satisfacción de las necesidades humanas básicas y el desarrollo humano en general, más si cabe respecto de aquellos individuos considerados por el propio Tribunal como particularmente vulnerables[25].

Recientemente, el Tribunal ha examinado un caso de mendicidad bajo la lupa del art. 8 CEDH que, aunque no versa sobre las obligaciones positivas, sí que merece ser objeto de análisis ya que versa sobre una de las manifestaciones más sangrantes de la pobreza.

Me refiero a *Lacatus c. Suiza*, de 19 de abril de 2021, en el que el TEDH examinó si la prohibición de mendigar prevista en la legislación suiza era acorde o no con el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el art. 8 CEDH. El Tribunal sostuvo que la extrema vulnerabilidad de la demandante (pobre, analfabeta, soledad, origen social) hizo que mendigar fuese el único medio a su alcance para intentar sobrevivir, por lo que el Estado se extralimitó en su «margen de apreciación» al prohibir esta actividad de forma generalizada sin valorar otras posibles alternativas menos lesivas (prohibiciones parciales, no sanciones penales…). Ello resultó, finalmente, en la violación del contenido del art. 8 CEDH. Sobre este caso me gustaría hacer algunas anotaciones.

Pese a que concuerdo con el Tribunal en que el Estado se extralimitó al prohibir la mendicidad, creo que este se podría haber pronunciado acerca de las alternativas (art. 12 de la Constitución Suiza) que el Estado reivindicó para avalar dicha prohibición. En este punto, a la luz del caso, el TEDH, casi con total seguridad, hubiese llegado a la conclusión de la inefectividad de dicha alternativa, es decir, del incumplimiento

[25] Un caso interesante vinculado con el acceso a la vivienda, aunque no fue resuelto bajo la lógica del art. 8 CEDH ni involucró a romaníes, es el asunto Garib c. Países Bajos, de 6 de noviembre de 2017, el cual suscitó mucha controversia en base a la negativa del Tribunal a no reconocer violado el derecho a la libertad de elección de la residencia de una reclamante que reclamó que su derecho se había visto vulnerado debido a que la legislación holandesa determinaba y limitaba su libertad de elección en base a sus recursos económicos.

de las obligaciones positivas. Esta ausencia denota el parcial rechazo por parte del TEDH a profundizar en el examen de cuestiones, también de carácter estructural, que influyen en el porvenir de los que peor se encuentran, extremo que parece reservarse únicamente a situaciones muy puntuales (por ejemplo, deficiencia del sistema de asilo o grupos particularmente vulnerables).

A ello hubiese ayudado, a mi modo de ver, que el Tribunal, que reconoció la (situación de) vulnerabilidad de la reclamante en base a su situación de pobreza (indigencia), hubiese abierto la puerta al reconocimiento de la discriminación debido a su origen social (factor que influyó en la consideración de su vulnerabilidad), fortuna o, incluso, cualquier otra situación (art. 14 CEDH)[26]. Igualmente, hubiese sido interesante, como señaló el juez Lemmens en su voto particular, haber abordado el asunto también desde la óptica del derecho a la libertad de expresión y el art. 3 CEDH.

Así las cosas, la protección contra la pobreza en el ámbito del art. 8 CEDH, de nuevo con Pribytkova (2019: 344–345), queda sometida al cumplimiento de algunos requisitos: en primer lugar, que esté prevista la obligación positiva para el Estado de asegurar un «estándar decente de vida» que, como hemos visto, en algunas ocasiones se queda más en simple retórica que en un verdadero hecho real y efectivo; en segundo lugar, que el impacto de la *serious interference* sobre estos derechos sea tan alto que cumpla con el «nivel de severidad» al efecto; y, en tercer lugar, que se tenga en cuenta el *fair balance* entre los intereses de los individuos y los de la comunidad, donde el «margen de apreciación» del que gozan los Estados es, a mi parecer, excesivamente amplio.

### 4.2. Comentarios a la doctrina jurisprudencial: potencialidad e insuficiencias

Antes de ahondar en el núcleo que refiere el título de este apartado, aludiré, brevemente, a algunos aportes jurisprudenciales que aquí no he tratado, pero que, considero, merecen cierta atención. En este sentido, no quiero dejar de señalar las contribuciones provenientes de los arts. 14 CEDH y 1 del Protocolo Adicional Primero al CEDH[27].

---

[26] En el siguiente apartado explico el potencial que el propio Tribunal ha reconocido, en materia de acciones afirmativas, a este art. 14 CEDH. La situación de vulnerabilidad (temporal) de la víctima también fue reconocida en R.M.S., la cual tampoco se la consideró perteneciente a ningún colectivo particularmente vulnerable, pero donde podría haberse, igualmente, examinado el caso bajo alguna de estas categorías de no discriminación. Estas categorías son interpretables en favor de diferentes factores, así como no son una lista taxativa y cerrada.

[27] Otros artículos, como el 6 y el 13 CEDH, también contienen algunas aportaciones que convendría no desechar. Por destacar un ejemplo muy reciente, véase el asunto Camara c. Bélgica, de 18 de julio de 2023, donde el TEDH consideró vulnerado el art. 6 CEDH como

En lo que respecta al art. 14, donde se dispone la prohibición general de discriminación —aunque, conviene recordar, su operatividad viene determinada por su relación de dependencia con respecto al resto de derechos convencionales— la jurisprudencia del Tribunal ha sido constante en recordar que «[…] *that provision not only does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct "factual inequalities" between them but, moreover, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of Article 14*» (*Yordanova y otros*, párr. 129). Esta reflexión avala la posibilidad de llevar a cabo lo que se ha denominado como «trato diferencial».

En la literatura especializada en el tema, este enfoque diferencial implica la posibilidad (gradual) de adopción de medidas de carácter inmediato (acciones afirmativas) y de medidas de desarrollo progresivo (medidas en pro de la igualdad). Ello supone un escalonado desarrollo de este tipo de medidas con el objetivo de intentar revertir las desigualdades sociales, lo que supone, en última instancia, un reconocimiento integral del principio de igualdad y no discriminación (ius cogens). Esta comprensión dual del artículo (igualdad formal e igualdad sustantiva) ostenta singular importancia, ya que abre la puerta al análisis, examen y corrección de los (o algunos) factores estructurales que promueven situaciones de desequilibrio (intenso) entre las personas.

Con respecto al art. 1 del Protocolo Adicional Primero, la jurisprudencia del Tribunal ha ampliado la noción de «bienes» (*posessions*) a algunas prestaciones sociales (contributivas y no contributivas), lo que ha supuesto que estas queden cubiertas por la protección de las garantías del derecho a la propiedad. Los principales ámbitos en los que se ha consagrado esta protección han sido los de la vivienda social, las pensiones y los beneficios sociales para los desempleados, lo que ha repercutido en que las reducciones, denegaciones o anulaciones de este tipo de prestaciones acaben declarándose, dependiendo del caso, como una interferencia en el disfrute pacífico de las mismas (Lavrysen, 2015: 300–301).

El Tribunal ha insistido en que este derecho no implica un derecho concreto a adquirir propiedad alguna, sino que implica un examen bajo la lupa de los criterios del «justo equilibrio» y del reconocimiento en la legislación estatal de tales prestaciones (Pérez Alberdi, 2011: 98–99; López Guerra, 2015: 402–403; Bonet Pérez, 2016: 171–172; Morte Gómez, 2018: 552–553; Pribytkova, 2019: 345–346; Herreros López, 2023). Esta protección bajo el derecho de propiedad supone una garan-

---

consecuencia de la negativa de las autoridades belgas a cumplir la orden judicial que les obligaba a proveer de los servicios de alojamiento y asistencia material al reclamante (solicitante de asilo). Este incumplimiento dio lugar a que el demandante pasara meses en situación de calle.

tía, desde luego, nada desdeñable para la salvaguarda contra (el riesgo de) la pobreza y la exclusión social.

Una vez apuntados estos aspectos, prestemos atención a las que, a mi parecer, son las principales potencialidades y los límites de la jurisprudencia del TEDH en relación con la pobreza.

Por un lado, entre las potencialidades, encontramos, en primer lugar, que la extensión del contenido de los artículos convencionales contribuye a resaltar la imperiosa necesidad de garantizar algunas garantías socioeconómicas para el adecuado, efectivo y real funcionamiento de los derechos convencionales. Ello refuerza, sin lugar a duda, la visión interdependiente e indivisible de los derechos humanos y la sensación (realista) de que el Convenio, por medio de la labor del Tribunal, promueve la defensa (en algún grado) del *freedom from poverty*.

En segundo lugar, el uso del concepto de «grupo (particularmente) vulnerable» juega un papel realmente decisivo. Como han señalado Peroni y Timmer (2013: 1065), ha sido a través de este concepto, que el TEDH ha conseguido poner el foco de atención sobre algunos factores (sociales, políticos, económicos, jurídicos) que repercuten en el péndulo *maldistribution–misrecognition*[28], aunque en la mayoría de las ocasiones este ha sido abordado de forma separada.

Algunas de las reflexiones apuntadas a lo largo del examen de casos transitan en la dirección de intentar mostrar las dificultades que implican que estas se analicen de forma aislada o que, directamente, ni se analice alguna de ellas. En la mayoría de las ocasiones, una carencia de recursos o medios materiales implica, igualmente, problemas en el espacio del reconocimiento, lo que puede acabar dando pie a situaciones de estigmatización, vergüenza y aislamiento. El TEDH, que parece ser consciente de este riesgo cuando apela a la «protección especial», debería de adoptar, en este sentido, un punto de vista más profundo que conecte con ese péndulo.

En tercer lugar, el Tribunal ha ido desarrollando, con el paso del tiempo, distintos «umbrales» que conforman su razonamiento jurisprudencial, y eso ha sido algo positivo, ya que le ha permitido poder abordar algunos casos de injusticia social. Pese a que estos umbrales, como ya se apuntó, no son excesivamente claros, sí que permiten hacerse una idea del tipo de situaciones que captan la atención del Tribunal (*serious threat*, *serious deprivation* y *serious interference*), aunque, en ocasiones, los vaivenes de la doctrina jurisprudencial flexibilizan e, incluso, nivelan demasiado a la baja tales umbrales (recuérdese lo apuntado en *Hudorovic y otros*).

---

[28] Para un uso similar del término, véase Ganty (2020). El origen de este término se encuentra en la obra de la filósofa política Nancy Fraser.

Asimismo, los casos examinados muestran que el TEDH acoge distintos tipos de situaciones en relación con la pobreza.

Por un lado, aquellas vinculadas con una dimensión de privación absoluta y que se corresponden con: 1) situaciones de extrema pobreza donde existe una clara privación absoluta de algunas áreas vitales fundamentales (*Nencheva y otros*, *M.S.S. y Lacatus*); 2) situaciones de privación absoluta en algún espacio considerado tan sumamente importante (alimentación) que causa el mismo (o muy similar) tipo de sufrimiento que si se viese afectado en más de un área vital fundamental (*R. R. y otros*).

Por otro lado, aquellas que se corresponden con: 1) situaciones de privación o carencia relativa que terminan convirtiéndose en una privación absoluta en algún área fundamental o particularmente importante (*R.M.S.* y *Wallová y Walla*) o, incluso, de la propia vida (*Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk*); 2) situaciones en las que una privación relativa en una o más áreas queda asociada con un estilo de vida particular no convencional y que, por diversos motivos, puede acabar suponiendo una privación absoluta en una o más áreas vitales fundamentales, así como acabar dañando ese estilo de vida (*Yordanova y otros*, *Winsterstein y otros*, *Hirtu y otros c. Francia*, y *Hudorovic y otros*).

Finalmente, a diferencia de Pribytkova (2019: 336–337), aunque estoy de acuerdo en que el TEDH no da una definición concreta de pobreza, sí que refiere algunas alusiones que pueden ayudar a hacernos una idea del tipo de noción(es) presente(s) en sus razonamientos. Los casos vinculados con la extrema pobreza se han entendido por parte de este como la imposibilidad de satisfacer aquellas necesidades (más) básicas (needs) esenciales para la conservación de la vida humana y para un ejercicio mínimo de los derechos humanos (alimentación, vivienda y tratamiento médico esencial).

En los asuntos concernientes a individuos considerados como particularmente vulnerables, la satisfacción de dichas necesidades tiene que ir acompañada del requisito de «protección especial» (por ejemplo, reconocimiento del concepto autónomo de home). El espacio de las needs también acoge aquellos casos de privación relativa–absoluta a los que me he referido anteriormente.

En lo que respecta a otras situaciones de pobreza más moderada o general, aunque es cierto que no contamos con suficientes elementos para un análisis profundo (solamente Budina y los casos vinculados al art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH), me atrevería a aventurar que el Tribunal la entiende en términos de *necessities*, es decir, con la carencia o privación en el acceso y disfrute de aquellos otros servicios o bienes básicos que tienen igual importancia para el adecuado desarrollo de la vida humana, pero que, a ojos del Tribunal, parecen no ser considerados

como tan elementales (vestimenta, servicios culturales y sanitarios…)[29]. Las *necessities* serían una cuestión de derechos sociales, mientras que las needs se asocian con las garantías protegidas. Aquí, claramente, entran en juego los criterios absoluto (*needs*) y relativo (*necessities*) de la pobreza.

Por otro lado, entre las limitaciones jurisprudenciales, trascendiendo el escollo del contenido convencional, sostengo, al igual que García Manrique (2020: 300), que la principal insuficiencia es la ausencia de un criterio adecuado en el que pudiesen concurrir todas las garantías socioeconómicas y sustituyese a los *minimum levels of severity* tan exigentes dispuestos hasta el momento[30]. En otras palabras, el Tribunal, que cuenta con las herramientas y la habilidad jurídica, así como con la oportuna experiencia, debería de confeccionar un verdadero «mínimo garante»[31] en el que poder aglutinar toda su tarea de especificación jurisprudencial elaborada a lo largo de todos estos años.

En este sentido, este «mínimo garante», que no debería conformarse con un «suficientarianismo desconectado»[32] ni pretender alcanzar una igualdad completa, permitiría contar con un criterio o estándar de interpretación que ayudase a identificar, comprender y resolver de una mejor forma los casos en los que la situación de pobreza sea un factor central o considerable. Entonces, este criterio, que tiene por principal objetivo la salvaguarda y garantía de la dignidad humana, tendría, además, que ser lo suficientemente amplio como para cumplir con el principio de que los derechos han de ser «reales y efectivos» y ser sensible a la realidad del momento.

---

[29] Conviene señalar que Pribytkova, pese a que no resulta del todo clara, también se refiere a *necessities* como *other needs*, aunque el contenido de ambas alude a derechos sociales vinculados a las necesidades básicas y más allá del espacio de las garantías socioeconómicas. Para más información, véase Pribytkova (2019: 351–352).

[30] Los aspectos de *serious threat*, *serious deprivation* y *serious interference* deberían de seguir siendo totalmente operativos, ya que dan cuenta de la esencia del daño o de la privación al efecto.

[31] Véase López Guerra (2015: 404–405), que ha denominado a esto «garantía de un nivel mínimo de bienestar».

[32] Un ejemplo lo encontramos en el caso Hudorovic y otros, donde, como sostuvieron los jueces Pavli y Kuris en su voto disidente, resulta muy complicado de entender y de justificar cómo es posible que el Tribunal haya podido considerar que situaciones de contaminación acústica u olores desagradables hayan supuesto una afectación del contenido del art. 8 CEDH y no así el inefectivo acceso al agua potable y el saneamiento. A esto hay que añadir el peligro de conformar lo «suficiente» en un nivel umbral demasiado bajo e, incluso, como en tal contencioso, con fuertes indicios de un trato inequitativo (si lo «suficiente» para la mayoría de los vecinos del pueblo era el acceso efectivo al agua potable y el saneamiento, para la comunidad de romaníes lo fue el acceso inefectivo a través de la provisión de tanques de agua y fosas sépticas). Casal (2007) expone desde el ámbito de la teoría política los principales aspectos de los límites y las potencialidades del «suficientarianismo», así como hace suya la reflexión de que la suficiencia importa, pero no resulta del todo suficiente.

Pese a lo anterior, un asunto que resulta del todo controvertido es el de precisar el contenido de ese «mínimo garante». Lo primero que hay que apuntar es que este no ha de ser ni rígido ni estático, sino que debería de ser flexible y abierto a la realidad social del momento. Cada sociedad o región ostenta sus propias particularidades y cuenta con diferentes mecanismos y recursos, extremos que son determinantes a la hora de intentar elaborar y aplicar un requisito como el que aquí se propone. Pese a ello, resulta del todo posible señalar la importancia de algunos elementos o áreas determinantes y compartidas para la garantía de un adecuado desarrollo humano. Este sentido es el que apuntan artículos como el 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el 30 de la Carta Social Europea (CSE), que pueden sintetizarse en el «derecho a un nivel de vida adecuado».

El art. 30 CSE es una disposición única y exclusiva a nivel internacional que consagra la protección contra la pobreza y la exclusión social, y en la que el TEDH podría apoyarse para la elaboración de este «mínimo garante» planteado. Este artículo, que consagra « […] el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica […]» brinda dos importantes ventajas.

En primer lugar, no supondría un ejercicio de interpretación excesivamente complicado al encontrarse consagrado dentro del sistema europeo, así como reforzaría la visión sistémica de los derechos humanos, que no es ajena al TEDH (interdependencia e indivisibilidad, sinergias con el CEDS…). En segundo lugar, la expresión «el acceso efectivo, en particular […]» cumple con los requisitos de flexibilidad y apertura aludidos, lo que daría lugar a la posibilidad de introducir otros elementos o áreas igualmente importantes. A mi modo de ver, los Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos (2012) es el texto internacional más elaborado en el que debería de inspirarse una tarea como la que aquí se propone[33].

Pero, ahora toca responder a la siguiente cuestión: ¿Cómo podría saber el Tribunal que ese criterio no ha sido respetado y que, por tanto, se activa una demanda de derechos humanos (urgente)?

El «criterio de adecuación» desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante CESCR por sus siglas en inglés) ayudaría a responder esta cuestión, ya que cobija los «elementos esenciales» (accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad) y las «obligaciones básicas» im-

[33] En un plano normativo, la lista de las «capacidades centrales» de Nussbaum (2012a; 2012b) completa aún más el contenido de estos Principios Rectores, ya que incorpora áreas como la del ocio o la relación con la naturaleza (medioambiente) que son igualmente importantes.

postergables para cumplir correctamente con el nivel umbral adecuado de un «mínimo garante»[34] (Parra Vera, Villanueva Hermida y Enrique Martin, 2008: 154–155; Pribytkova, 2019).

Este criterio desarrollado por el CESCR, además, previene contra el riesgo advertido de un «suficientarianismo desconectado», ya que prescribe que algunas medidas han de ser decididamente igualitarias y no conformarse con la suficiencia (por ejemplo, el acceso igualitario al derecho al agua y saneamiento). Ello agrega que, a través de la lógica de las «obligaciones inmediatas» y de las «obligaciones progresivas», este criterio logre la entrada de un marco de actuación en consonancia con una perspectiva suficientaria–prioritarista–igualitaria. Esta perspectiva facultaría para conocer de situaciones de privación absoluta y relativa, aunque estas últimas quedarían limitadas a aquellas que pudiesen acabar o corriesen el riesgo de acabar convirtiéndose en absolutas[35].

Asimismo, este mínimo no debería de depender de la previsión de salvaguarda y promoción en la legislación doméstica y tendría que comprimir, no anular, el margen de apreciación del que gozan los Estados. Tal y como señala La Barbera (2019: 252), esto fortalecería la adopción de las medidas reparatorias concretas que el Tribunal podría dictar a la hora de intentar paliar los efectos de este problema social[36].

En segundo lugar, el TEDH debería de tratar de abordar conjuntamente, en los casos que así lo requieran, el péndulo *maldistribution–misrecognition*. Aunque la elaboración de este mínimo ayudaría mucho en esta tarea, este no consigue captar completamente las complejas conexiones que se dan entre las esferas de la distribución material y del

---

[34] Sobre la lógica de las obligaciones internacionales y los «elementos esenciales», así como el conjunto de las Observaciones Generales del CESCR, se podría apoyar el TEDH. Igualmente, encuentro algunas aportaciones relevantes en este aspecto: 1) siguiendo a Alkire, Kövesdi, Scheja y Vollmer (2023), los análisis y estudios vinculados a la medición de la pobreza multidimensional, tanto en su versión absoluta como en la flamante versión moderada, cuentan con una importante dosis de realidad de indicadores que alertan sobre situaciones de pobreza indignas; 2) el TEDH podría fijarse en la labor de la Corte IDH a la hora de identificar niveles mínimos esenciales, tal y como muestra Courtois (2020: 20) con respecto al derecho a la salud. Igualmente, la observación de Pelayo Möller (2012: 44 y ss.) sobre la experiencia de la Corte Constitucional Colombiana a la hora de definir los elementos necesarios de un «mínimo vital» para un tratamiento acorde con la enfermedad VIH podría resultar de ayuda. En esta obra el autor también referencia el «mínimo de existencia» elaborado por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

[35] Ello daría lugar a algo así como el «colectivo» o, en palabras de Courtois (2010: 114–115) «agrupado» de los pobres, que encontraría su punto de apoyo en las categorías de «origen social», «fortuna» o «cualquier otra situación» del art. 14 CEDH, y supondría una «protección especial» en base a la situación de privación o desventaja sufrida.

[36] Discutir este (o estos posibles) mínimo (o mínimos) es un tema que debería estar presente de manera urgente en la agenda del llamado «diálogo entre tribunales» (Corona Macías, 2022). Este diálogo debería de extenderse a las cortes nacionales con el objetivo de, como destaca García Roca (2019: 34), llevar a cabo la «europeización de las jurisdicciones constitucionales», al estilo del «control de convencionalidad» interamericano.

reconocimiento. En este sentido, la herramienta de la «interseccionalidad» sería de gran ayuda, además de que goza de una considerable salud en el ámbito de los *Legal Studies* (La Barbera, 2017; 2019: 249–252; La Barbera y Wences Simón, 2023) y no resultaría ajena a la dinámica jurisprudencial europea (Barranco Avilés, 2021; Frías, 2022)[37].

Algunos de los principales casos que hemos examinado en materia de pobreza, tales como *M.S.S.*, V. M. y otros y *Hudorovic y otros*, han dejado de lado el análisis de posibles factores discriminatorios que, si se hubiesen examinado, tal vez, podrían haber resultado determinantes o complementarios para una mejor comprensión de las distintas situaciones de pobreza abordadas.

Para finalizar, con base en los posibles riesgos que la doctrina alerta sobre el uso de la noción de «grupo (social) vulnerable» (Fineman, 2008; 2013; Peroni y Timmer, 2013, entre otros), considero que el TEDH debería intentar plantear las situaciones de pobreza más en clave del lenguaje de las capacidades que en el de las necesidades[38], debido a que, como sostiene Anderson (1994: 337), «cuando se proporciona ayuda para satisfacer las necesidades de los asistidos sin tener en cuenta sus capacidades, estas resultan a menudo socavadas o debilitadas por la abrumadora asistencia del donante».

El Tribunal podría encontrar una buena base de apoyo en los informes del PNUD, en el trabajo de la Relatoría Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos y, más cerca de su labor, en la reciente línea jurisprudencial sobre pobreza adoptada en la Corte IDH[39].

## 5. CONCLUSIONES

Este capítulo ha tenido como principal objetivo mostrar cómo se analizan, abordan y resuelven por parte del TEDH los principales contenciosos en relación con la pobreza. A través del estudio de la doctrina jurisprudencial se han abordado las que he considerado sus principales potencialidades e insuficiencias, tarea a la que se ha sumado la modesta

---

[37] Aunque este criterio está vinculado a la categoría del «género», la Corte IDH ha planteado, recientemente, la posibilidad de su extensión a otros ámbitos más allá de este o en el que no esté presente (véase, Corte IDH (2020). Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares).

[38] Véase Lavrysen (2015), que también ha trabajado en este sentido.

[39] Con respecto a los informes del PNUD, pueden verse todos aquellos vinculados con la pobreza desde los años noventa en adelante. En lo que se refiere a la Relatoría, su máxima expresión se encuentra en los «Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos», aunque buena parte de los informes temáticos anuales, especialmente desde el mandato de Magdalena Sepúlveda, adoptan este parecer. En último lugar, para la reciente línea jurisprudencial en materia de pobreza en la Corte IDH, remito a Martinón Quintero (2023).

intención de brindar algunas posibles rutas complementarias para su mejora.

Antes de todo ello, se señaló, en el segundo apartado, las distintas nociones contemporáneas de pobreza a través de la lupa del criterio multidimensional. En el tercer apartado, se pusieron encima de la mesa algunas razones para avalar la defensa del enfoque de derechos humanos como paradigma de abordaje y afrontamiento de la pobreza. La dinámica jurisprudencial del Tribunal, se sostuvo, es un tipo de aplicación concreta de este enfoque de derechos humanos, que tiene su razón de ser en la exigibilidad, protección y garantía de estos derechos.

En definitiva, este trabajo no ha tenido otra intención que la de sumarse al análisis de la labor del TEDH en lo que respecta a la pobreza, la cual, en ocasiones, se la ha definido como una «revolución silenciosa» (Timmer, 2013), e intentar arrojar algo de luz sobre dicha tarea. A mi modo de ver, el análisis de casos llevado aquí a cabo infiere que conviene ser prudentes a la hora de catalogar a la misma en tales términos.

Es verdad que las funciones y el alcance del Tribunal están limitados por las decisiones legislativas y políticas, y que deberían de llevarse a cabo cambios importantes en estos ámbitos —tales como la sobrecarga de casos a tratar, la mayor dotación de medios y recursos, ampliación de los derechos convencionales, el temor a que los Estados limiten más su labor, la creación de una sección social en el seno del TEDH o dotar con igual fuerza al CEDS—, pero no es menos cierto que este órgano, en el nivel umbral mínimo aludido, debería de reforzar más su compromiso con los que están «peor situados» (Cortina, 2017), por la simple razón de que la pobreza es un conjunto de situaciones contrarias a la dignidad humana, es decir, al acceso y disfrute de los derechos humanos.

Debido a lo anterior, sus esfuerzos deberían centrarse en especificar un criterio de «mínimo garante» de satisfacción de una serie de garantías centrales como al que se ha hecho referencia, con el objetivo de argumentar en favor de un núcleo multidimensional lo suficientemente amplio como para no defraudar ni resultar inefectivo, dotar de mayor fuerza al «principio de efectividad» en consonancia con el criterio del margen de apreciación y las medidas reparatorias para combatir las exclusiones que generan las situaciones de pobreza (Villoro, 2000) y, por último, ampliar el «principio de conexión» hacia otras garantías socioeconómicas (y abrirse a otras como las culturales, formativas, educativas, ambientales, etcétera).

En un continente como el europeo, que cuenta con unas tasas altas de desarrollo social y económico a nivel mundial, continúa habiendo gente privada de sus capacidades más elementales. En este sentido, la doctrina jurisprudencial, como ya ha demostrado, tiene el potencial

para adaptar, aunque sea en un «nivel mínimamente adecuado», los derechos humanos a la realidad social de la que forma parte. El respeto por la dignidad humana se encuentra en el núcleo de los derechos humanos y, hoy más que nunca, se necesita reivindicar esta igual consideración y respeto por los demás para atajar uno de los mayores desafíos de nuestras democracias: la pobreza.

## 6. BIBLIOGRAFÍA


Abramovich, V. y Courtis, C. (2014), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta.

Alkire, S., Kövesdi, F., Scheja, E. y Vollmer, F. (2023), «Moderate Multidimensional Poverty Index: Paving the Way Out of Poverty», *Soc Indic Res*, 168: 409–445. Disponible en: *https://doi.org/10.1007/s11205-023-03134-5*.

Anderson, M. B. (1994), «El concepto de vulnerabilidad: más allá de la focalización en los grupos vulnerables», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 19 (124): 336–341.

Al Tamimi, Y. (2016), «The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights», *European Journal of human rights*, 5: 561–583. Disponible en *https://hdl.handle.net/1814/50685.*

Álvarez Vélez, M. I. y Rey Pérez, J. L. (2015), *Derecho y pobreza*, Thomson Reuters Aranzadi.

Barcelona, J. (2017), «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pobreza», *Ius Fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico–jurídicos*, 20: 323–370.

Barranco Avilés, M. C. (2021), «Interseccionalidad y discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en la Spina, E.; Cruz Ayuso, C. de la y Morondo Taramundi, D. (coords.), *Desigualdades complejas e interseccionalidad. Una revisión crítica,* 165–184, Dykinson.

Bayón, J. C. (2000), «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones,* 1: 65–94. Disponible en *https://doi.org/10.52292/j.dsc.2000.2378*.

Bilchitz, D. (2017), *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos,* Madrid, Marcial Pons.

Bobbio, N. (1991), *El tiempo de los derechos*, Sistema.

Boltvinik, J. (1990), *Pobreza y necesidades básicas. Conceptos y métodos de medición*, Proyecto regional para la superación de la pobreza del PNUD.

Bonet Pérez, J. (2016), «La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 35: 137–183. Disponible en *http://hdl.handle.net/10016/24922*.

Bouazza Ariño, O. (2021), «La doctrina de los conceptos autónomos en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 212: 221–238.

Boyle, K. (2018), *Models of Incorporation and Justiciability for Economic, Social and Cultural Rights*, Scottish Human Rights Commission.

— (2020), *Economic and Social Rights Law. Incorporation, justiciability and principles of adjudication*, Routledge.
Casal, P. (2007), «Why Sufficiency Is Not Enough», *Ethics*, 117 (2): 296–326. Disponible en *https://doi.org/10.1086/510692*.
Contreras Peláez, F. J. (1994), *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*, Tecnos.
Corona Macías, L. A. (2022), «El diálogo entre tribunales, la nueva vía para la justicia multinivel en derechos humanos», en Magallanes Ramírez, E. y Rivera Camacho, S. M. (coords.) y Hernández Barrón, A. y Chávez Cervantes, J. (dirs.), t. xxii, *Actualidad y Derechos Humanos,* Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco e Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli, pp. 161–185.
Cortina, A. (2017), *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós.
Courtis, C. (2010), «Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación», *Revista Derecho del Estado*, 24: 105–142. Disponible en *https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/422*.
— (2020), «Prólogo», en Morales Antoniazzi, M.; Ronconi, L. y Clérico, L. (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH,* Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 15–23.
Delgado Rojas, J. I. (2020), «Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 43: 241–271. Disponible en *https://doi.org/10.14679/1185*.
De Lucas, J. y Añón Roig, M. J. (1990), «Necesidades, razones, derechos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7: 55–81. Disponible en *https://doi.org/10.14198/DOXA1990.7.03*.
Dieterlen, P. (2003), *La pobreza: un estudio filosófico*, Universidad Nacional Autónoma de México.
Doyal, L. y Gough, I. (1994), *Teoría de las necesidades humanas*, ICARIA: FUHEM, D.L.
Dworkin, R. (2012), *Los derechos en serio*, Ariel.
Faur, E. (2008), «La pobreza como problema de derechos humanos. Nuevas orientaciones para históricas privaciones», *Revista IIDH*, 47: 165–182. Disponible en *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23827.pdf.*
Fernández Blanco, C. y Pereira Fredes, E. (2021), *Derecho y pobreza*, Marcial Pons.
Fineman, M. A. (2008), «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», *Yale Journal of Law and Feminism*, 20 (1): 1–23. Disponible en *https://ssrn.com/abstract=1131407*.
— (2013), «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», en Fineman, M. A. y Grear, A. (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics,* Routledge, pp. 13–27.
Flegar, V. (2016), «Vulnerability and the principle of non–refoulement in the European Court of Human Rights: towards an increased scope of protection for persons fleeing from extreme poverty?», *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 8 (2): 148–169. Disponible en *https://ssrn.com/abstract=2737302.*

Frías, M. (2022), «La interseccionalidad de la discriminación por razones de raza, etnia y género», proyecto *Convivir sin discriminación: un enfoque basado en los derechos humanos y la perspectiva de género*. Disponible en *https://vivre-ensemble.ma/*

Ganty, S. (2020), «Poverty as Misrecognition: What Role for Anti–discrimination Law in Europe?», *EUI Department of Law Research Paper*, 12: 1–34. Disponible en *https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3715003*.

García Manrique, R. (2020), «La erradicación de la pobreza: una cuestión de derechos civiles», *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 10 (1): 292–304.

García Roca, J. (2019), *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi.

Garzón Valdés, E. (1989), «Representación y democracia», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (6): 143–163. Disponible en *https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.07*.

Grear, A. (2007), «Challenging Corporate "Humanity": Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights», *Human Rights Law Review*, 7 (3): 511–543. Disponible en *https://doi.org/10.1093/hrlr/ngm013*.

Habermas, J. (2010), «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Dianoia: anuario de Filosofía*, 55 (64): 3–25.

Herreros López, J. M. (2023), «La protección de las prestaciones sociales de carácter económico en la jurisprudencia del TEDH a través del artículo 1 del protocolo núm. 1», *CEDH. Revista Española de Derecho Europeo*, 86: 41–72. Disponible en *https://doi.org/10.37417/REDE/num86_2023_1444*.

Imbert, P. H. (1989). «Droit des pauvres, pauvre(s) droit(s)? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels», *Revue de Droit Public et de la Science Politique,* 3: 739–754.

Kant, I. (2005), *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos.

La Barbera, M. (2017), «Interseccionalidad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 12: 191–198. Disponible en *https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3651*.

— (2019), «La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62: 235–257. Disponible en *https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.07*.

La Barbera, M. y Wences Simon, I. (2023). «"Mujeres", "Género" e "Interseccionalidad" en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances, límites y perspectivas», en Montalván–Zambrano, D. e Wences, I. (coords.), *La justicia detrás de la justicia. Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Marcial Pons, pp. 75–99.

Lavrysen, L. (2015), «Strengthening the protection of human rights of persons living in poverty under the ECHR», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 33 (3): 293–325. Disponible en *https://doi.org/10.1177/016934411503300303.*

López Guerra, L. (2015), «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 36: 399–414. Disponible en *https://doi.org/10.5944/trc.36.2015.16066*.

— (2018), «La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 42: 111–130. Disponible en *https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23649*.

Martinón Quintero, R. (2023), «Pobreza y derecho internacional: la aportación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en Montalván–Zambrano, D. e Wences, I. (coords.), *La justicia detrás de la justicia. Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Marcial Pons, pp. 147–175.

Maurino, G. (2007), «Pobreza y Discriminación: la protección constitucional para los más humildes», en Alegre, M. y Gargarella, R., (eds.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario,* LexisNexis, pp. 313–343.

Max–Neef, M., Elizalde, A. y Hopenhayn, M. (2010), *Desarrollo a escala humana. Opciones para el futuro*, Biblioteca CF + S. Disponible en *http://habitat.aq.upm.es*.

Mestre i Mestre, R. M. (2016), «La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 33: 113–132. Disponible en *https://doi.org/10.7203/CEFD.33.8249*.

Montalván–Zambrano, D. J. (2020), «Justicia ecológica», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18: 179–198. Disponible en *https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5272*.

— (2023), «Redefiniendo lo humano: la protección de la naturaleza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en Montalván–Zambrano, D. e Wences, I. (coords.), *La justicia detrás de la justicia. Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Marcial Pons, pp. 259–283.

Morte Gómez, C. (2018), «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 42: 551–568. Disponible en *https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23646*.

Moyn, S. (2019), *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Tirant Lo Blanch.

Nino, C. S. (1990), «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7: 21–34. Disponible en *https://doi.org/10.14198/DOXA1990.7.01*.

Nussbaum, M. (2005), *Capacidades como titulaciones fundamentales. Sen y la justicia social*, Universidad Externado de Colombia.

— (2007), *Las Fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós.

— (2012a), *Las mujeres y el desarrollo humano*, Herder.

— (2012b), *Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Paidós.

Parra, Ó., Villanueva Hermida, M. Á. y Enrique Martín, Á. (2008), *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Pelayo Möller, C. M. (2012), «El "mínimo vital" como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista electrónica métodhos*, 3: 32–51. Disponible en *https://revistametodhos.cdhcm.org.mx/index.php/numero-3*.

Pérez Alberdi, M. R. (2011), «La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, 1: 93–105.

Pérez Goldberg, P. (2021), *Las mujeres privadas de libertad y el enfoque de las capacidades*, Ediciones Der.

Peroni, L. y Timmer, A. (2013), «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4): 1056–185. Disponible en *https://doi.org/10.1093/icon/mot042*.

Pinto, M. (2008), «Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza», *Revista IIDH*, 48: 43–62.

— (2009), «Integralidad de los derechos humanos. Exigibilidad de los derechos colectivos y acceso a la justicia de las personas en condición de pobreza», *Revista IIDH*, 50: 53–71.

Pribytkova, E. (2019), «Protection from poverty in the European Court of Human Rights», en Gaisbauer, H. P.; Schweiger, G. y Sedmak, C. (eds.), *Absolute Poverty in Europe. Interdisciplinary perspectives on a hidden phenomenon,* Policy Press, pp. 335–396.

Ribotta, S. (2008), «Necesidades y Derechos: un Debate no Zanjado sobre Fundamentación de Derechos (Consideraciones para Personas Reales en un Mundo Real)», *Jurídicas. Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales*, 5 (1): 29–56. Disponible en *https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/juridicas/article/view/5650.*

— (2011), «Necesidades, Igualdad y Justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas», *Revista Derechos y Libertades*, II (24): 259–299. *http://hdl.handle.net/10016/16151*.

Rorty, R. (1998), «Human Rights, Rationality, and Sentimentality», *Headline Series*, 318: 116–127.

Salmón G, E. (2007), «El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos», *Sur–Revista Internacional de Derechos Humanos*, 7: 151–177. Disponible en *http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000200007.*

Sen, A. (1985), «A Sociological Approach to the Measurement of Poverty: A Reply to Professor Peter Townsend», *Oxford Economic Papers*, 37 (4): 669-676. Disponible en *https://www.jstor.org/stable/2663049.*

— (1997), *Human Rights and Asian Values*, The New Republic.

— (2000), *Desarrollo y Libertad*, Planeta.

— (2010), *La idea de la justicia*, Taurus.

— (2021), *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza Editorial.

Spicker, P. (2013), *Poverty and social security: concepts and principles*, Routledge.

Talavera Fernández, P. (2019), «El buen camino hacia el fin de la pobreza. Del paradigma monetarista al enfoque de derechos humanos», *Scio. Revista de Filosofía*, 17: 131–168. Disponible en: *https://revistas.ucv.es/scio/index.php/scio/article/view/515*.

— (2020), «El fin de la pobreza: ¿una cuestión de planificación económica o de garantía de derechos humanos?» en Talavera, P. (coord.), *Sobre pobreza y derecho,* Tirant lo Blanch, pp. 23–64.

Timmer, A. (2013), «A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights», en Fineman, M. y Grear, A. (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics,* Routledge, pp. 147–170.

Townsend, P. (1979), *Poverty in the United Kingdom. A survey of household resources and standards of living*, Peregrine Books.

— (2003), «La conceptualización de la pobreza», en Boltvinik, J. (coord.), *Pobreza: desarrollos conceptuales y metodológicos*, *Comercio Exterior*, 5 3 (5): pp. 445–452.

Truscan, I. (2013), «Considerations of vulnerability: from principle to action in the case law of the European Court of Human Rights», *Retfaerd Årgang* 36, 3 (142): 64–83.

Urueña, R. (2013), «Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina», *Revista Derecho del Estado*, 30: 301–328.

Verdiales López, D. M. (2019), «Los derechos humanos en las estrategias de erradicación de la pobreza: Agenda 2030», *Cuadernos de Política Exterior Argentina (Nueva Época)*, 130: 7–19.

Villoro, L. (2000), «Sobre el principio de la injusticia: la exclusión (VIII Conferencias Aranguren, 1999)», *Isegoría*, 22: 103–142. Disponible en *https://doi.org/10.3989/isegoria.2000.i22.524*.

Von Bogdandy, A. y Urueña, R. (2020), «International Transformative Constitutionalism in Latin America», *The American Journal of International Law*, 114 (3): 403–442. Disponible en *https://doi.org/10.1017/ajil.2020.27.*

## 6.1. Decisiones y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Airey contra Irlanda, Sentencia de 9 de octubre de 1979, demanda núm. 6289/73.

O'Rourke contra Reino Unido, Decisión de 26 de junio de 2001, demanda núm. 39022/07.

Nitecki contra Polonia, Decisión de 21 de marzo de 2002, demanda no. 65653/01.

Larioshina contra Rusia, Decisión de 23 de abril de 2002, demanda núm. 56869/00.

Moldovan y otros contra Rumania, núm. 2, Sentencia de 12 de julio de 2005, demandas núms. 41138/98 y 6432/01.

Wallová y Walla contra República Checa, Sentencia de 26 de octubre de 2006, demanda núm. 23848/04.

Budina contra Rusia, Decisión de 18 de junio de 2009, demanda núm. 45603/05.

M. S. S. contra Grecia y Bélgica, Sentencia de 21 de enero de 2011 (Gran Sala), demanda núm. 30696/09.

Sufi y Elmi contra Reino Unido, Sentencia de 28 de junio de 2011, demandas núms. 8319/07 y 11449/07.

Popov c. Francia, Sentencia de 19 de enero de 2012, demandas núms. 39472/07 y 39474/07.

Yordanova y otros contra Bulgaria, Sentencia 24 de abril de 2012, demanda núm. 25446/06.

Ilbeyi Kemaloglu y Meriye Kemaloglu contra Turquía, de 10 de julio de 2012, demanda núm. 19986/06.
S. H. H. contra Reino Unido, Sentencia de 29 de enero de 2013, demanda núm. 60367/10.
Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk contra Turquía, Sentencia de 9 de abril de 2013, demanda núm. 13423/09.
R. M. S. contra España, Sentencia de 18 de junio de 2013, demanda núm. 28775/12.
Nencheva y otros contra Bulgaria, Sentencia de 18 de septiembre de 2013, demanda núm. 48609/06.
Winterstein y otros contra Francia, Sentencia de 17 de octubre de 2013, demanda núm. 27013/07.
F. H. contra Grecia, Sentencia de 31 de julio de 2014, demanda núm. 78456/11.
Tarakhel contra Suiza, Sentencia de 4 de noviembre de 2014 (Gran Sala), demanda núm. 292127/12.
AL.K. contra Grecia, Sentencia de 11 de marzo de 2015, demanda núm. 63542/11.
A. S. contra Suiza, Sentencia de 30 de junio de 2015, demanda núm. 39350/13.
V. M. y otros contra Bélgica, Sentencia de 7 de julio de 2015, demanda núm. 60125/11.
Amadou contra Grecia, Sentencia de 4 de febrero de 2016, demanda núm. 37991/11.
Garib c. Países Bajos, Sentencia de 06 de noviembre de 2017, demanda núm. 43494/09.
Hirtu y otros contra Francia, Sentencia de 14 de agosto de 2020, demanda núm. 24720/13.
Hudorovic y otros contra Eslovenia, Sentencia de 07 de septiembre de 2020, demanda núms. 24816/14 y 25140/14.
Lacatus contra Suiza, Sentencia de 19 de abril de 2021, demanda núm. 14065/15.
R.R. y otros contra Hungría, Sentencia de 05 de julio de 2021, demanda núm. 36037/17.
Camara contra Bélgica, Sentencia de 18 de julio de 2023, demanda núm. 49255/22.

## 6.2. Otro material bibliográfico utilizado.

European Anti–Poverty Network (2023), *España, cuarto país de la Unión Europea con más personas en situación de pobreza o exclusión social*, EAPN, Disponible en *https://www.eapn.es/index.php*.
Banco Mundial (2022), *Pobreza: una agenda estancada*, Banco Mundial Birf–Aif. Disponible en *https://www.bancomundial.org/es/home*.
PNUD (2023), *Veinticinco países redujeron a la mitad la pobreza multidimensional en un periodo de quince años, aunque todavía hay 1100 millones de personas en situación de pobreza*, PNUD Colombia. Disponible en *https://www.undp.org/es/colombia*

# CONTROL FRONTERIZO Y DERECHOS HUMANOS. LA SUSTITUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA POR LA COACCIÓN DIRECTA A RAÍZ DE LA CRISIS MIGRATORIA[1]

Teresa Acosta Penco

## 1. INTRODUCCIÓN

Una vez que la Administración Pública constata el incumplimiento de un determinado deber o la existencia de un riesgo para el interés público protegido, existen dos formas de reaccionar para corregir la ilegalidad. Con carácter general, cuando la Administración detecta un incumplimiento, lo normal será que adopte una decisión declarativa para que el interesado adecúe su comportamiento a la legalidad, lo cual requiere la tramitación de un procedimiento administrativo y el otorgamiento de un plazo de cumplimiento voluntario. Si el interesado no corrige su conducta en dicho plazo, la mencionada decisión podrá ser objeto de ejecución forzosa. Sin embargo, excepcionalmente, la Administración también puede actuar directamente tratando de restituir la legalidad o evitar el riesgo para el interés protegido mediante el empleo de la coacción sobre la realidad inspeccionada. Esta segunda opción, comúnmente conocida como coacción directa, resulta de aplicación

[1] Este trabajo ha sido fruto de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia 00903 (Junta de Andalucía): «La nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa» y del Proyecto de Investigación PID 2022–138118NB–I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación): «La Administración sancionadora de la Unión Europea».

únicamente en situaciones en las que se requiere una rectificación inmediata de la situación porque el transcurso del tiempo que comporta la vía procedimental (la ordinaria) resultaría fatal por suponer, bien la continuación de la lesión de los intereses generales, bien la consumación del peligro que se pretende evitar[2].

La urgencia, por tanto, es el motor de la coacción directa y ese motor se puso en marcha en la Unión Europea cuando en plena crisis migratoria, en el año 2015, fue necesario hacer frente a casi dos millones de cruces fronterizos irregulares[3]. Desde aquel momento, muchos Estados miembros han cambiado la forma de realizar sus controles fronterizos, sustituyendo la tramitación de procedimientos administrativos de extranjería por la simple y pura coacción directa.

El control fronterizo llevado a cabo en las fronteras exteriores del Espacio Schengen se descompone en dos actividades diferentes: inspección y vigilancia. Mientras las inspecciones son efectuadas en los pasos fronterizos con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas, la vigilancia fronteriza tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera y adoptar medidas contra las personas que la hayan cruzado ilegalmente. Es decir, mientras las primeras tratan de canalizar la entrada regular de personas, la segunda resulta de aplicación en los casos de entrada irregular (consumada o en grado de tentativa). Naturalmente, en el contexto de una crisis migratoria caracterizada por los flujos irregulares de migrantes, la actividad de control fronterizo que ha asumido un mayor protagonismo ha sido la vigilancia fronteriza. Y es precisamente en esta actividad administrativa y en su régimen jurídico en el que se centra este trabajo.

En teoría, en el contexto de la actividad de vigilancia, toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio de un Estado miembro debe ser sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva Retorno). En ejecución de esta Directiva, antes de la crisis migratoria, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos

---

[2] En efecto, «lo que singulariza la coacción directa de la Administración es la inexistencia de un procedimiento administrativo previo», García–Andrade Gómez (2021: 48). En realidad, este autor engloba la coacción directa dentro de una categoría más amplia de actuaciones administrativas no procedimentalizadas, las actuaciones directas. Dentro de estas últimas se encuentran las de tipo declarativo, tradicionalmente clasificadas como acto administrativo sin procedimiento, y las de tipo material, comúnmente conocidas como coacción administrativa directa (*Ibid*.: 155).

[3] Fuente: Organización Internacional de las Migraciones (OIM). Información disponible en *https://www.iom.int/news/irregular–migrant-refugee-arrivals-europe-top-one-million-2015-iom* (Fecha visita el 24/07/2023).

y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) introdujo un procedimiento para los extranjeros que pretendieran entrar irregularmente en el país y fueran detectados en la frontera o en sus inmediaciones: el procedimiento de devolución, el cual requiere una resolución motivada por escrito, habilitación de vías de recurso, asistencia jurídica y de intérprete.

A raíz de la crisis migratoria todo cambió cuando los Estados miembros, movidos por la urgencia, la afluencia masiva de personas y las dificultades para ejecutar forzosamente las resoluciones de devolución, comenzaron a hacer uso de una excepción contenida en la propia Directiva Retorno. Esta última permite a los Estados miembros excluir de su ámbito de aplicación (y de las correspondientes garantías procedimentales) a aquellas personas que hayan sido interceptadas por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras de un Estado miembro. En concreto, en el caso de España, dicha excepción llevó a la incorporación en la LOEx del denominado Régimen Especial de Ceuta y Melilla (Disposición Adicional Décima), heredero de una práctica que se venía realizando desde 2005 más comúnmente conocida como «devolución en caliente».

El objeto de este trabajo es exponer el cambio operado en el régimen jurídico de la vigilancia fronteriza en España a raíz de la crisis migratoria y analizar las consecuencias de dicho cambio en materia de derechos humanos.

## 2. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DE VIGILANCIA FRONTERIZA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 2.1. La política común sobre control de fronteras

De conformidad con el art. 3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas juntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia».

La idea que inspiró la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) en los Tratados constitutivos fue compensar el reconocimiento del principio de libre circulación con una serie de actuaciones capaces de contrarrestar las consecuencias derivadas de pertenecer a un espacio en el que no existen fronteras interiores. En concreto, las medidas «compensatorias o de acompañamiento» a la libre circulación previstas en el marco del ELSJ son cuatro: política sobre control de fronteras, asilo e inmigración (arts. 77–80 Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE); cooperación judicial en materia civil (art. 81 TFUE); cooperación judicial en materia penal (arts. 82–86 TFUE) y cooperación policial (arts. 87–89 TFUE). Como afirma Izquierdo Sans, con estas políticas se trata de «evitar que un espacio unificado sin fronteras interiores pueda convertirse en el paraíso de diversas manifestaciones de criminalidad o delincuencia organizada, terrorismo, tráfico de drogas o tráfico ilícito de cualquier naturaleza»[4].

Para el desarrollo de estas políticas fue necesario que los Estados miembros atribuyeran una serie de competencias a la Unión. Dado el objeto de esta investigación, entre las distintas competencias otorgadas a la Unión Europea en el marco del ELSJ nos centraremos exclusivamente en las atribuidas en relación con la política sobre control de fronteras, asilo e inmigración (Tercera Parte, Título V, Capítulo 2, arts. 77 a 79 TFUE). En concreto, en la primera de ellas, la política sobre control de fronteras (art. 77 TFUE). Esta política pretende la consecución de varios objetivos: garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores [art. 77.1.*a)* TFUE]; garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores [art. 77.1.*b)* TFUE] e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores [art. 77.1.*c)* TFUE]. Entre estos últimos, de ahora en adelante nos ocuparemos del objetivo que tiene por finalidad garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores [art. 77.1.*b)* TFUE].

## 2.2. El Código de Fronteras Schengen como norma de referencia en materia de control fronterizo

Con la finalidad de cumplir el objetivo marcado por el art. 77.1.*b)* TFUE (garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores), el apartado segundo del mismo precepto prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten, «con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a: los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores» [art. 77.2.*b)* TFUE]. En ejecución de este mandato, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento (UE) 2016/399, de 9 de marzo, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen o CFS)[5].

---

[4] Izquierdo Sans (2000: 136).

[5] Esta norma vino a sustituir al Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras.

### 2.2.1. *Ámbito de aplicación objetivo*

El CFS consta de tres Títulos, el primero dedicado a disposiciones generales y el segundo y tercero a las fronteras exteriores e interiores, respectivamente. Se completa con diversos Anexos, donde se especifican desde los documentos justificativos para la comprobación de las condiciones de entrada en la Unión Europea hasta las señales que deben instalarse en los pasos fronterizos. El objeto de esta norma de derecho derivado es doble: «dispone[r] la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea [y] establece[r] [las] normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión» (art. 1 CFS). No obstante, dado el objeto de esta investigación, nos centraremos exclusivamente en el segundo aspecto.

### 2.2.2. *Ámbito de aplicación subjetivo y categorización de la actividad de control fronterizo como actividad administrativa de policía*

En lo que respecta a su ámbito de aplicación subjetivo, el CFS distingue entre quién debe aplicar sus disposiciones (ámbito de aplicación subjetivo activo) y a quién se deben aplicar estas últimas (ámbito de aplicación subjetivo pasivo).

El ámbito de aplicación subjetivo activo del CFS viene constituido por los Estados miembros de la Unión Europea. Pese a la existencia de un corpus normativo común en materia de control fronterizo, «los Estados miembros [son] los principales responsables de la gestión de sus secciones de fronteras» (art. 7.1 Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas). Como consecuencia, en principio, es a estos últimos a quienes corresponde la ejecución del CFS en sus respectivas fronteras exteriores o, dicho de otra forma, es a aquellos a quienes compete el ejercicio de las potestades ejecutivas operativas en materia de control fronterizo contenidas en el mencionado Reglamento.

En relación con el ámbito de aplicación subjetivo pasivo del CFS, para determinarlo es conveniente definir previamente la actividad que regula. En este sentido, el art. 2.10 CFS entiende por control fronterizo aquella «actividad realizada en las fronteras, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento y a los efectos de este, que, con independencia de otros motivos, [responda] a la intención de cruzar la frontera o [al] propio acto de cruzarla y que consista en la realización de inspecciones fronterizas y de actividades de vigilancia de fronteras»

(art. 2.10 CFS). Como puede observarse, más allá de dejar constancia de que el control fronterizo se descompone en dos actividades (inspección y vigilancia), el precepto no es demasiado esclarecedor. Por ello, consideramos necesario precisar algunos aspectos.

El primero de ellos es que la principal finalidad de esta actividad es asegurar que únicamente aquellas personas que están autorizadas a entrar en un determinado país cruzarán efectivamente la frontera[6]. En este sentido, Den Heijer considera los controles fronterizos como instrumentos de policía que permiten asegurar la efectiva implementación de la legislación migratoria de un país[7]. Lo apuntado por este autor nos invita a encuadrar esta actividad en el seno de la llamada actividad administrativa de limitación, entendiéndose por tal aquella en la que la Administración «impone restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordena imperativamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila el cumplimiento de todo ello; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer el interés público»[8].

En efecto, en primer lugar, el CFS establece una serie de deberes o condiciones a las personas que pretendan entrar en la Unión Europea. Por ejemplo, de conformidad con el art. 5.1 CFS, «las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas». En segundo lugar, el citado Código regula las actividades de control tendentes a garantizar el cumplimiento de tales condiciones (inspección y vigilancia). Por último, el CFS determina las distintas medidas de reacción frente a los posibles incumplimientos (por ejemplo, la denegación de entrada). Por tanto, las personas a las que se dirigen tales deberes, que son objeto de control para supervisar su cumplimiento y respecto a las cuales se adoptan medidas de reacción en caso de incumplimiento, constituyen el ámbito subjetivo pasivo de aplicación del Reglamento[9].

El segundo aspecto a destacar del control fronterizo es, a nuestro entender, que el hecho de que una de las condiciones esenciales que deben cumplir las personas que cruzan las fronteras exteriores sea «no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros (…)» [art. 6.1.*e)* y 8.2.*b)* CFS] permite afirmar (en

---

[6] De dicha función se encargan los guardias fronterizos, es decir, «todo funcionario público destinado, de conformidad con el Derecho interno, en un paso fronterizo o a lo largo de la frontera o en la proximidad inmediata de esta, que realice, de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho interno, misiones de control fronterizo» (art. 2.14 CFS).

[7] Den Heijer (2010: 196 y 197).

[8] Rebollo Puig (2019: 19).

[9] En virtud del art. 3 CFS «El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros (…)».

línea con Den Heijer) que, dentro de las actividades administrativas de limitación, nos encontremos concretamente ante lo que parte de la doctrina administrativista denomina actividad de policía. En esta última se comprende «solo aquella parte de la actividad administrativa de limitación que tiene por fin evitar perturbaciones del orden público o, si estas ya se han producido, evitar que continúen. Esto es, combate los riesgos para el orden público y sus alteraciones con la finalidad de mantenerlo o restaurarlo»[10].

## 2.3. La actividad de vigilancia fronteriza

Independientemente de la causa que motivaba la voluntad de emigrar, durante la crisis migratoria de 2015 todos los migrantes utilizaban las mismas vías y medios de entrada a la Unión Europea. Vías de entrada cuya característica esencial fue su naturaleza irregular, ya fuera por tierra o por mar. Es decir, la entrada no se producía a través de los puestos fronterizos habilitados (art. 5.1 CFS), sino mediante el cruce de la línea fronteriza en cualquier sección de su trazado. En este contexto, la actividad de control fronterizo que asumió un mayor protagonismo fue la vigilancia fronteriza, la cual es realizada «entre los pasos fronterizos y en estos últimos fuera de los horarios de apertura establecidos, con el fin de impedir que las personas se sustraigan a las inspecciones fronterizas» (art. 2.12 CFS).

### 2.3.1. *El concepto dual de vigilancia fronteriza acogido por el Código de Fronteras Schengen*

Más allá de la caracterización ofrecida por el art. 2, el art. 13.1 CFS ha optado por definir la vigilancia fronteriza a través de sus objetivos, disponiendo que «la vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera (…) y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente».

Para la consecución de tales objetivos es necesario realizar dos actividades administrativas de distinta naturaleza: una preventiva, destinada a detectar los cruces no autorizados, y otra correctiva, con la finalidad de reaccionar frente a los incumplimientos o evitar que se lleguen a producir. Como consecuencia, en un mismo concepto se aúnan dos finalidades independientes propias de la actividad administrativa de limitación: la verificación del cumplimiento de los deberes destinados a ordenar una actividad y la reacción frente a los incumplimientos (con-

[10] Rebollo Puig (2019: 27).

sumados o en grado de tentativa). El razonamiento se trata de reflejar a continuación.

Las personas afectadas por una concreta actividad de limitación solo lo son en la medida en que resultan obligadas a hacer algo y a hacerlo de una manera determinada[11]. En este sentido, de conformidad con el art. 5.1 CFS, las personas que pretenden cruzar las fronteras exteriores de la Unión Europea deben hacerlo a través de los puestos fronterizos habilitados a tal efecto. Por tanto, el mencionado precepto se corresponde con aquel primer aspecto de la actividad administrativa de limitación mediante el cual se trata de ordenar la actividad de los ciudadanos mediante la imposición de deberes y condiciones para proteger un determinado interés general. En nuestro caso, la libre circulación en el Espacio Schengen, el orden público y la seguridad interior de los Estados miembros.

Vinculado con lo anterior, la vigilancia fronteriza es la actividad mediante la cual se trata de comprobar si las personas que han entrado o pretenden entrar en la Unión Europea lo han hecho o lo van a hacer cumpliendo con lo dispuesto en el art. 5.1 CFS. Haciendo un proceso de abstracción, ello se corresponde con el segundo aspecto de la actividad administrativa de limitación: la comprobación del cumplimiento de los deberes establecidos para una determinada actividad. Comprobación que puede tener, según la opinión del abogado general Mengozzi, una finalidad tanto preventiva como disuasoria y que solo está supeditada «a la existencia de un riesgo concreto de elusión de los controles fronterizos»[12].

No obstante, el objetivo de «impedir el cruce no autorizado de la frontera» no solo precisa la comprobación o verificación del cumplimiento del mencionado deber, sino también la adopción, ante la constatación de eventuales incumplimientos o peligros de incumplimiento, de medidas administrativas de reacción. De ahí que el art. 13.1 CFS incluya como objeto de la actividad «adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente»[13]. En nuestra opinión, el precepto debería incluir al final «y contra aquellas que pretendan cruzarla», ya que, para impedir el cruce no autorizado de la frontera, también puede resultar necesario reaccionar frente a aquellos que todavía no han consumado el intento. Como apunta Fernández Ramos, «lo verdaderamente relevante para la tutela de los intereses públicos afectados (…) debe ser el restablecimiento de la legalidad perturbada,

---

[11] Bermejo Vera (2000: 1266).

[12] Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 58.

[13] Según el A.G. Mengozzi, el art. 13 CFS, al enumerar entre los objetivos de la vigilancia la adopción de medidas contra quienes entren ilegalmente en el territorio de la Unión, «autoriza medidas que van más allá de una simple actividad de control de las fronteras» (conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 58).

promoviendo y, en su caso, adoptando aquellas medidas precisas para evitar la consumación de la lesión de los intereses públicos o bienes jurídicos protegidos o, cuando esta ya se ha producido, para detener el daño que se está causando a dichos bienes»[14]. Independientemente de lo anterior, volviendo a realizar un proceso de abstracción, este segundo aspecto de la vigilancia fronteriza se identificaría con la tercera fase de la actividad administrativa de limitación: la adopción de medidas administrativas de reacción para restablecer o garantizar la legalidad y la situación conforme al interés general.

Como resultado de estas apreciaciones podemos concluir que el concepto de vigilancia fronteriza es un concepto dual que responde a una finalidad dual que comprende, además de la verificación del cumplimiento de deberes, prohibiciones y limitaciones, la adopción de medidas administrativas de reacción para restablecer la legalidad y la situación conforme al interés general. Esta amplia concepción de la vigilancia coincide con lo que Fernández Ramos entiende por inspección, ya que afirma que esta última no se limita «a una mera función de vigilancia orientada a prevenir riesgos y daños, sino que debe activar y, en su caso, adoptar los mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento contra la transgresión de la legalidad administrativa y, sobre todo, de restablecimiento del orden perturbado»[15]. Particularmente crítico con esta postura es Izquierdo Carrasco, para el cual «la fiscalización (o inspección) consiste en verificar el cumplimiento normativo, lo que ocurra a partir de ahí ya no es fiscalización, sino que responde a otra naturaleza, contenido y fines»[16].

### 2.3.2. *La interacción entre el Código de Fronteras Schengen y la Directiva Retorno en materia de vigilancia fronteriza*

Como veníamos adelantando, la vigilancia fronteriza comprende dos actividades administrativas distintas: una destinada a detectar los cruces de frontera no autorizados y otra que tiene por finalidad reaccionar frente a los cruces irregulares o evitar que se lleguen a producir. En cuanto a su naturaleza jurídica, en el primer caso está clara, pues nos encontramos ante una actividad de naturaleza material que comprende el ejercicio de potestades ordenatorias (p.ej., requerimiento de

---

[14] Fernández Ramos (2002: 25). De la misma forma, Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (1998: 52) diferencian entre las potestades administrativas que posibilitan «reaccionar rápidamente para conseguir que no llegue a producirse la situación ilegal, peligrosa y perturbadora» y aquellas otras que, si ya se ha producido, permiten que «se restablezca lo antes posible la legalidad y se evite que [el riesgo o el daño] se perpetúe o se mantenga por más tiempo».

[15] Fernández Ramos (2002: 23).

[16] Izquierdo Carrasco (2012: 176; 2019: 400). En la misma línea Rebollo Puig (2013: 58), según el cual «con la inspección la Administración observa, examina, se informa, en suma, conoce la realidad, pero todavía no reacciona frente a eventuales ilegalidades».

documentación), conformatorias (p.ej., registros o cacheos) o de mera observación de la realidad (mediante la utilización de medios técnicos, como drones o radares). Sin embargo, en lo que respecta la segunda fase de la actividad de vigilancia (reacción frente a los cruces fronterizos irregulares), su configuración jurídica en el Derecho de la Unión no es tan evidente.

El art. 13.1 CFS culmina estableciendo que «Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE [Directiva Retorno]». Como consecuencia, en teoría, debe entenderse que la fase de la actividad de vigilancia fronteriza consistente en adoptar medidas de reacción contra aquellas personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente es una actividad jurídica procedimentalizada. De hecho, el objeto de la Directiva a la que se remite el art. 13.1 CFS es establecer «normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos» (art. 1 Directiva Retorno). Entre las garantías procedimentales que contempla la Directiva cabe mencionar la existencia de una decisión escrita (art. 12.1), la existencia de vías de recurso (art. 13.1) o asistencia jurídica gratuita (art. 13.4).

Sin embargo, y aquí viene la controversia, de conformidad con el art. 2.2. Directiva Retorno, «Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países: *a)* a los que se deniegue la entrada con arreglo al art. 13 del Código de Fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro». Esta exclusión comporta una importante disminución de las garantías previstas en la Directiva y permitiría que, una vez identificados los migrantes, descartadas vulnerabilidades relativas a su persona (minoría de edad, asistencia sanitaria, estado de gestación) y respetando el principio de no devolución, fueran expulsados del territorio del Estado miembro en el que han entrado irregularmente (art. 4.4 Directiva Retorno)[17].

[17] En virtud del art. 4.4 Directiva Retorno, los Estados miembros asegurarán el cumplimiento de garantías básicas, como el principio de no devolución o la toma en consideración de personas vulnerables respecto a los nacionales de terceros países que hayan sido excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud, precisamente, de este art. 2.2.

En conclusión, parece que la interacción entre el CFS y la Directiva Retorno deja un amplio margen de autonomía a los Estados miembros para que decidan la configuración jurídica de las medidas de reacción frente a los cruces fronterizos no autorizados. De conformidad con el art. 13.1 CFS, pueden optar por regular procedimientos de extranjería a nivel nacional que cumplan con las prescripciones y garantías de la Directiva Retorno. Sin embargo, de conformidad con el art. 2.2.*a)* de esta última, también pueden decidir no aplicar la citada directiva a aquellas personas que hayan cruzado o pretendan cruzar irregularmente la frontera, optando por vías más simplificadas en las que se respeten unas garantías mínimas (como el principio de no devolución).

La opción por el principio de intervención mínima en materia de vigilancia fronteriza por parte del legislador de la Unión no fue caprichosa. Según el abogado general Mengozzi, «para que las medidas de vigilancia sean eficaces, como requiere el art. 77 TFUE, apartado 1, letra *b)*, estas deben adaptarse al tipo de frontera de que se trate o al riesgo concreto de inmigración clandestina, que varía en función de múltiples factores (geográficos, económicos, geopolíticos, climáticos, etc.)». De ello se deriva que «el concepto de vigilancia debe entenderse en sentido dinámico y flexible y que la ventaja de las medidas que puedan resultar necesarias para lograr los objetivos contemplados en el art. [13], apartado 1, del CFS es extremadamente amplio y variable»[18].

Parece que la intención del legislador es que los Estados miembros, partiendo de unas premisas básicas comúnmente acordadas, adapten el régimen jurídico de vigilancia fronteriza a las particularidades de sus respectivas fronteras y ordenamientos jurídicos. Es precisamente este amplio abanico de posibilidades el que ha provocado, a raíz de la crisis migratoria de 2015, que en muchos Estados miembros se proceda a la sustitución de los procedimientos de extranjería (actividad jurídica) por la coacción directa (actividad material) para reaccionar frente a los cruces fronterizos irregulares. Como ejemplo, en los próximos epígrafes analizaremos el caso del ordenamiento jurídico español.

## 3. LA VIGILANCIA FRONTERIZA EN ESPAÑA ANTES DE LA CRISIS MIGRATORIA. EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN

### 3.1. El procedimiento administrativo de devolución

En el caso de España, durante muchos años, la opción escogida para reaccionar frente a los cruces fronterizos irregulares fue la vía procedimental. Para ello, en aplicación del art. 13.1 CFS («Toda persona que

[18] Conclusiones presentadas el 17 de abril de 2012 al asunto C-355/10, ap. 57.

haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE») y de la propia Directiva Retorno, el legislador español realizó las modificaciones necesarias para adaptar la originaria ley de extranjería a tales efectos[19]. El principal resultado, en lo que respecta a este trabajo, fue la regulación del procedimiento administrativo de devolución.

De acuerdo con el art. 58.3 *b)* LOEx, en conexión con el art. 23.1 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (en adelante, RLOEx), los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país, considerándose «incluidos a estos efectos a los que sean detectados en la frontera o en sus inmediaciones», serán sometidos a un procedimiento administrativo de devolución. En aplicación de la Directiva Retorno, y de acuerdo con los preceptos citados, el procedimiento requiere de la observancia de una serie de garantías tales como la existencia de una resolución por escrito, asistencia jurídica y de intérprete (gratuitas en caso de insuficiencia de medios económicos). Además, se prevé la posibilidad de recursos administrativo y contencioso–administrativo contra la resolución de devolución, así como la suspensión de esta en casos de mujeres embarazadas cuya devolución pueda suponer un riesgo para el feto o la gestante y cuando se realice una solicitud de protección internacional.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en catalogar la devolución como una restitución de la legalidad, una medida administrativa que implica hacer regresar a su punto de origen a aquellos extranjeros que intentan ingresar ilegalmente al territorio, es decir, por lugares diferentes a los puestos fronterizos habilitados. No obstante, para poder aplicar el procedimiento de devolución es necesario que el extranjero se encuentre «en la frontera o en sus inmediaciones», puesto que si se interceptan en una situación de «estancia irregular» habría que acudir al procedimiento de expulsión (art. 57 LOEx). Por otra parte, en aquellos otros casos en los que, a consecuencia de una inspección fronteriza realizada en un puesto habilitado, se compruebe que el extranjero no cumple las condiciones de entrada establecidas en el art. 25 LOEx, lo que corresponde es una resolución de denegación de entrada o retorno (art. 26.2 LOEx).

[19] De hecho, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) fue modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, para adaptar la primera a las prescripciones de la Directiva Retorno, entre otras normas.

### 3.2. Una resolución de difícil ejecución

Pese a que el sentido común nos llevaría a pensar que la manera más lógica de restablecer la legalidad es devolver a la persona que ha entrado de manera no autorizada al lugar desde donde entró (v.gr., a Marruecos, a través de la valla fronteriza de Ceuta o Melilla), lo cierto es que esta no es la solución que se desprende de la normativa de extranjería. Más bien, una interpretación teleológica del art. 246.3 RLOEx invita a pensar que, para poder ejecutar la orden de devolución, la Administración española debe determinar el país de origen de la persona en cuestión. Así se deduce del empleo en el precepto citado de conceptos como «repatriación voluntaria» o de la necesidad de comunicar ciertas circunstancias del procedimiento «al representante diplomático o consular de su país».

La ejecución de la orden de devolución se produce, por analogía con el procedimiento de expulsión, dando un plazo al extranjero para su salida voluntaria (art. 246.2 RLOEx)[20]. En caso de que esta no se lleve a cabo de forma voluntaria, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la devolución (art. 246.3 RLOEx, por analogía). No obstante, en el caso de que no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, «se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión». Dado que el plazo máximo de internamiento es de sesenta días (art. 246.3 RLOEx), en el caso de que sea imposible ejecutar la orden de devolución (bien por no existir acuerdo de readmisión que lo facilite, bien porque el extranjero en cuestión oculta su nacionalidad o porque su país de origen decida no admitirlo), el extranjero quedará en libertad con una orden de salida obligatoria del país.

Según datos del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (a partir de datos provenientes de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras), en plena crisis migratoria de 2015–2016, solo tres de cada diez inmigrantes internados en los Centros de Internamiento de Extranjeros (en adelante, CIE) fueron expulsados[21]. El resto quedaron en libertad, aunque persistiera su situación irregular. A ellos debemos de sumar el

---

[20] Esta equiparación interpretativa entre la ejecución de la expulsión y la devolución se deriva de que el procedimiento de devolución está regulado en la LOEx como una variante de naturaleza no sancionadora del procedimiento de expulsión (ambos en el art. 58 LOEx). El hecho de que no existan preceptos específicos dedicados a la devolución en la ley o el reglamento invitan a concluir que se aplican, por analogía, los previstos para la expulsión. De hecho, entre otras similitudes, la devolución es acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

[21] Los CIE son centros donde se interna a los extranjeros mientras la Administración realiza las gestiones necesarias para ejecutar su orden de devolución. Lo que interesa conocer en esta sede es que, de los 7 597 extranjeros internados en 2016, únicamente fueron efectivamente expulsados 2 205. Ello supone que un 70,97 por 100 de los extranjeros internados durante dicho año no fueron expulsados [Fuente: Europa Press. Información disponible en *https://*

gran número de inmigrantes que quedaron en libertad por sobreocupación de los CETI (Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes)[22] y aquellos otros que, teniendo una situación irregular y residiendo en nuestro país, no fueron detectados por las autoridades competentes. El resultado fue la existencia de un considerable número de personas en España sobre las que no se tenía constancia y que, además, podían moverse libremente hacia otros Estados parte del Espacio Schengen.

Por motivos que abordaremos con posterioridad, conviene destacar que la dificultad en la ejecución de las resoluciones de devolución (y expulsión) contrasta con la de las denegaciones de entrada derivadas de las inspecciones fronterizas. De conformidad con el art. 60.1 LOEx «Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el art. 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen». Aunque *a priori* pudiera parecer que la expresión «punto de origen» se refiere a país de origen (como en el caso de la devolución o la expulsión), lo cierto es que una lectura sistemática del art. 15 RLOEx invita a pensar que se refiere al Estado del que partieron los extranjeros para llegar a la frontera española. En este sentido, el apartado 4 del art. 15 RLOEx dispone que, cuando sea denegada la entrada el extranjero, deberá permanecer en las instalaciones del puesto fronterizo hasta que «retorne al lugar de procedencia». Aún más clarificador es el apartado 5, según el cual, en caso de denegación de entrada, la compañía transportista se hará cargo del regreso del extranjero «al Estado a partir del cual haya sido transportado». En conclusión, puede afirmarse que el procedimiento de retorno implica la devolución del extranjero al país del que haya partido para llegar a España y esa es precisamente la consecuencia que se evita cuando, en lugar de entrar por un puesto habilitado, el extranjero entra en el territorio irregularmente.

---

*www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-71-extranjeros-internados-cie-2016-no-sido-expulsados-20170516183737.html* (Fecha visita el 14/08/2023)].

[22] Los CETI son establecimientos de la Administración pública, concebidos como dispositivos de primera acogida provisional y destinados a dar servicios y prestaciones sociales básicas al colectivo de inmigrantes y solicitantes de asilo que llegan a España, en tanto se realizan los trámites de identificación y chequeo médico previos a cualquier decisión sobre el recurso más adecuado en función de su situación administrativa en España. Según datos de la Defensora del Pueblo (Informe de 2015), en su visita al CETI de Melilla pudo comprobar que el número de menores de edad residentes el día de la visita (530) superaba por sí solo la capacidad teórica del centro (480 plazas). El 30 de septiembre de 2015, el CETI cuadruplicaba su capacidad, con una ocupación de 1 700 personas. Fuente: Defensor del Pueblo, Resumen Informe Anual 2015. Información disponible en *https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/02/Resumen_Informe_Anual_2015.pdf* (Fecha visita el 14/08/2023).

## 4. LA VIGILANCIA FRONTERIZA EN ESPAÑA A RAÍZ DE LA CRISIS MIGRATORIA. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA

La dificultad de la ejecución de las resoluciones de devolución y las garantías que comporta dicho procedimiento dilatan el proceso de repatriación en el tiempo y puede concluir, como hemos visto, con la puesta en libertad del inmigrante irregular. Ello, unido a la presión migratoria desmesurada sufrida en 2015 y a las consecuencias para el Espacio Schengen de movimientos secundarios de personas sin identificar, llevaron a la búsqueda de una solución distinta del procedimiento de devolución para expulsar a los migrantes que habían entrado irregularmente en España a través de las vallas de Ceuta y Melilla. Al fin y al cabo, como hemos anticipado, la Directiva Retorno permite a los Estados miembros excluir de su ámbito de aplicación, y de las consecuentes garantías procedimentales, «a los que se deniegue la entrada con arreglo al art. 13 del Código de Fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro (…)» [art. 2.2.*a)* Directiva Retorno].

### 4.1. Antecedentes del Régimen Especial de Ceuta y Melilla

En el caso de las vallas de Ceuta y Melilla (uno de los principales cauces de entrada irregular al territorio español), la solución del ordenamiento jurídico español a los problemas derivados del procedimiento de devolución fue la previsión de una actuación material llevada a cabo por la Guardia Civil (cuerpo encargado de la vigilancia fronteriza) con la finalidad de restablecer la legalidad. Dicha actuación comporta una compulsión física sobre aquellas personas que consuman el intento de cruzar irregularmente la frontera para devolverlas a Marruecos. Como hemos anticipado, dada su naturaleza jurídica, este tipo de devoluciones comúnmente conocidas como «devoluciones en caliente» no son más que una forma de coacción directa. En efecto, nos encontramos ante «la coacción administrativa lanzada inmediatamente contra una situación de hecho contraria al orden, sin el intermedio de un acto administrativo previo, (…) por la necesidad de una reacción instantánea, que no permite el sistema normal de una decisión declarativa previa contraria al orden»[23].

Durante años, dicha solución no se previó en la LOEx, sino en diversos Protocolos y Órdenes de Servicio de la Guardia Civil. Antes de exponer su contenido, conviene aclarar que tanto en Ceuta como

[23] García de Enterría y Fernández (2015: 829). Sobre la coacción directa véase Agirreazkuenaga (1990) y Carro Fernández–Valmayor (1977), entre otros.

en Melilla existe un sistema de doble vallado con Marruecos: una de las vallas, la exterior, del lado marroquí y otra, la interior, del lado español. Entre ambas se ha dispuesto un mallado o sirga tridimensional que dificulta y ralentiza el paso de los inmigrantes que hayan conseguido saltar la primera valla. Al respecto, el Protocolo de la Dirección General de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014, en lo que aquí interesa, disponía lo siguiente: «Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuándo la entrada ilegal ha fracasado o cuándo se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión [valla interior]. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva (…)». Así recoge el Protocolo de actuación de control fronterizo de 26 de febrero de 2014 el concepto operativo de frontera. Dicho concepto supone excepcionar la aplicación del régimen general de extranjería (concretamente, el procedimiento de devolución) empleando una ficción jurídica en virtud de la cual, pese a que el sistema de vallado se encuentra situado íntegramente en territorio español, la frontera, a los solos efectos de régimen de extranjería, vendría representada por la valla interior y el cordón de guardias civiles que la vigilan.

El citado Protocolo fue aplicado desde su aprobación hasta la entrada en vigor en el año 2015 de la DA 10.ª LOEx, la cual, como veremos en el siguiente epígrafe, habilita legalmente las prácticas descritas bajo el nombre «Régimen especial de Ceuta y Melilla». No obstante, las devoluciones en caliente no nacen con el Protocolo de 2014, sino con la Orden de servicio 21/2005 dictada tras los primeros asaltos masivos a las vallas de las ciudades autónomas[24]. Por tanto, desde el año 2005 hasta el año 2015, la mayoría de los migrantes (todos excepto los que precisaban atención médica) que no conseguían superar el cordón de guardias civiles desplegados junto a la valla interior eran inmediatamente devueltos a Marruecos, en ocasiones esposados, sin ser identificados y sin aplicárseles las garantías que correspondían de conformidad con la LOEx. Es decir, teníamos una medida de reacción frente a cruces fronterizos irregulares regulada por disposiciones de rango no legal (devolución en caliente) que se aplicaba con carácter preferente al procedimiento previsto por la ley sectorial vigente para estos mismos casos (procedimiento de devolución). En este sentido se manifestaba la Defensora del Pueblo, Soledad Becerril, en su comparecencia ante el

[24] Orden de servicio 21/2005 de la Subdirección General de Operaciones del Estado Mayor. Asunto: Dispositivo operativo en valla perimetral de Ceuta y Melilla.

Senado en 2013 para presentar su informe anual cuando recordaba que las devoluciones en caliente «no exist[ían] en la Ley de Extranjería»[25].

En nuestra opinión, la única explicación jurídicamente viable (aunque cuestionable desde el punto de vista de los derechos humanos) para justificar este fenómeno era considerar que el Protocolo de febrero de 2014 constituía una aplicación directa del mandato contenido en el art. 13 CFS de adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. De facto, la Administración Pública española (Ministerio del Interior) había decidido acogerse a la excepción del art. 2 de la Directiva Retorno para no aplicar sus garantías procedimentales a las denegaciones de entrada derivadas del art. 13 CFS. Como consecuencia, se producía la sustitución del procedimiento administrativo de extranjería por la coacción directa que representaban las devoluciones en caliente.

### 4.2. El Régimen Especial de Ceuta y Melilla y su compatibilidad con la Directiva Retorno

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad Ciudadana, mediante su Disposición Final Primera, incorporó la DA 10.ª en la LOEx introduciendo el llamado Régimen Especial de Ceuta y Melilla. Su regulación es la siguiente:

> «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
>
> 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
>
> 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional».

Como puede observarse, el rechazo en frontera de la DA 10.ª LOEx no es más que la habilitación legal de las devoluciones en caliente previstas en el Protocolo de la Guardia Civil de febrero de 2014. Con esta maniobra, el legislador español convalidó la exclusión de la aplicación de la Directiva Retorno (y del procedimiento de devolución previsto en la LOEx) que previamente había hecho el Ministerio del Interior para los cruces irregulares de las vallas de Ceuta y Melilla. Como con-

---

[25] Comparecencia de la Defensora del Pueblo ante el Senado para concluir la tramitación del Informe del Defensor del Pueblo del año 2013. Declaraciones disponibles en *https://www.defensordelpueblo.es/noticias/la-defensora-del-pueblo-concluye-en-el-senado-el-tramite-parlamentario-del-informe-anual-2/* . Fecha visita el 14/08/2023.

secuencia, el *modus operandi* de la Guardia Civil continúa siendo el mismo tras la entrada en vigor de la mencionada disposición.

Así lo confirma el Informe de la misión de investigación del embajador Tomáš Boček, representante especial del secretario general del Consejo de Europa, llevada a cabo en España durante la primavera de 2018, sobre la situación respecto a migrantes y refugiados. Según el citado documento, la Guardia Civil no establece comunicación alguna con los migrantes, limitándose a devolverlos a Marruecos «sin previa identificación ni registro» a través de «unas puertas especiales» que se encuentran ubicadas en la valla y que son distintas de los puestos fronterizos[26]. Como muestra conviene destacar la tragedia acontecida en la valla de Melilla el pasado 24 de junio de 2022 en la que se produjeron 470 rechazos en frontera, 37 fallecimientos y 76 desapariciones[27]. Según el Defensor del Pueblo, estos rechazos en frontera se efectuaron «sin contemplarse las previsiones legales tanto nacionales como internacionales»[28].

En conclusión, el rechazo en frontera previsto en la DA 10.ª LOEx es una medida de vigilancia fronteriza de naturaleza correctiva llevada a cabo con la finalidad de restablecer la legalidad y que comporta una compulsión física sobre aquellas personas que hayan consumado el intento de cruzar irregularmente la frontera española terrestre con Marruecos[29]. La misma constituye un régimen excepcional (o especial, como establece la propia LOEx) al procedimiento administrativo de devolución que, entendemos, se sigue aplicando a aquellos cruces irregulares detectados en la frontera o en sus inmediaciones. Ahora bien, teniendo en cuenta que las únicas fronteras terrestres españolas con un tercer Estado se ubican, precisamente, en Ceuta y Melilla, la consecuencia práctica es que el procedimiento de devolución se aplica exclusivamente, en teoría, a entradas irregulares por vía marítima[30].

Si bien es cierto que los Estados miembros pueden acogerse a la exclusión contemplada en el art. 2.2.*a)* Directiva Retorno para las

---

[26] T. Boček, Informe de 3 de septiembre de 2018 con ocasión de la misión de investigación llevada a cabo en España sobre la situación respecto a Migrantes y Refugiados. Disponible en *https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808d2c31#_Toc521315628.* Fecha visita el 14/08/2023.

[27] La Fiscalía española decidió el archivo de la causa en diciembre de 2022. Su única recomendación al Ministerio del Interior fue la apertura de un expediente administrativo contra algunos Guardias Civiles que arrojaron piedras a las personas migrantes y refugiadas. Amnistía Internacional. Información disponible en *https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tragedia-en-la-valla-de-melilla-nunca-mas/.* Fecha visita el 16/08/2023.

[28] Defensor del Pueblo: «El Defensor avanza sus primeras conclusiones sobre lo sucedido en el perímetro fronterizo de Melilla». Información disponible en *https://www.defensordelpueblo.es/noticias/sucesos-melilla/.* Fecha visita el 16/08/2023.

[29] Acosta Penco (2018).

[30] Sin embargo, lo cierto es que en la frontera marítima también se producen devoluciones en caliente. Al respecto, véase Acosta Penco (2023).

denegaciones de entrada derivadas del art. 13 CFS (cruces fronterizos irregulares), aquellos tienen ciertos límites a la hora de hacer uso de tal posibilidad. Recordamos que, en virtud del art. 4.4 Directiva Retorno, los Estados miembros asegurarán el cumplimiento de garantías básicas, como el principio de no devolución o la toma en consideración de personas vulnerables, respecto a los nacionales de terceros países que hayan sido excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud de su art. 2.2. Como afirmó el CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado), la Directiva Retorno no permite ninguna excepción al principio de no devolución[31]. Sin embargo, tomando como referencia el *modus operandi* seguido por la Guardia Civil en aplicación de la DA 10.ª LOEx descrito por el embajador Tomáš Boček y las conclusiones del Defensor del Pueblo respecto a la tragedia de Melilla de junio de 2022, no parece que el rechazo en frontera, tal y como se está llevando a cabo actualmente, permita respetar el principio de no devolución. Y ello pese a que el apartado 2 del precepto analizado dispone que «2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte».

Entendemos que la falta de asistencia jurídica y de intérpretes de la que deja constancia Boček puede justificarse con el presunto acogimiento de España al art. 2.2.*a)* de la Directiva Retorno y la reducción de garantías que ello comporta. Sin embargo, no sucede lo mismo con la falta de identificación de dichas personas, lo cual es un requisito imprescindible para determinar si su entrega a las autoridades marroquíes implicaría una vulneración del principio de no devolución o una falta de consideración de circunstancias que pudieran acreditar su vulnerabilidad (minoría de edad, estado de gestación, etc.). En la misma línea, el TEDH también ha aceptado que los Estados miembros pueden acogerse a la excepción contemplada en el art. 2.2.*a)* para los casos fronterizos y aplicar procedimientos simplificados de retorno, pero sometiéndose al cumplimiento de las condiciones del art. 4.4 de la Directiva, «incluyendo el [respeto al] principio de no devolución»[32].

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece que la ejecución que se está llevando a cabo de la Disposición Adicional Décima de la LOEx podría ser contraria, además de al propio precepto (apartado 2), al De-

---

[31] STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D.* y *N.T. c. España*, ap. 159. De hecho, el CEAR iba más allá en sus alegaciones, considerando que, aunque España se acogiera a la posibilidad de no aplicar la Directiva Retorno, debía tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 12 y 13 de la Directiva relativos a la forma de la resolución de expulsión y los recursos que cabe plantear frente a ella. Sobre este aspecto tenemos algunas dudas, ya que el art. 4.4 de la Directiva no menciona explícitamente que dichos preceptos se consideren aplicables a los casos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

[32] STJUE de 7 de junio de 2017, *Affum*, as. C-47/15, ap. 74.

recho de la Unión. En concreto, al art. 4.4 Directiva Retorno y, como consecuencia, al art. 19.2 CDFUE (principio de no devolución).

## 5. LA COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La compatibilidad de las devoluciones en caliente con el CEDH precisa ser abordada de forma independiente y pormenorizada. La razón es la existencia de, no solo un pronunciamiento concreto del TEDH sobre esta cuestión, sino dos: el primero, la STEDH de Sala de 3 de octubre de 2017, y el segundo, la STEDH de Gran Sala de 13 de febrero de 2020. Pronunciamientos que, además, son contradictorios entre sí (el primero condenatorio y el segundo absolutorio), circunstancia que simboliza la enorme controversia suscitada por el caso *N.D.* y *N.T. c. España* en la doctrina jurídica. Y no es para menos, pues se trata de una jurisprudencia que sienta un precedente sobre las prácticas de los Estados consistentes en rechazar en sus fronteras exteriores a grupos de migrantes que pretenden entrar de forma irregular.

### 5.1. Antecedentes de hecho y demanda

El supuesto que enjuicia el TEDH en el mencionado caso es la devolución a Marruecos de un nacional maliense y otro marfileño, en aplicación del Protocolo de 26 de febrero de 2014, tras ser interceptados por parte de la Guardia Civil en su intento de entrar irregularmente en territorio español saltando la valla fronteriza de Melilla. Los hechos tuvieron lugar el 13 de agosto de 2014 y, de acuerdo con la sentencia, pueden resumirse en que, tras superar la valla exterior, los demandantes bajaron de la valla interior con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas. Según los antecedentes que obran en la sentencia, «En cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil, quienes les esposaron y devolvieron a Marruecos. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno. No tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos»[33].

Estos hechos, que fueron grabados en video por periodistas y voluntarios de distintas ONG y asociaciones de protección de los refugiados, motivaron que los demandantes interpusieran un recurso ante el TEDH alegando, en resumen, «que habían sido objeto de una expulsión colectiva, que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados,

[33] STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D.* y *N.T. c. España*, ap. 12.

ni de alegar sus circunstancias individuales y de los malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos, y de impugnar su rechazo mediante un recurso con efecto suspensivo»[34].

El TEDH resolvió conjuntamente las demandas interpuestas por N.D. y N.T. contra el Gobierno de España por la vulneración del art. 3 CEDH (en concreto, del principio de no devolución derivado del mismo) y del art. 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo), de estos dos artículos puestos en relación entre sí, del art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH (prohibición de expulsiones colectivas) y, por último, del art. 13 CEDH puesto en relación con el citado art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH.

El primer hecho destacable del recorrido jurisprudencial del caso es la inadmisión por parte del TEDH, mediante Decisión, de la demanda relativa a la violación del art. 3 CEDH y, como consecuencia, de la relativa al art. 13 CEDH en relación con el art. 3 CEDH. En lo que respecta a la violación del art. 4 Protocolo núm. 4 al CEDH, la Sala del TEDH estimó que la actuación de la Guardia Civil de 13 de agosto de 2014 era contraria al mencionado precepto, al que se anudó la vulneración del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH). El 14 de diciembre de 2017 el Gobierno de España recurrió la STEDH de Sala de 3 de octubre de 2017 solicitando, de conformidad con el art. 43 CEDH, la remisión del asunto a la Gran Sala[35]. Como veremos a continuación, la Gran Sala del TEDH interpretó, a diferencia de la Sala, que la actuación de la Guardia Civil de 13 de agosto de 2014 no constituía una violación del art. 4 Protocolo núm. 4 al CEDH ni, como consecuencia de lo anterior, del art. 13 CEDH[36].

### 5.2. Sobre la aplicabilidad del CEDH al caso *N.D. y N.T. c. España*

Antes de entrar a analizar si la medida de vigilancia fronteriza llevada a cabo por la Guardia Civil el 13 de agosto de 2014 frente a N.D. y N.T. era compatible con los derechos del CEDH cuya vulneración denunciaban los recurrentes, tanto la STEDH de Sala de 2017 como la

---

[34] *Ibid*., ap. 3.

[35] En virtud del art. 43 CEDH, «1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia».

[36] Sobre esta sentencia del TEDH véase, entre otros, Martínez Escamilla (2021) y Sánchez Legido (2020).

de la Gran Sala de 2020 se ocuparon de determinar si el CEDH resultaba de aplicación a este caso concreto.

Ante las alegaciones del Gobierno de España sobre la producción de los hechos fuera del territorio español (utilizando el mencionado concepto de frontera operativa), el TEDH rechazó que España tuviera la posibilidad de excepcionar su jurisdicción territorial por la dificultad para hacer frente a los flujos migratorios. En concreto, la Gran Sala entendió que estas dificultades «no la han privado de ejercer su autoridad sobre esta parte de su territorio. De hecho, es indubitado que las autoridades españolas están actuando allí, como se deriva del expediente y de los videos aportados por las partes que muestran a las autoridades nacionales españolas ayudando a los migrantes a descender de las vallas» (ap. 107). En línea con lo argumentado con anterioridad, parecía cuestionable admitir que España pudiera ejercer su jurisdicción sobre la zona para llevar a cabo funciones de vigilancia fronteriza, pero, al mismo tiempo, pretendiera evitar que se aplicara la normativa de extranjería o de protección de los derechos humanos en el mismo espacio. Por ello, nos parece acertado el razonamiento del TEDH según el cual, como instrumento constitucional de orden público, el CEDH no puede ser selectivamente aplicado por un Estado a determinadas partes del territorio por medio de una reducción artificial de su ámbito de jurisdicción territorial. Llegar a una conclusión contraria equivaldría a dejar sin sentido la noción de protección efectiva de los derechos humanos que sustenta toda la Convención (ap. 110).

Asimismo, al argumento principal para inadmitir las alegaciones del Gobierno de España sobre la falta de jurisdicción el TEDH añadió que la especial naturaleza del contexto migratorio no puede justificar la existencia de un espacio fuera del Derecho donde no exista un sistema capaz de garantizar los derechos previstos en el Convenio (ap. 110). En la misma línea, el TC, en su STC 172/2020, de 19 de noviembre, argumentó que «no existe cobertura legal para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española (…) entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica» (FJ 8.C)[37].

[37] La STC 172/2020, de 19 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a varios preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; entre ellos, la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, por la que se introduce la DA 10.ª LOEx (Régimen Especial de Ceuta y Melilla). Como veremos posteriormente, el TC inadmitió el recurso en este extremo basándose, precisamente, en los argumentos del TEDH en la sentencia del caso *N.D.* y *N.T. c. España* de 13 de febrero de 2020.

### 5.3. La contradictoria postura del TEDH respecto a la vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas

Ante la alegada vulneración del art. 4 Protocolo núm.4 CEDH por parte de los recurrentes, la STEDH de 3 de octubre de 2017 determinó que «el fin del art. 4 del Protocolo núm. 4 es el de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 99). En este caso, dado que a los demandantes «se les ha[bía] aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de rebasar ilegalmente la frontera (…) [pero sin] garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas» (STEDH de 3 de octubre de 2017, ap. 107), el TEDH estimó que el procedimiento seguido no permitía de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas.

Desechado el argumento relativo a la frontera operativa del Gobierno español para justificar las devoluciones en caliente, todo parecía indicar que la Gran Sala iba a confirmar el pronunciamiento condenatorio que la Sala emitió contra España en la recurrida STEDH de 3 de octubre de 2017. Sin embargo, para sorpresa de gran parte de la doctrina científica, el TEDH ha aprovechado el recurso para legitimar, con ciertas condiciones, la expulsión de extranjeros de un Estado miembro sin una consideración individualizada de sus circunstancias. En concreto, el TEDH ha apelado a la denominada «doctrina de la conducta culpable» para justificar las devoluciones en caliente[38]; doctrina que, en nuestra opinión, no es más que el reflejo de la aplicación de la institución del abuso de derecho a los recurrentes[39].

Según la jurisprudencia española, uno de los requisitos esenciales para apreciar abuso de derecho es que, como consecuencia del ejercicio de un derecho subjetivo, se produzca un daño «inmoral o antisocial», lo cual ha sido interpretado en el sentido de exigir que el titular del derecho cuyo abuso se está valorando se guíe por un motivo ilegítimo para ejercitarlo[40].

Como hemos expuesto, según el propio TEDH «el fin del art. 4 del Protocolo núm. 4 es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se

---

[38] Al respecto, véase Sosa Navarro (2020).

[39] Acosta Penco (2021).

[40] Atienza y Ruiz Manero (2000: 34 y ss.).

oponen a la medida adoptada por la autoridad competente»[41]. Por tanto, lo que late en el fondo de esta prohibición es, en parte, una protección de las garantías procedimentales inherentes al derecho subjetivo a un recurso judicial efectivo (art. 13 CEDH).

En lo que respecta a la ilegitimidad del ejercicio del citado derecho en el caso objeto de análisis, conviene traer a colación que los dos demandantes, tras ser devueltos a Marruecos, consiguieron entrar en España de manera irregular con posterioridad. Según la sentencia, N.D. fue devuelto a Mali a raíz de una orden de expulsión decretada en 2015 y N.T., también objeto de una orden de expulsión en noviembre de 2014, se encontraba en paradero desconocido en territorio español. Este dato del paradero de los demandantes, aparentemente sin trascendencia, es el ejemplo perfecto de la ventaja que obtienen los migrantes que no son solicitantes de protección internacional cuando entran irregularmente en España. En lugar de aplicárseles el procedimiento de retorno previsto para las denegaciones de entrada derivadas de una inspección realizada en un puesto fronterizo habilitado, cuya consecuencia es retornarlos al país desde el que han entrado (en este caso Marruecos), se les aplica un procedimiento de devolución (o expulsión, como en este caso, si la estancia irregular es prolongada) cuyo resultado es repatriarlos a su país de origen. Como hemos expuesto en epígrafes previos, los procedimientos de devolución y expulsión cuentan con el hándicap de que, si no se logra ejecutar la resolución de expulsión o devolución en sesenta días, el extranjero queda libre con una orden de expulsión. Si comparamos las consecuencias derivadas para el extranjero de la tramitación de un procedimiento u otro, se puede comprobar fácilmente que los segundos son mucho más beneficiosos para sus intereses.

En el caso *N.D.* y *N.T. c. España*, los demandantes pretendían que se condenara a España por devolverlos inmediatamente a Marruecos sin tener oportunidad de recurrir la decisión. Sin embargo, según el TEDH, la propia conducta de los demandantes es relevante para activar la protección del art. 4 Protocolo núm. 4 CEDH[42], no desplegándose esta cuando se tiene la oportunidad de cruzar legalmente la frontera por el puesto fronterizo de Beni Enzar (y, por tanto, de que sus pretensiones de entrada sean consideradas y reconsideradas en el momento del cruce) y no se hace uso de ella[43]. En estos casos, apunta el Tribunal, la ausencia de una decisión individualizada de expulsión y de vías para recurrirla se debe a la propia conducta del interesado[44].

A lo largo del fallo, el TEDH hace hincapié en que la vía regular de entrada en la UE son los puestos fronterizos habilitados, haciendo con-

---

41 STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D.* y *N.T. c. España*, ap. 99.
42 STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D.* y *N.T. c. España*, ap. 200.
43 *Ibid.*, ap. 165.
44 *Ibid.,* ap. 200.

tinuas referencias a la vulneración de la normativa de control fronterizo como consecuencia de la entrada no autorizada, en masa y mediando uso de la fuerza por parte de los demandantes. En nuestra opinión, lo que motivó el pronunciamiento de la Gran Sala TEDH fue su intención de no respaldar el comportamiento de aquellas personas que, entrando irregularmente en un determinado Estado, exigen la existencia de garantías procedimentales frente a la resolución de expulsión para obtener un beneficio en la aplicación de la normativa de extranjería cuando dichas garantías son igualmente ejercitables sin necesidad de vulnerar la normativa de control fronterizo. En definitiva, aunque no lo indique explícitamente en su sentencia, lo que hace el Tribunal es aplicar una de las consecuencias naturales de la apreciación del abuso de derecho: privar al titular de su amparo.

### 5.4. Crítica a la postura de la Gran Sala del TEDH

Cabe preguntarse si la aplicación de las consecuencias del abuso de derecho resulta una solución jurisprudencial idónea para todas las personas que cruzan irregularmente la frontera, independientemente de su estatus jurídico.

La afirmación del epígrafe anterior según la cual el bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas es, en última instancia, el derecho a un recurso efectivo es deliberadamente incompleta. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el fin del art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente[45]. Es decir, el bien jurídico protegido por el mencionado precepto es doble: el derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH (que permitiría exponer los argumentos contrarios a la medida adoptada) y el principio de no devolución reconocido, indirectamente, en el art. 3 CEDH (que exigiría examinar las circunstancias personales). En efecto, el art. 4 Protocolo núm. 4 al CEDH exige la existencia de garantías procedimentales para recurrir la resolución de expulsión, pero, ante todo, exige que exista una resolución basada en las circunstancias personales del individuo para evitar que se vulnere el principio de no devolución. Esta última exigencia deriva del indisociable vínculo que, a través de su jurisprudencia, ha creado el propio TEDH entre el art. 3 CEDH y el art. 4 Protocolo núm. 4 al CEDH[46].

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene preguntarse si, como parece desprenderse de la STEDH de 13 de febrero de 2020, es admisible

[45] STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (GS), ap. 177.
[46] Véase, entre otras, STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros*, ap. 211.

que los solicitantes de protección internacional pierdan el derecho a una consideración individualizada de sus circunstancias por el hecho de entrar irregularmente en el territorio de un Estado. En nuestra opinión, esta consecuencia no es admisible porque no existe un fraude de la normativa de control fronterizo por parte de los solicitantes de protección internacional que cruzan irregularmente la valla de Melilla. Por tanto, en este caso, tampoco existe abuso de derecho.

Al contrario que en el caso de los migrantes económicos, para los solicitantes de protección internacional la entrada irregular no conlleva la obtención de ningún beneficio jurídico, porque el propio ordenamiento ya prevé su situación excepcional. Si bien es cierto que los que pretendan acogerse a la protección internacional también deben cruzar las fronteras exteriores por los puestos fronterizos habilitados (art. 5 CFS), el art. 3 CFS dispone que el Reglamento «se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, pero no afectará (…) a los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución». En la misma línea, el art. 17.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Ley de Asilo) establece que «la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley», lo que podría entenderse como un reconocimiento del ejercicio legítimo de un derecho que excluiría la antijuridicidad de la conducta y, por consiguiente, la responsabilidad sancionadora (ex art. 21 Código Penal). Es decir, la doctrina de la conducta culpable no sería aplicable a los solicitantes de protección internacional porque, según la normativa vigente, la forma de entrar en el territorio no condiciona su protección. Dado que la normativa de control de fronteras no obstaculiza sus pretensiones, cabe deducir que los solicitantes de asilo no pretenden eludirla, por lo que no se aprecia ningún motivo ilegítimo en su actuación ni, como consecuencia, abuso de derecho.

Por todo lo expuesto, la STEDH *N.D y N.T c. España*, de 13 de febrero de 2020, constituye un punto de inflexión en la jurisprudencia del TEDH en materia migratoria. Aunque aparentemente el TEDH siga manteniendo la existencia de un nexo entre el art. 3 CEDH y el art. 4 Protocolo núm. 4 al CEDH, según se desprende de la valoración realizada en la sentencia sobre la posibilidad efectiva de solicitar protección internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar, lo cierto es que su fallo implica lo contrario. Implica que la protección dispensada por la prohibición de expulsiones colectivas en su vertiente relativa al principio de no devolución (identificación y examen de las circunstancias individuales de la persona expulsada) está subordinada al cumplimiento de la normativa de control fronterizo, por lo que este último ha dejado de ser un derecho absoluto e inderogable.

Por ello, no podemos compartir la postura del TC de que el rechazo en frontera «en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la [Ley de Asilo], al limitarse a indicar [en su apartado tercero] dónde se han de formalizar las solicitudes [en los puestos fronterizos habilitados al efecto]» [STC 172/2020 FJ 8, C) c)]. La no apreciación de la existencia de expulsiones colectivas por el hecho de que determinados individuos pretendan ejercer ilícitamente un derecho ignora el carácter mixto de los flujos migratorios, pues puede haber otras personas para las que la no valoración de sus concretas circunstancias puede implicar su devolución a un país donde existe el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes. De hecho, la solución del TEDH parece ser contraria a la propia esencia de la prohibición de expulsiones colectivas, al suponer una solución colectiva (la no apreciación de la vulneración del art. 4 Protocolo núm. 4 al CEDH) para individuos que pueden presentar circunstancias diferentes (migrantes económicos y solicitantes de protección internacional).

## 6. CONCLUSIONES

El legislador de la Unión Europea ha configurado el régimen jurídico de los controles fronterizos en el Espacio Schengen de una forma deliberadamente confusa y difusa. En concreto, en materia de vigilancia fronteriza, ha concedido un amplio margen de autonomía a los Estados miembros para decidir si, en la reacción frente a los cruces fronterizos irregulares, optan por aplicar los procedimientos y garantías regulados por la Directiva Retorno u otras vías más simplificadas.

En el caso español, la sustitución a raíz de la crisis migratoria de 2015 del procedimiento administrativo de devolución por la coacción directa que representa el denominado «rechazo en frontera» ha supuesto, objetivamente, una merma de las garantías aplicables (resolución motivada, asistencia jurídica y de intérprete, etcétera).

Esta disminución de garantías que naturalmente comporta la coacción directa puede estar justificada y ser, de hecho, plenamente lícita teniendo en cuenta las circunstancias en las que se producen los cruces irregulares de las fronteras exteriores de la Unión Europea y, concretamente, de las vallas de Ceuta y Melilla (de forma masiva y, en ocasiones, haciendo uso de la fuerza).

Lo que no parece justificable es que esas particulares circunstancias en las que se producen los saltos a las vallas de Ceuta y Melilla avalen prácticas estatales en las que no se observan derechos humanos tan elementales como la prohibición de expulsiones colectivas o el principio de no devolución. Sobre todo, teniendo en cuenta el carácter mixto de los flujos migratorios.

Vista la controvertida jurisprudencia del TEDH respecto a las devoluciones en caliente en el caso *N.D y N.T c. España*, de 13 de febrero de 2020, parece necesario e imprescindible un pronunciamiento del TJUE que aclare los límites que deben respetar los Estados miembros cuando ejecuten el mandato de controlar sus respectivas fronteras. Al fin y al cabo, se trata de una ejecución del Derecho de la Unión (CFS y Directiva Retorno) dudosamente compatible, además de con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## 7. BIBLIOGRAFÍA


Acosta Penco, T. (2018), «Rechazo en frontera y derechos humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*,193: 275–307.

— (2021), «El abuso de derecho en la justificación jurisprudencial del "rechazo en frontera". Análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y de la STEDH, de 13 de febrero de 2020, "N. D. y N. T. c. España"», *Revista española de derecho internacional*, 72 (2): 373–380.

— (2023), «Operaciones de salvamento vs. operaciones de vigilancia fronteriza. Régimen jurídico fluido en el mediterráneo frente a los flujos migratorios», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 63: 83–120.

Agirreazkuenaga, I. (1990), *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000), *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta.

Bermejo Vera, J. (2000), «La administración inspectora» en Sosa Wagner, F. (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del s. XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo,* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1253–1270.

Carro Fernández–Valmayor, J. L. (1977), «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 15: 605–628.

Den Heijer, M. (2010), «Europe beyond its borders: refugee and human rights protection in extraterritorial immigration control» en Ryan, B. y Mitsilegas, V. (eds.), *Extraterritorial immigration control: legal challenges,* Boston, Martinus Nijhoff Publisher, pp. 163–194.

Fernández Ramos, S. (2002), *La actividad administrativa de inspección. Régimen jurídico general de la función inspectora,* Granada, Comares.

García–Andrade Gómez, J. (2021), *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.–R. (2015), *Curso de Derecho Administrativo I*, Pamplona, Civitas.

Izquierdo Carrasco, M. (2012), «La supervisión pública sobre las entidades bancarias» en Rebollo Puig, M. (coord.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano–Luso de Derecho Administrativo,* Madrid, Iustel, pp. 167–222.

— (2019), «Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano» en Zegarra Valdivia, D. (coord.), *La proyección del Derecho adminis-*

*trativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP,* Lima, Palestra, pp. 387–418.

Izquierdo Sans, C. (2000), «Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen», Anuario de Derecho Internacional, vol. xvi, pp. 133–189.

Martínez Escamilla, M. (2021), «Las "devoluciones en caliente" en el asunto "N.D. y N.T. contra España" (Sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 78–79: 309–338.

Ranelletti, O. (1904), «La polizia di sicurezza» en *Primo Trattato compl. Di Diritto amministrativo italiano*, vol. iv, Milán, Società Editrice Libraria, pp. 314–375.

Rebollo Puig, M. (2013), «La actividad inspectora», en Díez Sánchez, J.J. (coord.), *Función Inspectora,* Madrid, INAP, pp. 55–116.

— (2019), «Lección 1: La actividad administrativa de limitación» en López Benítez, M. y Izquierdo Carrasco, M. (coords.), *Derecho Administrativo*, t. iii. Modos y medios de la actividad administrativa, Madrid, Tecnos, pp. 19–45.

Rebollo Puig, M. y Izquierdo Carrasco, M. (1998), *Manual de la inspección de consumo. Con especial referencia a la inspección local*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo.

Sánchez Legido, A. (2020), «Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?», *Revista española de derecho internacional*, 72 (2): 235–259.

Sosa Navarro, M. (2020), «Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto "N.D. y N.T. contra España" ante el TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 24 (67): 1039–1061.

# INVALIDEZ E INCAPACIDAD PERMANENTE COMO CAUSA AUTOMÁTICA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Luis Carlos Bandrés Oróñez

## 1. INTRODUCCIÓN

Con ocasión del planteamiento por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de dos cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea[1] (en adelante, TJUE), pretendo provocar un debate acerca de la materia de fondo que con aquellas se plantea.

La cuestión de fondo no es otra que determinar si la previsión legal contenida en el art. 49.1.*e)* de nuestro Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), al contemplar como causa de extinción del contrato de trabajo la gran invalidez o la incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, se opone a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 17 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, más concretamente a lo dispuesto en su art. 5, en concordancia con los arts. 2 y 4 de la misma, en tanto en cuanto dispone la obligación de los empresarios de realizar ajustes razonables adoptando las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato.

---

[1] Auto de 30 de septiembre de 2022 (recurso de suplicación núm. 75/2022).

El interés del debate que pretendo suscitar deriva de la constatación personal de que hasta el momento la doctrina científica no ha prestado la atención que merece lo dispuesto en el art. 49.1.*e)* ET en orden a valorar su idoneidad considerando la normativa europea e internacional y, lo que por su trascendencia práctica en el mundo real del trabajo quizá resulte más preocupante, la ausencia por parte de nuestros Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social de una seria y responsable reflexión sobre tal aspecto (hasta las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares), limitándose a dictar pronunciamientos que solo hacen que corroborar que la declaración de alguna de las situaciones señaladas determina la extinción automática e inmediata del contrato de trabajo, sin trámite ni condición previa alguna y sin derecho al percibo de indemnización alguna, sirviéndose de una interpretación literal del precepto estatutario[2].

Echo de menos, por tanto, una reflexión jurídica profunda que ponga en entredicho la aplicación directa y automática de lo previsto en el precepto estatutario mencionado no únicamente a nivel de doctrina científica sino, y especialmente, en el ámbito jurisdiccional.

Sin desmerecer lo afortunado de las cuestiones prejudiciales instadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, intentaré dar un paso más poniendo en entredicho la necesidad de su planteamiento a la vista de nuestra propia normativa interna transponiendo el Derecho de la Unión Europea (especialmente la Directiva 2000/78 ya mencionada) y de la obligación, ex art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los jueces y tribunales de aplicar aquel.

Del mismo modo, la doctrina del «acto aclarado» sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea permitiendo preterir una norma estatal por incompatibilidad con el Derecho de la Unión, sin duda alguna, apoya la conveniencia de tal reflexión.

## 2. CUESTIONES PREJUDICIALES, ¿REALMENTE NECESARIAS?

Reiterando mi favorable impresión al planteamiento de las cuestiones prejudiciales mencionadas, siquiera sea por lo que suponen de cara a la apertura de un debate que entiendo necesario, me propongo defender su no necesidad por contar nuestros juzgados y tribunales con los instrumentos normativos necesarios para ante la extinción automática

[2] Sirva mencionar la STS 142/2021, de 3 de febrero (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 998/2018) en la que se concluye que la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de dos años no requiere comunicación escrita del empresario a la persona trabajadora, por lo que la ausencia de dicha comunicación no constituye despido improcedente.

del contrato de trabajo por reconocimiento de la situación de incapacidad permanente de la persona trabajadora, ex art. 49.1.*e)* ET, proceder a su declaración de nulidad por vulneración del derecho fundamental a la igualdad o no discriminación (art. 14 CE).

Propongo, por tanto, superar la constante y pacífica jurisprudencia habida en la materia permitiendo, corroborando, justificando, en definitiva, legitimando la extinción automática y directa, sin derecho al percibo de indemnización alguna, del contrato de trabajo de una persona trabajadora que ha sido declarada en situación de incapacidad permanente.

Vengo a defender la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales del orden social inapliquen el art. 49.1.*e)* ET sin necesidad de plantear previamente cuestión prejudicial ante el TJUE, sin que ello suponga vulneración alguna de los apartados 1 y 2 del art. 24 CE, esto es, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y del derecho a un proceso con todas las garantías.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 37/2019, de 26 de marzo[3], en, a su vez, la STC 58/2004, de 19 de abril, este Tribunal concluyó que la decisión de no plantear una cuestión prejudicial no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE. Ahora bien, la decisión de inaplicar una ley requiere de motivación suficiente, fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, en aras a evitar incurrir en arbitrariedad, no sirviendo, a estos efectos, la mera invocación de la primacía del Derecho comunitario.

Antes de proseguir con mis pensamientos, resulta conveniente dejar zanjada una cuestión previa consistente en la asimilación de la situación de incapacidad permanente a la de discapacidad[4]. Ninguna duda al respecto nos debe asaltar a la vista de lo dispuesto en el art. 4.2, segundo párrafo, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, modificado por la disposición final 2.1 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, al que cabe remitirse[5].

La observancia de la arquitectura normativa existente en la materia se convierte en imprescindible, partiendo, no puede ser de otro modo, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 17 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el

---

[3] *BOE* núm. 99, de 25 de abril de 2019.

[4] Definición de incapacidad permanente encontramos en el art. 193.1 de la Ley General de la Seguridad Social mientras que de discapacidad en el art. 2.*a)* de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, preceptos a los que cabe remitirse.

[5] Dicho precepto dispone que se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

empleo y la ocupación que, cabe recordar, fue objeto de transposición mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En lo que nos interesa, fue el art. 38 de la Ley 62/2003 en el que, con modificación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, el que transpuso lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE. En congruencia con el precepto mencionado de la Directiva[6], su número 2 introdujo un nuevo art. 37 bis en la Ley 13/1982 en virtud del cual se impuso la obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas de adaptación del puesto de trabajo y de accesibilidad con el fin de permitir a las personas con discapacidad desempeñar su trabajo, salvo que dichas medidas supongan una carga excesiva para la empresa.

La derogación de la Ley 13/1982 mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social no supuso la desaparición de aquella obligación empresarial, al contrario, dicho Real Decreto Legislativo mantuvo, íntegramente, en su art. 40 el literal del art. 37 bis de la Ley derogada, conservándose sin alteración alguna hasta la actualidad[7].

La incompatibilidad de la vigente obligación empresarial aludida, derivada de la Directiva 2000/78, con la prevista extinción automática del contrato de trabajo por razón del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en el art. 49.1.*e)* ET es evidente y notoria. Evidencia y notoriedad que favorece mi parecer en favor de la

---

[6] Ajustes razonables para las personas con discapacidad. A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

[7] Art. 40 RDLeg. 1/2013. Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo.

1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.

2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

inaplicación directa, por parte de los juzgados y tribunales del orden social, de dicho precepto, sin necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial alguna.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto tipo de colisión o conflicto de normas de aplicación incompatible, cuya vigencia simultánea afecta a la seguridad jurídica, que debe ser superada y resuelta en pro de la imprescindible coherencia del ordenamiento jurídico.

Tan evidente, según mi parecer, es la contradicción existente entre el art. 49.1.*e)* y el art. 5 de la Directiva[8] que dejar de aplicar aquel no resulta arbitrario ni irrazonable. Entiéndase que no postulo la imposibilidad de proceder a la extinción del contrato de trabajo ante el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente de la persona trabajadora sino que lo que defiendo es que previamente a dicha extinción la empleadora debe, en cumplimiento de la que es su obligación, realizar ajustes razonables en pro de la permanencia del vínculo laboral y solo si la adopción de las medidas resultan una carga excesiva, y así se objetiva, proceder a la extinción del contrato de trabajo, en este caso, así lo postulo también, vía ineptitud sobrevenida[9] de la persona declarada incapacitada permanente de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.*a)* ET[10], observando las formalidad que para tal tipo de extinción contractual prevé el siguiente art. 53, esto es, comunicación escrita expresando la causa, puesta a disposición, simultáneamente a la entrega de aquella comunicación, de la indemnización de veinte días de salario por año de servicios (con una máximo de doce mensualidades) y concesión de una plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal a la persona trabajadora hasta la extinción del contrato de trabajo.

Me acomodo con mi parecer expuesto al decimoséptimo considerando de la Directiva conforme al cual no se obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin

---

[8] Y, dada su transposición, de lo previsto en el art. 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

[9] Como señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia 177/2022, de 23 de febrero, la noción de ineptitud sobrevenida, a falta de una definición legal expresa, se ha asociado a una falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en un bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa del trabajador. Se puede relacionar, sigue expresando dicha sentencia, con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de trabajo.

[10] Prevé como causa de extinción objetiva del contrato de trabajo la ineptitud de la persona trabajadora conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

### 2.1. Ante la colisión normativa

La solución a la antinomia evidenciada requiere definir aquellos criterios cuya consideración nos permitan alcanzar una decisión jurídicamente adecuada en cuanto a determinar cuál de las previsiones en juego debe prevalecer. Sin desear caer en un simplismo inaceptable por presuntuoso, como tal imperdonable, entiendo que la solución a alcanzar no debe revestir especial dificultad si nos atenemos, como así debe ser, a la protección de las personas con discapacidad y al principio de no discriminación.

El marco normativo internacional y europeo, desde luego junto con nuestra Constitución (en adelante, CE), constituye, sin duda, un buen punto de partida[11] en tanto en cuanto sancionan valores superiores y principios fundamentales que gozan de fuerza activa en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no meros principios programáticos, vinculando a todos los poderes públicos.

En aras a evitar consideraciones que, si bien pudieran resultar interesantes, excedan del objeto concreto de estudio motivador de estas reflexiones que comparto, tomo como referencia el literal del considerando decimosexto de la Directiva 2000/78/CE del Consejo para aludir al principio de igualdad de trato o no discriminación[12].

La apuesta de la Unión Europea por los derechos de las personas con discapacidad no cabe ponerla en duda. La Comisión Europea así lo viene demostrando con la adopción de una primera estrategia europea sobre discapacidad 2010–2020 y la actual adoptada para la década 2021–2030 bajo el propósito de reforzar los logros obtenidos con la anterior (Una Unión de la igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021–2030). Precisamente, y en lo que nos atañe, el empleo es considerado como una de las prioridades estratégicas principales a desarrollar.

Retomando el principio de igualdad de trato o no discriminación, obligada es la cita de la Convención sobre los derechos de las personas

---

[11] Pienso, en estos momentos, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[12] Dice así el considerando decimosexto: La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

con discapacidad[13] cuyo propósito, conforme expresa su art. 1, consiste en promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad.

Bajo tal propósito, es su art. 27 el que se dedica específicamente al trabajo y empleo, estableciendo la obligación para los Estados Parte de salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando entre otras medidas pertinentes aquellas que velen por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Tal obligación de salvaguarda y promoción incluye la promulgación de la legislación que resulte procedente.

Igualmente, de obligada reseña resulta[14] la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cuyo art. 21 se prevé la prohibición de toda discriminación por razón de discapacidad, reconociendo y respetando a su vez[15] el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. También merece mención la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, especialmente su art. 26 al contemplar la necesidad de adoptar medidas concretas que favorezcan la integración profesional y social de las personas con discapacidad.

Es, por tanto, tal principio de no discriminación el que, sin duda alguna, nos ofrece la solución en Derecho a acoger, habiéndose erigido la obligación empresarial de llevar a cabo ajustes razonables en un instrumento tendente a la consecución de la igualdad, desempeñando un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad[16].

No obstante, la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad debe, asimismo, compatibilizarse con la concurrencia de posibles situaciones reales en las que la persona con discapacidad se puede encontrar, determinantes de su ausencia de capacidad para desempeñar cualquier trabajo o las tareas fundamentales de la que es su profesión habitual. Dicho de otra manera, la legítima aspiración empresarial de

---

[13] Instrumento de ratificación publicado en el *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

[14] Otras citas, sin lugar a duda, cuentan con relevancia. Así, Tratado de la Unión Europea, Declaración Universal de Derecho Humanos, Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

[15] Ver su art. 26. Principio de integración basado en el art. 15 de la Carta Social Europea e inspirado en el punto 26 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

[16] Así se expresa el considerando 16 de la Directiva 2000/78.

lograr la máxima productividad posible, eficiencia y rentabilidad debe ser objeto de atención. Y, efectivamente, así es desde el momento en que se prevé que, en su caso, los ajustes razonables no supongan una carga excesiva para la empresa, de lo contrario el mantenimiento del vínculo jurídico laboral se convertiría en una imposición incompatible con el buen funcionamiento de la organización empresarial.

De cara a determinar si las medidas a adoptar, en pro de la adaptación del trabajo a las necesidades de la persona trabajadora con discapacidad, dan lugar a una carga desproporcionada para la empresa que no cabe imponer la propia Directiva 2000/78, en su considerando 21, enumera, no a modo de números clausus, ciertos criterios a tener en cuenta, como son los costes financieros o de cualquier otro tipo, el tamaño de la propia empresa, sus recursos financieros y volumen de negocio, así como la disponibilidad de fondos públicos o ayudas a recibir.

Lo anterior nos enfrenta ante la coexistencia de dos derechos constitucionales cuya compatibilidad se busca. Me refiero al derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE).

En suma, el principio de igualdad o de no discriminación debe servirnos de guía en la búsqueda de la solución a dar a la antinomia existente siguiendo el modelo social de discapacidad instaurado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 11 de abril de 2013, dictada en los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11)[17], con superación del modelo estrictamente médico seguido hasta entonces.

Reiterar, pidiendo disculpas por ello, que como consecuencia de la extinción automática y directa del contrato de trabajo prevista en nuestro ET el incumplimiento empresarial de llevar a cabo ajustes razonables que permitan a la persona declarada en situación de incapacidad permanente (asimilada a la persona con discapacidad, como he dicho anteriormente) continuar con el desempeño de su profesión resulta claro.

La Directiva 2000/78 anuda directamente tal incumplimiento empresarial, consistente en una conducta omisiva, a la concurrencia de discriminación[18], siendo así que la automática y directa extinción contractual antes de la adopción, de ser factibles, de ajustes razonables

---

[17] Atendiendo al considerando *e)* de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dicha sentencia estableció que por discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, deduciéndose, continúa, que dichas deficiencias deben ser a largo plazo (ver apartados 38 y 39 de la resolución).

[18] Asimismo, el art. 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad contempla como forma de discriminación la denegación de ajustes razonables.

debe equivaler y equipararse a un despido sin causa cuya merecida calificación debe ser su nulidad por discriminatorio, en aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 ET[19], con la consecuencia jurídica de proceder a la inmediata readmisión de la persona discapacitada, con abono de los salarios dejados de percibir, conforme dispone el número 6 del mismo precepto.

Y lo dicho anteriormente sin descartar la posibilidad, en favor de quien ha sufrido la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente, de peticionar adicionalmente, y conseguir, una indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

Desde luego la manera de salvar la situación discriminatoria no es otra que exigir que, con carácter previo a la extinción del contrato de trabajo, la empresa lleve a cabo los ajustes razonables que sean precisos de cara a posibilitar la continuidad de la persona con discapacidad en el mercado de trabajo. La consecuencia sería que únicamente cuando dichos ajustes no fueran posibles por suponer una carga excesiva para la empresa o su implantación resultara imposible cabría proceder a la extinción del vínculo jurídico laboral[20].

Lo anterior obliga inexorablemente a inaplicar lo previsto en el art. 49.1.*e)* ET, lo que resulta, siempre conforme a mi criterio, perfectamente factible.

La sentencia núm. 194/2018, de 22 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho cuarto, sienta que afirmada la condición de discapacitada de una persona trabajadora se activan las garantías antidiscriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar, revelándose como imprescindible, ante una situación de extinción contractual, el análisis del cumplimiento de la adopción de las medidas de ajuste adecuadas a las que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78, así como el art. 2.4.º de la Convención de la ONU, exigibles, afirma, en todos los casos en los que estemos ante una persona trabajadora con discapacidad. De lo anterior, sigue diciendo, se colige que, en un supuesto de despido, la nulidad de este por vulneración del derecho

---

[19] Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.

[20] En este estado de cosas, dos cuestiones surgen cuya consideración se haría necesaria. La primera de ellas versaría sobre la determinación y concreción de dos conceptos jurídicos indeterminados como son la razonabilidad de los ajustes y la carga excesiva. La segunda de las cuestiones consistiría en, una vez resuelta la primera, decidir si procede la automática extinción del contrato de trabajo o, por el contrario, si aquella debe producirse al amparo de la causa objetiva prevista en el art. 52.*a)* ET. No obstante lo dicho, entendiendo que ambas cuestiones merecerían de un estudio particularizado que, bajo mi punto de vista, excede de lo que pretendo con estas líneas, las dejo simplemente señaladas.

a la no discriminación vendrá derivada de dos requisitos, a saber, de la situación de discapacidad del trabajador y de la inexistencia o insuficiencia de la adopción de medidas de ajuste razonables.

## 2.2. Doctrina del «acto aclarado»

El TJUE ha abordado en distintas ocasiones la Directiva 2000/78, pudiendo llegar a apreciar, así lo defiendo, la aplicación de la doctrina del «acto aclarado» enervando, de tal manera, la obligación de plantear cuestión prejudicial alguna, aun siendo cierto que dicho Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre las cuestiones planteadas por la Sala de lo Social del TSJ de Baleares en relación con el art. 49.1.*e)* ET. A mencionar, entre otras posibles, las siguientes:

*a)* STJUE de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20): declaró que el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad» a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su reincorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigida, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

*b)* STJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18): declara que el art. 2, apartado 2, letra *b)*, inciso ii) de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad debido a que cumple los criterios de selección tomados en consideración por el empresario para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades.

*c)* STJUE de 11 de julio de 2006 (Gran Sala), asunto C-13/05: declara que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad se opone a un despido por dichos motivos habida cuenta de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Debe recordarse que el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional

instituido por los Tratados, establece un diálogo de juez a juez entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tiene como finalidad garantizar la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia[21], su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido en el seno de la Unión Europea.

Los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la más amplia facultad, cuando no la obligación si sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, de remitir una petición de decisión prejudicial al TJUE si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones sobre la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones del Derecho de la Unión que precisan una decisión por su parte. Siendo así, como premisa necesaria para afirmar la obligación de plantear una cuestión prejudicial deben concurrir dudas interpretativas a resolver. En caso contrario, de no concurrir duda alguna el planteamiento de la cuestión prejudicial deviene innecesaria, no obligada.

De la lectura de las sentencias anteriormente reseñadas del TJUE cabe deducir la claridad de la doctrina establecida con relación al art. 5, también 2, de la Directiva 2000/78, no requiriendo de disertaciones más o menos complejas. La aplicación de dicha doctrina por los Juzgados y Tribunales nacionales no parece fácil soslayar.

La validez de la previsión contenida en el art. 49.1.*e)* ET, entendida como conforme con las normas de producción jurídica del sistema, no cabe ponerla en duda. Ahora bien, es manifiestamente ilegítima atendiendo a los efectos discriminatorios que despliega, no siendo merecedora de permanecer en el ordenamiento jurídico. Siendo así, la inaplicación de la norma, por parte de los órganos jurisdiccionales, resulta obligada en pro de la coherencia de aquel (el ordenamiento) de acuerdo con los principios y valores fundamentales del sistema y de conformidad con la doctrina emanada del TJUE.

## 3. CONCLUSIONES

La primera conclusión alcanzada que comparto es la innecesariedad, bajo mi personal criterio, de plantear cuestión prejudicial alguna enfrentando el art. 5 de la, a estas alturas, tantas veces mencionada Directiva 2000/78 y el art. 49.1.*e)* ET, abogando por la idoneidad de que los Juzgados y Tribunales nacionales del orden jurisdiccional social dejen de aplicar tal previsión estatutaria y, en consecuencia, dejen de avalar la extinción automática y directa del vínculo jurídico laboral ante

[21] Entendida como equivalente a la inexistencia de antinomias, de conflictos normativos.

la declaración de la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente, máxime cuando la propia Ley General de la Seguridad Social en su art. 198 permite la compatibilización de las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente, incluso de grado absoluto y de gran invalidez, con el ejercicio de actividades, también lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado.

El art. 5 de la Directiva, en concordancia con la definición del concepto de discriminación contenida en su art. 2, exige inexorablemente la adopción por parte de la empresa de ajustes razonables que permitan la continuidad de la relación laboral, salvo que le supongan una carga excesiva, correspondiendo a los juzgados y tribunales nacionales determinar tanto si, en su caso, los ajustes empresarialmente instaurados cabe calificarlos de razonables como si suponen una carga excesiva de forma tal que decaiga la obligación empresarial al respecto.

Por supuesto, la obligación de llevar a cabo ajustes razonables resulta plenamente aplicable en el caso de aquella persona trabajadora declarada incapacitada permanente considerando su asimilación o equiparación a persona con discapacidad conforme al art. 4.2, segundo párrafo, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Frente a la no adopción de ajuste alguno por parte de la empresa, como si las medidas adoptadas no se consideran razonables, o la no acreditación de la existencia de una carga excesiva a soportar como consecuencia de su adopción, la extinción contractual debe equipararse al despido de la persona trabajadora con discapacidad cuya merecida calificación no puede ser otra que la de su nulidad por vulneración del principio de no discriminación.

Lo dicho obliga a que el legislador, de lege ferenda, proceda a una revisión de lo preceptuado en el art. 49.1.*e)* ET procediendo a su derogación. Mientras ello ocurra, reitero mi parecer sobre la existencia de razones jurídicas válidas y efectivas que vienen a permitir la inaplicación de este por parte de los órganos judiciales, con reivindicación del derecho al trabajo y reforzamiento de la inserción social y laboral de las personas con discapacidad.

La derogación por la que abogo requiere introducir, a mayores, la previsión de que, en su caso, la extinción del contrato de trabajo de una persona trabajadora a la que se le ha reconocido una incapacidad permanente, a producirse ante la imposibilidad de llevar a cabo ajustes razonables o como consecuencia de que los mismos supongan una carga excesiva que no cabe imponer a la empleadora, se encauce legalmente a través de la extinción de contrato por causas objetivas. De entre las legalmente previstas, la contemplada en el art. 52.*a)* ET, ineptitud sobrevenida, es la que mayor encaje nos ofrece.

Ahora bien, se hace preciso valorar la introducción en dicho precepto estatutario de un apartado específico que contemple la situación de declaración de incapacidad permanente de la persona trabajadora, a modo de subtipo objetivo de ineptitud sobrevenida, en el que se integrara la obligación empresarial de realizar ajustes razonables.

Para finalizar y dado que lo cierto es que el TSJ de Baleares ha procedido al planteamiento de las cuestiones prejudiciales indicadas ante el TJUE, constituyendo la razón primera y última de estas líneas, habrá que estar muy atentos a la resolución que finalmente sea dictada. Sin duda los pronunciamientos que llegue a dictar el TJUE provocarán la necesidad, en mayor o menor medida, de adaptar nuestro ordenamiento jurídico laboral puesto que, sin duda alguna, la coherencia del sistema así lo requiere, fundamentalmente ante la asimetría evidenciada con la antinomia puesta de manifiesto.

En fin, nos toca esperar.

## 4. BIBLIOGRAFÍA


Balaguer Callejón, F. (2022), «La coherencia del ordenamiento jurídico», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 37, enero–junio de 2022.

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2023), *¿La extinción automática del contrato por incapacidad permanente total reconocida es discriminatoria? Cuestión prejudicial del TSJ Baleares. Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog). Disponible en *https://ignasibeltran.com*.

Gutiérrez Colominas, D. (2018), *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Universitat Autònoma de Barcelona. Disponible en TESEO.

Martín–Pozuelo López, A. (2021), «El despido por ineptitud sobrevenida a causa de enfermedad y la discriminación por razón de discapacidad: comentario a la sentencia núm. 178/2021 del TSJ de Navarra, de 3 de junio», *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 247/2021, parte Jurisprudencia.

Pastor Martínez, A. (2014), *El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo. En los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Madrid, Editorial Cinca.

Rodríguez Sanz de Galdeano (2014), «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 127.

Vicente Andrés, R. (2018), «La eficacia directa de las Directivas comunitarias y su incidencia en el orden jurisdiccional social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, septiembre 2018.

# LOS DERECHOS DE IMPLICACIÓN COMO REALIZACIONES DEL VALOR DE LA SOLIDARIDAD. NOTAS SOBRE EL PAPEL DE LOS SINDICATOS

Alex Sans Dalmau

## 1. INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica de «Solidaridad», el Capítulo IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE o «la Carta») recoge la mayoría de los derechos laborales, tanto de carácter individual como de carácter colectivo. Una primera aproximación a la estructura de la Carta y, en particular, al capítulo mencionado, lleva a interrogarse no solo sobre el significado y alcance del término «solidaridad» (¿qué hay que entender por solidaridad?), sino también acerca de la relación entre la rúbrica y el contenido de esta parte del texto, así como a buscar una cierta coherencia entre las disposiciones que lo integran y entre estas y otras partes de la Carta.

Siguiendo esta senda, se plantea la cuestión de si la solidaridad debe entenderse en un sentido exclusivamente horizontal, como una realidad que afecta únicamente a los sujetos individuales —y colectivos— o si, por el contrario, es un valor que también concierne a los poderes públicos (¿solidaridad, de quién y para con quién?) y en qué medida (¿qué obligaciones se derivan de ella?). Finalmente, ya en un plano más concreto, cabría preguntarse cómo se realiza, en la práctica o en ámbitos específicos, la solidaridad de la Carta.

Si se observa en una visión de conjunto el Derecho originario contenido en los Tratados, se puede apreciar que la solidaridad es un valor

y un objetivo de la Unión,[1] un punto de partida y, a la vez, de llegada de la unión entre unos Estados que desean «acrecentar la solidaridad entre sus pueblos» (Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, en adelante, TUE), para crear una «ciudadanía europea común» que integra una sociedad caracterizada por esa misma solidaridad (art. 2 TUE). La solidaridad a que se refiere la Carta, más que una mera obligación de reciprocidad entre iguales, guiada por la lógica del intercambio, de la racionalidad económica, constituye un vínculo social llamado a trascender los límites territoriales, especialmente ante situaciones de desigualdad[2].

Una primera idea que se extrae de la lectura de la Carta es, como se decía, que esta hace suyos los principios del constitucionalismo social, al admitir, por un lado, la existencia de realidades intermedias entre los individuos y los poderes públicos y, por otro, por atribuir derechos debido a la pertenencia de estos individuos a estas realidades plurales, supraindividuales. En consecuencia, no solo los ciudadanos individualmente considerados son sujetos de los derechos reconocidos en la Carta, sino también los sujetos colectivos son titulares de derechos recogidos en ella.

De este modo, esta pieza fundamental del constitucionalismo europeo supone una clara superación, integrándolos, de los parámetros propios del constitucionalismo liberal, no solo por incluir los derechos sociales en su elenco, sino también por integrarlos en un mismo texto normativo, poniendo en valor así su indivisibilidad con respecto a los derechos civiles[3]. Por tanto, estamos ante el reconocimiento explícito del hecho de que la ciudadanía europea comprende, de manera indisoluble, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales[4], constatando así que, para el modelo social europeo, las condiciones materiales de este ciudadano europeo no resultan indiferentes[5].

Como ya se ha apuntado, bajo la rúbrica de «Solidaridad» encontramos la mayoría de derechos relativos al ámbito específicamente

---

[1] Dorssemont (2012: 45–60).

[2] Amengual Coll (1999: 221–230).

[3] Contrariamente a lo que sucede en el ámbito de las Naciones Unidas, con la aprobación separada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en el ámbito del Consejo de Europa, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, de contenido específicamente social.

[4] Bercusson (2002: 17–18), «*The EU Charter will reflect international sources of trade union rights, and may go beyond these. In the EU Charter, social and economic rights are recognised as having the same status as civil and political rights. The Charter puts pressure on EU institutions to promote a European social model […] Implementation of the Charter aims to build a bridge between programmatic (social and economic rights) and justiciable (civil and political) rights. Justiciable rights equate to effective and enforceable rights*».

[5] Hager (2009: 106–124).

laboral, de lo que se desprende que para la Carta, las relaciones de trabajo constituyen un lugar preeminente de realización de este valor y esto vale tanto para la dimensión individual de dichas relaciones como, sobre todo, para su dimensión colectiva; precisamente, esta última será el objeto de las páginas que siguen, debiendo establecerse que, por más que ambas facetas sean teóricamente pensables, estas se condicionan recíprocamente en la práctica. En todo caso, a la luz de la Carta y los Tratados, resulta evidente que el trabajo constituye una faceta esencial de la ciudadanía europea y esa misma ciudadanía mantiene su plena vigencia dentro del ámbito de la empresa[6].

No obstante, otro de los objetivos de la Unión, el establecimiento de un mercado interior (art. 3.3 TUE), se sustenta en las cuatro libertades económicas fundamentales, protegidas y fomentadas por las instituciones comunitarias, dando lugar al auge del fenómeno de las empresas transnacionales: una realidad creciente en el seno de la UE. Mientras dichas empresas parecen operar sin apenas restricciones, buena parte de los aspectos relativos a las relaciones laborales siguen siendo competencia de los Estados miembros, lo que conlleva ciertas dificultades a la hora de dar respuesta a un nivel adecuado a los desafíos que plantea esta realidad. En consecuencia, las libertades comunitarias se han convertido en un factor de erosión de la solidaridad, empeorando las condiciones de trabajo y generando agravios comparativos en el ejercicio de la libertad de circulación en un fenómeno usualmente denominado *dumping social*.

Ello demanda, por un lado, una acción legislativa que no se circunscriba únicamente al ámbito interno de los Estados miembros, sino que sea capaz de abordar satisfactoriamente los escenarios exigentes que ofrece el mercado común a fin de preservar y fomentar el valor de la solidaridad. Por otro lado, esta situación pone de manifiesto que el radio de acción de la representación de los trabajadores ya no puede limitarse al marco geográfico tradicional, el Estado–nación, sino que debe pensarse y proyectarse hacia una realidad que lo trasciende.

En fin, ya se ha escrito mucho sobre solidaridad, ciudadanía en la empresa, democracia económica[7] y, en cierto modo, siguen siendo temas inagotables. El objetivo de este trabajo es, por el contrario, bastante más prosaico y se encuentra más acotado materialmente. Las páginas que siguen versarán sobre realizaciones concretas del principio de solidaridad a través de los derechos —colectivos— de participación de los trabajadores en la empresa, al hilo de dos recientes sentencias

---

[6] Conchon (2011: 10), «[…] *enabling employees to have a say in the running of the company and to become citizens at their workplace corresponds to a broader project of justice and democracy*».

[7] Hyman (2019: 91–100).

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el sistema alemán de cogestión.

Estos derechos, aun cuando tienen un origen eminentemente nacional, cuentan con un lugar específico en el sistema multinivel de protección de los derechos sociales. Así, a partir del ejemplo concreto de los derechos de participación es posible esbozar en parte la posición de los sindicatos en el marco de la UE, en tanto que sujetos llamados a desenvolverse en el contexto de este sistema multinivel y en su condición de portadores del valor de la solidaridad. En definitiva, al tiempo que integrantes del contenido de la libertad sindical en un sentido amplio[8] —junto con los derechos de información, consulta, negociación y acción colectiva (arts. 27 y 28 CDFUE)—, los derechos colectivos que en adelante nos ocuparán constituyen una buena muestra de los desarrollos normativos del contenido de la Carta[9].

## 2. LA CARTA COMO FUENTE DE DERECHOS SOCIALES

### 2.1. La protección de los derechos sociales en un sistema multinivel

El largo e inacabado proceso de integración europea no ha estado exento de tensiones, discontinuidades y desequilibrios[10]. Fruto de este proceso de paulatinas transacciones políticas y soluciones de compromiso encontramos un ordenamiento jurídico caracterizado por su complejo sistema de fuentes, con distinto grado de vinculación de los respectivos textos normativos y muy variados mecanismos de implementación de los referidos instrumentos.

Inicialmente, la Carta, proclamada en Niza el 7 de diciembre del año 2000, estaba llamada a ser parte del fallido proyecto de Constitución Europea. Sin embargo, el Tratado de Lisboa reconoció a la Carta el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE), aunque sin incorporarla en su articulado. La Carta participa de esta complejidad antes apuntada, en tanto que se dirige a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados miembros «*únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*» (art. 51.1 CDFUE) y es por ello que su naturaleza es relativamente distinta a la de las declaraciones de derechos que se

---

[8] Ojeda Avilés (2020).

[9] López López (2022: 9), «*An important element of the new formulation is the inscription of solidarity in the provision of collective rights such as labour organisation and collective action. Participation, information, freedom of association, and collective action are all now found in the Chapter of Solidarity*».

[10] Ruiz Miguel (2003: 61–72).

contienen en los textos constitucionales de los Estados miembros.[11] De este modo, aunque constituye un salto cualitativo en la dirección emprendida por Ámsterdam y Maastricht, no es posible extrapolar la lógica de los sistemas de justicia constitucional al ordenamiento europeo.[12]

Así pues, la Carta constituye una pieza fundamental del intrincado sistema multinivel de protección de los derechos sociales y debe leerse como parte de un entramado más amplio, dado que, por un lado, el Derecho de la UE no se construye aisladamente en el universo de las organizaciones internacionales, sino que lo hace en diálogo con otras instancias de este carácter (arts. 6.2 TUE y 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante, TFUE)[13] y, por otro, lejos de desconocer los ordenamientos internos de los Estados miembros, prevé un sistema de reparto competencial que opera bajo la divisa de «*unidad en la diversidad*».

En este contexto, si bien las instituciones comunitarias han llevado a cabo significativos avances en materia laboral, mediante la promulgación de un amplio repertorio de Reglamentos y Directivas que transforman sustancialmente las relaciones laborales de los Estados miembros, la producción normativa en esta materia sigue siendo básicamente nacional, toda vez que las competencias en materia de política social son de carácter compartido, con la reserva de importantes aspectos de este ámbito a favor de los Estados (art. 4.2.*b* y Título X TFUE). En cualquier caso, a pesar de la aparición tardía de los derechos sociales en el proyecto comunitario,[14] el importante recorrido legislativo en términos de estos derechos permite hablar de una verdadera europeización del Derecho del trabajo.

Pero el reparto competencial presenta en la práctica no pocas tensiones y colisiones entre ambos planos que son objeto de controversias jurisdiccionales, así como también redunda en una cierta abstención en el ejercicio de los poderes normativos en aras a reservar un margen para la diversidad de las prácticas nacionales de los Estados miembros,

---

[11] Véanse, en este sentido, los apartados 35 a 46, ambos inclusive, de las conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón en el asunto *Åkerberg Fransson* (C-617/10), presentadas el 12 de julio de 2012.

[12] Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer (2023: 115–116).

[13] Burgos Aduriz (2018: 259–272). No obstante, este diálogo presenta algunos desajustes. Tal es el caso de la discordancia entre el ordenamiento comunitario y la Carta Social Europea, apreciada por el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa en su Decisión de 3 de julio de 2013 (reclamación 85/2012) en el asunto *Confederación General del Trabajo de Suecia (LO) y Confederación General de Cuadros, Funcionarios y Empleados (TCO) contra Suecia*, al hilo del caso *Laval*.

[14] Nogueira Guastavino (2012: 23): «[…] el Derecho social de la Unión Europea no solo es tardío e incompleto sino, sobre todo, accesorio al objetivo último que sostuvo la constitución de las Comunidades Europeas basada en la creación de un mercado común, fundado en la libre competencia y, en el que el trabajo […] se concibe como un factor más de producción para su buen funcionamiento».

cosa que suscita algunos interrogantes, tales como si puede respetarse tal diversidad mediante la aproximación de sus legislaciones y, si es así, hasta qué punto es posible esta labor por parte de las instituciones comunitarias. Sin embargo, como se verá en las sentencias abordadas en el siguiente apartado, el recorrido de la Unión Europea también permite la formulación de la primera de las preguntas a la inversa: ¿Puede respetarse dicha diversidad sin realizar una labor de aproximación o armonización?

## 2.2. Fenómeno sindical e implicación en el Derecho Social de la Unión Europea

De la progresiva atención sobre los aspectos sociales de la integración europea ha resultado la plasmación de los distintos consensos alcanzados en un *corpus* normativo que, *ratione materiæ*, se ha venido a denominar «Derecho Social de la UE». Este sector del ordenamiento comunitario se ocupa de aspectos tan variados como el desplazamiento de trabajadores, la seguridad y salud en el trabajo, la contratación temporal y trabajo a tiempo parcial o la coordinación de sistemas de seguridad social, así como los aspectos colectivos de las relaciones de trabajo, incluida la participación.

En este sentido, el propio Capítulo IV de la Carta se inicia con dos artículos que contienen derechos específicamente de carácter colectivo, como son los derechos de información y consulta y los derechos de negociación y acción colectiva (arts. 27 y 28 CDFUE, respectivamente). Cabe observar que, si bien la libertad sindical, en su dimensión organizativa (art. 12.1 CDFUE), aparece recogida entre los derechos del Capítulo II («Libertades»), también se reconoce específicamente la vertiente funcional de la libertad sindical, que se encuentra en el Capítulo IV de la Carta.[15] Por consiguiente, los sindicatos son un género específico de asociaciones entre personas que cuentan con unos instrumentos concretos ordenados a una finalidad, que es «la defensa de sus intereses» (art. 12.1 CDFUE).

Si bien el ámbito básico de la actividad de estas organizaciones lo constituyen las relaciones de trabajo, el ordenamiento jurídico comu-

[15] Esta relación ya fue establecida en su día por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 8 de octubre de 1974 (*Union syndicale et al contra el Consejo de las Comunidades Europeas*, C-175/73), en sintonía con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, en desarrollo de una libertad sindical recogida de una manera un tanto genérica, reconoce la libertad específicamente sindical y los derechos que les son inherentes a tales organizaciones. A título de ejemplo, baste citar las SSTEDH de 27 de octubre de 1975 (*Syndicat national de la police belge contra Bélgica*), de 2 de julio de 2002 (*Wilson, National Union of Journalists y otros contra Reino Unido*), de 12 de noviembre de 2008 (*Demir y Baykara contra Turquía*) y de 21 de abril de 2009 (*Enerji Yapi–Yol Sen contra Turquía*).

nitario, además de reconocer este fenómeno, lo integra y lo promueve a diferentes niveles, reservándoles una posición específica en las instituciones europeas[16]. Por tanto, para el Derecho de la UE los sindicatos son algo más que organismos privados dotados de unos derechos de actividad y representativos de su base afiliativa: presentan una dimensión pública que trasciende la mera relación de asociación para proyectarse hacia lo institucional a través de canales formales[17].

Volviendo a la Carta, una segunda observación que cabe formular en este punto es que, además de conferir derechos a las organizaciones sindicales, el texto prevé la existencia de otros sujetos colectivos, denominados genéricamente como «representantes» de los trabajadores, a los que les corresponden los derechos de información y consulta. Este término más amplio apunta a las representaciones unitarias o electivas (típicamente, los comités de empresa). Los derechos de información y consulta[18] son derechos colectivos de carácter instrumental, puestos al servicio de los trabajadores, a través de sus representantes[19], para el adecuado ejercicio de su labor, en tanto que portadores de un interés supraindividual, que se desenvuelve en unas relaciones dinámicas de

---

[16] Martín Artiles (2003: 9–10): «La CES [Confederación Europea de Sindicatos] trata de influir en los procesos de decisión política, en la legislación impulsada por las autoridades europeas (Comisión, Parlamento, Consejo) y asegurar la participación de los sindicatos en los asuntos relacionados con el empleo, la política social y la política macroeconómica. La CES también coordina la participación de los sindicatos en las numerosas instituciones de la Unión Europea […]. Además la CES promueve los derechos de participación y consulta de los trabajadores y la creación de nuevos órganos de representación, como los Comités de Empresa Europeos. En segundo lugar, la CES trata de contribuir a la construcción de un sistema de relaciones laborales europeo a través del Diálogo Social con la representación de los empresarios (UNICE, CEEP). En este sentido, a través del diálogo social se viene generando acuerdos marcos a nivel europeo, tales como los acuerdos sobre permisos parentales, trabajo a tiempo parcial y contratos de duración determinada, que posteriormente han sido ratificados por el Consejo de Ministros y transformados en Directivas que hoy forman parte de la legislación europea. Y, en tercer lugar, la CES impulsa la unidad de acción sindical y la movilización de los trabajadores en el ámbito europeo para alcanzar nuevos objetivos en la legislación, tales como la inclusión del empleo en los Tratados de la Unión Europea, los derechos de información y consulta de los trabajadores y la mejora de las condiciones que figuran en la Carta de los Derechos Fundamentales».

[17] Veneziani (2012: 123–161).

[18] De acuerdo con el art. 2.1, letras *e)* y *f)* de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, por «información» y «consulta» debe entenderse «la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo […] en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las consultas» y «la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta».

[19] Garrido Pérez (2008: 11–20).

carácter dialéctico con su contraparte en las relaciones de trabajo. Estos dos derechos, junto con el derecho de participación, forman parte de un conjunto más amplio, denominado «implicación».

En la práctica, no existe una contraposición o una separación tajante entre las «organizaciones» —sindicales— (art. 28 CDFUE) y los antedichos «representantes», toda vez que, por un lado, estos derechos también son reconocidos a las organizaciones sindicales en distintos ordenamientos (como es el caso del doble canal de representación de los trabajadores en España)[20] y, por otro, porque los órganos de representación electiva se nutren casi en exclusiva a partir de las organizaciones sindicales. En definitiva, dado que el término «representantes de los trabajadores» empleado por el Derecho de la UE remite a las legislaciones o prácticas nacionales, directa o indirectamente las organizaciones sindicales son titulares de estos derechos colectivos.

Tanto en el ámbito comunitario como en muchos de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros conviven distintas instancias representativas, que básicamente se podrían reconducir a dos: la unitaria o electiva y la sindical, de relación afiliativa. Si bien los sindicatos comparten de algún modo con los órganos de representación unitaria o electiva estas funciones de participación o implicación, la doctrina señala la existencia de algunas disfunciones[21] y desequilibrios entre ambas cuando coexisten y de los problemas inherentes a la tradicional preferencia del legislador comunitario por las representaciones unitarias o de base electiva frente a los canales sindicales. No en vano, ya el Convenio 135 de la OIT (1971) y la Recomendación 143 a él aparejado señalaban la necesidad de adoptar determinadas cautelas cuando convivan los dos canales de representación[22].

El legislador europeo ha hecho suya la experiencia de los sistemas nacionales de relaciones laborales admitiendo que, debido a las transformaciones sociales, económicas y productivas (tales como la internacionalización de las relaciones de trabajo, la digitalización o la terciarización de la economía) que se han sucedido a lo largo de más de medio siglo, el papel de los sindicatos ya no puede entenderse únicamente desde los derechos de negociación colectiva y de huelga. Una somera comparación entre dichos sistemas lleva fácilmente a advertir que no existen modelos puros: todos cuentan, al mismo tiempo —aun-

---

[20] Villa Gil (1980).

[21] Ojeda Avilés (2005: 343–363).

[22] Art. 5 del Convenio 135 de la OIT: «Cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes».

que en distinta proporción—, con elementos de conflicto y cooperación entre los agentes sociales.[23] De ahí que los derechos de negociación y acción colectiva se completen con los de implicación en distintos niveles (desde el centro de trabajo hasta el nivel supraempresarial).

Si bien las competencias en materia de política social son compartidas entre la Unión y los Estados, aspectos fundamentales de las relaciones laborales como el derecho de huelga o el de sindicación no son parte del elenco competencial de la UE y caen —al menos teóricamente— dentro del espacio que corresponde a los Estados miembros (153.5 TFUE), por lo que la actuación de los poderes comunitarios se lleva a cabo dentro de su ámbito competencial. Dentro de este margen, el Derecho de la UE dispone de un espacio interesante para la intervención en materia de derechos laborales colectivos, como es el caso de los derechos de implicación de los trabajadores.

De este modo, el art. 153.1.*f)* TFUE establece que «[…] la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en […] la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión […]». De ello se desprende una obligación positiva de las instituciones de promover, dentro del ámbito de las competencias de la UE, gran parte de la vertiente funcional de la que hacía referencia más arriba. A su vez, también la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (CCDSFT) de 1989, a pesar de carecer de eficacia normativa, prevé en su articulado los derechos de implicación de los trabajadores[24].

Siguiendo el mandato contenido en el art. 153 TFUE, el Derecho derivado se ocupa de la participación de los trabajadores en las empresas de relevancia a nivel comunitario aunque la práctica revela hasta cierto punto una acción limitada de las instituciones en esta materia; en cambio, en materia de derechos de información y consulta (art. 153.1.*e* TFUE),[25] el desarrollo normativo llevado a cabo a nivel europeo se revela significativamente más amplio,[26] como se expondrá al hilo de las sentencias tratadas en el apartado siguiente.

---

[23] El derecho a la participación de los trabajadores en la empresa se encuentra recogido en muchas normas de carácter nacional (en el caso español, además de la libertad sindical, la propia Constitución incluye, en su art. 129.2, la participación, que ha sido objeto de algunos desarrollos legislativos).

[24] Art. 17 CCDSFT: «La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. Ello es especialmente aplicable en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea». Fuera del ámbito de la UE, en la órbita del Consejo de Europa, encontramos los arts. 21 y 22 de la Carta Social Europea revisada, relativos a los derechos de información, consulta y participación.

[25] STJUE de 29 de marzo de 2001, *Bofrost*, C-62/99.

[26] Baste mencionar aquí, sin ánimo de exhaustividad, la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo, sobre la constitución de un comité de empresa

## 3. LOS DERECHOS DE COGESTIÓN EN ALEMANIA EN LA DOCTRINA DEL TJUE

Todos los sistemas de relaciones laborales de nuestro entorno presentan, a la vez, elementos de negociación y acción colectiva —definidores de un modelo típicamente orientado al conflicto— y elementos más bien propios de una lógica de integración o cooperación de los actores colectivos[27]. Por tanto, en mayor o menor medida, los contenidos de dichos sistemas guardan una relación directa con el Derecho Social de la UE en general y con la Carta en particular. Dentro de aquellos últimos, encontramos explícitamente recogidos en esta los de información y consulta, sin perjuicio de otros derechos colectivos previstos por el ordenamiento jurídico comunitario en su conjunto, que confieren a los representantes de los trabajadores unas facultades de intervención más intensas que los primeros.

La participación de los trabajadores en la empresa admite tanto distintos niveles como distintos grados de intensidad por lo que cada sistema es el resultado de un equilibrio determinado de fuerzas entre los agentes sociales, condicionado por prácticas y tradiciones particulares y sujeto a los cambiantes contextos sociales y productivos. De este modo, los distintos Estados de la UE presentan un nivel desigual de derechos colectivos y, en especial, de participación de los trabajadores[28], disparidad que, ante el escenario del mercado común, constituye el sustrato de prácticas elusivas de los sistemas nacionales, menoscabando así los derechos de los trabajadores y erosionando los incipientes vínculos de solidaridad entre los trabajadores de los Estados miembros.

Ello ha llevado a las autoridades de la UE a poner el foco de atención sobre esta materia, así como a un amplio repertorio de pronunciamientos del TJUE sobre aspectos tanto nucleares como tangenciales de los derechos colectivos de los trabajadores, algunos de los cuales se citan a lo largo de este trabajo.

### 3.1. El sistema de cogestión alemán

Alemania cuenta con una larga tradición en materia de participación de los trabajadores en la empresa y, en particular, en materia de coges-

---

europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria o la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (modificada por la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre).

27 Monereo Pérez *et al*. (2011: 147–150).

28 Conchon (2011: 7–19).

tión[29]. Ya la propia constitución de la República de Weimar diseñó un sistema de democracia económica a diferentes niveles, al amparo de la cual se llevaron a cabo desarrollos pioneros —aunque modestos— en materia de democracia en la empresa, que constituyen los precedentes más directos de las instituciones jurídicas actuales. Tras la Segunda Guerra Mundial, la República Federal retomó, con las debidas adaptaciones al nuevo contexto social y político, la senda participativa iniciada en Weimar, instaurando un sistema de cogestión que afecta a las principales compañías del país y que constituye, sin duda, el modelo de referencia para los sistemas de nuestro entorno[30].

En la actualidad existen básicamente tres regímenes de derechos de cogestión: el régimen aplicable a las empresas del sector de la minería y la industria siderúrgica (1951); la llamada Ley de cogestión en un tercio (2004), prevista para empresas con entre 500 y 2 000 trabajadores; y la Ley de cogestión de 1976, aplicable a las principales empresas del país que superan el umbral máximo de la anterior.

Contrariamente a lo que sucede en el Derecho de sociedades español, el modelo societario alemán es de carácter dualista, lo que significa que la estructura orgánica de las sociedades de capital cuenta, además de la asamblea general, con dos órganos de gobierno: el consejo de administración y el consejo de vigilancia, regulados por la Ley alemana de sociedades anónimas. Si al consejo de administración le corresponde la gestión diaria, ordinaria de la sociedad, el consejo de vigilancia es el órgano encargado de supervisar la actividad del primero. Así, el consejo de vigilancia nombra y revoca los miembros del consejo de administración, solicita informes (derechos activos y pasivos de información) y algunos de los actos societarios requieren de la autorización del consejo de vigilancia para su materialización. En definitiva, el consejo de vigilancia tiene por principal cometido la fiscalización de la gestión llevada a cabo por la administración de la sociedad. Es en este órgano en el que se desenvuelven las dinámicas de participación de los trabajadores, que se encuentran en él representados con los mismos derechos que el resto de miembros.

Según la Ley de cogestión alemana (MitbestG), en aquellas empresas —principalmente sociedades anónimas (AG) y sociedades de responsabilidad limitada (GmbH)— que emplean regularmente a más de 2 000 trabajadores, estos tienen derecho a elegir a sus representantes en el consejo de vigilancia de dichas empresas, cuya composición es paritaria: una mitad de los miembros representan a los accionistas y la otra, a los trabajadores.

---

[29] Hepple (1994: 297–326).

[30] Ojeda Avilés (1978).

Así pues, estos últimos tienen, en virtud de la MitbestG, un derecho de sufragio activo y pasivo en orden a la elección de sus representantes al consejo de vigilancia de las compañías incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley. Asimismo, en función del tamaño de la plantilla, los sindicatos tienen derecho a proponer una parte de los candidatos del banco social que finalmente compondrán el consejo de vigilancia, representantes estos que pueden ser externos a la empresa.[31] En la dinámica de los derechos de cogestión, los sindicatos desempeñan un papel muy destacado, tanto por el hecho de tener reservados algunos de los asientos de los consejos de vigilancia como por encontrarse normalmente el conjunto del banco social de dichos órganos altamente sindicalizados, tal y como sucede con los órganos de representación unitaria (comités de empresa). Así pues, directa o indirectamente los sindicatos influyen de manera decisiva en la formación de la voluntad del banco social de las empresas cogestionadas y toman parte en los procesos decisorios de dichas compañías. Además, la posibilidad de contar con representantes externos a la empresa acentúa la dimensión del sindicato como organismo de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores tanto dentro como fuera de la empresa y como puente entre la empresa y la sociedad.

Como ya se ha expuesto más arriba, ni las empresas ni los derechos de participación de los trabajadores en ellas quedan al margen de los escenarios que presenta el mercado único, lo que en la práctica ha generado numerosas situaciones de impacto del plano comunitario en los ordenamientos nacionales y, a la inversa, contextos nacionales con elementos de relevancia para el Derecho de la Unión. Es por ello que el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre aspectos centrales del sistema alemán de cogestión en dos ocasiones, a través de las dos sentencias que se examinan a continuación[32]. Ambas sentencias presentan una gran vinculación entre sí, no solo por la norma que da lugar a su planteamiento (MitbestG) o por tener un mismo origen geográfico, sino porque ambas abordan la interacción entre el ordenamiento jurídico comunitario y los sistemas nacionales poniendo de manifiesto una insuficiencia de la actividad de las autoridades comunitarias para preservar los derechos que aquí se abordan, al tiempo que abren nuevos horizontes en materia de participación, acentúan el papel que están llamados a desempeñar los sindicatos en ella y la necesidad de fomentar un diálogo intrasindical a nivel comunitario.

---

[31] Para una exposición detallada de la regulación que reciben los derechos de cogestión en Alemania, véase Mendoza Navas (2002).

[32] Se excluye aquí el caso *Volkswagen* (STJUE de 23 de octubre de 2007, C-112/05), por abordar esta aspectos tangenciales y particularmente específicos del sistema alemán de cogestión que solamente hacen referencia a la citada compañía *ex* § 25.1.3 MitbestG.

### 3.2. El asunto *Erzberger* (C-566/15)

En su redactado, la MitbestG no explicita si, dentro del ámbito de aplicación de la Ley, debería incluirse o no a los trabajadores de grupos de empresas alemanes empleados en filiales radicadas en el extranjero. Sobre este punto, no existe una posición unánime ni en la doctrina científica ni en la práctica de los tribunales, si bien la interpretación mayoritariamente sostenida por ambas se decanta por entender que los derechos de cogestión previstos en la ley corresponden únicamente a los trabajadores empleados en Alemania.

Si se atiende a un criterio teleológico, la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Parlamento Federal alemán, previa aprobación de la MitbestG (1976)[33], descartó la aplicación extraterritorial de la Ley de cogestión. Así pues, aparentemente, en virtud del principio de territorialidad, la legislación alemana en materia de participación no sería aplicable más allá de sus fronteras. Esta tesis se ve apoyada por la interpretación del concepto de «trabajador» previsto en la Ley alemana de comités de empresa que lleva a cabo el Tribunal Federal Laboral Alemán, a la que la propia MitbestG se remite, por cuanto solo considera comprendidos en este término a los empleados en centros de trabajo radicados en territorio alemán[34]. No obstante, durante los años de andadura de la Ley alemana de cogestión la dimensión transnacional de las relaciones laborales ha cobrado una importancia tal que es imposible de desconocer, lo que incide directamente sobre los derechos colectivos, en este caso, de cogestión.

La cuestión plantea problemas de distinto orden. Por un lado, admitiendo la tesis mayoritaria, una determinada distribución de la plantilla entre las distintas filiales de un mismo grupo de empresas radicadas en diferentes Estados miembros en los que opera dicho grupo puede tener como consecuencia la reducción de los derechos de cogestión de los trabajadores, cuando no la falta de aplicación de la propia Ley de cogestión, por la falta de superación de los umbrales numéricos. Asimismo, como se argumenta en el caso, una parte importante de la plantilla del grupo queda automáticamente excluida de las dinámicas participativas, lo que conlleva una situación en la que un determinado grupo de trabajadores decide quiénes serán los representantes de un conjunto más amplio. Por otro lado, si se opta por reconocer el alcance extraterritorial de los derechos de cogestión previstos en una norma nacional, sería necesario un acto positivo de adaptación del articulado de la Ley y sus disposiciones de desarrollo en materia electoral para

[33] Véase el Informe de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Parlamento Federal alemán de 10 de marzo de 1976 (BT–Drucksache 7/4845, p. 4).

[34] Sentencia del Tribunal Federal Laboral alemán de 22 de marzo de 2000 (7 ABR 34/98).

integrar en los procesos a los trabajadores de filiales extranjeras, lo que suscitaría a su vez cuestiones de legitimación procesal o competencia judicial, entre otros. En cualquier caso —y este es uno de los temas de fondo que se le plantea al tribunal—, la postura restrictiva en este debate entraña una potencial discriminación por razón nacionalidad.

En el caso que nos ocupa, el grupo de empresas TUI AG, con sede en Berlín y Hannover, contaba con aproximadamente 50 000 empleados (10 103 en territorio alemán y 39 536 en otros Estados miembros de la Unión Europea), distribuidos entre la sociedad matriz y las distintas empresas filiales del grupo. De acuerdo con la MitbestG (§7) y de los estatutos sociales de TUI AG, el consejo de vigilancia de la compañía estaba compuesto por 20 miembros, diez en representación de los accionistas y diez en representación de los trabajadores (entre los cuales tres son elegidos a propuesta de los sindicatos).

Tal y como se ha expuesto más arriba, únicamente los trabajadores empleados en Alemania pueden ser electores y elegibles para el consejo de vigilancia de la empresa, quedando excluidos de estos procesos los trabajadores empleados en filiales radicadas fuera del país germano. Así pues, los empleados en filiales del grupo TUI radicadas en países como Francia no pueden elegir a sus representantes en el consejo de vigilancia del grupo ni pueden ser elegidos para ostentar dicha representación, con lo que un 80 por 100 de la plantilla de la empresa no se encuentra directamente representada en el consejo de vigilancia.

Como resultado de un largo periplo judicial en los tribunales internos, en lo podría entenderse como el reverso de la litigación estratégica, el Sr. Konrad Erzberger adquirió acciones del grupo TUI AG a fin de obtener la legitimación activa requerida para plantear la cuestión ante los tribunales alemanes, en busca de alcanzar la instancia jurisdiccional europea. Básicamente, el actor alega que la composición del consejo de vigilancia de TUI AG es indebida (§98 de la Ley alemana de sociedades anónimas), por cuanto no integra a los trabajadores de las filiales situadas en otros Estados miembros y esta exclusión haría incompatible la Ley alemana de cogestión con las exigencias del Derecho comunitario.

Si en instancia el Tribunal Regional Civil y Penal de Berlín[35] desestimó la demanda, el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín sí accedió a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE, al amparo del art. 267 TFUE. De este modo, el órgano jurisdiccional de apelación trasladó la cuestión acerca de si la ley alemana de cogestión

[35] Por tratarse de cuestiones societarias, en general, estas no se dirimen en un proceso laboral, sino ante la jurisdicción ordinaria. En cambio, según la Ley de la jurisdicción laboral alemana (*Arbeitsgerichtsgesetz*, ArbGG), sí conoce la jurisdicción de trabajo de aquellos asuntos relativos a la elección y remoción de los representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia (§ 2a ArbGG).

es compatible con los arts. 18 (no discriminación por razón de la nacionalidad) y 45 (libre circulación de trabajadores) TFUE cuando priva de los derechos de sufragio activo y pasivo a los trabajadores de otros Estados miembros y el traslado de un trabajador representante a otro Estado miembro implica pérdida de su mandato. Tras la intervención de las distintas partes, el abogado general Henrik Saugmandsgaard Øe presentó sus conclusiones el 4 de mayo de 2017 que, en lo sustancial, fueron íntegramente acogidas por parte del TJUE en su sentencia[36], por lo que su contenido se aborda aquí de manera conjunta.

El art.45.2 TFUE[37] prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros con respecto a las condiciones de trabajo, entendidas en un sentido amplio, incluidos los derechos de sufragio activo y pasivo de los trabajadores para el consejo de vigilancia[38], toda vez que estos se ostentan debido a la condición de trabajador. De este modo, según se desprende de los razonamientos del Tribunal, los derechos de representación de los trabajadores, de naturaleza colectiva, son inescindibles del contrato de trabajo. La finalidad del precepto es facilitar el ejercicio de todo tipo de actividad profesional dentro del territorio de la UE, sin que una medida nacional pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de esta libertad fundamental[39], lo que supone, por un lado, el derecho a disfrutar del mismo trato que los trabajadores nacionales y, por otro, la prohibición a los Estados miembros de origen de imponer restricciones a la libre circulación de los trabajadores.

A la hora de analizar la cuestión jurídica de fondo, se abordan las repercusiones que esta proyecta sobre dos tipos genéricos de situaciones: (i) trabajadores empleados en filiales establecidas en otros Estados miembros y (ii) trabajadores empleados en Alemania que sean trasladados a otro Estado miembro.

El Tribunal entiende que el supuesto (i) no presenta ningún factor de conexión con las situaciones contempladas en el Derecho de la Unión, por cuanto la situación de dichos trabajadores no es el resultado del ejercicio de su libertad de circulación[40], sin que quepa tomar en consideración el control que ejerce la empresa matriz alemana sobre las filiales radicadas en otros Estados miembros. Por tanto, el juicio acerca de la discriminación pretendida debe hacerse desde una pers-

---

[36] STJUE de 18 de julio de 2017.

[37] Art. 45.2 TFUE: «La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».

[38] STJUE de 8 de mayo de 2003, *Wählergruppe Gemeinsam*, C-171/01.

[39] STJUE de 10 de marzo de 2011, *Casteels*, C-379/09.

[40] STJUE de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, C-212/06.

pectiva dinámica —en atención al ejercicio efectivo o potencial de la libertad de circulación— y no estática, por la comparación abstracta de la situación de trabajadores empleados en distintos territorios, para concluir así que no rige el art. 45.2 TFUE a este supuesto, al tratarse de una situación meramente interna que no afecta al Derecho de la Unión.

De mayor interés resulta el supuesto (ii), en el que se considera si la eventual pérdida de los derechos de sufragio y de un posible mandato representativo por el ejercicio de la libertad de circulación suponen una discriminación o, cuanto menos, una restricción de la libre circulación de los trabajadores, por cuanto la pérdida de los derechos reconocidos en la MitbestG podría disuadir al trabajador del ejercicio de la movilidad o hacer menos atractiva la aceptación de un puesto de trabajo dentro del grupo.

La conclusión del Tribunal en este punto consiste en que, atendida la disparidad existente entre los distintos Estados miembros en lo que a la legislación laboral se refiere, las desigualdades que surgen en esta situación no entrañan necesariamente discriminación, puesto que no cabe obligar a un Estado miembro a inclinarse por la aplicación extraterritorial de su legislación en materia de participación. Por consiguiente, el desplazamiento de trabajadores entre Estados miembros no es neutro desde el punto de vista de las condiciones laborales, siendo determinante la legislación laboral del Estado de destino.

En definitiva, la Sentencia del caso *Erzberger* declara la compatibilidad de la legislación alemana en cuanto que opta por privar de los derechos de sufragio activo y pasivo a los trabajadores empleados en filiales situadas fuera de Alemania, con la consiguiente pérdida del mandato representativo del miembro del consejo de vigilancia que sea trasladado a otro Estado miembro, sin que ello entrañe discriminación alguna en los términos del art. 45 TFUE.

Más allá del fallo de la sentencia, lo más interesante del proceso se encuentra en los apartados 82 y 83 de las conclusiones del abogado general. En ellos, expresa su opinión favorable a una armonización a nivel europeo de los derechos de participación, a fin de que en un supuesto como el examinado —el de un trabajador empleado por un grupo de sociedades en la UE—, el trabajador en cuestión pueda disfrutar de los mismos derechos de participación en el grupo independientemente del lugar donde se encuentre. Por un lado, dicha armonización, en opinión del Sr. Saugmandsgaard Øe, no solo sería deseable sino también perfectamente posible.

Por otro lado, otra de las conclusiones que cabe extraer del proceso es que el principio de territorialidad no es óbice para la extensión de la legislación nacional en materia de cogestión a filiales de una misma empresa radicadas en distintos Estados miembros como, de hecho, ya

sucede en la práctica[41]. Que una determinada legislación nacional opte o no por ampliar sus efectos es una decisión que cae en el terreno de la discrecionalidad de las autoridades legislativas nacionales, sin que la resolución en sentido afirmativo suponga una injerencia en asuntos de soberanía de otros Estados miembros.

### 3.3. El asunto *IG Metall y ver.di* o *SAP SE* (C-677/20)

Como resultado de más de treinta años de negociaciones y con objetivo de eliminar obstáculos a los intercambios para la realización del mercado interior, vio la luz la figura de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea, SE). Se articuló mediante la promulgación simultánea del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, texto este último que, por su naturaleza, precisó de transposición a los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros[42].

Una SE es una sociedad con personalidad jurídica propia que puede ser constituida a través de distintos procedimientos (fusión, *holding*, filial, transformación —supuesto, este último, que ocupará las líneas que siguen—) y cuyo capital social mínimo, dividido en acciones, es de 120 000 euros. En el plano del gobierno de la sociedad, las SE pueden tener un sistema monista o dual, además de una junta de accionistas. La SE se regula básicamente por el Reglamento mencionado más arriba, por el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social y por sus propios estatutos sociales. La finalidad de este tipo social es facilitar el funcionamiento de las empresas mediante la simplificación de los procesos que conlleva la operación bajo una única legislación, al tiempo que favorece su movilidad dentro de la UE.

Salvo algunas excepciones, el Reglamento impone el deber de concluir un Acuerdo de implicación que defina los términos de la implicación de los trabajadores en la nueva SE, en ausencia de un marco nacional. De acuerdo con el art. 2.*h)* de la Directiva, el término «implicación» engloba los derechos de información, consulta y participación, así como «[…] cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa». Por «participación» debe entenderse el de-

---

[41] Lafuente Hernández (2023).

[42] En España, la Directiva fue transpuesta por la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Contrariamente a lo que sucede en algunos países de la UE, en España esta figura ha tenido escaso éxito. González Begega (2015: 70–82).

recho de los representantes de los trabajadores a influir en una sociedad mediante el derecho a «elegir o designar determinados miembros en los órganos de administración o control de la sociedad» o a «recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control» de dicha sociedad (art. 2.*k* de la Directiva)[43].

El Acuerdo de implicación debe ser negociado entre los órganos de dirección o administración de las sociedades que toman parte en el proceso de constitución de la SE y una comisión negociadora representativa de los trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados; entre dichos representantes, pueden incluso designarse —si así lo disponen los Estados miembros— representantes sindicales externos a la empresa. Estamos, pues, ante una norma de carácter pactado o convencional, concluida al amparo de la legislación europea de carácter promocional y orientada por una legislación nacional de referencia a la que está llamada a sustituir una vez consumada la transformación[44].

El art. 4.4 de la Directiva establece el llamado «principio de antes–después» (*before and after principle*, *Vorher–Nachher–Prinzip*)[45], según el cual, cuando una SE se constituya mediante transformación, el nivel de implicación de los trabajadores en la empresa deberá ser «[…] al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes […]» en la sociedad originaria. Esta previsión busca mantener un nivel similar de participación de los trabajadores al que prevén las legislaciones nacionales de origen, especialmente cuando se trata de la constitución de una SE mediante transformación, ante el riesgo de vaciamiento de estos derechos.

Sin embargo, la finalidad de garantizar que la transformación de una empresa en SE no suponga ni desaparición ni reducción de los derechos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa (Considerandos 3 y 18 de la Directiva) se ha visto cuestionada por la práctica. Como vienen denunciando fuentes vinculadas al movimiento sindical, este tipo social constituye un factor de erosión, cuando no directamente de elusión, de los derechos nacionales de participación de los trabajadores en los sistemas más avanzados, como el alemán[46], hasta el punto de que, parte del auge del recurso a esta figura puede explicarse por la desaparición de los derechos de implicación de origen nacional tras la transformación de las sociedades en SE[47].

---

43 Preis (2012: 890–898).
44 Gómez Gordillo (2007: 27–40); Insa Ponce de León (2010).
45 Véase el Considerando 18 de la Directiva.
46 Rose y Köstler (2014).
47 Sick (2020: 13–17).

En el caso que nos ocupa, la compañía de software SAP AG, con sede en Walldorf, acordó transformarse en SE en 2014 una vez concluido un acuerdo de implicación con la comisión negociadora. Inicialmente, de acuerdo con la MitbestG, el consejo de vigilancia de SAP AG estaba compuesto por 16 miembros, ocho en representación de los accionistas y ocho en representación de los trabajadores (dos de los cuales habían sido elegidos a propuesta de los sindicatos).

El Acuerdo de implicación de SAP SE preveía un consejo de vigilancia compuesto de forma paritaria por 18 miembros que, tras una modificación estatutaria, sería sustituido por un «consejo de vigilancia reducido», también paritario, pero con 12 integrantes. De acuerdo con el apartado 3.4 del Acuerdo, los sindicatos conservaban la posibilidad de proponer candidatos, aunque estos no se elegirían de manera separada, perdiendo así los asientos reservados que les confiere la Ley alemana de cogestión (§§ 7.2 y 16.2 MitbestG). Precisamente la supresión de este derecho exclusivo de nominación de una parte de los candidatos al consejo de vigilancia mediante la votación separada constituye el objeto de la presente controversia resuelta por el TJUE.

Del litigio conoció en primera instancia el Tribunal Laboral de Mannheim, que desestimó la demanda, criterio por el que también optó en vía de recurso el Tribunal Laboral Regional de Baden–Württemberg hasta que finalmente, en 2020, el Tribunal Supremo Federal Laboral alemán (*Bundesarbeitsgericht*, BAG), con sede en Erfurt, decidió suspender el procedimiento para someter la cuestión al TJUE acerca del alcance del principio antes–después previsto en la Directiva[48] y de la Ley sobre la implicación de los trabajadores en una Sociedad Anónima Europea (SEBG) que la transpone al ordenamiento alemán[49]. En otras palabras, el problema planteado reside en determinar si el art. 4.4 de esta última permite negociar la supresión del derecho de votación separada de los candidatos sindicales al consejo de vigilancia de la SE previsto por la legislación nacional de referencia[50]. Tras la intervención de las partes, el abogado general Jean Richard De la Tour presentó sus conclusiones el 28 de abril de 2022, que fueron acogidas por el Tribunal en sentencia[51].

El análisis de la cuestión jurídica versa sobre qué debe entenderse por «nivel de implicación al menos equivalente*» y por «*todos los elementos de implicación» en tanto que aspectos del principio antes–des-

[48] Ales (2021: 71–83).

[49] § 21.6 SEBG: «[…] cuando la SE se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE. Esto mismo se aplicará cuando cambie la estructura de organización de la sociedad de una dual a una monista o viceversa».

[50] El término empleado tanto por el Reglamento como por la Directiva es *Aufsichtsorgan*, traducido al castellano por «órgano de control» o «consejo de control».

[51] STJUE de 18 de octubre de 2022.

pués establecido por la Directiva ante la desaparición del derecho de los sindicatos a una votación separada de sus candidatos tras el proceso de transformación de SAP.

A la hora de interpretar el primero de estos aspectos el Tribunal señala, por un lado, que las normas en materia de implicación inicialmente aplicables a la sociedad van a ser sustituidas por las disposiciones del Acuerdo, sin que puedan verse reducidos o suprimidos estos derechos. Por otro lado, determina que corresponde al Derecho nacional la determinación de aquellos elementos esenciales del sistema que deben ser preservados en un proceso de transformación para garantizar que el nivel de implicación resultante sea equivalente. En definitiva, tanto el art. 4.4 de la Directiva como la propia legislación nacional operan como límite a la autonomía de las partes a la hora de configurar los términos por los que en adelante se regirá la implicación de los trabajadores.

En lo tocante al segundo aspecto, cuando la Directiva hace referencia a «todos los elementos de implicación», esta expresión no se reduce meramente a sus términos cuantitativos, es decir, a la proporción de representantes de los trabajadores en los órganos decisorios de la empresa. Al contrario: si bien este es un elemento de indiscutible relevancia a la hora de verificar el cumplimiento del principio de antes–después, existen otros factores procedimentales que inciden directamente en el nivel de influencia de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad. Por consiguiente, según el tribunal remitente, la inclusión expresa de los sindicatos en este proceso supone un salto cualitativo respecto del factor numérico (paridad) contribuyendo a «reforzar la influencia de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones dentro de una empresa, garantizando que, en tales representantes, haya personas que posean un alto grado de conocimiento de las circunstancias y de las necesidades de la empresa y que, al mismo tiempo, dispongan de pericia externa» (apartado 21 de la Sentencia).

Finalmente, el Tribunal hace una velada referencia al caso *Erzberger* para recordar que, en el caso de las Sociedades Europeas, es necesario ampliar los derechos de implicación a todos los trabajadores afectados[52].

## 4. LOS SINDICATOS COMO SUJETO DE SOLIDARIDAD: EMPRESAS TRANSNACIONALES Y *DEMOS* «LABORAL» EUROPEO

En los debates relativos a las vías de intensificación de la integración europea, una de las cuestiones clave que se suscitan es la de la

[52] STJUE de 20 de junio de 2013, *Comisión Europea/Países Bajos*, C-635/11, apartados 40 y 41.

eventual existencia de un *demos* europeo, es decir, de si existe una comunidad política europea que constituya el sustrato político de la integración jurídica, social y económica, toda vez que, dada la pertenencia de una multiplicidad de Estados–nación, no pueden ser los vínculos nacionales los que sustenten esa comunidad[53]. Por tanto, es necesario buscar estos vínculos transnacionales en realidades de otro orden, una de las cuales es, de acuerdo con la Carta, la de las relaciones de trabajo.

Se apuntaba más arriba el auge de las empresas transnacionales como un producto resultante en parte del mercado único, configurado a partir tanto del propio Derecho originario y el Derecho derivado de la UE como por una jurisprudencia comunitaria tradicionalmente comprometida con las libertades económicas y especialmente favorecedora de su ejercicio.[54] Las empresas transnacionales aparecen como una realidad transversal, cada vez menos condicionadas por las fronteras geográficas al tiempo que, como se apuntaba más arriba, las legislaciones de trabajo que constituyen el marco jurídico para las relaciones laborales siguen siendo, en gran medida, competencia de los respectivos Estados. En cierta medida, las dos sentencias tratadas en el apartado precedente son una buena muestra de esta realidad y de los efectos que ella genera en la eficacia de los derechos colectivos.

En el terreno de las relaciones de trabajo, que constituyen un lugar común de las sociedades avanzadas de los Estados miembros, lo individual y lo colectivo son dimensiones teóricamente pensables, pero inescindibles en la práctica: lo determinado colectivamente afecta la realidad concreta y cotidiana de cada trabajador perteneciente al colectivo. De este modo, la ciudadanía en la empresa, en tanto que traslación al ámbito de las relaciones laborales de la ciudadanía política, adquiere en el contexto del mercado integrado un carácter indiscutiblemente transnacional[55].

Esta determinación colectiva de lo individual se lleva a cabo a partir del ejercicio de unos derechos colectivos que se encuentran condicionados tanto por su contexto como por su configuración jurídica. Así, como se decía al inicio, los derechos de implicación no pueden entenderse completamente sin aquellos otros derechos que más bien exteriorizan el conflicto inherente en las relaciones de trabajo: la negociación y la acción colectiva. Sin embargo, estas herramientas también se han visto erosionadas y debilitadas en su vocación de construir espacios de soli-

---

[53] Aguilera De Prat (2004: 157–163).

[54] Véanse, a título de ejemplo, las SSTJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, y de 5 de noviembre de 2002, Überseering, C-208/00.

[55] Bercusson (2002: 27): «*The protection of the work identity of citizens relies heavily, in many cases exclusively, on trade unions. Formulation, implementation and enforcement of the rights of worker–citizens requires collective organisation of the social partners at both national and EU levels*».

daridad por la realidad del mercado único y por la línea interpretativa emprendida por el TJUE a partir de los casos *Viking* y *Laval*[56], que supuso una ruptura de la relación de fuerzas entre los agentes sociales, tanto a nivel comunitario como en el seno de los sistemas nacionales de relaciones laborales[57], limitando seriamente la posibilidad de ejercitar el derecho de huelga en el plano transnacional.

En el caso *Viking*, una compañía finlandesa alteró el pabellón de uno de sus buques, que llevaba a cabo el recorrido entre Helsinki y Tallinn para acogerse a las ventajas en términos de reducción de costes salariales que ofrece la negociación colectiva con arreglo al Derecho estonio, aun cuando la propiedad efectiva y el control del buque permanecían en Finlandia. A fin de evitar el empeoramiento de las condiciones de trabajo como consecuencia del cambio de pabellón, un sindicato finlandés (FSU) convocó una huelga, contando con la solidaridad de la federación sindical internacional del transporte a la que se encontraba afiliada (ITF), lo que supuso una restricción a la libertad de establecimiento de la compañía que el TJUE juzgó incompatible con la legislación comunitaria.

En línea similar, la controversia en el caso *Laval* versó sobre la acción colectiva de los sindicatos suecos contra la compañía letona que resultó adjudicataria de una obra en territorio sueco, empleando para ello a trabajadores letones que percibían su remuneración de acuerdo con el convenio colectivo de su país de origen y no según el convenio sueco del sector. La huelga de solidaridad emprendida para la equiparación de las condiciones de trabajo limitaba la libertad de prestación de servicios, lo que el TJUE consideró contrario al Derecho de la UE.

En *Viking* y *Laval*, los respectivos sindicatos eran portadores de un interés colectivo amplio, transfronterizo[58]. Estos dos supuestos son un buen ejemplo de que una misma realidad empresarial afecta simultáneamente a los trabajadores de distintos Estados miembros y en la que ni el margen para las competencias estatales ni la pretendida voluntad de preservar los derechos constitucionales y prácticas nacionales de dichos Estados por parte de la UE implican una garantía absoluta de los derechos sociales ante su colisión con las libertades económicas. Puesto que, en los casos mencionados, las condiciones de unos trabajadores eran susceptibles de afectar a las condiciones de un conjunto más

---

[56] SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, C-438/05, y de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05.

[57] Bücker y Warneck (2010).

[58] Baylos Grau (2023: 1678): «[…] las huelgas funcionan también como formas de garantizar los derechos reconocidos en convenios colectivos firmados en un determinado país e ignorados por las empresas que desplazan trabajadores desde aquel país pese a estar vinculadas por las obligaciones del acuerdo. La huelga se emplea por tanto como un instrumento sindical y colectivo contra el *dumping* social».

amplio, queda claro que lo que estaba en juego en esas controversias era precisamente la solidaridad transnacional entre los trabajadores de los distintos Estados, vínculo social del que los sindicatos eran depositarios[59].

A la vista de estas sentencias, no resulta injustificado decir que la orientación jurisprudencial del TJUE confiere en la práctica una fuerte primacía de las libertades económicas sobre los derechos sociales, ahondando en los desequilibrios existentes y erosionando la solidaridad. Desde luego, no es un secreto la preferencia del TJUE por la integración de los mercados, en claro detrimento de los derechos sociales.[60] Si bien las resoluciones no supeditan de manera absoluta los derechos de acción colectiva a las libertades económicas[61], sí es cierto que aquellas quedan seriamente limitadas ante una colisión entre ambos intereses, a pesar de que este tipo de huelgas se encuentran plenamente admitidas a la luz del Derecho puramente interno de varios Estados miembros.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El sistema multinivel de protección de los derechos sociales presenta un panorama harto complejo: la distinta naturaleza y valor de los instrumentos que lo integran plantean problemas de articulación de las fuentes que componen un sistema que no puede leerse simplemente desde los tradicionales esquemas de jerarquía normativa. Sin embargo, a partir de las diferentes normas que componen el sistema pueden esbozarse los contenidos de la libertad sindical en términos de Derecho social de la UE, contenidos que presentan una gradación muy variada, puesto que no todos los derechos tienen el mismo nivel, ni la misma eficacia, ni cuentan con el mismo grado de desarrollo y de protección.

Al tiempo que el proceso de integración europea ofrece ejemplos de notables avances en términos sociales, también presenta algunos déficits significativos. En este sentido, las dos sentencias analizadas en materia de participación revelan los problemas de interacción entre el plano comunitario y el nivel normativo nacional, lo que en el caso que nos ocupa conlleva una grave erosión de los derechos colectivos de los trabajadores, cuyo origen se encuentra en las legislaciones internas de los Estados miembros. Ambas sentencias —y las respectivas conclusiones de los abogados generales—, a su vez, señalan un amplio espacio

---

[59] Waddington *et al*. (2023: 1093–1132).

[60] Esta línea jurisprudencial de debilitamiento de los derechos de los trabajadores en sus tensiones con la realización del mercado común continúa con otros asuntos como *Ruffert* (C-346/06), *Comisión contra Luxemburgo* (C-319/06) o *Fonnship* (C-83/13).

[61] STJUE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96.

para pensar la implicación de los trabajadores en clave transnacional,[62] no solo mediante la aplicación extraterritorial de una determinada legislación nacional en esta materia, sino también a través de una necesaria labor de armonización por parte de las instancias legislativas europeas que dé respuesta a los desafíos que supone el mercado único para el modelo social europeo[63].

A la luz de las sentencias analizadas, la pregunta de si puede respetarse la diversidad de legislaciones y prácticas de los Estados miembros sin realizar una labor de armonización, la respuesta parece ser negativa. De hecho, las circunstancias por las que atraviesa el movimiento sindical, en un contexto marcado fuertemente por la dimensión transnacional de las relaciones de trabajo revelan un abordaje insuficiente al problema, al tiempo que ponen de manifiesto la necesidad de una legislación promocional del fenómeno sindical, a riesgo de debilitar aún más su posición en unas relaciones laborales europeas y «europeizadas»[64] y, con ello, erosionar los vínculos de solidaridad que la práctica sindical se ocupa de tejer a distintos niveles[65].

La vertiente funcional de la libertad sindical la integran, de forma nuclear, los derechos de negociación y acción colectiva. Junto con ellos, encontramos otros de naturaleza más instrumental, cuales son los derechos de información y consulta. A la vista del ordenamiento comunitario y de las sentencias analizadas, se aprecia que la participación de los trabajadores forma parte de la vertiente funcional de la libertad sindical, aunque con un grado de protección menor que otros derechos, necesitado de unos desarrollos legislativos comunitarios que hasta ahora han sido más bien modestos y con una fuerte dependencia de los ordenamientos internos de los Estados para completar la imagen de conjunto[66].

Los derechos de implicación de los trabajadores —de los que los sindicatos son sujetos protagonistas— son una traslación de la lógica de la democracia política al ámbito de las relaciones de trabajo y, por tanto, una manifestación irrenunciable de la ciudadanía europea. Esta democratización de las relaciones de trabajo se presenta como un proceso dinámico y de carácter bidireccional en el que los sindicatos y el resto de sujetos colectivos constituyen un factor clave: en un sentido descendente, mediante una legislación promocional y en un sentido

---

62 Lafuente Hernández (2023); Lafuente Hernández *et al*. (2022).

63 Wincott (2003: 279–291).

64 Monereo Pérez *et al*. (2011: 129–144).

65 Thelen (2012: 137–159); Letamendia Belzunce (2009).

66 Markey y Townsend (2013: 479–480), «*In Europe, government policy and legislation provides a statutory right to voice in certain defined areas among both union and non–union establishments […] in coordinated market economies, representative forms of employee voice —union and non–union— are more strongly institutionalised and embedded in IR than in the liberal market economies* […]».

ascendente, a través del ejercicio de los derechos colectivos en los espacios de acción que abre y garantiza el plano normativo.

A la vista de lo expuesto en las páginas anteriores, no es casualidad que la mayoría de los derechos laborales se encuentren incardinados en el Capítulo de Solidaridad de la Carta; ello se hace especialmente patente en el caso de los derechos colectivos, toda vez que su ejercicio es susceptible de afectar a la esfera individual de una amplia pluralidad de trabajadores, más allá de su pertenencia a un determinado Estado miembro de origen. Las dinámicas del ejercicio de los derechos colectivos muestran su ordenación a la consecución de objetivos materiales, tales como la igualdad o la solidaridad y es que, no en vano, este valor es considerado el «objetivo central del Derecho colectivo del trabajo»[67], en cuya construcción y realización contribuyen decisivamente los sindicatos[68].

En fin, las sentencias del TJUE que más arriba han sido objeto de análisis, son una buena prueba de que el proceso de integración se encuentra, en gran medida, incompleto, al tiempo que señalan nuevos horizontes de realización de los valores de la Carta en los que aún queda mucho por profundizar.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera De Prat, C.(2004), «¿Existe un "demos" europeo?: una propuesta normativa», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 125: 157–179.

Ales, E. (2021), «Who is afraid of unions' representation? Some considerations on the SAP SE case in the light of EU Labour Law», *Italian Labour Law E–Journal*, vol. 14, 2: 7–83.

Amengual Coll, G.(1992), «La solidaridad según Habermas», *Cuadernos salmantinos de filosofía*, 19: 221–239.

Baylos Grau, A. (2023), «Capítulo 41. Derecho de huelga y medidas de conflicto», en Casas Baamonde, M.ª E. *et al*., (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Bercusson, B. (2002), *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Bruselas, European Trade Union Institute.

Bücker, A. y Warneck, W. (2010), *Viking — Laval — Rüffert: consequences and policy perspectives*, Bruselas, European Trade Union Institute.

Burgos Aduriz, A. (2018), «La protección del contenido esencial de la libertad sindical en la Unión Europea: ¿Cómo afectaría esta situación a la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos? Contradicciones con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Europeos*, 71: 259–272.

---

[67] Zimmer (2022: 43–62).

[68] Rosetti (2019: 84–101), «*Trade unions are socio–economic actors with a dual purpose: to serve the interests of their members and to promote a more egalitarian social model in society as a whole*».

Conchon, A. (2011), *Board–level employee representation rights in Europe: facts and trends*, Bruselas, European Trade Union Institute.

Dorssemont, F. (2012), «Values and objectives», en Bruun, N.; Lörcher, K.; y Schömann, I., (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe,* Oxford, Hart Publishing, pp. 45–60.

Frege, C.; Heery, E.y Turner, L. (2004), «The new solidarity? Trade union coalition–building in five countries», en Frege, C. y Kelly, J., *Varieties of unionism: Strategies for union revitalization in a globalizing economy*, Oxford, Oxford University Press.

Garrido Pérez, E. (2008), «Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 95: 11–44.

Gómez Gordillo, R. (2007), «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea en el ordenamiento laboral español», *Temas Laborales*, 90: 27–76.

González Begega, S. (2015), «La sociedad europea (SE). ¿Una oportunidad perdida para la democracia industrial en Europa?», *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 33, 1: 65–91.

Hager, S. B. (2009), «"New Europeans" for the "New European Economy": Citizenship and the Lisbon Agenda», en Apeldoorn, B. (van); Drahokoupil, J.; y Horn, L., (eds.), *Contradictions and limits of neoliberal European Governance: from Lisbon to Lisbon,* Londres, Palgrave Macmillan, pp. 106–124.

Hepple, B. (1994), *La formación del Derecho del trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Hyman, R. (2019), «Democracy in trade unions, democracy through trade unions?», *Economic and Industrial Democracy*, vol. 40 (I): 91–110.

Insa Ponce de León, F.–L. (2010), *Los derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Lafuente Hernández, S.; Spiegelaere, S. (de); y Jagodziński, R. (2022), *Friends in high places. Relations between European works councils and board–level employee representatives*, Bruselas, European Trade Union Institute.

Lafuente Hernández, S. (2023), *The quiet transnationalisation of board–level employee representation in national law and practice. A case for pan–European legislation*, Bruselas, European Trade Union Institute.

Letamendia Belzunce, F. (2009), *Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo*, Madrid, Tecnos.

López López, J. (2022), «Inscribing solidarity in Labor Law», en López López, J. (ed.), *Inscribing Solidarity. Debates on Labour Law and beyond,* Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1–23.

Mangas Martín, A. (2008), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA.

Markey, R. y Townsend, K. (2013), «Contemporary trends in employee involvement and participation», *Journal of Industrial Relations*, vol. 55 (4): 475–487.

Martín Artiles, A. (2003), *La Confederación Europea de Sindicatos y la construcción de la Unión Europea (Working Paper núm. 229)*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials.

Mendoza Navas, N. (2002), *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla–La Mancha.

Monereo Pérez, J. L. *et al*., (2011), *Manual de Teoría de las Relaciones Laborales*, Madrid, Tecnos.

Nogueira Guastavino, M. *et al*., (2012), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Ojeda Avilés, A. (1978), *La cogestión de las grandes empresas en Europa: la experiencia alemana y la ley de cogestión de 1976*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

— (2005), «La representación unitaria: el *faux ami*», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 58: 343–363.

— (2020), *Compendio de Derecho Sindical*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2009), «El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea», *Foro (Nueva Época)*, 9: 13–31.

Preciado Domènech, C. H. (2017), «La aplicación judicial de los derechos de información, consulta y control sindical», *Lan Harremanak*, 35: 13–112.

Preis, U. y Greiner, S. (2012), *Arbeitsrecht: Kollektivarbeitsrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis*, Colonia, Verlag Dr. Otto Schmidt, pp. 890–898.

Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M.(2023), «Capítulo 1. Constitucionalismo laboral europeo», en Casas Baamonde, M. E. *et al*., (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 75–114.

Rose, E.y Köstler, R. (2014), *Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)*, Frankfurt am Main, Bund Verlag.

Rosetti, N. (2019), «Do European trade unions foster social solidarity? Evidence from multilevel data in 18 countries», *Industrial Relations Journal*, vol. 5, 1: 84–101.

Ruiz Miguel, C. (2003), «El largo y tortuoso camino hacia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista europea de derechos fundamentales*, 2: 61–90.

Sick, S. (2020), «Erosion als Herausforderung für die Unternehmensmitbestimmung», *Mitbestimmung der Zukunft*. *Hans Böckler Stiftung Mitbestimmungsreport*, 58: 13–17.

Streeck, W. (1998), *Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven: Empfehlungen der Kommission Mitbestimmung – Empfehlungen zur zukünftigen Gestaltung der Mitbestimmung*, Gütersloh, Verlag Bertelsmann Stiftung.

Thelen, K. (2012), «Varieties of Capitalism: Trajectories of Liberalization and the New Politics of Social Solidarity», *Annual Review of Political Science*, 15: 137–159.

Veneziani, B. (2012), «The role of social partners in the Lisbon Treaty» en Bruun, N.; Lörcher, K.; y Schömann, I., (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe,* Oxford, Hart Publishing, pp. 123–161.

Villa Gil, L. E. (1980), *La participación de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos.

Waddington, J.; Müller, T. y Vandaele, K., (eds.) (2023), *Trade unions in the European Union. Picking up the pieces of the neoliberal challenge*, Bruselas, Peter Lang Éditions scientifiques internationales.

Wincott, D. (2003), «The idea of the European Social Model: limits and paradoxes of Europeanization», en Featherstone, K. y Radaelli, C., *The politics of Europeanization,* Oxford, Oxford University Press, pp. 279–302.

Zimmer, R. (2022), «Solidarity as a central aim of Collective Labour Law?», en López López, J. (ed.), *Inscribing Solidarity. Debates on Labour Law and beyond,* Cambridge, Cambridge University Press, pp. 43–62.

# TERCERA PARTE
# **JUSTICIA**

# EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. ESTADO ACTUAL Y PROPUESTAS DE FUTURO[1]

Ana María Vicario Pérez

## 1. INTRODUCCIÓN

La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en buena parte de los ordenamientos nacionales europeos, supone *de facto* la existencia de un nuevo sujeto del proceso penal cuyas garantías procesales deben ser respetadas. Ni el legislador de la Unión Europea ni tampoco las normas nacionales han previsto, a la fecha, un estatuto procesal propio y exclusivo para las entidades, acomodado a su naturaleza incorpórea y a su condición de entes ficticios por medio de los cuales personas físicas persiguen intereses y objetivos determinados. Siendo ello así, la atención a los principios constitucionales y a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, donde el derecho al debido proceso se erige inherente al proceso penal, requiere de una traslación de las garantías procesales inicialmente configuradas para las personas físicas a esta nueva tipología de sujetos penalmente responsables.

[1] Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del plan estatal «El Derecho Procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Ref. PID2021-124027NB-I00)», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

Bajo estas premisas, el objeto de la presente contribución es analizar el elenco de garantías procesales previstas por el legislador europeo a efectos de incardinar a las personas jurídicas en su ámbito subjetivo de aplicación, haciendo hincapié en las dificultades que para ello supone el hecho de encontrarnos ante una regulación eminentemente diseñada para sujetos corpóreos. A estos efectos, seguiremos un método deductivo mediante el recurso a fuentes bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales tanto españolas como fundamentalmente europeas.

Dividiremos nuestro estudio en cuatro apartados. En primer lugar, ofreceremos una visión genérica de la consideración de las personas jurídicas como sujetos a los que deben atribuírseles los derechos y libertades fundamentales. Nos centraremos para ello en la asignación de personalidad jurídica a las entidades que cumplan con los requisitos legalmente previstos, en cuanto que requisito básico para el ejercicio por estas de derechos y obligaciones. Junto con ello, ahondaremos en las previsiones legales y en los pronunciamientos jurisprudenciales españoles y europeos al respecto de cómo las personas jurídicas son titulares de aquellos derechos fundamentales que sean acordes a su realidad incorporal.

Ello nos permitirá, en el apartado siguiente, poner el punto de mira sobre el concreto derecho fundamental al debido proceso. Con este fin, comenzaremos con un estudio de la inclusión de las personas jurídicas como sujetos responsables (penal o administrativamente) en las normas europeas de aproximación legislativa sustantiva aprobadas bajo la fundamentación del art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[2]. Ciertamente, la prevención y represión de delitos trasnacionales pasa irremediablemente por la consideración de las entidades como sujetos potencialmente responsables de comportamientos ilícitos, siendo así que, junto con la definición de los elementos del tipo, las normas europeas incluyen en su articulado mención expresa a la responsabilidad de las personas jurídicas, estableciendo además para ellas un sistema sancionatorio propio. A renglón seguido, continuaremos el apartado con un subepígrafe destinado a las resoluciones jurisprudenciales europeas atinentes al reconocimiento del derecho al debido proceso a las entidades.

Ahondaremos en esta cuestión en el apartado siguiente, dedicado al examen del estatuto procesal del investigado o acusado en la Unión Europea, confeccionado al albur del principio de aproximación legislativa procesal del art. 82.2 TFUE. Analizaremos así la evolución habida desde la presentación del Plan de Trabajo de 30 de noviembre de 2009 para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, hasta la aprobación de las seis Directivas sobre garantías procesales penales. A continuación, nos centraremos en la posibilidad de que las personas jurídicas sean incluidas en el ámbito subjetivo

[2] *DOUE* C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47–199.

de aplicación de estas seis normas, detallando la necesidad de adaptación de cada una de ellas para resultar aplicables a sujetos que actuarán en el proceso por medio de un representante designado a tales efectos.

En fin, dedicaremos un apartado a la problemática derivada de la coexistencia en el ámbito europeo de distintos modelos de responsabilidad de las entidades. Y es que, mientras que algunos Estados miembros han incorporado el principio *societas delinquere potest*, en otros el sistema de responsabilidad sigue siendo de naturaleza administrativo–sancionadora. De esta suerte, defenderemos la necesidad de que las garantías procesales de las personas jurídicas se respeten no solo en aquellos países en los que se siga contra ellas un proceso penal, sino también cuando su sancionabilidad sea de índole administrativa. Para ello, propondremos que las seis Directivas sobre garantías procesales no se circunscriban a los procesos penales *strictu sensu*.

En resumidas cuentas, a lo largo de este estudio trataremos de ofrecer una visión novedosa de la problemática procesal derivada del reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos penalmente responsables, lo cual no ha venido acompañado ni en el marco nacional ni en el europeo de la consiguiente aprobación de un estatuto procesal propio.

## 2. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

### 2.1. Persona jurídica y personalidad jurídica

Una de las primeras dificultades que se presentan a la hora de configurar a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, es tratar de ofrecer una definición unitaria y comúnmente aceptada de lo que debe entenderse por esta tipología de entidades. Tal vez, la mayor aproximación a sus características más elementales sea la ofrecida por el Código Civil español (CC)[3] en su art. 35, conforme a la cual, es determinante de la adquisición de personalidad jurídica la válida constitución de las entidades con arreglo al derecho. Desde el punto de vista doctrinal, se pone igualmente el foco sobre la capacidad jurídica como elemento diferenciador respecto de los entes no considerados como personas jurídicas[4].

Así, se viene entiendo por personas jurídicas las organizaciones, corporaciones, fundaciones o asociaciones que, conformadas a partir de la agrupación voluntaria y con una finalidad específica de varias

[3] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889.

[4] Para un análisis de la evolución del concepto de «persona jurídica», véase De Castro y Bravo y Amorós Guardiola (1984: 137 y ss.), donde los autores exponen el uso de la terminología persona «ficta» en Derecho romano o su posterior denominación como persona «moral».

personas físicas, están dotadas de identidad propia e independiente de la de sus miembros, con un patrimonio separado del de estos y con capacidad de actuar en el tráfico jurídico al quedar constituidas conforme a las exigencias de inscripción registral legalmente previstas[5]. En lo que a nuestro objeto de estudio concierne, las notas anteriores suponen, consecuentemente, que las personas jurídicas son sujetos independentes de derechos y obligaciones[6].

La atribución por el ordenamiento de personalidad y de capacidad para actuar con plenitud de facultades y responsabilidades en la esfera jurídica, no es sino una decisión de voluntad legislativa acorde con una realidad social en la que los individuos se agrupan y erigen entidades para la defensa de sus intereses, así como para la consecución de fines y objetivos comunes mediante el desempeño de la actividad social que se atribuya a la persona jurídica, la cual generará en el desarrollo de tales actuaciones relaciones jurídicas plenamente válidas[7]. Nos encontramos, por tanto, ante un «instrumento de economía legislativa»[8].

De esta suerte, el tradicional planteamiento antropocéntrico por el cual solo los sujetos físicos pueden ser titulares de derechos, ha sido desbordado por una evolución socio–económica en la que las personas jurídicas se postulan como principal centro de actividad productiva. Es así como la atribución de personalidad jurídica a ciertas entidades incorpóreas supone *de facto* la traslación a estas de características en principio inherentes a la condición humana, situando a las colectividades en un plano jurídico similar al que corresponde a las personas físicas y, por ende, justificando la atribución a aquellas de derechos subjetivos. Nos mostramos a estos efectos plenamente coincidentes con el planteamiento de Rosado Iglesias, para quien «el debate que acompaña al concepto y naturaleza de la persona jurídica hunde sus raíces en el valor de la personalidad jurídica, elemento clave en la construcción moderna del individuo y de sus derechos»[9].

Las teorías negadoras de la existencia de las personas jurídicas no tienen cabida en un escenario tal. Para los defensores de tal postura, de la que es máximo exponente el alemán Ihering, solo respecto del individuo físico puede predicar la condición de «persona», de forma tal que únicamente el ser humano es sujeto del derecho. Se defiende, de este modo, que la conformación de entidades con capacidad de actuación es una mera «ficción doctrinal», recayendo la titularidad de derechos no

---

[5] Díez Picazo y Gullón (2003: 546).

[6] Moreno Marín (2019: 156).

[7] Díez Picazo y Gullón (2003: 539).

[8] Ferrer Riba (1996: 150) señala que esta capacidad se refiere a «la función institucional básica de la personalidad jurídica como técnica que permite predicar el concepto de derecho subjetivo de situaciones de poder al servicio de finalidades colectivas o de destinación».

[9] Rosado Iglesias (2004: 100).

sobre el ente sino sobre los sujetos físicos que actúan como una colectividad[10]. Crítico con esta teoría se muestra Castán Tobeñas, para quien se confunde el «goce del derecho» con la «pertenencia del derecho», debiendo entenderse por el contrario que los individuos que integran una persona jurídica se benefician de los derechos que pertenecen a esta[11].

Ciertamente, la irrupción de las sociedades en el tráfico jurídico encuentra su mayor reflejo en las teorías positivistas, en las que la «ficción doctrinal» es sustituida por una «ficción legal» y, por tanto, en las que las personas jurídicas son entendidas como sujetos de derecho independientes de los individuos físicos. Tal y como sostiene Savigny, la personalidad jurídica es una cualidad atribuida por el legislador, de forma que las entidades corporativas pueden ser consideradas idóneas para operar y desarrollar actuaciones o relaciones con trascendencia jurídica, en la medida en que se traslade a las mismas la «humanidad» propia de los sujetos individuales[12]. Más evolucionado se nos antoja el planteamiento de Gierke, para quien las personas jurídicas cuentan con una existencia real, efectiva y separada respecto de la atribuible a las personas físicas que las integran[13]. En cualquier caso, para ambas teorías, las personas jurídicas son sujetos del Derecho, bien por tratarse de una creación legislativa (teoría de la ficción), bien por ser una creación prejurídica (teoría realista). En ambos planteamientos, se parte de la existencia de sujetos de derechos distintos del ser humano, para a continuación plantear la naturaleza y capacidad de estos[14].

Con todo, lo cierto es que el legislador se ha decantado por la atribución de personalidad jurídica a las entidades en atención con el ya referenciado art. 35 CC, en cuya virtud, son personas jurídicas:

> «1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.
>
> 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

Junto con ello, el art. 38 del mismo cuerpo normativo establece que «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales […]».

---

[10] Véase al respecto de la teoría negativista de Ihering, en un análisis sobre la misma, Moreno Marín (2019: 158).

[11] Castán Tobeñas (1925: 419 y ss.).

[12] Véase al respecto de la teoría de la ficción de Savigny, en un análisis sobre la misma y su evolución posterior, Galgano (2004: 14–15).

[13] Véase al respecto de la teoría de la realidad de Gierke, Moreno Marín (2019: 160–161).

[14] Rodríguez Guitian (1996: 57).

Buena muestra de las posiciones doctrinales y legislativas anteriores son los pronunciamientos jurisdiccionales al respecto de la conocida como «doctrina del levantamiento del velo». En efecto, la mejor constatación al respecto de la existencia de personalidad jurídica por parte de las entidades no es sino la condena al abuso de esta por parte de los miembros de la organización. Resulta ilustrativa a estos efectos la STS 212/2013, de 5 de abril, por la cual, «nuestro sistema reconoce la personalidad jurídica de las sociedades como centros de imputación de relaciones jurídicas, y si bien tanto la legislación como la jurisprudencia han reaccionado articulando mecanismos dirigidos a evitar que el respeto absoluto a dicha regla provoque disfunciones mediante la técnica del llamado "levantamiento del velo", no son los propios socios los que pueden optar por utilizar la personalidad o desconocerla a su arbitrio»[15].

En suma, no cabe duda de la posibilidad de atribución de personalidad jurídica a las entidades, lo cual se presenta como la premisa básica, por cuanto aquí y ahora interesa, de la consideración de las entidades como titulares de derechos fundamentales.

## 2.2. Causas justificativas del reconocimiento de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas

Procedemos a continuación a analizar las tres causas justificativas fundamentales del reconocimiento de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas, en aras de argumentar la aplicación a las mismas del entramado legislativo previsto por el Derecho de la Unión Europea al respecto de los derechos y libertades fundamentales.

En primer lugar, el argumento tradicionalista pero que, a nuestro juicio, ha sido sobradamente superado, consiste en la atribución de derechos a la persona jurídica en cuanto que manifestación del reconocimiento de derechos a las personas físicas que conforman la organización. De esta suerte, puede aducirse que, en la medida en que los sujetos naturales tienen el derecho fundamental a asociarse, esto es, a la constitución de entidades para la consecución de un objetivo común, el debido respeto a tal garantía pasa inexorablemente por la atención a los derechos y libertades de la persona jurídica[16]. A modo de ejemplo,

---

[15] STS 212/2013, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2013:3015, FJ Sexto.

[16] Así y desde la perspectiva jurisprudencial española, señala el Tribunal Constitucional en la STC 64/1988, de 12 de abril, ECLI:ES:TC:1988:64, FJ Primero, que «la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde solo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental. Así, el art. 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto no solo a los individuos, sino también a las Comunidades, y no debe encontrarse dificultad para ampliar esta misma idea en otros campos. En este sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que el derecho de los ciudadanos

el derecho al honor de los miembros de la organización exige a su vez que se respete este derecho para con ella; de igual forma, el derecho de asociación solo puede preservarse si se garantiza el derecho a la propiedad privada de la entidad, a su tutela judicial efectiva en caso de ver perjudicados sus intereses en el tráfico jurídico o a al no allanamiento de sus instalaciones.

De este modo, y aun cuando los derechos propugnados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)[17] no se refieran expresamente a su aplicación a las personas jurídicas, la efectividad de los derechos de las personas físicas, respecto de las cuales no existen dudas de su inclusión en el ámbito subjetivo de la Carta, precisa la protección y garantía de los derechos de las entidades en las que se integran[18].

En segundo lugar, el reconocimiento en favor de las personas jurídicas de los derechos consagrados en la CDFUE puede ser entendido como la lógica consecuencia de la contemplación de este extremo por los textos constitucionales de los Estados miembros. El ejemplo más palpable se encuentra en la Ley Fundamental de Bonn, en cuya virtud, «los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas» (art. 19.3)[19]. En similar sentido, el art. 12.2 de la Constitución de Portugal señala que «las personas colectivas gozarán de los derechos y los deberes compatibles con su naturaleza»[20]. Más ambiguo, pero con idéntico propósito, se presenta el art. 3.2 de la Constitución italiana, conforme al cual, «constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»[21]. Este último precepto obliga a remitirnos a lo expresado en párrafos anteriores al respecto del reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas en cuanto que manifestación de la tutela de las personas físicas que las integran.

---

a participar en los asuntos públicos lo pueden ejercer los partidos políticos, que el derecho de asociación lo pueden ejercer no solo los individuos que se asocian, sino también las Asociaciones ya constituidas, y que el derecho a la libertad de la acción sindical corresponde no solo a los individuos que fundan Sindicatos o se afilian a ellos, sino también a los propios Sindicatos […]».

[17] *DOCE* C 364, de 18 de diciembre de 2000, pp. 1–22.

[18] Rosado Iglesias (2004: 129).

[19] Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1948, vista en su versión en español en *https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf.* Fecha visita el 25 de junio de 2023.

[20] Constitución de Portugal de 2 de abril de 1946, vista en su versión española en *https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es.* Fecha visita el 25 de junio de 2023.

[21] Constitución de la República Italiana de 22 de diciembre de 1947, vista en su versión española en *http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf* (Fecha visita el 25 de junio de 2023).

Por cuanto se refiere a la Constitución Española de 1978, no existe un precepto específico de atribución expresa de derechos fundamentales a las entidades, siendo que su aplicación ha requerido de una interpretación doctrinal y jurisprudencial. Se argumenta en este sentido que el reconocimiento de la posibilidad de interponer un recurso de amparo por parte de las personas jurídicas supone implícitamente la atribución a estas de derechos fundamentales[22]. En efecto, siendo el recurso de amparo el instrumento por excelencia de protección de los derechos fundamentales, no resulta descartado aseverar que su posible presentación por las entidades determina que las mismas son titulares de derechos propios[23]. Junto con ello, es jurisprudencia sobradamente consolidada que «en nuestro ordenamiento constitucional aun cuando no se explicite en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas»[24].

Pues bien, si de los textos constitucionales se desprende, ya sea directa o indirectamente, que los derechos fundamentales deben predicar para con las personas jurídicas en lo que sea acorde a la naturaleza de estas, no cabe sino extrapolar esta consideración al ámbito de aplicación de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión. Ello por cuanto que la CDFUE forma parte del derecho comunitario, al señalar el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE)[25] que «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000». Por añadidura, el art. 53 de la propia Carta indica, por cuanto se refiere al nivel de protección de los derechos en ella regulados, que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse en un sentido limitativo de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por los Estados miembros[26]. Así, aun cuando la CDFUE

---

[22] Véase el art. 162.1.*b)* CE: «Están legitimados para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo […]».

[23] Solozábal Echavarría (2001: 118); Gómez Montoro (2000: 29): «No cabe duda de que este precepto supone un principio de "apertura" de los derechos fundamentales hacia las personas jurídicas en cuanto que les permite intervenir en un proceso directa y exclusivamente encaminado a la tutela de derechos fundamentales»; también Gómez Montoro (2002: 62).

[24] STC 23/1989, de 2 de febrero, ECLI:ES:TC:1989:23, FJ 2.

[25] *DOUE* C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 13–45.

[26] Ello no es contrario a la primacía del Derecho de la Unión, y así señala el TJUE que, «cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». De este modo, «la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado», STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, apdos. 59 y 60.

no prevé la inclusión en su ámbito subjetivo a las personas jurídicas, la determinación de tal extremo por los constituyentes nacionales obliga a una interpretación extensiva de su contenido.

Como tercer argumento de la aplicación de los derechos fundamentales previstos por el legislador europeo a las personas jurídicas, cabe referirnos a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el marco europeo o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el más restringido escenario de la Unión. A este respecto, el derecho que más pronunciamientos ha suscitado es el concerniente al honor, en su versión de la afectación a la imagen pública o reputacional de la entidad. Puede señalarse así la STEDH de 20 de noviembre de 1989, por la cual se reconoce el derecho a la reputación comercial de una entidad mercantil, perjudicando su actividad económica[27]. Igual consideración ha tenido el derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de resoluciones como la STEDH de 16 de abril de 2002, en la que se pone en pie de igualdad a personas físicas y jurídicas en lo atinente a los locales comerciales[28].

También la libertad de circulación y establecimiento ha sido atribuida a las personas jurídicas, como es el caso de la STJUE en el asunto *Gebhard*, de 30 de noviembre de 1995, según la cual, aquella se manifiesta para con las entidades en «el acceso, en el territorio de cualquier otro Estado miembro, a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y la apertura de agencias, sucursales o filiales»[29].

Lógicamente, la naturaleza incorpórea de las personas jurídicas justifica que no todos los derechos y libertades fundamentales puedan ser garantizados en su favor, sino solo aquellos que sean acordes a sus características[30].

## 3. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN FAVOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Defendida, consideramos que con suficiencia, la incardinación de las personas jurídicas en el ámbito subjetivo de aplicación de determinados derechos fundamentales, nos centramos en el presente apartado en el concreto derecho al debido proceso, promulgado por los arts. 47

---

[27] STEDH de 20 de noviembre de 1989, *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283, apdos. 34 y ss.

[28] STEDH de 16 de abril de 2002, *Stés Colas Est c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2002:041 6JUD003797197, apdos. 40 y ss.

[29] STJUE de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECLI:EU:C:1995:411, apdo. 23.

[30] Sáenz Royo (2019: 144), para quien, en opinión que compartimos, carecería de sentido abogar por un reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física de las personas jurídicas.

y 48 CDFUE. Partimos para ello del análisis del entramado normativo europeo por el cual las entidades pueden ser responsables de los delitos que sus miembros cometan en su nombre y en el desarrollo de su actividad, para pasar a continuación a reseñar las resoluciones jurisprudenciales que vienen atribuyendo garantías procesales a las personas jurídicas investigadas.

### 3.1. La inclusión de las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal en el ámbito de la Unión Europea

La consideración de las personas jurídicas como posibles sujetos penalmente responsables es sin duda alguna el mayor argumento en favor del reconocimiento a las entidades de todo el elenco de garantías procesales en que consiste el derecho fundamental al debido proceso.

Esta ubicación de las personas jurídicas como responsables por ilícitos habidos en su seno tiene como antecedente primigenio en el ordenamiento comunitario el Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995 (Convenio PIF)[31]. Si bien es cierto que el mismo mantiene todavía una posición eminentemente antropocéntrica en cuanto a quienes pueden ser responsables de los delitos cometidos en el desarrollo de la actuación corporativa, atribuyendo la comisión delictiva a quienes ejercen poderes de decisión y/o control en la entidad[32], es por medio de su Segundo Protocolo de Desarrollo cuando verdaderamente se instaura un modelo de responsabilidad propio y directo de las personas jurídicas[33]. En efecto, señala su art. 3 que «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica».

Como se desprende del tenor literal del precepto reproducido, no se establece por la norma un sistema explícito de responsabilidad criminal

---

[31] *DOUE* C 316, de 27 de noviembre de 1995, pp. 48–57.

[32] Véase art. 3 Convenio PIF sobre la responsabilidad penal de los «jefes de empresa»: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas puedan ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, tal como figuran en el art. 1, por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa».

[33] Acto del Consejo de 19 de junio de 1997 por el que se establece el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *DOUE* C 221, de 19 de julio de 1997, pp. 11–22.

de las entidades, dejando así en manos de los legisladores nacionales la concreción del modelo penal o administrativo con que las mismas pueden ser sancionadas. A ello se une la naturaleza ambigua de las sanciones comprendidas en el art. 4 del Segundo Protocolo, el cual se limita a señalar que las multas impuestas a las entidades habrán de ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias», no especificando, nuevamente, su naturaleza penal o administrativa.

Esta redacción se reproduce con posterioridad en las normas de aproximación penal sustantiva que, dictadas bajo el fundamento jurídico del art. 83 TFUE [o arts. 31.1.*e)* y 34.2.*b)*] TUE en su versión anterior al Tratado de Lisboa), tienen por objeto homogenizar el Derecho penal material de los Estados miembros por cuanto se refiere a la tipificación y sanción de determinadas categorías delictivas. Es el caso, a modo de ejemplo, del Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares[34]; la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada[35]; la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado[36]; la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal[37]; o la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo[38].

Todas estas normas incluyen artículos relativos a la responsabilidad y sanción de infracciones atribuibles a las personas jurídicas. Con un contenido idéntico, y basado en la referencia asentada por el Segundo Protocolo al Convenio PIF, en las mismas se configura un sistema de responsabilidad autónomo y de «doble vía», en el cual las entidades serán responsables de los delitos que en el desarrollo de su actividad hayan sido cometidos por: *a)* quienes ostentan facultades directivas o de organización y gestión en la corporación; *b)* quienes se encuentran subordinados a la autoridad de los anteriores, eludiendo en su actuación criminal las medidas de evitación delictiva implementadas por los órganos directivos. Junto con ello, se sigue el esquema sancionatorio previsto, refiriéndose de manera genérica a la debida previsión por los Estados miembros de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

---

[34] *DOUE* L 328, de 5 de diciembre de 2002, pp. 1–3.
[35] *DOUE* L 300, de 11 de noviembre de 2008, pp. 42–45.
[36] *DOUE* L 173, de 12 de junio de 2014, pp. 179–189.
[37] *DOUE* L 198, de 28 de julio de 2017, pp. 29–41.
[38] *DOUE* L 123, de 10 de mayo de 2019, pp. 18–29.

De esta suerte, y como puntualiza Jimeno Bulnes, existe una diferencia clara entre la responsabilidad de las personas jurídicas y la prevista para las personas físicas por las normas europeas, habida cuenta que «el criterio de responsabilidad penal solo opera como mínimo común denominador para estas últimas, pero no para las primeras»[39].

El legislador europeo se muestra así reticente a asentar con carácter genérico el principio *societas delinquere non potest*, en un intento de respetar las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. De este modo, si bien en virtud del ordenamiento europeo las personas jurídicas son ya responsables de los delitos cometidos en su seno, la naturaleza penal o administrativa del proceso seguido contra ellas queda sometida a la voluntad y política criminal de los legisladores internos. Ello da como resultado un escenario europeo en el que, ante unos mismos hechos tipificados análogamente por los Estados miembros en cumplimiento de las normas supranacionales de aproximación penal sustantiva, la averiguación y represión delictiva de las entidades sigue cauces procesales distintos.

Pueden señalarse, por tanto, dos bloques claramente diferenciados. Por un lado, los Estados miembros defensores de un modelo penal de responsabilidad de las personas jurídicas. Tal sería el caso de España, donde el sistema presenta el mismo esquema de «doble vía»[40] que las normas europeas (art. 31 bis CP)[41]; también señalamos, en cuanto que países más cercanos a nuestro entorno inmediato, el caso de Francia, donde el Código Penal de 1 de marzo de 1994 indica que «Las personas jurídicas, con excepción del Estado, serán penalmente responsables de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes» (art. 121-2)[42]; o de Portugal, donde el art. 11.2 del Código Penal indica que las personas jurídicas serán penalmente responsables de un listado cerrado de delitos[43].

Por otro lado, los Estados miembros todavía defensores del principio *societas delinquere non potest*, en el cual el sistema de responsabilidad sigue siendo eminentemente de índole administrativo – sancionador, sobre la base de la configuración constitucional del principio de culpabilidad[44]. Dentro de este grupo, sin embargo, cabe hacer a su vez

---

[39] Jimeno Bulnes (2019: 949).

[40] Sobre el modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema de «doble vía», Zugaldía Espinar (2013: 96–97).

[41] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *DOUE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

[42] Véase *https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/2022-09-01/* (última consulta: 30 de junio de 2023).

[43] Ley 59/2007, de 4 de septiembre, de Vigésimo tercera modificación del Código Penal. Véase *https://files.dre.pt/1s/2007/09/17000/0618106258.pdf* (Fecha visita 30 de junio de 2023). Para un análisis del precepto, nos remitimos a Brandão y Jesus (2014).

[44] Entre los máximos exponentes de la incapacidad de culpabilidad y, por tanto, de acción de las personas jurídicas, encontramos a Jakobs (1992: 1053-1054); también Schünemann (2013: 13).

una doble clasificación. Y es que, mientras que países como Alemania[45] y Grecia[46] abogan por un modelo puramente administrativo de responsabilidad, Estados como Italia o Polonia han implementado un modelo dado en llamar «cuasicriminal», en el que el proceso y las sanciones son formal y terminológicamente administrativas, pero *de facto* penales. En sendos países, los ordenamientos italiano y polaco prevén un sistema de imposición de multas administrativas por parte de órganos jurisdiccionales penales[47].

En cualquier caso, sea cual sea el modelo de responsabilidad por el que se opte en cada Estado miembro, la realidad innegable es la introducción en todos los ordenamientos nacionales de un proceso que, con independencia de su naturaleza formal penal o administrativa, deriva en la imposición de sanciones a las entidades por conductas criminales atribuibles a sus miembros. Siendo esto así, puede sostenerse sin ambages que la conceptualización de las entidades como sujeto pasivo del proceso exige la debida atención y respeto a sus garantías en el desarrollo de este.

### 3.2. El necesario reconocimiento de las garantías procesales en favor de las personas jurídicas por el ordenamiento de la Unión Europea. Posición jurisprudencial

Siendo cada vez más los Estados miembros defensores del principio *societas delinquere potest*, el proceso penal seguido contra las personas jurídicas ante los órganos jurisdiccionales nacionales culminará con una resolución por la que se determinará la comisión o no de un

---

[45] Ley de Contravenciones o de Infracciones Administrativas de 24 de mayo de 1968, visto en *https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_owig/index.html* (Fecha visita 6 de agosto de 2023). *Vid.* en concreto su art. 30, por el cual, cuando por un miembro de la entidad «se haya cometido una infracción penal o una infracción reglamentaria como consecuencia de la cual se hayan infringido deberes que incumben a la persona jurídica o a la asociación de personas, o cuando la persona jurídica o la asociación de personas se haya enriquecido o pretendiera enriquecerse, podrá imponerse a dicha persona o asociación una multa reglamentaria».

[46] Ley 4619/2019 – Código Penal (Ποινικός Κώδικας – Νόμος 4619/2019), publicado el 11 de junio de 2019, visto en *https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/529099/nomos-4619-2019* (Fecha visita 6 de agosto de 2023). Indica su art. 14.1 que «el hecho injusto e imputable a quien lo comete, penado por la ley», precepto interpretado en el sentido de excluir la culpabilidad de las entidades habida cuenta su incapacidad de acción. Véase ampliamente Mylonopoulos (2010).

[47] Véase en el caso de Italia el Decreto Legislativo 8 giugno 2001, núm. 231. «*Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*», visto en *https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario* (Fecha visita 6 de agosto de 2023); por su parte, en el caso de Polonia, la Ley sobre la responsabilidad de las entidades colectivas por actos prohibidos bajo pena, de 28 de octubre de 2002, visto en *https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/odpowiedzialnosc-podmiotow-zbiorowych-za-czyny-zabronione-pod-grozba-16991855* (Fecha visita 6 de agosto de 2023).

hecho delictivo atribuible a la entidad y, en su caso, la pena que a esta corresponde. Pues bien, es del todo lógico que la consideración de las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal implique el consiguiente reconocimiento del derecho al debido proceso que el ordenamiento comunitario reconoce, en principio, para las personas físicas enjuiciables[48]. Nos referimos, sobre el particular, a las garantías procesales contempladas en los arts. 47 y 48 CDFUE, cuales son la tutela judicial efectiva, el derecho a un juez imparcial, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la asistencia letrada y, en su caso, gratuita, o el derecho a la presunción de inocencia.

Con carácter ilustrativo, procedemos a señalar algunas de las resoluciones que, con respecto a algunas de tales garantías, inciden en la idea de su aplicación a las entidades. Como una de las primeras manifestaciones destacamos la STJUE en el asunto *Les Verts*, de 23 de abril de 1986, por la que, en consonancia con el art. 263 TFUE, se reconoce en favor de las personas jurídicas el derecho a la tutela judicial efectiva, al señalar que estas, al igual que los sujetos naturales, pueden acceder a los tribunales e interponer cuantas acciones y posteriores recursos consideren necesarios en defensa de sus intereses propios[49]. En concreto, en el asunto abordado por el TJUE se establece la posibilidad de las personas jurídicas de interponer un recurso directo ante el propio Tribunal de la Unión contra actos de las instituciones comunitarias de las que sean destinatarias o que les afecten individualmente, así como al planteamiento de cuestiones prejudiciales cuando la competencia de ejecución de los actos en cuestión corresponda a las autoridades nacionales.

En el mismo sentido y también en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la STJUE en el asunto *DEB*, de 22 de diciembre de 2010, indica que la alusión por el art. 47 CDFUE a «toda persona» debe ser interpretada extensivamente, entendiendo comprendidas en su contenido tanto a las personas físicas como a las jurídicas[50]. Como veremos más adelante, el Tribunal centra su planteamiento en el concreto derecho a la asistencia jurídica gratuita de las entidades, no negando su aplicabilidad para con estas, pero delimitando su atribución a las opciones de política legislativa adoptadas por cada Estado miembro.

En la misma lógica argumental que las resoluciones anteriores, la STJUE en el asunto *Consejo c. Bank Mellat*, de 18 de febre-

---

[48] Lupária (2020: 84).

[49] STJUE de 23 de abril de 1986, asunto C-294/83, *Les Verts*, ECLI:EU:C:1986:166, apdo. 23.

[50] STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C–279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:811, apdo. 40: «[…] el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 47 de la Carta se encuentra dentro del título VI de la misma, relativo a la justicia, y en el cual se enuncian otros principios procesales que resultan de aplicación tanto a las personas físicas como a las jurídicas».

ro de 2016, establece que el derecho de defensa del mencionado art. 47 CDFUE puede ser alegado por cualquier persona física o jurídica[51]. Se refiere, con carácter particular, al deber de motivación de las resoluciones por parte de los órganos jurisdiccionales, lo cual puede ser alegado por cualquier sujeto sometido al proceso.

Puede indicarse igualmente la STJUE en el asunto *DELTA STROY 2003*, de 10 de noviembre de 2022, por la cual el derecho al debido proceso de las entidades queda afectado en la medida en que no se permita su participación en el proceso penal seguido contra los miembros de la organización, cuya conducta es determinante de la responsabilidad penal de esta[52].

En fin, no podemos por más que mencionar los más recientes pronunciamientos sobre el derecho de las personas jurídicas a no ser sancionadas dos veces por los mismos hechos. El principio *ne bis in idem* se recoge en el art. 50 CDFUE, integrante junto con los ya mencionados arts. 47 y 48 del capítulo VI de la Carta, el cual lleva por rúbrica «Justicia». En este caso hemos de remitirnos a la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 en el caso *Volkswagen Group Italia SpA*. El asunto versa sobre la posible afectación al principio *ne bis in idem* en la que puede derivar la sanción a la persona jurídica, en Italia y Alemania, por unos mismos hechos. Para el TJUE, la constatación de la identidad de hechos y de fundamento es motivo de vulneración del principio que nos ocupa en caso de seguirse más de un proceso contra una misma corporación[53].

## 4. LA APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ORDENAMIENTO EUROPEO A LAS PERSONAS JURÍDICAS

### 4.1. La conformación del estatuto procesal del investigado y/o acusado de la Unión Europea

Los arts. 47 y 48 CDFUE han sido objeto de desarrollo por medio del conocido como estatuto procesal del investigado y/o acusado en el ordenamiento de la Unión. Tomando igualmente como referencia el

---

[51] STJUE de 18 de febrero de 2016, asunto C–176/13 P, *Consejo c. Bank Mellat*, ECLI:EU:C:2016:96, apdo. 49; en el mismo sentido, la STJUE de 21 de abril de 2016, asunto C-200/13 P, *Consejo c. Bank Saderat Iran y Comisión*, ECLI:EU:C:2016:284, apdo. 47.

[52] STJUE 10 de noviembre de 2022, asunto C–203/21, *DELTA STROY 2003*, ECLI:EU:C:2022:865, apdos. 51 y ss.

[53] STJUE de 14 de septiembre de 2023, asunto C–27/22, *Volkswagen Group Italia SpA*, ECLI:EU:C:2023:663, apdos. 56 y ss.; conclusiones del abogado general Campos Sánchez–Bordona, de 30 de marzo de 2023, asunto C–27/22, *Volkswagen Group Italia S.p.A*. ECLI:EU:C:2023:265, apdos. 63 y ss.

contenido del art. 6 CEDH, ya antes del Tratado de Lisboa la influencia de este último precepto en la interpretación de las normas europeas tenía lugar a través de la dada en llamar «teoría de la protección equivalente». Conforme a la misma, el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales en la Unión Europea debe venir caracterizado por al menos el mismo nivel de garantías que el predicado por el CEDH[54]. En este sentido se ha pronunciado en repetidas ocasiones el TJUE, pudiendo destacarse los últimos pronunciamientos como el habido en el asunto *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 14 de diciembre de 2017, por la cual, «en la medida en que la Carta contiene derechos que corresponden a derechos garantizados por el CEDH, el art. 52, apartado 3, de la Carta pretende garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene esta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»[55].

Es de resaltar una diferencia significativa en lo referente al ámbito de aplicación objetivo de los arts. 6 CEDH y 47 – 48 CDFUE. Efectivamente, mientras que de la redacción dada al primero se infiere su aplicación exclusiva a los procesos civiles y penales, los preceptos de la Carta no contienen matización alguna al respecto. Ello debe ser interpretado, toda vez que los derechos procesales tienen la consideración de principio general del ordenamiento de la Unión, en el sentido de resultar aplicables a toda tipología de procesos con independencia de la naturaleza de estos. De esta suerte, y como defenderemos con mayor profundidad en los apartados subsiguientes de nuestro estudio, las garantías procesales que en principio parecen circunscritas al proceso penal deben trasladarse a los procedimientos administrativo-sancionadores. Sobre el particular, resulta trascedente la resolución dictada con anterioridad por el antiguo Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Enso Española*, de 14 de mayo de 1998, por la cual, «el respeto de los derechos de defensa en todo procedimiento que pueda llevar a la imposición de sanciones, especialmente de multas o de multas coercitivas, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario que debe ser observado, aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo»[56].

En cualquier caso y con carácter previo al desarrollo de esta idea, debemos hacer alusión al entramado de directivas que conforman el estatuto procesal que ahora nos ocupa. La consideración del principio

---

[54] Faggiani (2014: 20).

[55] STJUE de 14 de septiembre de 2017, asunto C–18/16, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2017:680, apdo. 50; también la STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C–38/18, *Massimo Gambino*, ECLI:EU:C:2019:628, apdo. 39.

[56] STPI de 14 de mayo de 1998, asunto T–348/94, *Enso Española*, ECLI:EU:T:1998:102, apdo. 80.

de reconocimiento mutuo como «piedra angular» de la cooperación judicial[57] vino de la mano del paulatino desarrollo del principio de aproximación legislativa de las garantías procesales en los Estados miembros. Ciertamente, la efectividad de la aplicación de instrumentos de reconocimiento mutuo por parte de las autoridades de ejecución nacionales, pasa por una confianza recíproca en el debido respeto a los derechos procesales del investigado en el Estado miembro de emisión[58]. Ello requiere, a su vez, de una homogenización del elenco de garantías procesales a ser respetadas por los órganos jurisdiccionales.

El 19 de febrero de 2003 tuvo lugar la presentación por parte de la Comisión del «Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea»[59], en el cual se ahonda en la necesidad y conveniencia de aprobación de una norma común en la que se aproximen las regulaciones de los Estados miembros concernientes a derechos como la asistencia letrada y, en su caso, gratuita, la interpretación y traducción en el proceso, o la información sobre las cusas de la acusación. Resultado de ello fue la Propuesta de Decisión Marco del Consejo, de 28 de abril de 2004, relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea[60], la cual se ofrecía como un texto único de regulación de garantías procesales; así como el Plan de Trabajo de 30 de noviembre de 2009 para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales[61], en el que se abandona la idea inicial de promulgación de una única norma para promover un modelo de «paso a paso» (*step by step*)[62], por el que tuviera lugar la aprobación sucesiva de respectivas Directivas para cada una de las garantías procesales contempladas en el mismo[63].

Con la aprobación del Tratado de Lisboa, el art. 82.2 TFUE consagra definitivamente el principio de aproximación legislativa referido *ut supra*: «En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la coope-

---

[57] Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, en concreto, Conclusión 33. Véase *https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#b* (Fecha visita 27 de junio de 2023).

[58] Jimeno Bulnes (2011: 116–123; 2022: 33–37).

[59] Comisión Europea, Bruselas, 19 de febrero de 2003, COM (2003) 75 final. Véase sobre el mismo Llorente Sánchez–Arjona (2014: 141–145); también Valbuena González (2006).

[60] Comisión Europea, Bruselas, 28 de abril de 2004, COM (2004) 328 final.

[61] Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, *DOUE* C 295, de 4 de diciembre de 2009, pp. 1–3.

[62] Jimeno Bulnes (2011: 123).

[63] El Plan de Trabajo contempla en este sentido un total de seis medidas: Medida A: Traducción e interpretación; Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos; Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita; Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares; Medida E: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables; Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional.

ración policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros». De entre tales Directivas, el apartado *b)* del mencionado precepto se refiere a aquellas que tengan por objeto la aproximación de los derechos de las personas durante el procedimiento penal. Es así como, materializando las medidas del Plan de Trabajo de 2009, se aprueban sucesivamente las siguientes Directivas:

— Directiva 2010/64/UE del Parlamento europeo y el Consejo, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales[64].

— Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales[65].

— Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativa al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad[66].

— Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio[67].

— Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales[68].

— Directiva 2016/1919/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, sobre asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención[69].

En el subepígrafe que sigue analizaremos la posibilidad de que la aplicación de las Directivas no se delimite en exclusiva a los procesos

---

64 *DOUE* L 280, de 26 de octubre de 2010, pp. 1–7.
65 *DOUE* L 142, de 1 de junio de 2012, pp. 1–10.
66 *DOUE* L 294, de 6 de noviembre de 2013, pp. 1–12.
67 *DOUE* L 65, de 11 de marzo de 2016, pp. 1–11.
68 *DOUE* L 132, de 21 de mayo de 2016, pp. 1–20.
69 *DOUE* L 297, de 4 de noviembre de 2016, pp. 1–8.

seguidos contra personas físicas, sino que las mismas hayan de salvaguardarse igualmente en caso de enjuiciamiento de personas jurídicas en cuanto que nuevos sujetos susceptibles de comisión delictiva.

### 4.2. La inclusión de las personas jurídicas en el estatuto procesal del investigado y/o acusado de la Unión Europea

Dedicamos las siguientes líneas a analizar la posible atribución de las Directivas atinentes a las garantías procesales del enjuiciable a las personas jurídicas. Dejamos fuera de nuestro objeto de estudio, como resulta lógico habida cuenta su inaplicabilidad a las entidades, la Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

Pues bien, ha de partirse del hecho de que ninguna de las restantes cinco Directivas incluye expresamente a las personas jurídicas en su ámbito subjetivo de aplicación. Es más, la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, circunscribe su aplicabilidad a las personas físicas con carácter exclusiva, justificándose esta decisión sobre la base de que el contenido del derecho a la presunción de inocencia de las personas jurídicas ha de ser configurado por medio de las interpretaciones jurisprudenciales del TJUE. En este sentido, señala el Considerando 14 de la norma que «en el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia».

No compartimos esa afirmación. En primer lugar, porque la cada vez más frecuente asunción por los Estados miembros del principio *societas delinquere potest*, demanda una homogeneización de las garantías procesales de las entidades de modo similar a la planteada para las personas físicas investigadas. En segundo lugar, porque por el TJUE se ha matizado la extensión del derecho a la presunción de inocencia a los entes corporativos[70].

[70] Así y a modo de ejemplo, la STJUE de 26 de noviembre de 2013, asunto C–58/12 P, *Groupe Gascogne c. Comisión*, ECLI:EU:C:2013:770, apdos. 29 y ss.

Ello no empero, precisamente esta exclusión expresa facilita la argumentación de que el legislador europeo permite, siquiera implícitamente, que las restantes Directivas sobre garantías procesales sí prediquen respecto de las personas jurídicas en igualdad de condiciones que con los sujetos naturales. Así se pronuncia De Hoyos Sancho, para quien estas normas de aproximación legislativa procesal vinculan a los Estados miembros en procesos penales contra personas jurídicas[71].

La falta de previsión normativa, sin embargo, requiere de un ejercicio de abstracción y acomodación a las entidades de un marco legislativo pensado por entero para ser aplicado a las personas físicas. Es así como la inclusión de las personas jurídicas en los respectivos ámbitos subjetivos de las Directivas no puede ser automática, debiendo por el contrario matizarse las especialidades que de su contenido se desprenden para estos sujetos enjuiciables. Nos referimos a la forma de participación de la persona jurídica en el curso del proceso penal, toda vez que su naturaleza incorpórea determina que su comparecencia en los distintos actos procesales se lleve a cabo a través de un representante especialmente designado, el cual operará en el proceso en nombre de la entidad en cuanto que manifestación de la defensa material de esta. Es así como, aunque las garantías inherentes al derecho de defensa tengan por titular a la propia persona jurídica, su manifestación y ejercicio corresponderá a su representante en el proceso.

Siguiendo un orden cronológico de aprobación, lo expresado anteriormente determina que la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, debiera en nuestra opinión considerarse en el sentido de referir su contenido a los representantes designados por la persona jurídica para su actuación en el proceso. La interpretación en las comparecencias y la traducción de documentos esenciales debe tomar como referencia la capacidad idiomática de esta persona física, no así la ubicación del domicilio social o del centro de actividades de la entidad[72].

Mismo planteamiento debe seguirse con respecto a la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Más concreta que el CEDH, cuyo art. 6 no contempla entre su contenido el derecho a ser informado de la acusación y de las garantías procesales que asisten al enjuiciable, esta Directiva se erige en una norma por la que se respaldan los restantes derechos comprendidos en el entramado

---

[71] De Hoyos Sancho (2017: 9). Señala la autora que «puesto que tanto personas físicas como jurídicas pueden ser investigados y encausados en un proceso penal, lo coherente y razonable será que todo tipo de sospechoso o acusado pueda disfrutar de este derecho, que es esencial para afirmar que estamos en presencia de un proceso "justo"».

[72] Neira Pena (2017: 314).

legislativo europeo. En efecto, carecería de sentido aseverar el derecho al debido proceso de las personas jurídicas, si ello no viene acompañado de la correlativa garantía de que la representación material de la entidad sea informada de las causas de la acusación y de cuantas salvaguardas le asisten en su actuación en el proceso[73].

Con relación al derecho a la asistencia letrada proclamado por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, seguimos nuevamente el planteamiento de De Hoyos Sancho, para quien «si la Directiva no distingue y no excluye de su ámbito de aplicación/armonización a las personas jurídicas —la Directiva sobre presunción de inocencia sí lo hace expresamente—, entendemos que la armonización del derecho a la asistencia letrada alcanza también a las personas jurídicas investigadas y acusadas». Ello por cuanto que, continúa la autora, han de disfrutar igualmente del derecho de defensa en la modalidad de derecho a la defensa «técnica» en el marco de un proceso penal, y «de manera efectiva»»[74]. Una vez más, nos encontramos ante un derecho determinante de la efectividad del debido proceso para con las personas jurídicas.

Estrictamente relacionado con lo antedicho, el derecho a la asistencia jurídica gratuita previsto en la Directiva 2016/1919/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, nos lleva a referimos como ya hiciéramos en apartados anteriores al planteamiento del TJUE en el asunto *DEB*, de 22 de diciembre de 2010, en la cual se puntualiza la aplicación del derecho al debido proceso en favor de toda persona física y jurídica. Puntualizando su pronunciamiento sobre la garantía a la asistencia jurídica gratuita, el Tribunal señala que, existiendo un criterio general común en los Estados miembros al respecto de su no aplicación a las personas jurídicas con ánimo de lucro, no existe norma de la Unión alguna que impidiese lo contrario, puesto que «la concesión de la asistencia jurídica gratuita a personas jurídicas no está, en principio, excluida, siendo relevantes a efectos de su reconocimiento las normas aplicables y la situación de la sociedad de que se trate»[75].

---

[73] En este sentido y con carácter genérico para toda persona (física o jurídica) enjuiciable, el TJUE ha señalado que «las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal deben ser informadas de sus derechos lo antes posible, a partir del momento en que las sospechas de que son objeto justifiquen, en una situación que no implique urgencia, que las autoridades competentes limiten su libertad mediante medidas coercitivas y, a más tardar, antes de que la policía las interrogue por primera vez», STJUE de 19 de septiembre de 2019, asunto C–467/18, *EP*, ECLI:EU:C:2019:765, apdo. 53.

[74] De Hoyos Sancho (2017: 25).

[75] Tal y como señala el Tribunal sobre la posible exclusión de esta garantía a determinados tipos de entidades, «la diferencia de trato entre, por una parte, las sociedades mercantiles y, por otra parte, las personas físicas y las personas jurídicas sin ánimo de lucro, se basa en una justificación objetiva y razonable, relacionada con el régimen fiscal de la asistencia jurídica gratuita, el cual prevé la posibilidad de deducir íntegramente las costas del procedimiento de

En definitiva, entendemos que, si el legislador de la Unión promueve la sancionabilidad de las personas jurídicas por los hechos delictivos cometidos en su seno, ello debe venir acompañado irremediablemente de un marco de garantías procesales equivalente al regulado para las personas físicas por las normas de aproximación legislativa. Lo contrario, a nuestro juicio, supondría dar un tratamiento diferenciado a quienes pueden ser sujetos pasivos del proceso penal por el mero hecho de su distinta naturaleza jurídica.

## 5. APROXIMACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO CONDICIONANTE DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL ENTRE ESTADOS MIEMBROS

Tal y como hemos adelantado, la aproximación legislativa de las garantías procesales a respetar por las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros, se erige sobre un principio de confianza recíproca inescindible, hoy por hoy, de la eficacia del reconocimiento mutuo. Pero junto con sendos principios, la cooperación judicial penal debe ser igualmente consonante con las tradiciones jurídicas nacionales. Es en este punto donde entra en juego el escenario de diferentes modelos de responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas existentes en los Estados miembros.

Un mismo hecho ilícito, configurado como tal por las normas europeas de aproximación legislativa sustantiva, referirá una u otra calificación jurídica en función de la opción de política criminal adoptada por el legislador nacional de que se trate. Así las cosas, planteamos con ánimo ilustrativo el supuesto que sigue: una persona jurídica domiciliada en España, pero cuyos bienes y actividad se encuentran parcialmente en Alemania, es investigada por las autoridades administrativas germanas por un hecho considerado como infracción administrativa por su ordenamiento jurídico. Como resultado de este, se impone una sanción pecuniaria de naturaleza administrativa, la cual habrá de ser ejecutada en España. Si atendemos a la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias[76], el requerimiento de ejecución de una sanción pecuniaria puede emanar de una autoridad administrativa siempre y cuando el proceso que haya dado lugar a la misma, haya sido susceptible de revisión ante un órgano jurisdiccional con competencia en asuntos penales. Tal es el caso que planteamos como ejemplo, toda vez que el procedimiento administrativo regulado

---

los beneficios sujetos a gravamen y de contabilizar un resultado negativo en un ejercicio fiscal posterior», STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C–279/09, apdos. 50 y 52.

[76] *DOUE* L 76, de 22 de marzo de 2005, pp. 16 – 30.

por la legislación alemana para la sanción de las personas jurídicas, es objeto de revisión por parte de juzgadores penales[77]. De este modo, resultaría perfectamente posible la ejecución en España de una sanción de naturaleza administrativa procedente de las autoridades alemanas en la medida en que se cumpla con el requisito de revisión señalado.

Ahora bien, no puede dejar de tomarse en consideración que, en cuanto que instrumento de reconocimiento mutuo, la Decisión Marco 2005/214/JAI condiciona la aplicación de la sanción por el Estado de ejecución al respeto, en el proceso seguido ante el Estado emisor, de todas las garantías procesales del investigado. Así se desprende del art. 6 de la norma al determinar este que la Decisión Marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 TUE, el cual se refiere a la CDFUE cuyos arts. 47 y 48, como hemos indicado, contemplan garantías procesales elementales. Siendo esto así, ¿no debería extenderse el ámbito de aplicación de las garantías procesales regulado por las Directivas a los procedimientos administrativo-sancionadores? Solo así se evitará un rechazo de la ejecución de la sanción sobre el argumento del incumplimiento en el Estado de emisión de las garantías procesales atribuibles a todo sujeto investigado.

La persecución y represión de ilícitos transfronterizos cometidos por personas jurídicas requiere de un esfuerzo del legislador europeo a la hora de «acomodar» la aplicación de instrumentos de reconocimiento mutuo a la idiosincrasia de esta tipología de sujetos. Dos argumentos pueden ofrecerse en defensa de la tesis por la cual las Directivas sobre garantías procesales pueden ser trasladables a procedimientos administrativo–sancionadores.

En primer lugar, porque aun cuando el ámbito objetivo de aplicación de cada una de tales Directivas parezca circunscribirse en exclusiva a los procesos penales, lo cierto es que la noción de «proceso penal» es un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea objeto de matización por los tribunales supranacionales. Así la STEDH en el asunto *Engel*, sostiene que, con independencia de la calificación jurídica del proceso por el ordenamiento interno, el mismo estará revestido de naturaleza penal en atención a su finalidad y a la gravedad de la sanción resultante. Es por ello por lo que procedimientos considerados como administrativo-sancionadores serán encuadrables en esta noción amplia o extensiva de proceso penal, en la medida en que

[77] Véase art. 68 OWiG: «El Tribunal Local (*Amtsgericht*, con competencia en materia civil y penal) en cuya circunscripción tenga su sede la autoridad administrativa resolverá sobre la impugnación de la notificación de multa reglamentaria». Sobre el particular, véase Nieto Martín (2011: 138), donde se afirma que en Alemania el modelo administrativo de responsabilidad de las entidades es desgajado del Derecho penal.

su fundamento sea preventivo y represivo, no meramente reparador, así como cuando la sanción o medida impuesta resulte especialmente gravosa para el sujeto investigado[78]. Pues bien, teniendo en cuenta que la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas es obligada para los Estados miembros en virtud de las Decisiones Marco y Directivas de aproximación de ilícitos penales, es claro que la finalidad y la severidad de las sanciones impuestas a las entidades será la misma con independencia de su calificación penal o administrativa por los ordenamientos internos.

En segundo lugar, porque la atribución de los principios y garantías del proceso penal a procedimientos administrativo-sancionadores, es una constante en la jurisprudencia europea. No en vano, en ambos casos nos encontramos ante una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Señalamos la STJUE en el asunto *Consob*, de 2 de febrero de 2021, en la cual, tras analizar la presencia de los criterios asentados en *Engel* a un procedimiento administrativo-sancionador, se afirma por el Tribunal que, «por lo que respecta a la cuestión de en qué condiciones debe respetarse también dicho derecho (en alusión al derecho a la no autoincriminación) en el marco de procedimientos de comprobación de la existencia de infracciones administrativas, procede señalar que ese mismo derecho debe aplicarse en el contexto de procedimientos que pueden dar lugar a la imposición de sanciones administrativas de carácter penal. Tres criterios son relevantes para la evaluación de tal carácter. El primero es la calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno, el segundo afecta a la propia naturaleza de la infracción y el tercero es relativo a la gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado»[79].

En suma, la operatividad de la cooperación judicial en cuanto a la persecución de ilícitos cometidos por personas jurídicas, exige que en todo proceso seguido contra las mismas se respeten los derechos y garantías procesales previstos por el legislador europeo.

---

[78] STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel and others*, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, apdo. 82.

[79] STJUE de 2 de febrero de 2021, asunto C–481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, apdo. 42. Significativo es también el pronunciamiento siguiente: «es necesario recordar a este respecto que, según un principio general de interpretación, un texto de Derecho derivado de la Unión debe interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo que no cuestione su validez y de conformidad con el conjunto del Derecho primario y, en particular, con las disposiciones de la Carta. Así, cuando un texto de Derecho derivado de la Unión es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Derecho primario, y no a la que conduce a considerarla incompatible con él» (apdo. 50).

## 6. CONCLUSIONES

No existiendo una definición doctrinal ni legal unitaria al respecto de qué debe entenderse por «personas jurídicas», la comprensión de su capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones pasa por atender a la atribución de personalidad jurídica como opción legislativa. Ello supone no solo la consideración de las entidades como centro fundamental de actividad productiva, sino también la traslación a estas de características apriorísticamente concebidas para los sujetos corpóreos, entre las que se encuentra la capacidad para cometer hechos delictivos y responder por ellos.

Las teorías por las cuales las personas jurídicas no pueden ser sujetos penalmente responsables han quedado ampliamente superadas. Si la persona jurídica es titular de derechos y de obligaciones, ha de ser necesariamente responsable de los actos que lleve a cabo en sus operaciones en el tráfico jurídico como sujeto independiente de las personas físicas que la integran.

En consonancia con lo anterior, no son pocos los pronunciamientos jurisprudenciales que conciben a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales. Ahora bien, es lógica consecuencia de su naturaleza incorpórea que no todas las libertades que se predican de los sujetos físicos les resultarán de aplicación. Así se desprende tanto de las resoluciones de los Tribunales nacionales y de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, como de los planteamientos del TEDH y del TJUE.

De entre los derechos que sí tienen cabida en las características propias de las personas jurídicas, el derecho al debido proceso ocupa un lugar destacado. Ello como resultado de la incardinación de las entidades como sujetos potencialmente comisores de los hechos ilícitos descritos por las normas europeas de aproximación legislativa sustantiva. Desde el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1997, las sucesivas Decisiones Marco y Directivas aprobadas en aras de reforzar la cooperación judicial penal, prevén artículos específicos sobre la comisión delictiva por las entidades. Se confecciona así un sistema de «doble vía» por el que las personas jurídicas son autónomamente responsables de los ilícitos cometidos por sus miembros en el seno organizacional. Ello no empero, el legislador europeo deja al arbitrio de los ordenamientos nacionales la perseguibilidad penal o administrativa de estas infracciones.

La responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas en la esfera europea no ha venido acompañada de la subsiguiente aproximación legislativa de normas procesales referentes a las mismas.

De este modo, solo por medio de resoluciones del TEDH y del TJUE hallamos en el escenario europeo manifestaciones del derecho al debido proceso de las entidades.

Del estudio del entramado de Directivas que conforman el estatuto procesal del investigado y acusado en la Unión Europea, se desprende que no estaba en la mente del legislador, cuando cada una de ellas fueron sucesivamente aprobadas, la inclusión de las personas jurídicas en su ámbito subjetivo de aplicación. Ciertamente, ninguna de estas normas contiene alusión alguna a su posible extensión a la nueva tipología de sujetos pasivos.

Sin embargo, somos de la opinión de que, ante la falta de regulación legal que establezca lo contrario, todos los sujetos pasivos del proceso penal deben ver respetadas sus garantías procesales, con independencia de su naturaleza corpórea o no. No podemos compartir el criterio según el cual, por el hecho de ser las personas jurídicas ficciones legales, las garantías a ellas atribuibles se encuentran por debajo del nivel de protección conferido a las personas físicas. Si el legislador (tanto europeo como nacional) ha querido considerar a las entidades como sujetos penalmente responsables y, por ende, susceptibles de ser sometidos a un proceso judicial, no puede al mismo tiempo limitar sus derechos en el desarrollo de este.

Así, defendemos la necesidad y conveniencia de que las Directivas europeas sobre garantías en el proceso penal, extiendan su aplicación a las personas jurídicas. Lógicamente, ello requiere de un ejercicio de acomodo de sus previsiones a las características propias de las entidades, prestando especial atención al hecho de que, como no puede ser de otra forma, estas no comparecerán en el proceso, sino que lo harán representadas por sujetos designados a tales efectos. Así, aunque las titulares de las garantías procesales sean las personas jurídicas por sí mismas, su ejercicio debe quedar reconducido a sus representantes, sobre los que deberá materializarse el acceso a la información, a la asistencia letrada y en su caso gratuita, a guardar silencio o a la traducción e interpretación.

Por añadidura, creemos necesario que la aplicación de las Directivas sobre garantías procesales no se limite a los procesos penales *strictu sensu*, sino que se extienda a aquellos procedimientos administrativo–sancionadores que, en atención a los criterios jurisprudenciales asentados tras la doctrina *Engel*, tengan la consideración de procesos de naturaleza penal con independencia de su calificación jurídica por el legislador. Solo así podrán equipararse las garantías procesales de las personas jurídicas en todos los Estados miembros, con independencia de que a nivel nacional se haya asumido o no el principio *societas delinquere potest*.

De igual modo, el refuerzo de la cooperación entre Estados miembros para la persecución de ilícitos graves transnacionales exige que, en el concreto caso de las personas jurídicas, las autoridades administrativas puedan requerir de colaboración a las penales, y viceversa, para la ejecución de los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo. Una vez más, en la medida en que el principio de reconocimiento mutuo queda condicionado por el respeto de los derechos fundamentales del investigado en sendos Estados de ejecución y emisión, esta cooperación entre autoridades administrativas y judiciales exige que las garantías procesales de las personas jurídicas queden salvaguardadas en todo caso, con independencia de la calificación jurídica dada a su responsabilidad.

## 7. BIBLIOGRAFÍA


Brandão, N. y Jesus, N. (2014), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 29: 125–144.

Castán Tobeñas, J. (1925), *Derecho civil español, común y foral,* t. I, Madrid, Reus.

De Castro y Bravo, F. y Amorós Guardiola, M. (1984), *La persona jurídica,* Madrid, Civitas.

De Hoyos Sancho, M. (2017), «Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la Unión Europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas», en *Revista General de Derecho Procesal*, 43: 1–67.

Faggiani, V. (2014), «El derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Europeo*, 33: 1–24.

Ferrer Riba, J. (1996), «Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 3: 141–167.

Galgano, F. (2004), «Concepto de persona jurídica», en *Revista Derecho del Estado*, 16: 13–28.

Gómez Montoro, A. J. (2002), «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. Un intento de fundamentación (I)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65: 49–105.

— (2000), «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 2: 23–71.

Jakobs, G. (1992), «El principio de culpabilidad», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45: 1051–1084.

Jimeno Bulnes, M. (2022), «La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español», en Jimeno Bulnes, M. (dir.) y Ruiz López, C. (coord.), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 27–81.

— (2019), «Normas de la Unión Europea sobre responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y sobre *compliance*: su adaptación en España», en Gómez Colomer, J. L. (dir.) y Madrid Boquín, C. M. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 939–974.
— (2011), *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi.
Llorente Sánchez-Arjona, M. (2014), *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal,* Valencia, Tirant lo Blanch.
Lupária, L. (2020), «El derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación de la persona jurídica en Italia», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1: 83–91.
Moreno Marín, M. A. (2019), *El daño moral causado a las personas jurídicas,* Madrid, Dykinson.
Mylonopoulos, C. (2010), «Corporate Criminal Liability and the Greek Law», *XVIIIth International Congress of Comparative Law*, Washington DC, pp. 1–6.
Neira Pena, A. M. (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas,* Valencia, Tirant lo Blanch.
Nieto Martín, A. (2011), «¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?», en *Revista Penal*, 28: 136–152.
Rodríguez Guitian, A. M. (1996), *El derecho al honor de las personas jurídicas,* Madrid, Editorial Montecorvo.
Rosado Iglesias, G. (2004), *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
Saenz Royo, E. (2019), *Manual de Derecho Constitucional I,* Zaragoza, Universidad de Zaragoza.
Schünemann, B. (2013), *Zur Frage der Verfassungswidrigkeit und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen*, Múnich, Stiftung Familienunternehmen.
Solozábal Echavarría, J. J. (2001), «Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 4: 105–121.
Valbuena González, F. (2006), «La Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4: 1740–1746.
Zugaldía Espinar, J. M. (2013), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

# RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ POR LAS INFRACCIONES DE SU FILIAL EN EL DERECHO SANCIONADOR DE LA COMPETENCIA: COMPATIBILIDAD CON EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y ESPAÑOL

Diego Rodríguez Cembellín

## 1. INTRODUCCIÓN

Las sanciones a las sociedades matrices por las infracciones cometidas por sus filiales en materia de competencia plantean importantes problemas desde el punto de vista del principio de personalidad de las sanciones y de la presunción de inocencia. En la actualidad, tanto la Comisión Europea como la CNMC sancionan a las primeras sin necesidad de acreditar su participación o el conocimiento de la conducta de la sociedad filial, siempre y cuando ambas formen parte de esta «unidad económica» o «empresa». La doctrina ha advertido de la incompatibilidad de esta práctica tanto con las disposiciones de nuestra Constitución como con alguno de los artículos de la CDFUE. Sin embargo, hasta el momento, el Tribunal de Justicia y, con respecto a las sanciones de la CNMC, el TS han admitido y validado este tipo de sanciones a las sociedades matrices, con una interpretación muy «laxa» de los citados principios.

Tras una primera explicación más detallada de esta responsabilidad de las matrices (apdo. 2), se estudiará con mayor detenimiento los argumentos más recientes del Tribunal de Justicia para justificar dicha responsabilidad (apdo. 3). Esta primera aproximación es fundamental

para abordar el objeto central del trabajo: los límites de los tribunales internos de los Estados miembros, y, en nuestro caso, de los tribunales españoles a la hora de enjuiciar la validez de las sanciones de la CNMC sobre las sociedades matrices en aplicación del concepto de empresa. Aunque se recoge en el art. 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la aplicación de este concepto viene impuesta por una norma de rango comunitario (en la actualidad, la Directiva ECN+). En consecuencia, se produce una colisión entre la primacía del Derecho de la Unión Europea y las disposiciones de rango constitucional de un Estado miembro, lo que de nuevo evoca a las famosas sentencias del Tribunal de Justicia *Melloni* y *Åkerberg Fransson*. Por tanto, se deberán diferenciar dos escenarios: las infracciones que tienen dimensión comunitaria en las que la CNMC tiene que aplicar, junto con nuestra normativa interna, el Derecho de la Unión (apdo. 4), y aquellas en las que tan solo se aplica la normativa interna y desaparece cualquier conflicto con el Derecho de la Unión (apdo. 5).

## 2. EL CONCEPTO DE EMPRESA Y LA SANCIÓN A LAS MATRICES

Uno de los pilares sobre los que se asienta el Derecho de la competencia es que los destinatarios de sus normas solo pueden ser, en principio, las empresas. El motivo es evidente: el Derecho de la competencia se aplica a aquellos que compiten —o que deberían competir— en un mercado, y, por tanto, a las empresas que desarrollan una actividad económica. Por este motivo, el art. 101 TFUE hace referencia a la prohibición de acuerdos entre «empresas» y el art. 102 TFUE a la explotación abusiva de la posición de dominio de una «empresa». Este concepto de empresa trasciende cualquier tipo de categoría jurídica. No se reduce exclusivamente a las sociedades mercantiles ni excluye su aplicación a entidades públicas. El Tribunal de Justicia lo recuerda constantemente cuando afirma que empresa puede ser «cualquier entidad económica que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza de dicha entidad y su modo de financiación»[1].

A partir de esta perspectiva antiformalista, se ha originado una jurisprudencia en el seno del Tribunal de Justicia por la cual se permite que la Comisión Europea impute a la sociedad matriz las infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE que haya podido cometer su sociedad filial. De nuevo, como el concepto de empresa no se vincula con el de sociedad —ni se asocia a una persona jurídica—, es perfectamente posible

[1] Son muchas las sentencias que recogen estas palabras. Baste por ello citar, a modo de ejemplo, las siguientes: STJ de 1 de julio de 2008, *MOTOE*, C–49/07, ECLI:EU:C:2008:376, apartado 20, STJ de 11 de diciembre de 2007, *ETI*, C–280/06, EU:C:2007:775, apartado 38 o STJ de 27 de abril de 2017, *Akzo Nobel II*, C–516/15P, ECLI:EU:C:2017:314.

que dos sociedades sean parte de una misma empresa, siempre y cuando constituyan entre ellas una «unidad económica». De esta forma, matriz y filial se convierten en responsables solidarias de una única multa por la infracción de una filial, sin necesidad, y aquí está la cuestión más polémica, de probar que la matriz ha participado en la infracción de la sociedad filial. Lo que en definitiva se pretende es buscar un sistema de sanciones que sea verdaderamente disuasorio para los grupos de empresas cierto tamaño, que son, en la mayor parte de las ocasiones, los principales protagonistas de las infracciones de competencia que persigue la Comisión Europea. Para ello, responsabilizar a la matriz se vuelve fundamental, principalmente por dos motivos: en primer lugar, para evitar posibles riesgos de impago de la multa de la filial y, en segundo lugar, para aumentar sustancialmente la cuantía de la multa. En el Derecho de la competencia comunitario, según dispone el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, las multas no pueden superar el 10 por 100 del volumen de negocios de la empresa infractora. En los casos en los que se sanciona a la matriz, el Tribunal de Justicia permite que el volumen de negocios de la «empresa» equivalga al volumen de negocios «consolidado», es decir, la suma de los volúmenes de negocios individuales de cada sociedad que forma parte de un grupo de empresas a efectos contables[2].

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia que permite imputar a la matriz las infracciones de su filial ya se había iniciado en los años setenta y sigue presente en la actualidad, sin que, *a priori,* parezca que vaya a cambiar. Sin embargo, la evolución de esta ha ido encaminada a facilitar esa atribución «aguas arriba» de la responsabilidad. Aunque los argumentos se han mantenido intactos a lo largo de este tiempo (la «empresa» es la verdadera autora de la infracción), en las primeras sentencias del Tribunal de Justicia se puede apreciar cómo se trataba de casos en los que la propia matriz decidía e implementaba la conducta infractora a través de sus filiales. Sin embargo, a partir de la sentencia *Stora*[3] el Tribunal empieza a relajar los estándares de prueba necesarios para imputar una infracción a la sociedad matriz, lo que definitivamente se confirma tras la sentencia *Akzo Nobel* en el año 2009[4].

Desde este momento, el funcionamiento de la doctrina de la «empresa» a los efectos de sancionar a las sociedades matrices es el siguiente: si la filial no actúa de forma independiente en el mercado, es decir, si la matriz ejerce una influencia decisiva en la conducta de

---

[2] STJ de 26 de noviembre de 2013, *Groupe Gascogne*, C–58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770.

[3] STJ de 16 de noviembre de 2000, *Stora*, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630.

[4] STJ de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel*, C–97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536. Gutiérrez Gilsanz (2014: 254–270) expone un resumen sobre la evolución de la jurisprudencia del TJ. También advierte del cambio de criterio Nieto (2012: 416).

la filial, ambas formarán parte de esta «unidad económica» o «empresa», que es, según el Tribunal de Justicia, la verdadera autora de las infracciones de competencia. Esta falta de autonomía de la filial no va referida a la conducta infractora ni siquiera al control sobre la política comercial de su filial (que está íntimamente vinculada con este tipo de infracciones) sino, en general, a su funcionamiento como sociedad mercantil en el mercado. Como señaló la abogada general Kokott en las conclusiones a la sentencia *Akzo Nobel*, la falta de autonomía de la filial puede producirse por «la influencia de la sociedad matriz con respecto a la estrategia empresarial, la política de gestión, los planes operativos, las inversiones, las capacidades, la financiación, los recursos humanos y los aspectos jurídicos» ya que estas cuestiones pueden tener «repercusiones indirectas sobre el comportamiento de las filiales y de todo el grupo empresarial en el mercado»[5].

Además, cuando la matriz es titular de la totalidad o de la práctica totalidad del capital social de su filial, dicha influencia decisiva se presume, por lo que la Comisión Europea, en estos casos, tan solo tiene que acreditar dicho extremo para poder imputar esa infracción. El Tribunal de Justicia afirma constantemente que la presunción de influencia es *iuris tantum* y no *iuris et de iure* (negando categóricamente que se trate de un supuesto de responsabilidad objetiva) ya que la matriz puede desvirtuar dicha presunción siempre y cuando aporte pruebas que acrediten la autonomía de su filial[6]. El problema es que, en la práctica, esta presunción se ha vuelto irrefutable, lo que se pone de manifiesto con el mero hecho de que hasta la fecha no ha habido ninguna sentencia del Tribunal de Justicia o del Tribunal General que haya considerado que la matriz haya sido capaz de demostrar la autonomía de su filial en el mercado. A lo sumo, existe alguna sentencia que anula la Decisión de la Comisión Europea por no haber contestado en la propia Decisión a las alegaciones al pliego de cargos formuladas por la sociedad matriz sobre la autonomía de su filial, lo que resulta lógico si se pretende que la presunción sea, al menos formalmente, *iuris tantum*[7]. Es decir, el Tribunal de Justicia ha obligado a la Comisión Europea a motivar por qué rechaza los argumentos ofrecidos por la matriz para desvirtuar la presunción del ejercicio de una influencia decisiva. En consecuencia, si la matriz no niega la falta de autonomía de su filial, la presunción es prueba de cargo suficiente para sancionarla. Por el contrario, si la matriz aporta algún tipo de prueba sobre esa falta de influencia en la

---

[5] Conclusiones de la abogada general Kokott de 23 de abril de 2009, C–97/08, ECLI:EU:C:2009:262.

[6] STJ de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel*, C-97/08 P, cit., apartado 60, STJ de 16 de junio de 2016, *Evonik Degussa*, C–155/14/P, ECLI:EU:C:2018:323, apartado 29 y STJ de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine*, C–521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, apartado 56, entre muchas otras.

[7] STJ de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine*, C–521/09 P, *cit*.

filial, la Comisión tendrá que aportar otras pruebas o indicios para contrarrestar los aportados por la matriz, de tal forma que en estos casos la mera posesión de las acciones o participaciones sociales no resulta suficiente para fundamentar una sanción.

Sin embargo, para la Comisión Europea es muy sencillo acreditar que una matriz ejerce una influencia decisiva sobre su filial. Como esta circunstancia, tal y como y se ha visto en el caso *Akzo Nobel*, no está referida ni a la conducta infractora, ni a la política comercial de la filial, sino, en general, a su comportamiento como empresa, hace que la presunción sea prácticamente *iuris et de iure.* Así, para el Tribunal de Justicia es insuficiente que la matriz no tenga prácticamente ningún conocimiento o involucración en el mercado en el que opera la filial, o que aquella sea una sociedad *holding* de esta. Que la filial carezca de «autonomía financiera» ya es motivo suficiente para entender que ambas forman parte de la misma empresa[8]. Por otro lado, como lo determinante son los vínculos entre ambas sociedades y no los hechos que originan la infracción, resulta irrelevante que la matriz desconozca u omita tal infracción de su filial[9], e, incluso, que la filial desobedezca una orden concreta de no celebrar acuerdos con competidores y por tanto evitar una posible vulneración de las normas de competencia. En este último caso, solo se consideraría una situación hipotética en la que la filial desobedezca de forma constante y continuada las órdenes de su matriz, porque evidenciaría que la matriz no está capacitada para ejercer una influencia decisiva sobre su filial[10]. A mayores, cuestiones como la autorización de la matriz sobre decisiones estratégicas o importantes de la filial (la venta de inmuebles, o de participaciones en una filial), la obligación de emitir informes a la matriz, la presencia de miembros de la matriz en los órganos de administración de la filial e, incluso, la representación conjunta de la matriz y de la filial en todo el procedimiento sancionador[11] sirven como indicio sobre el ejercicio de una influencia decisiva. La suficiencia o no de estos indicios no está clara porque el Tribunal de Justicia hace una valoración del conjunto de relaciones organizativas, jurídicas o económicas en cada caso y a partir de ahí determina si la filial es autónoma en el mercado o si, por el contrario, la matriz ejerce una influencia decisiva sobre ella. Cuanto mayor sea la participación de la matriz en la filial, menos indicios tendrá que aportar la Comisión, sobre todo, cuando opera la presunción de influencia decisiva[12].

---

[8] STJ, de 8 de mayo de 2013, *Eni*, C–508/11 P, ECLI:EU:C:2013:289, apartado 68.

[9] STJ de 20 de enero de 2011, *General Química*, C–90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21, apartado 102.

[10] STJ de 24 de junio de 2015, *Fresh del Monte Produce*, C-293/13 P, ECLI:EU:C:2015:416, apartados 96 y 97, y STJ de 16 de junio de 2016, *Evonik Degussa*, C–155/14/P, *cit*., apartados 40 y 41.

[11] STJ de 20 de enero de 2011, *General Química*, C- 90/09 P, *cit*., apartado 41.

[12] STJ de 20 de enero de 2011, *General Química*, C–90/09 P, *cit*., apartados 102 a 108.

Por tanto, es correcto afirmar que, si la responsabilidad de la matriz se basa en una suma de vínculos organizativos, económicos y jurídicos que la unen con su filial, que no necesariamente tienen que ir referidos a la conducta de esta en el mercado en el que se produce la infracción, la matriz es sancionada precisamente por el hecho de ser una matriz. En este sentido, cualquier grupo de empresas independientemente del grado de centralización de sus actividades, concentra determinadas cuestiones relacionadas con sus filiales en las matrices. Esta es, en definitiva, la idea del grupo de empresas: desconcentración de la gestión ordinaria en sus filiales, pero manteniendo cierto control sobre los aspectos nucleares tales como la política financiera, de inversiones, o, incluso, de recursos humanos[13].

## 3. COMPATIBILIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD PERSONAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este sistema de imputación de infracciones a la matriz que acabamos de describir ha sido objeto de crítica por una buena parte de la doctrina, sobre todo en lo que se refiere al funcionamiento de la presunción del ejercicio de una influencia decisiva. En primer lugar, se considera que la sanción a las matrices vulnera el principio de presunción de inocencia (que, en ocasiones, erróneamente se confunde con el *in dubio pro reo*) por entender que la matriz es sancionada sin una prueba de cargo suficiente sobre su participación en la infracción[14]. No obstante, como pusimos de relieve, la presunción no se refiere a los hechos que originan la infracción. Lo único que se presume es la falta de autonomía de la sociedad filial, pero no la comisión de una infracción por la sociedad matriz. Por tanto, en mi opinión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia priva a las sociedades matrices de cualquier derecho a la presunción de inocencia desde el momento en el que la prueba tiene que ir referida al ejercicio de una influencia decisiva y no a la participación en una conducta ilícita. Pero, en definitiva, parece evidente que la teoría de la «empresa» es incompatible con la presunción de inocencia.

Esta exclusión del principio de presunción de inocencia tiene una conexión directa con el principio de personalidad de las sanciones. En

---

[13] Todo ello lo afirman, Alfaro Águila–Real y Liñán Pérez (2014: 235–236) y Kersting (2011: 22).

[14] Thomas (2012: 18-20), Díez Estella y Pérez Fernández (2014: 347–354), Alfaro Águila–Real y Liñán Pérez (2014: 243–244). Como se apuntaba, a veces se utiliza el término *in dubio pro reo* —que es una regla de valoración de la prueba— con la presunción de inocencia —que es una regla de distribución de la carga de la prueba—. Explica estas diferencias Alarcón Sotomayor (2007: 339–347).

este caso, la matriz responde solidariamente de una multa fruto de una infracción cometida por su filial, sin acreditar su involucración en la misma. La matriz, en definitiva, responde por un hecho ajeno, lo que también ha sido puesto de manifiesto −y criticado− por la doctrina[15].

La respuesta que tradicionalmente ha dado el Tribunal de Justicia a estas cuestiones, cuando las empresas mencionaban la vulneración de los citados principios en sus recursos, ha sido un tanto simple y confusa. Ha llegado a afirmar incluso que la doctrina de la empresa no era más que la confirmación de la aplicación del principio de responsabilidad personal en el ámbito de las sanciones de competencia. Como el Derecho de la competencia va dirigido a las «empresas», «les incumbe a ellas, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción»[16]. Sin embargo, la debilidad del argumento se pone de manifiesto desde el momento en el que la Comisión Europea tiene que «seleccionar» a una o varias entidades jurídicas dentro de esa empresa para incoar el procedimiento administrativo sancionador y, posteriormente, imponer una multa. De hecho, hasta el propio Tribunal de Justicia, en ocasiones, admite que la infractora no es la empresa, sino, en realidad, la propia sociedad filial: «El único factor determinante a efectos de la sanción es que todas las entidades jurídicas a las que se considera solidariamente responsables en todo o en parte del pago de la misma multa constituyan, conjuntamente con la entidad cuya participación directa en la infracción se ha demostrado (en lo sucesivo "autor de la infracción") una sola empresa»[17].

No obstante, en los últimos años parece que el Tribunal de Justicia ha «recogido el guante» y ha ofrecido otros argumentos para, de una forma u otra, justificar esta rebaja de las garantías a las sociedades sancionadas. El derecho a la presunción de inocencia está expresamente recogido en el art. 48.1 CDFUE y, aunque la Carta no lo menciona, la responsabilidad personal de las infracciones administrativas es un principio básico del ejercicio del *ius puniendi* que también está presente en el Derecho comunitario. En consecuencia, el tratamiento de la responsabilidad de la matriz y su compatibilidad o no con los citados principios demandaba una respuesta jurisprudencial mucho más elaborada. De esta forma, en la sentencia «Schindler» el Tribunal de Justicia expresamente admite que «la presunción de una influencia determinante ejercida por una sociedad matriz sobre la filial que es en su totalidad o casi totalidad de su propiedad tiene como principal finalidad establecer un equilibrio entre, por una parte, la importancia del objetivo

---

[15] Thomas (2012: 15–16), Gómez Tomillo (2018: 2–3), Díez Estella y Pérez Fernández (2014: 234–235) y Gutiérrez Gilsanz (2014: 270–271).

[16] STJ de 8 de julio de 1999, *Anic Partecipazioni*, C–49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, apartado 145.

[17] STJ de 11 de julio de 2013, *Gosselin Group*, C–429/11 P, ECLI:EU:C:2013:463, apartado 44.

consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, en particular al art. 81 CE (actual 101 TFUE), y evitar que estas se repitan y, por otra parte, las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las penas y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa», idea que ha repetido en alguna sentencia posterior[18].

Como se puede apreciar, para el Tribunal de Justicia la presunción de inocencia y la responsabilidad personal no son «reglas absolutas» sino simplemente «principios generales» por lo que su «potenciación» u «optimización» dependerá de la existencia de otros principios o valores en juego, recordando a la clásica teoría de Alexy[19]. En esta ponderación —que debería quedar reservada al legislador por tratarse de una restricción de un derecho fundamental, tal y como exige el art. 52 CDFUE— incide, por un lado, las peculiaridades de las infracciones de competencia, que generan grandes beneficios a las empresas, y, por el otro, el sujeto sancionado. En el fondo, al tratarse de una única sanción pecuniaria de la que responden de forma solidaria sociedades (generalmente de gran tamaño) que presentan lazos organizativos, jurídicos y económicos muy fuertes, el contenido de esas garantías no se equipara al que pudieran tener en el caso de una sanción una persona física[20]. En definitiva, y esto hay que tenerlo presente, para el Tribunal de Justicia es perfectamente compatible con la CDFUE el empleo de la presunción del ejercicio de una influencia decisiva para sancionar a las sociedades matrices y, en definitiva, su responsabilidad aun cuando no se prueba su participación en la infracción.

## 4. LAS SANCIONES DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA Y LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

El art. 61.2 LDC, al igual que el anterior art. 8 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, positiviza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad de la matriz por las conductas de su filial: «a los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comporta-

[18] STJ de 27 de enero de 2021, *Goldman Sachs Group*, C–595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73, apartado 38.

[19] Alexy (2001: 82–87).

[20] Esta rebaja de las garantías a las empresas en el marco de las infracciones de competencia se pone de manifiesto también con el derecho a no declararse culpable y se justifica, prácticamente, en los mismos términos que los aquí expuestos, tal y como ha puesto de manifiesto Alarcón Sotomayor (2022: 112–115).

miento económico no venga determinado por alguna de ellas». Pese a la redacción un tanto confusa del precepto, lo cierto es que la CNMC, al igual que hace la Comisión Europea, responsabiliza directamente a las sociedades matrices por las infracciones que cometen sus filiales en los casos en los que existe una participación muy elevada en el capital social (próxima al 100 por 100). Sin embargo, a veces se señala que esta forma de atribución de la responsabilidad sancionadora no es compatible con los arts. 25.1 y 24.2 CE. A lo sumo, se admite que se sancione a la matriz cuando quede acreditado su participación directa en la conducta de la filial, abriendo la puerta a una suerte de «autoría mediata» entre personas jurídicas[21].

En este sentido, es cierto que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se puede apreciar esas excepciones, modulaciones o «equilibrios» que hace el Tribunal de Justicia entre los principios de responsabilidad personal y presunción de inocencia y la eficacia o capacidad disuasoria de las sanciones administrativas. Por ejemplo, en la STC 172/2020, de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente:

> «En el ámbito del Derecho administrativo sancionador rige el principio de culpabilidad que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del presunto sujeto responsable. Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva, lo que, además de exigir la presencia de dolo o culpa, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable; y el principio de personalidad de las penas o sanciones, lo que significa la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos».

Pese a lo anterior, sería un tanto apresurado afirmar que esta doctrina del Tribunal Constitucional ya supone por sí misma la posible declaración de inconstitucionalidad del art. 61.2 LDC y, en consecuencia, la nulidad de muchas sanciones administrativas impuestas al amparo del citado artículo[22]. Se debe tener en cuenta, en primer lugar, las peculiaridades del sistema de *enforcement* del Derecho comunitario de la competencia. La Comisión Europea no tiene la competencia exclusiva para la imposición de sanciones por la vulneración de los arts. 101 y 102 TFUE, sino que la comparte con las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) de cada Estado miembro. No obstante, esa aplicación del Derecho europeo no desplaza, como sucede en otras ocasiones, al Derecho nacional, sino que las ANC aplican de forma «concurrente» (teoría de la «doble barrera») la normativa nacional y comunitaria de

---

[21] Gómez Tomillo (2018: 3–6).

[22] La declaración de inconstitucionalidad de una Ley por vulnerar algún precepto de la CE deriva necesariamente en la nulidad del acto administrativo sancionador y abre la puerta a la posible revisión de oficio, tal y como explica García Luengo (2021: 204–208).

competencia, siempre y cuando, claro está, la conducta «pueda afectar al comercio entre Estados miembros»[23]. Para favorecer e impulsar esta aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE por parte de las ANC, en diciembre de 2018 se aprobó la conocida como «Directiva ECN+»[24], en cuyo art. 13.5 se dispone que «los Estados miembros velarán por que, a efectos de imponer multas a sociedades matrices y a sucesores legales y económicos de empresas, se aplique el concepto de empresa». A su vez, el considerando 46 de la Directiva ECN+ establece claramente que el concepto de empresa debe aplicarse «de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»[25]. Por tanto, la propia Directiva ECN+ veda cualquier tipo de aplicación del concepto de «empresa» que no equivalga a la responsabilidad de la matriz por el mero ejercicio de una «influencia decisiva» y la presunción de esta en esas situaciones de control absoluto del capital social de la filial. Es decir, los Estados miembros carecen de margen de apreciación a la hora de establecer el sistema de responsabilidad de las matrices lo que provoca, según hemos visto, un conflicto entre la «supremacía» de la Constitución, que prohíbe la imposición de una sanción por un hecho ajeno, y la «primacía» el Derecho de la Unión, que impone la utilización del concepto de «empresa». En definitiva, se trata de un nuevo caso *Melloni*[26].

Sin necesidad de llevar a cabo un análisis exhaustivo, es importante recordar brevemente los elementos más importantes de la jurisprudencia *Melloni* que, a mi juicio, impide cuestionar la constitucionalidad de esas sanciones administrativas a las matrices, siempre que se aplique el Derecho de la Unión[27]. En este sentido, el Tribunal de Justicia abordó la cuestión de las relaciones entre el principio de primacía del Derecho de

---

[23] Una explicación detallada sobre la aplicación «concurrente» del Derecho europeo y nacional de la competencia en Huergo Lora (2016: 2283–2312), Guillén Caramés (2016: 2313–2351), Alonso Soto (2017: 74–88) o Martín Aresti (2014: 21–60).

[24] Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

[25] En concreto, el considerando 46 de la Directiva ECN+ dispone lo siguiente: «el concepto de "empresa" tal como figura en los arts. 101 y 102 del TFUE, que debe aplicarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, designa una unidad económica, aun cuando esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Por consiguiente, las ANC deben poder aplicar el concepto de empresa para considerar responsable a una sociedad matriz, e imponerle multas, por la conducta de alguna de sus filiales cuando la sociedad matriz y su filial formen una única unidad económica».

[26] Ya advertía Baño León (2016: 301) que las relaciones entre el Derecho comunitario e interno y la importancia «menor» que tienen los derechos fundamentales en los procedimientos sancionadores de competencia comunitarios podían originar otro caso *Melloni*.

[27] Sobre la jurisprudencia «Melloni» existe un importante número de trabajos, entre los que se puede mencionar Arzoz Santisteban (2014: 304–355; 2015: 87–111), Donaire Villa (2017: 637–654), Sarmiento Ramírez–Escudero (2013: 1267–1304), Arroyo Jiménez (2016: 21–71) y Muñoz Machado (2015: 216–223).

la Unión y los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados miembros en dos sentencias, dictadas además en el mismo día, a raíz de dos cuestiones prejudiciales; una planteada por nuestro Tribunal Constitucional que dio origen a la sentencia *Melloni*[28] y otra por un tribunal sueco, que derivó en la sentencia *Åkerberg Fransson*[29].

En principio, la existencia de la CDFUE, que, además, desde la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa tiene naturaleza de Derecho originario al igual que los Tratados, permite que el Tribunal de Justicia realice un control «iusfundamental» sobre las disposiciones del Derecho de la Unión. Con carácter general, el contenido y alcance de los derechos fundamentales de la Carta coincide con los de las Constituciones de los Estados miembros. Pero puede darse el caso de que, en un asunto puntual, la protección que le confiere una Constitución a un derecho fundamental sea superior a la que le otorga la CDFUE, según la interpretación del Tribunal de Justicia sobre ese concreto derecho. Esto es lo que sucedía en el asunto *Melloni* (donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por aquel entonces consideraba que las condenas en rebeldía lesionaban el derecho a la tutela judicial efectiva) y lo que sucede también con la responsabilidad de las sociedades matrices por las infracciones de sus filiales, si atendemos a la jurisprudencia dispar del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional sobre el principio de responsabilidad personal de las sanciones.

En esta situación es donde entra en juego la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en los dos casos anteriormente citados. Si la colisión entre el Derecho europeo y la Constitución de un Estado miembro se produce en una materia en la que existe una regulación completa por el Derecho europeo, de tal manera que no hay margen de apreciación alguno para los Estados miembros a la hora de aplicar ese Derecho europeo, la primacía del Derecho de la Unión no puede verse afectada por disposiciones de Derecho nacional, «aun si son de rango constitucional» (apartado 59 de la sentencia *Melloni*). Por el contrario, cuando la regulación del Derecho de la Unión no sea completa, se podrán aplicar «estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales», siempre que «esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». Este matiz último fue introducido en la sentencia *Åkerberg Fransson* (apartado 29).

En vista de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, parece evidente que operaría la primacía del Derecho de la Unión porque la aplicación del concepto de empresa para responsabilizar a las matrices está

---

[28] STJ de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C–399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

[29] STJ de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C–617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

absolutamente predeterminada por este Derecho. Como hemos dicho, la Directiva ECN+ obliga a responsabilizar a estas matrices siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por lo que las incógnitas sobre la constitucional de esas sanciones de la CNMC deberían ser, al menos en este punto, y en virtud de la jurisprudencia *Melloni*, irrelevantes.

## 5. LA RESPONSABILIDAD DE LAS MATRICES CUANDO NO SE APLICA EL DERECHO DE LA UNIÓN

No toda conducta sancionable por la CNMC tiene necesariamente dimensión comunitaria. Desde luego, tampoco la tiene aquellas que son sancionadas por las autoridades de defensa de la competencia de las comunidades autónomas, allí donde las haya, dado que es la CNMC la única que tiene competencia para aplicar los arts. 101 y 102 TFUE, tal y como dispone el art. 5.1 *f)* de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Es decir, hay casos en los que la CNMC (o las autoridades autonómicas de defensa de la competencia) tan solo aplican el Derecho interno. Como el concepto de empresa está expresamente contemplado en el art. 61.2 LDC, la CNMC sanciona a las sociedades matrices independientemente de si la conducta tiene dimensión comunitaria o no. Sin embargo, en estos casos ya no existe ningún tipo de primacía comunitaria ni ningún alcance diferente de los derechos reconocidos en la CDFUE porque, sencillamente, no hay Derecho europeo que aplicar.

Por tanto, vuelve a «aflorar» la protección que dispensan los arts. 25.1 y 24.2 CE y, en consecuencia, las posibles dudas de inconstitucionalidad, que quedan circunscritas a los casos en los que exclusivamente se aplique Derecho interno. Por el momento, no existe ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el citado precepto de la LDC ni tampoco se ha resuelto ningún recurso de amparo en el que se plantease la eventual lesión de los derechos fundamentales en conflicto.

No obstante, el Tribunal Supremo ha descartado la vulneración de tales artículos de la Constitución española a la hora de resolver los recursos de casación de las empresas contra las sentencias de la sala de lo contencioso–administrativo de la Audiencia Nacional que confirmaban la sanción a la sociedad matriz impuesta por la CNMC, sin plantearse la posible incidencia del Derecho de la Unión y su primacía sobre las disposiciones nacionales. Es decir, su jurisprudencia hace abstracción del hecho —a mi juicio determinante— de que la CNMC aplique o no el Derecho de la Unión en el caso concreto.

En lo que se refiere al principio de personalidad de las sanciones, son varias las sentencias del Tribunal Supremo en las que se rechaza su vulneración, pero es la STS de 23 de mayo de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1688 la que más ha incidido sobre esta cuestión.

En resumidas cuentas, el Tribunal Supremo considera que a la matriz no se la sanciona por las infracciones que comete su filial, lo que considera incompatible con la necesidad de que la responsabilidad lo sea por hechos propios, sino por un título de imputación autónomo como es el «ejercicio de una influencia decisiva» contenido en el art. 61.2 LDC. Según el propio Tribunal Supremo, en el art. 61 LDC se encuentran dos títulos de imputación: uno para el autor material de la infracción y otro aplicable para los grupos de empresas, en los cuales se responsabiliza a la matriz por su comportamiento propio sobre la filial. Por ello, «que se sancione de esta forma a la matriz no implica sancionarla por hechos ajenos: no se está ante un caso de heterorresponsabilidad sino que la sanción se impone por actos propios deducibles de su exclusivo título de imputación».

Tampoco ha apreciado el Tribunal Supremo una vulneración del derecho a la presunción de inocencia en los casos en los que se sancionaba a la matriz en base únicamente a la posesión de la totalidad de las acciones. El razonamiento es muy similar al que ya expusimos aquí. En realidad, si de lo que se trata es de ejercer una influencia decisiva sobre el comportamiento en el mercado de una filial, es lógico que en grupos verticalmente integrados se presuma que la matriz ejerce dicha influencia. En la STS de 19 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2235, el Tribunal Supremo entiende que:

> «En supuestos de control total, la presunción se justifica por sí misma y en modo alguno su aplicación puede calificarse de mecánica o abusiva o necesitada de acreditación probatoria. No solo porque es la ley la que prevé la presunción de imputabilidad a quienes controlan una sociedad, sino porque resulta por completo lógico y razonable que cuando una sociedad matriz posee el 100 por 100 del capital de una filial, sea ella a quien corresponde acreditar que la filial actúa de manera autónoma y que, por consiguiente, no se pueden imputar a la matriz las conductas de la filial».

El problema que presenta esta jurisprudencia del Tribunal Supremo es que el punto de partida es totalmente erróneo. El principio de personalidad de las sanciones no queda garantizado por el mero hecho de que exista un título de imputación de una infracción administrativa. Esto, a lo sumo, es una exigencia del principio de legalidad sancionadora en la determinación de los responsables de una infracción. Las exigencias del principio de personalidad de las sanciones van referidas a la validez de los distintos títulos de imputación: solo se puede hacer responsable de una infracción a quien de una forma u otra participa en ella. Ejercer una influencia decisiva, salvo que se refiera a la acción infractora, no es un título que respete, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de personalidad de las sanciones que garantiza la sanción por hechos propios y no ajenos.

Como el punto de partida es erróneo, también lo es considerar que la presunción es compatible con el art. 24.2 CE. Si lo que garantiza dicho artículo es que ninguna persona pueda ser declarada responsable de una infracción sin las pruebas de cargo pertinentes sobre la existencia y participación en dicha infracción, entonces tampoco se estaría respetando el art. 24.2 CE. En definitiva, el Tribunal Supremo reduce notablemente el alcance de los arts. 25 y 24.2 CE con unas explicaciones erróneas y poco convincentes para adaptarlos, en definitiva, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que cita constantemente.

Esta actitud del Tribunal Supremo recuerda a la postura que adoptó el Tribunal Constitucional precisamente a raíz del caso *Melloni*. En la STC 26/2014, de 11 de marzo, el Tribunal Constitucional, tras el fallo del Tribunal de Justicia, tenía que resolver el recurso de amparo interpuesto por el Sr. Melloni. El Tribunal Constitucional no reconoce expresamente esa primacía del Derecho de la Unión sobre los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española, tal y como expresamente había exigido el Tribunal de Justicia. Al contrario, el Tribunal Constitucional modifica vía art. 10.2 CE (interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española en atención a los tratados internacionales ratificados por España, lo que se conoce como «canon hermenéutico») su doctrina sobre las condenas en rebeldía adaptándola a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para posteriormente entender que no se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En resumidas cuentas, el Tribunal Constitucional no reconoce abiertamente la primacía del Derecho de la Unión, pero a la hora de resolver el recurso se ve obligado a modificar su jurisprudencia para, en el fondo, garantizar dicha primacía. De hecho, la magistrada Adela Asua Batarrita llegó a afirmar en su voto particular a la sentencia que «la idea de que esta jurisdicción no aplica derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española, si bien convenientemente interpretados de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección reconocido en la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente»[30].

[30] La respuesta que ha dado el Tribunal Constitucional tras la resolución del Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* ha sido criticada por la doctrina. Se puede ver un resumen de estas críticas y una exposición muy completa al respecto en Arzoz Santisteban (2015: 87–110), que exigía haber reconocido la primacía del Derecho de la Unión al tratarse de una materia en la que no existía margen de apreciación por parte de los Estados miembros al estar íntegramente armonizada. En estos casos, si el Tribunal Constitucional hubiera querido mantener su papel de último garante de los derechos fundamentales debería haber reconocido, para estos asuntos concretos, al Derecho de la Unión, y, en concreto, a la CDFUE como canon de control de constitucionalidad. Modificar «a la baja» el derecho a la tutela judicial efectiva mediante el art. 10.2 CE infringe la propia CDFUE que en su art. 53 expresamente reconoce que las disposiciones de la Carta no pueden interpretarse como limitativas de los derechos reconocidas en las constituciones de los Estados miembros, «en su respectivo ámbito de aplicación», esto es, cuando no se aplique

De esta forma, y para el caso que aquí nos interesa, podría darse la situación de que, en un eventual recurso de amparo frente a una sanción a una sociedad matriz o, incluso, ante un planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 61.2 LDC, el Tribunal Constitucional se vea en la tesitura de compatibilizar su jurisprudencia sobre el principio de personalidad de las sanciones con la que en este campo ha desarrollado el Tribunal de Justicia a raíz del concepto de «empresa». Si el Tribunal Constitucional adopta la misma postura que ante el asunto *Melloni*, es decir, si reinterpreta un artículo de la Constitución española sin admitir directamente la primacía del Derecho de la Unión, su sentencia será válida tanto para los casos en los que la CNMC aplique el art. 101 o art. 102 TFUE como para los que solo aplique la LDC[31].

Con todo, en la reciente STC de 179/2023, de 11 de diciembre, el Tribunal Constitucional ha validado la práctica de exigir una multa al sucesor jurídico de la empresa infractora, en los casos en los que esta se haya extinguido, aunque la sucesora no haya participado en la infracción original. Esta práctica tiene también su origen en la jurisprudencia del TJ sobre las multas por infracciones de competencia, se asienta, de nuevo, sobre el concepto de unidad económica o empresa y supone, al igual que la responsabilidad de la matriz, un importante recorte del principio de responsabilidad personal, que, según el propio Tribunal Constitucional, debe regir «de forma distinta» para las personas jurídicas. Por lo tanto, esta línea de argumentación podría suponer un primer paso para la justificación de la responsabilidad de la matriz por infracciones de sus sociedades filiales.

## 6. CONCLUSIONES

La «penetración» del Derecho europeo sancionador de la competencia obliga a adoptar nuevas perspectivas en nuestro Derecho adminis-

---

Derecho de la Unión. Por ello, para una correcta recepción de la doctrina *Melloni*, la Carta debería ser parámetro de control de constitucionalidad ante un acto de ejecución de la normativa europea, siempre que dicha normativa no deje ningún margen de apreciación a los Estados miembros. Cuando no se aplique Derecho europeo, la Carta puede servir de criterio hermenéutico a la hora de interpretar un Derecho fundamental siempre y cuando no lleve (lo impone la propia Carta) a una rebaja de las garantías del derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Por otro lado, cuando el Tribunal Constitucional plantea una cuestión prejudicial, está aceptando, en esencia, las obligaciones que de ella dimanan, entre las que está, obviamente, la de seguir el criterio que expone el Tribunal que la resuelve, que es Tribunal de Justicia. La respuesta a una cuestión prejudicial no es una mera opinión consultiva no vinculante.

[31] Otra posibilidad por la que podría optar el TC, siempre que se trate de un acto de ejecución del Derecho de la Unión, es la de inadmitir el recurso de amparo al entender que es una cuestión donde opera la primacía del Derecho de la Unión y por tanto sobre la que el TC no se tiene que pronunciar, tal y como hace el Tribunal Constitucional alemán. Menciona esta posibilidad, Arroyo Jiménez (2016: 65–71).

trativo sancionador. En este caso, la responsabilidad de las sociedades matrices por el mero hecho de ejercer una «influencia decisiva» sobre su filial y la sencillez con la que se puede apreciar dicha influencia cuando la participación en el capital social es muy elevada invita a replantearse el valor de algunos principios «clásicos» en el ejercicio del *ius puniendi*. Como se ha visto, el Tribunal de Justicia entiende que estos no necesariamente operan siempre en su grado máximo, sino que, en determinadas circunstancias, es lícito introducir ciertos «equilibrios» para garantizar la efectividad de determinadas sanciones administrativas. Esta forma de argumentar abre la puerta directamente a la ponderación, lo que, en el ámbito sancionador, puede ser peligroso porque podría favorecer ciertas interpretaciones que justifiquen cualquier tipo de «eficacismo indecente»[32].

No obstante, en este caso en concreto, estamos ante multas administrativas impuestas a sociedades mercantiles pertenecientes al mismo grupo de empresas. Es decir, la ponderación no se produce en ámbitos donde las garantías tienen que estar maximizadas, como es el de las penas privativas de libertad a las personas físicas. De esta forma, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia matiza la extensión de los principios de personalidad de las sanciones y de presunción de inocencia, muy vinculados, en su origen, a la dignidad de las personas, cuando se trata de sociedades mercantiles. Hasta el momento, este enfoque no ha llegado a nuestro Tribunal Constitucional, pero es probable que, en un futuro, ya sea como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad o simplemente por la interposición de un recurso de amparo ante una sanción en materia de competencia, se pueda plantear este asunto, teniendo presente el principio de primacía de la Unión. Si sucede lo mismo que en el asunto *Melloni,* es probable que el Tribunal Constitucional adopte como propia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y permita la rebaja de los citados principios en el caso de sanciones administrativas impuestas a sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Sotomayor, L. (2007), *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales,* Cizur Menor, Thomson Reuters–Civitas.

— (2023), «La presunción de influencia decisiva y la presunción de inocencia en el Derecho europeo de la competencia», en Rebollo Puig, M.; Huergo Lora, A.; Guillén Caramés, J. y Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023,* Cizur Menor, Civitas, pp. 109–144.

[32] Utiliza esta expresión Lascuraín Sánchez (2018: 362).

— (2022), «Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo, en particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia», en Rebollo Puig, M.; Huergo Lora, A.; Guillén Caramés, J. y Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022,* Cizur Menor, Thomson Reuters–Civitas, pp. 99–154.

Alexy, R. (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, CEPC.

Alfaro Águila–Real, J. y Liñán Hernández, P. (2012), «Crítica a la jurisprudencia europea sobre la imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», *REDE*, 43: 229–250.

Alonso Soto, R. (2017), «Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia», en Beneyto Pérez, J. M. y Maíllo González–Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España,* Barcelona, Wolters Kluwer, pp. 59–100.

Arroyo Jiménez, L. (2016), *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, Madrid, Marcial Pons.

Arzoz Santisteban, X. (2015), *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Madrid, INAP.

— (2014), *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.

Baño León, J. M. (2016), «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público», *RAP*, 200: 295–314.

Díez Estella, F. y Pérez Fernández, P. (2014), «Problemas derivados de la atribución europea de la responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de "Stora" a "Portielke" pasando por "Akzo Nobel" y "Elf-Aquitanie"», *Anuario de la competencia*, 1: 321–358.

Donaire Villa, F. J. (2017), «Supremacía de la Constitución versus primacía del Derecho de la UE en materia de derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Melloni», *Teoría y Realidad Constitucional*, 39: 637–654.

García Luengo, J. (2021), «Algunas especialidades de la nulidad de las sanciones», en Rebollo Puig, M.; Huergo Lora, A.; Guillén Caramés, J. y Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021,* Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, pp. 203–225.

Gómez Tomillo, M. (2018), «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», *RDCD*, 22: 1–20.

Guillén Caramés, J. (2016), «La ejecución del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales: un modelo de aplicación descentralizada de la legislación europea», en Baño León, J. M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado,* t. iii, Madrid, CEPC, pp. 2313–2351.

Gutiérrez Gilsanz, J. (2014), «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del Derecho de la competencia cometidas por sus filiales», *RDM*, 292: 251–296.

Huergo Lora, A. (2016), «Derecho de la competencia. Cooperación y concurrencia entre autoridades administrativas y Tribunales», en Baño León, J. M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado,* t. iii, Madrid, CEPC, pp. 2238–2312.

Kersting, C. (2011), «Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern», *Der Konzern 2011*, pp. 8–31, disponible en SSRN *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884930.*

Lascuraín Sánchez, J. A. (2018), «Penas y adminisanciones», en Suárez López, J. M. *et al.* (dirs.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva,* Madrid, Dykinson, pp. 353–368.

Martín Aresti, P. (2014), «Las relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea (arts. 101 y 102 del TFUE) y el derecho interno español en materia de libre competencia», en García–Cruces González, J. A. (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 21–60.

Muñoz Machado, S. (2015), «Los tres niveles de garantías de los Derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *RDCE*, 50: 195–230.

Nieto García, A. (2012), *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos.

Sarmiento Ramírez–Escudero, D. (2013), «Who´s afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review*, 50: 1267–1304.

Thomas, S. (2012), «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy carried out by the Commission and the European Courts in EU Antitrust Law», *Journal of European Competition Law and Practice*, 1 (3): 11–28.

# EL DERECHO FUNDAMENTAL AL *NE BIS IN IDEM* EN EL ÁMBITO EUROPEO: (IN)COMPATIBILIDAD CON SU CONCEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL[1]

Carmen Martín Fernández

## 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO FUNDAMENTAL AL *NE BIS IN IDEM*. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El principio *ne bis in idem* prohíbe «dos veces lo mismo». Pero, ¿a qué hace referencia el *bis*? ¿Y el *idem*? Aunque puede parecer una pregunta baladí, a lo largo de este trabajo podrá comprobarse que no es así, sino que, al contrario, encierra tras de sí una enorme complejidad que conlleva en la actualidad multitud de problemas e incoherencias.

Tradicionalmente se viene reconociendo a este principio una doble virtualidad: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (nadie puede ser sometido a más de un proceso por el mismo delito) y *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito)[2]. Es decir, tradicionalmente, el *bis* ha hecho referencia a dos cosas, al enjuiciamiento y al castigo, mientras que el *idem* siempre se ha referido al ilícito, de modo que el *ne bis in idem* se ha concebido

[1] Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía «La nueva seguridad pública, Derecho Administrativo sancionador y Estado de Derecho en Europa» (ref. ProyExcel_00903) y del Proyecto PID2022–138118NB–I00 «La Administración sancionadora de la Unión Europea» del Ministerio de Ciencia e Innovación. Algunas de las reflexiones aquí recogidas han sido fruto de la tesis doctoral de la autora publicada por la Editorial Aranzadi con el título «El régimen sancionador de la seguridad ciudadana».

[2] Vervaele (2004: 8–9).

como la prohibición de un doble enjuiciamiento y de un doble castigo por la comisión de un mismo ilícito. Es, en este sentido, que se ha venido hablando de una vertiente procedimental y sustantiva del *ne bis in idem*: la vertiente procedimental es la que impide un doble enjuiciamiento por lo mismo y la vertiente sustantiva la que prohíbe un doble castigo.

Originariamente, los textos internacionales de derechos humanos otorgaron a este principio un sentido eminentemente procedimental al prohibir que un ciudadano pudiera verse sometido, por el mismo ilícito, a dos procedimientos punitivos sucesivos, con independencia de que uno de ellos hubiera terminado con una resolución absolutoria. Ejemplo paradigmático de ello es el art. 14.7 PIDCP, que dispone: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

Quizás esa es la razón por la que tanto el TEDH como el TJUE vienen interpretando el derecho fundamental al *ne bis in idem* como una garantía esencialmente procesal, en el sentido de que impide que un mismo sujeto sea sometido a dos o varios enjuiciamientos por lo mismo. Ello es congruente, como se verá, con el texto del CEDH y de la CDFUE (también con el CAAS). Las discordancias surgen con relación al otro elemento: el *idem*. Lo analizaré más adelante con más detenimiento.

En España, sin embargo, desde el principio, el TC ha configurado el *ne bis in idem* como una garantía eminentemente sustantiva. Desde su Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, el máximo intérprete de la Constitución española viene manteniendo que lo relevante es no imponer dos castigos al mismo sujeto por la misma infracción. Desde entonces, la vertiente procesal de esta garantía es simplemente equiparada a la regla de la preferencia de la autoridad judicial sobre la Administración para el enjuiciamiento de las conductas constitutivas de delito.

Esta diferente concepción de un mismo derecho fundamental es problemática, por lo que convendría tratar de armonizar ambos puntos de vista (el europeo y el nacional). Trato de explicar esos problemas y de aportar algunas soluciones para conseguir tal armonización en las siguientes páginas.

## 2. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL *NE BIS IN IDEM* EN EUROPA

### 2.1. La configuración de este derecho fundamental en el CEDH, en la CDFUE y en el CAAS

El art. 4.1 del Protocolo núm. 7 al CEDH instituye: «Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del

mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado».

De esta forma, el CEDH configura el derecho fundamental al *ne bis in idem* como un derecho eminentemente procesal, pues prohíbe el doble enjuiciamiento, incluso en los casos en los que del primer enjuiciamiento no deriva castigo alguno. No es que el CEDH no impida el doble castigo por lo mismo, sino que lo que más le interesa es evitar el doble enjuiciamiento, por lo que lo proscribe incluso cuando no está en juego la imposición de dos castigos. Así, aunque el *bis* parece hacer referencia tanto al enjuiciamiento como al castigo, se inclina prevalentemente hacia el enjuiciamiento. Tanto es así que el precepto ni siquiera se preocupa de proscribir el doble castigo por lo mismo impuesto en un único proceso. En este sentido, hace el CEDH exactamente lo mismo que el PIDCP. También es equivalente el CEDH al PIDCP por cuanto respecta al otro elemento, el *idem*. Tanto un texto como el otro optan por un *idem crimen*, pues prohíben el doble enjuiciamiento por la misma infracción. En ningún momento se alude a los hechos, por lo que, *a priori*, cabría que un mismo sujeto fuera sometido a varios enjuiciamientos y castigado varias veces por los mismos hechos, siempre y cuando con esos mismos hechos hubiera cometido varios ilícitos, poniendo con ello en juego o, incluso lesionando, diferentes bienes jurídicos. En definitiva, en el ámbito del CEDH, el *bis* hace referencia al enjuiciamiento y se opta por un *idem crimen*.

El art. 50 CDFUE establece: «Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

Como puede observarse, la CDFUE es en este sentido idéntica al CEDH (y también al PIDCP). El *bis* hace referencia al enjuiciamiento y opta por un *idem crimen*. Pérez Manzano (2018: 386) explica que esta forma de configurar el derecho «supone la prioridad de la prohibición de doble proceso sobre la prohibición de doble sanción». La propia autora evidencia que esto, *per se*, no resulta problemático, pues la mejor manera de prevenir la duplicidad sancionadora es evitar que se produzca una duplicidad de procesos punitivos. No obstante, lo cierto es que esta concepción del derecho descuida todos aquellos casos en los que puede producirse una duplicidad sancionadora en el seno de un único procedimiento. Igualmente, la autora señala un inconveniente adicional en este modo de configurar el *ne bis in idem*: se exige como presupuesto para apreciar la vulneración del derecho la existencia de una resolución firme, sin tener en cuenta la posibilidad de que dos procedimientos punitivos se sustancien de forma paralela, simultáneamente.

Por último, el art. 54 CAAS dispone: «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser per-

seguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

Como vemos, el CAAS configura el derecho al *ne bis in idem* de una forma distinta a como lo hacen el CEDH, la CDFUE y el PIDCP. En el ámbito del CAAS el *bis* parece hacer referencia al castigo y el *idem* es claramente un *idem factum*. Es decir, el CAAS prohíbe el doble castigo por los mismos hechos, de modo que no cabe castigar dos veces a un mismo sujeto por los mismos hechos, por mucho que con su conducta haya incurrido en dos ilícitos distintos; pero podría caber el doble enjuiciamiento por los mismos hechos si, en caso de condena, el castigo no se hubiera ejecutado siendo posible. Parece que, el doble enjuiciamiento solo se proscribe en caso de un primer enjuiciamiento finalizado con absolución o en caso de una primera condena que se ha ejecutado, se está ejecutando o ya no puede ejecutarse. A pesar de la rotundidad del precepto, el CAAS permite en su art. 56 la tramitación de dos procedimientos punitivos en distintos Estados por los mismos hechos, siempre que de la segunda sanción que se imponga se deduzcan los períodos de privación de libertad que el sujeto ya hubiera cumplido en virtud de la primera condena y que se tengan en cuenta las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieran aplicado.

En todo caso, parece que lo relevante no es tanto garantizar que un sujeto no sea juzgado varias veces por los mismos hechos, sino evitar la imposición de castigos desproporcionados. En definitiva, en el ámbito del CAAS el *bis* hace referencia al castigo y se opta por un *idem factum*.

De todo lo anterior puede concluirse que las alternativas son: *bis* como enjuiciamiento e *idem crimen,* o *bis* como castigo e *idem factum*. Pero para el TEDH y para el TJUE ni una cosa ni la otra. Ambos tribunales han terminado por concluir que el derecho al *ne bis in idem* proscribe el doble enjuiciamiento por los mismos hechos; es decir, *bis* como enjuiciamiento e *idem factum*. La jurisprudencia, no obstante, no siempre ha sido clara y coherente. Al contrario. Lo explico en el siguiente epígrafe.

Por último, hay que tener en cuenta que, aunque todos los textos internacionales transmiten la idea de que el derecho fundamental al *ne bis in idem* se aplica exclusivamente en el ámbito penal, la realidad es que su ámbito de aplicación resulta mucho más amplio, abarcando buena parte del ámbito administrativo sancionador en virtud de los criterios *Engel*[3].

[3] STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros contra Países Bajos*, rec. núm. 5100/71. En virtud de estos criterios (la calificación de la infracción conforme a la legislación interna del

## 2.2. La configuración de este derecho fundamental en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE

### *2.2.1. El* ne bis in idem *en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE: del* idem crimen *al* idem factum *y la pervivencia del* bis *como enjuiciamiento*

De un tiempo a esta parte, el TJUE ha venido declarando que la aplicación del principio *ne bis in idem* está supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido[4]. De este modo, el principio prohibiría sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico. Sin embargo, el transcurso del tiempo ha evidenciado que el TJUE ha pasado a acoger el criterio de la doble identidad. A su juicio, la identidad exigida para la aplicación del principio *ne bis in idem* implica «identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido»[5].

Por otra parte, el TJUE ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia que no cabe la duplicidad de procedimientos sancionadores por los mismos hechos ni siquiera cuando se descuenta de la segunda sanción la primera impuesta[6], a pesar de que así lo había venido aceptando en materia de sanciones por prácticas restrictivas de la competencia (Pérez Manzano, 2018: 399)[7]. Esto se debe, como hemos tenido la ocasión de comprobar, a que, para el TJUE, como ocurre en general en el ámbito internacional, no importa tanto la prohibición de doble castigo como la prohibición de doble enjuiciamiento. Lo relevante es que un ciudadano de la Unión sancionado por unos hechos pueda tras-

---

Estado, la naturaleza de la infracción y el grado de severidad de la sanción), que no son acumulativos, se consideran sanciones penales la práctica totalidad de las sanciones administrativas e incluso medidas desfavorables que conforme al Derecho interno carecen de carácter punitivo.

Con relación a ello, dice Terradillos Basoco (2022: 98) que «el TEDH se inclina, en líneas generales, por considerar que los términos "condenado" e "infracción", utilizados tanto por el Convenio como por la Carta, en sus prescripciones iniciales, pueden incluir, junto a penas y delitos, sanciones e infracciones de naturaleza administrativa. Y ello, con independencia de la calificación que a unas y otras asignen los ordenamientos estatales».

[4] STJUE de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros contra Comisión*, asuntos acumulados C–204/00 P, C–205/00 P, C–211/00 P, C–213/00 P, C–217/00 P y C–219/00 P.

[5] Lo viene considerando así desde la STJUE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, asunto C–436/04. Y lo sostiene, incluso, en el ámbito del Derecho de la Competencia, que en un primer momento escapó a este cambio de orientación. Véanse, entre otras, las SSTJUE de 22 de marzo de 2022, *Nordzucker AG y otros*, asunto C–151/20, y *bpost*, asunto C–117/20.

[6] STJUE de 26 de febrero de 2013, *Äkerberg Fransson*, asunto C–617/2010.

[7] A decir verdad, en estos casos, el TJUE aplicaba, más bien, reglas concursales fundamentadas en la proporcionalidad de los castigos, no el principio *ne bis in idem* (Cubero Marcos, 2018: 260).

ladarse a otro Estado miembro con la tranquilidad de no volver a ser enjuiciado por lo mismo.

Aproximadamente la misma evolución ha experimentado la concepción del TEDH sobre la garantía *ne bis in idem*. Inicialmente, el TEDH exigía la concurrencia de una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento para su aplicación[8], aunque no eran pocas las ocasiones en que solo exigía la doble identidad[9]. En la última década, puede apreciarse una mayor uniformidad en la jurisprudencia del TEDH, que parece decantarse por la doble identidad, a pesar de la literalidad del art. 4 del Protocolo 7 al CEDH, que, como hemos visto en un epígrafe anterior, prohíbe el doble enjuiciamiento por una misma «infracción».

Tal y como explica Bueno Armijo (2022a: 677), lo que ha ocurrido es que el TEDH «ha venido ampliando de manera constante el ámbito de protección ofrecido por el principio *ne bis in idem* a los ciudadanos europeos». Esta ampliación ha consistido, entre otras cosas, en declarar aplicable el mencionado principio en el ámbito del Derecho administrativo sancionador; pero lo que más nos importa ahora es que también ha conllevado la flexibilización de los presupuestos necesarios para su aplicación y el privilegio de la garantía procesal sobre la sustantiva. En concreto, parece que el TEDH ya no considera necesaria la triple identidad para la efectividad del principio, bastando con una identidad de sujeto y hechos para su aplicación (García Caracuel, 2018: 480). Para el TEDH, definitivamente, el *idem* no se refiere al ilícito, sino a los hechos[10]. Y, por otra parte, en caso de doble proceso punitivo, poco importa que de la segunda sanción se haya descontado la primera[11].

---

[8] Basta leer la STEDH de 30 de julio de 1998, *Oliveira contra Suiza*, rec. núm. 1998–V, para comprobarlo. En esta sentencia, el TEDH apreció un concurso ideal de infracciones entre la infracción administrativa consistente en la falta de control del propio vehículo y el delito de lesiones imprudentes. El TEDH descartó que se produjera una identidad de infracciones. Es evidente que, para llegar a esta conclusión, el Tribunal no examinó los hechos desde parámetros naturales, sino considerando también los bienes jurídicos protegidos por cada tipo infractor.

[9] Véase, por todas, la STEDH de 29 de mayo de 2001, *Franz Fischer contra Austria*, rec. núm. 37950/97.

[10] Lo viene considerando así desde la STEDH de 10 de febrero de 2009, *Sergey Zolotukhin contra Rusia*, rec. núm. 14939/03, de 25 de junio de 2009. Por eso, ante hechos que lesionan bienes jurídicos distintos y con los que se cometen, por tanto, diferentes ilícitos, el TEDH ha decidido aplicar también la garantía *ne bis in idem*, sin percatarse del grave daño que eso supone para ciertos valores jurídicos y, eventualmente, para ciertas personas que sufren una lesión en sus derechos que resulta impune. *Ad exemplum*, véanse las SSTEDH de 25 de junio de 2009, *Maresti contra Croacia*, rec. núm. 55759/07, y de 13 de junio de 2017, *Šimkus contra Lituania*, rec. núm. 41788/11. De hecho, en ocasiones, el TEDH ha apreciado vulneración del principio *ne bis in idem* incluso cuando materialmente solo se impuso una pena, porque un proceso terminó con absolución o porque de la segunda sanción se descontó la primera.

[11] STEDH de 14 de enero de 2014, *Muslija contra Bosnia Herzegovina*, rec. núm. 32042/11.

### *2.2.2. Las teorías del TEDH y del TJUE para evitar las perniciosas consecuencias de un excesivo apego al* idem factum

Aplicar esta concepción europea del *ne bis in idem* en ordenamientos jurídicos como el español, donde el *ius puniendi* se encuentra dividido entre el ámbito penal y el administrativo sancionador, resulta muy perjudicial. Con la interpretación que hacen el TEDH y el TJUE, la garantía *ne bis in idem* se convierte en un límite para los Estados, que no pueden castigar la vulneración de determinados bienes jurídicos porque ya han castigado la lesión que ha sufrido otro valor jurídico con los mismos hechos. Lo más grave de todo es que esta interpretación supone dejar indefensas a las víctimas de ciertos ataques a cambio de proteger excesivamente a los infractores y a su derecho al *ne bis in idem*. Precisamente por eso, en ocasiones, el TEDH y el TJUE se han visto obligados a matizar sus teorías. En cada ocasión han acudido a una fundamentación distinta para justificar su cambio de postura.

La injusticia evidente que conlleva una concepción europea estricta del *ne bis in idem* (*bis* como enjuiciamiento e *idem* como hecho) se ha puesto de manifiesto, entre otros, en el caso enjuiciado por la STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalic contra Croacia*, rec. núm. 50231/13 [12].

Los hechos fueron los siguientes: un sujeto fue sancionado administrativamente por una infracción contra el orden público por pelearse en un bar con una multa de, aproximadamente, unos 40 euros. Durante esa pelea causó lesiones a una señora, que decidió querellarse contra su atacante ante el Juzgado de Primera Instancia de Zagreb. La Fiscalía rechazó la querella porque el querellado ya había sido castigado por los mismos hechos y la continuación del proceso penal podía constituir una vulneración del derecho al *ne bis in idem*. La señora recurrió esta decisión ante el Tribunal Penal de Zagreb y ante el Tribunal Constitucional croata, pero la inviabilidad de su querella fue confirmada en ambas instancias. El rechazo de sus recursos por parte de los órganos judiciales croatas la llevó a interponer recurso ante el TEDH, que fue admitido porque el tribunal apreció un posible conflicto entre derechos fundamentales: el derecho de la recurrente a obtener protección ante las lesiones sufridas y el derecho del sancionado administrativamente a no serlo también penalmente (*ne bis in idem*).

Para evitar que su rígida concepción de la garantía *ne bis in idem* provocara que las lesiones físicas sufridas por la recurrente resultaran impunes por haber sido su agresor sancionado administrativamente por los mismos hechos, al haber alterado el orden público con la violencia ejercida, el TEDH no se replanteó su doctrina sobre el derecho al *ne*

[12] Realiza un comentario pormenorizado de esta sentencia Bueno Armijo (2022a: 677–700).

*bis in idem*. De hecho, confirmó que, en ese caso, era improcedente tramitar un proceso penal para castigar las lesiones provocadas a la recurrente porque ya se había tramitado un proceso punitivo para castigar el alboroto público ocasionado con la agresión, es decir, para enjuiciar los mismos hechos. Resulta criticable, como señala Bueno, que el TEDH desperdiciara la oportunidad que le brindaba el caso de la señora Sabalic para replantearse su acérrimo apego al *idem factum* como presupuesto de aplicación de la garantía *ne bis in idem,* en favor del, más moderado, *idem crimen* (2022a: 689).

Lejos de ello, el TEDH optó por recurrir a una anterior doctrina suya conforme a la cual ya había sancionado a determinados Estados por incurrir en una violación de sus obligaciones procesales. Según el TEDH, los tribunales nacionales no pueden permitir la impunidad de los ataques graves a la integridad física o mental de las personas ni que conductas graves sean castigadas con penas o sanciones excesivamente leves, por lo que en esos casos podrán tramitar dos procesos punitivos por los mismos hechos, siempre y cuando se anule el primer proceso punitivo y se hagan desaparecer sus efectos[13]. De esta forma, el TEDH contradice sus anteriores pronunciamientos y admite el doble enjuiciamiento con la condición de que materialmente se imponga una única sanción, pues lo contrario podría constituir un «vicio esencial» conforme al art. 4.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH[14]. Y, todo ello, con tal de no renunciar a la tesis del *idem factum*.

Toda esta construcción persiguió hacer justicia material, pero, como en muchas ocasiones, el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones. El TEDH, a cambio de proteger la integridad física de la señora Sabalic, dejó desprotegido el otro bien jurídico en juego: el orden público. Quizás convendría que el TEDH moderara su doctrina y se inspirara en la de Estados miembros del Consejo de Europa, como España o Italia, donde el principio *ne bis in idem* requiere para su aplicación la concurrencia de una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento. Sobre todo, porque la retorcida teoría que construyó en el caso *Sabalic contra Croacia* no se ha repetido con posterioridad en casos idénticos, quizás por lo frágil de sus cimientos, lo que ha con-

---

[13] Como consecuencia, en el caso *Sabalic contra Croacia*, el TEDH concluyó que las autoridades croatas no debieron iniciar un procedimiento de orden público sino un proceso penal, por lo que estimó que procedía anular el procedimiento sancionador de orden público instruido, eliminando sus efectos, y tramitar un proceso penal para enjuiciar y, en su caso, castigar las lesiones sufridas por la señora Sabalic y otorgar, así, la adecuada protección a sus derechos.

[14] El art. 4 del Protocolo núm. 7 al CEDH dispone en su primer apartado: «Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado». Acto seguido, prevé en su segundo apartado: «Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada».

llevado que en casos similares las vulneraciones de bienes jurídicos importantes hayan resultado impunes[15].

En alguna ocasión anterior, el TEDH ha tratado de evitar las perversas consecuencias de su apego al *idem factum* admitiendo la imposición de dos castigos a través de procedimientos diferentes (penal y administrativo sancionador) cuando se produce entre ambos un vínculo material y temporal tan estrecho que podrían considerarse un único proceso punitivo[16]. El TEDH no aprecia vulneración alguna del principio *ne bis in idem* cuando se trata de procedimientos punitivos vinculados de esa forma, con independencia de que los castigos impuestos tengan ambos naturaleza penal conforme a los criterios *Engel* (Hernández López, 2019: 289–291). Lo relevante, por tanto, es saber cuándo se produce ese vínculo material y temporal.

De la jurisprudencia del TEDH se deduce que se produce un vínculo material cuando los procedimientos tramitados persiguen finalidades complementarias (el proceso penal enjuicia y, en su caso, castiga elementos que no se consideraron en el procedimiento administrativo sancionador), la acumulación de sanciones es previsible, es posible la utilización de los mismos medios probatorios, hay suficiente interacción entre las autoridades que tramitan los procedimientos, de forma que los hechos fijados en un procedimiento se aceptan en el otro, y se garantiza la proporcionalidad conjunta de los castigos impuestos (Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, 2022: 2).

Por su parte, el vínculo temporal no parece exigir la concomitancia de los procedimientos punitivos, pero sí que se tramiten con cierta proximidad cronológica, de forma que, a mayor desfase temporal entre ambos procedimientos, más difícil para el Estado será probar que ha existido esta conexión. En todo caso, los criterios de identificación no son del todo claros, por lo que será caso por caso donde el TEDH tenga que decidir si ha existido vínculo o no entre los dos procesos punitivos. En estos supuestos en los que se produce tal vinculación, el TEDH no habla de duplicación de procedimientos, sino de combinación.

Aproximadamente lo mismo ha apreciado en algunas ocasiones el TJUE[17], aunque basándose en una excepción al art. 50 CDFUE *ex*

---

[15] *Ad exemplum*, véase la STEDH de 6 de abril de 2021, *Tsonyo Tsonev contra Bulgaria*, rec. núm. 35623/11.

[16] Véanse, entre otras, las decisiones del TEDH de inadmisibilidad de 30 de mayo de 2000, *R. T. contra Suiza*, rec. núm. 31982/96, y de 13 de diciembre de 2005, *Nilsson contra Suecia*, rec. núm. 73661/01, y, sobre todo, la STEDH de 15 de noviembre de 2016, *A y B contra Noruega*, recs. núm. 24130/11 y 29758/11.

[17] Entre otras, SSTJUE de 20 de marzo de 2018, *Menci*, asunto C–524/15, y *Garlsson Real Estate y otros*, asunto C–537/16.

art. 52.1 de la misma Carta[18] y no en criterios de conexión material y temporal entre procedimientos. El TJUE admite la tramitación del segundo proceso punitivo con cuatro condiciones: que la normativa que regula la acumulación persiga un objetivo de interés general que la justifique, que los procedimientos acumulados tengan finalidades complementarias[19], que los procedimientos se tramiten con la coordinación necesaria para que la acumulación no agrave la situación de sus destinatarios (que en puridad solo podrían verse sometidos a un único proceso punitivo)[20] y que existan normas que garanticen que el conjunto de las sanciones impuestas sea estrictamente proporcional a la gravedad de la conducta[21]. A decir verdad, estas condiciones son muy parecidas a las que el TEDH exige para apreciar una vinculación material y temporal entre procesos punitivos.

### *2.2.3. La insatisfacción que generan estas teorías y la necesidad de reconocer el idem crimen al menos en la vertiente sustantiva del derecho*

Las teorías utilizadas por el TEDH y por el TJUE en aquellos casos en los que el mantenimiento de una concepción estricta de la prohi-

---

[18] Art. 52.1 CDFUE: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

[19] El requisito de las finalidades complementarias se aprecia claramente en la STJUE de 22 de marzo de 2022, *bpost*, asunto C–117/20. Dice el TJUE: «el art. 50 de la Carta, en relación con el art. 52, apartado 1, de esta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una persona jurídica sea sancionada con una multa por haber cometido una infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia cuando esa persona ya ha sido objeto, por los mismos hechos, de una resolución, que ha adquirido firmeza, como resultado de un procedimiento relativo a la infracción de una normativa sectorial que tiene por finalidad la liberalización del mercado de que se trate». Y sostiene: «Es legítimo que, para garantizar la continuación del proceso de liberalización del mercado interior de los servicios postales, al mismo tiempo que vela por el buen funcionamiento de este, un Estado miembro sancione los incumplimientos, por una parte, de la normativa sectorial que tiene por objeto la liberalización del mercado de que se trate y, por otra parte, de las normas aplicables en materia de competencia».

[20] El TJUE declara que la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador después de la terminación de un proceso penal con sentencia absolutoria que declara que no han quedado probados los hechos supuestamente constitutivos de infracción vulnera la vertiente procesal del *ne bis in idem* porque, en estos casos, la tramitación del procedimiento administrativo sancionador parece carecer de todo fundamento (STJUE de 20 de marzo de 2018, *Enzo di Puma y otros*, asuntos acumulados C–596/16 y C–597/16).

[21] El cumplimiento de este último requisito es especialmente complicado cuando los castigos impuestos en vía penal y administrativa no son homogéneos (prisión y multa, por ejemplo). Precisamente por eso, en alguna ocasión, el TJUE ha apreciado vulneración del principio *ne bis in idem* porque, aunque la acumulación de procesos obedecía a un fin legítimo, no podía garantizarse que la sanción finalmente impuesta hubiera sido proporcional (Cano Campos 2022: 50). Es lo que ocurrió en la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Garlsson,* asunto C–537/16.

bición de doble enjuiciamiento por los mismos hechos ha supuesto el surgimiento de una situación de injusticia material patente, pecan de ser parciales y de resolver solo coyunturalmente los problemas que generan este excesivo apego al *idem factum* y la negativa a valorar el bien jurídico protegido por las normas sancionadoras.

En términos generales, puede decirse que tanto el TJUE como el TEDH sobreprotegen el derecho fundamental al *ne bis in idem* en detrimento de la garantía de otros bienes jurídicos, cuyas vulneraciones resultan, en ocasiones, gratuitas para sus atacantes. Solo para evitar esa impunidad en determinados casos especialmente delicados, los tribunales europeos han construido diversas teorías que permiten de forma excepcional la tramitación de un doble procedimiento punitivo por los mismos hechos. En realidad, lo que hacen tanto el TEDH como el TJUE en estos casos es aceptar un doble enjuiciamiento cuando se trata de los mismos hechos, pero de ilícitos diferentes:

— Con la teoría de los vicios esenciales del art. 4.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH, el TEDH ha permitido la tramitación de un proceso penal posterior a un procedimiento administrativo sancionador porque la tramitación del primero supuso que no se castigara todo el desvalor de la conducta y que, por tanto, importantes bienes jurídicos no recibieran la protección necesaria.

— Con la teoría de los procedimientos conexos, el TEDH ha permitido que unos mismos hechos sean enjuiciados en diferentes procedimientos sancionadores vinculados material y temporalmente. En resumidas cuentas, el TEDH exige que ambos procesos punitivos tengan finalidades complementarias, que se tramiten de forma coordinada, existiendo una única fijación de hechos probados, y que los castigos finalmente impuestos sean proporcionales a la conducta que los motive.

— Con la teoría amparada en el art. 52.1 CDFUE, el TJUE admite la tramitación de un segundo proceso punitivo por los mismos hechos bajo las mismas condiciones que el TEDH, es decir, cuando los procedimientos acumulados tengan finalidades complementarias, se tramiten con la coordinación necesaria y se garantice la proporcionalidad del conjunto de los castigos impuestos.

A mi juicio, lo común a todas estas teorías es que, implícitamente, los tribunales europeos admiten el *idem crimen* para la vertiente sustantiva del *ne bis in idem*, pero tratando de mantener el *idem factum* en su vertiente procesal[22] y, por eso, solo excepcionalmente consienten la

[22] Bueno Armijo (2022b: 203) también defiende esta doble significación del *idem* en función de la vertiente del *ne bis in idem* de que se trate. Conforme a ello, el autor concluye que «frente a la idea de que el *ne bis in idem* es un derecho fundamental único, que prohíbe el doble

tramitación de dos procesos punitivos. En este sentido, Cano Campos (2022: 54) considera que cuando los tribunales europeos aluden a las finalidades complementarias de los procesos punitivos concurrentes no están más que refiriéndose a los intereses jurídicos protegidos en cada caso, de modo que, a su juicio, «se introduce por la ventana (del *bis*) lo que previamente se ha echado por la puerta (el *idem*)».

Parece que lo ideal para el TEDH y el TJUE sería que unos hechos fueran enjuiciados una sola vez, con independencia de que en ese proceso —o en dos procesos tan coordinados y vinculados que materialmente equivaliesen a uno solo—, se impusieran todos los castigos necesarios para reprimir todos los ilícitos cometidos con ellos o, en caso de ilícitos similares (que protegen el mismo bien jurídico), el total desvalor de la conducta. De este modo, todas estas teorías serían aplicables en los supuestos en que se produce un concurso de infracciones ideal (con unos mismos hechos se cometen varios ilícitos porque se vulneran distintos bienes jurídicos protegidos) o un concurso de normas porque dos normas sancionadoras (normalmente, una penal y otra administrativa) tipifican una conducta similar (habitualmente de distinta gravedad) con el mismo fundamento.

No obstante, puede subrayarse una diferencia importante entre la primera teoría (la de los vicios esenciales del art. 4.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH) y las otras dos (prácticamente equivalentes y basadas en una especial conexión entre los procesos punitivos). La primera resulta aplicable cuando la Administración incoa un procedimiento sancionador para enjuiciar unos hechos posiblemente constitutivos de infracción administrativa, pero que, a su vez, pueden tener relevancia penal. Esta tesis se ha construido con el objetivo de poder justificar la tramitación de un segundo proceso punitivo, penal, en el que, en su caso, pueda castigarse el desvalor de la conducta que no se tuvo en cuenta en sede administrativa o dispensar la suficiente protección a los bienes jurídicos que no se consideraron en el primer procedimiento. De hecho, para evitar la desproporcionalidad del conjunto de los castigos impuestos, el TEDH admite la técnica del descuento. Las otras dos teorías, por el contrario, no justifican la tramitación de un segundo proceso punitivo totalmente independiente del primero, sino que permiten la tramitación de dos procedimientos sancionadores vinculados y coordinados para castigar los mismos hechos, pero desde diferente perspectiva jurídica, ya sea porque con esos hechos se cometen varios ilícitos (concurso ideal de infracciones) o porque para castigar el total desvalor de la conducta sea necesario tramitar dos procedimientos dis-

---

enjuiciamiento y la doble sanción, tal vez sea necesaria una reconsideración y concluir que, en rigor, nos encontramos ante dos derechos fundamentales próximos, pero independientes». A su parecer, ello «permitiría explicar satisfactoriamente por qué la interpretación del requisito del "*idem*" debe ser distinta en cada caso».

tintos (concurso de normas, normalmente concurso de normas penal y administrativa sancionadora).

Conforme a estas teorías, no se vulneraría el *ne bis in idem* si se sancionaran dos veces los mismos hechos, sino únicamente si se sancionase dos veces el mismo ilícito o si se tramitasen dos procesos punitivos inconexos por los mismos hechos[23]. Por tanto, ante unos hechos constitutivos de dos ilícitos distintos (por ejemplo, de infracción administrativa y de delito), podrían tramitarse dos procedimientos sancionadores para castigarlos, pero dichos procedimientos deberían estar lo suficientemente vinculados y coordinados, de modo que únicamente existiera una fijación de hechos probados y el conjunto de castigos impuestos fuera proporcionado. Únicamente cabría apreciar vulneración del principio si los procedimientos no cumplieran los requisitos de conexión; por ejemplo, si se impusiera una sanción administrativa después de que la penal ya hubiera castigado todo el desvalor de la conducta, si las autoridades penal y administrativa actuasen de forma totalmente independiente o si los procedimientos se tramitasen sin ninguna coordinación ni vinculación cronológica.

En definitiva, puede afirmarse que los tribunales europeos, al optar por el *idem factum*, han ensanchado desmesuradamente el contenido del derecho al *ne bis in idem*, para luego, por la vía de los procedimientos conexos o de los vicios esenciales, limitarlo o negar su violación. Se muestra crítico con esta forma de proceder Cano Campos (2022: 54–55). A su parecer, en lugar de relativizar la prohibición (el *bis*), sería más adecuado ser más exigentes con la definición del presupuesto de este derecho (el *idem*), lo que igualmente conduciría «a la posibilidad de doble enjuiciamiento o sanción porque realmente esa duplicidad punitiva no recae sobre "lo mismo", sino sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico diferentes». A mi juicio, Cano Campos acierta al advertir que mejor sería adoptar un criterio de *idem crimen*. No obstante, creo que, como he señalado, de la jurisprudencia europea puede deducirse que, en efecto, los tribunales europeos terminan adoptando este criterio, aunque solo en la vertiente sustantiva del principio *ne bis in idem*. Su excesivo apego al *idem factum* se produce en la vertiente procesal del principio, la verdaderamente importante en los textos internacionales. Quizás esto no sea descabellado, pues lo que se pretende garantizar es la seguridad jurídica de los ciudadanos europeos, para que tengan la

[23] A una conclusión similar llega García Rivas (2018: 105–133): «La conclusión general evidencia que el principio *ne bis in idem* no significa exactamente "la imposibilidad de un doble castigo por un mismo hecho (*nemo debet bis punire pro uno delicto*)" sino la imposibilidad de que ese doble castigo sea irrazonable, arbitrario o desproporcionado. Tampoco significa "la imposibilidad de ser sometido a más de un proceso contra un mismo sujeto y por los mismos hechos, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria (*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*)" sino la imposibilidad de que ese doble procedimiento se realice de manera imprevisible, arbitraria y sin atender a una visión integral de la intervención punitiva (test Nilsson)».

certeza de que si, en un procedimiento o en dos vinculados material y temporalmente, no han sido castigados por los hechos que han llevado a cabo, ya no podrán serlo en un proceso posterior[24]. Y no creo que ello sea reprochable.

## 3. LA GARANTÍA *NE BIS IN IDEM* EN ESPAÑA

El derecho al *ne bis in idem* rige, en España, tanto en Derecho penal como en Derecho administrativo sancionador[25]. La Constitución española no lo proclama expresamente, pero el TC lo ha deducido del art. 25 CE, por considerarlo una garantía íntimamente unida al principio de legalidad de las infracciones[26]. En el ámbito del Derecho administrativo sancionador, lo proclama actualmente el art. 31.1 LRJSP: «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

### 3.1. Su vertiente sustantiva

La vertiente material de la garantía *ne bis in idem* se deduce directamente del principio de legalidad (Cano Campos, 2022: 63–64). La ley asigna a cada ilícito una sanción expresiva del desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una concreta conducta. Si, ante un determinado ilícito, se impusieran dos sanciones, se estaría vulnerando el principio de legalidad, al rebasarse los límites de la sanción prefijados. De hecho, se vulnerarían ambas vertientes del principio: la formal, o reserva de ley, porque la acumulación de castigos supondría una nueva sanción no prevista legalmente para castigar la conducta realizada; y la material, o tipicidad, porque el destinatario de las normas no podría tener certeza de los castigos que corresponden a cada infracción (Cano Campos, 2001: 210). En este sentido, el TC sostiene que la imposición de dos sanciones por un mismo ilícito «hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente»[27]. Además, con ello se vulneraría también el

---

[24] Recordemos que el *ne bis in idem* constituye un instrumento esencial para promover la integración europea (Luchtman, 2018: 1746).

[25] Se viene declarando de aplicación en el ámbito administrativo sancionador desde la STC 77/1983, de 3 de octubre.

[26] Lo mismo sucede en Italia. La Constitución italiana no proclama expresamente este principio, pero la *Corte Costituzionale* lo ha deducido de su articulado (Ruggiero, 2018: 149). En otros países, como Alemania, es la propia Constitución la que lo proclama (art. 103 de la Ley Fundamental de Bonn).

[27] STC 2/2003, de 16 de enero, y STC 25/2022, de 23 de febrero, entre otras.

principio de proporcionalidad, pues la imposición de dos castigos por la comisión de un único ilícito supone una reacción punitiva desproporcionada[28].

En puridad, no están prohibidos todos los casos de doble castigo. Este principio únicamente prohíbe que se impongan dos castigos por los mismos hechos, a la misma persona y con idéntico fundamento. Se requiere, por tanto, una triple identidad de hecho, sujeto y fundamento, tal y como expresa el art. 31.1 LRJSP. Aunque la identidad de sujeto puede resultar problemática, sobre todo cuando se trata de imponer castigos a personas jurídicas y a las personas físicas que se encuentran tras ellas, en este trabajo resultan especialmente importantes las otras dos identidades: las de hechos y de fundamentos. Para determinar si nos encontramos ante los mismos hechos, «tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador se rechaza la posibilidad de atender exclusivamente a datos fácticos o naturalísticos y se atiende a criterios jurídicos o normativos según se desprende del sentido de los tipos penales o infractores correspondientes» (Cano Campos, 2022: 40). De forma que, más que de hechos, podría hablarse de identidad de acciones típicas (Cano Campos, 2018: 139). La identidad de fundamento, por su parte, «alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones» (Cano Campos, 2001: 195).

Por ello, la doctrina revela que la aplicación de la garantía *ne bis in idem* no parte del hecho en sí, sino del ilícito, es decir, del hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, de modo que lo que se impide con ella es que se castigue a un sujeto dos veces por una única vulneración del ordenamiento jurídico, con independencia de que los castigos aplicables sean penales, administrativos o uno penal y otro administrativo[29]. En definitiva, el *idem* se refiere al ilícito, no a los hechos, es un *idem crimen*[30]. Hay que concluir, con Alarcón Sotomayor (2010c: 764), que «concurre "lo mismo" cuando pretenda castigarse por segunda vez al mismo sujeto, por el mismo hecho y para proteger el mismo bien jurídico». Por tanto, para aplicar la garantía *ne bis in idem* no es suficiente con la concurrencia de una doble identidad de sujeto y hecho, es fundamental que la pluralidad de castigos impuestos al mismo sujeto, por los mismos hechos, respondan al mismo fundamento.

En definitiva, podría sostenerse que la garantía *ne bis in idem* únicamente resulta aplicable en los casos de concurrencia de normas

---

[28] SSTC 154/1990, de 15 de octubre, 177/1999, de 11 de octubre, 180/2004, de 2 de noviembre, y 106/2021, de 11 de mayo, entre otras.

[29] Por la identidad ontológica de penas y sanciones (véase, por todas, las SSTC 2/1981, de 30 de enero, y 180/2004, de 2 de noviembre).

[30] Así lo viene manteniendo el TC desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero.

(un determinado comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras que persiguen garantizar el mismo bien jurídico)[31], pero no en los de concurso de infracciones (un determinado comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras que protegen bienes jurídicos distintos)[32].

Cuando se produce un concurso de infracciones, la regla general será imponer tantos castigos y tramitar tantos procedimientos punitivos como ilícitos se hayan cometido y ello no vulnerará en absoluto la garantía *ne bis in idem*[33]. Quizás en algún supuesto sea el principio de proporcionalidad el que aconseje otra solución alternativa a la acumulación de castigos.

Solo en los supuestos en que se produzca un concurso de normas la garantía *ne bis in idem* exige imponer un único castigo y tramitar un único procedimiento punitivo. Resulta fundamental, como consecuencia, determinar en estos casos qué norma resulta de aplicación y, con ello, el castigo y el procedimiento punitivo procedentes. Para elegir la norma aplicable hay que distinguir si el concurso se produce entre

---

[31] El *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* define el concurso de normas punitivas como la situación que acontece cuando dos normas (penales, administrativas o una penal y otra administrativa) tipifican el mismo ilícito o ilícitos similares, pero de modo que el previsto por una de ellas absorbe o consume completamente el desvalor del contemplado por la otra. Disponible en versión electrónica en *https://dej.rae.es/*

[32] El *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* define el concurso de infracciones como la concurrencia de dos o más ilícitos diferentes, penales, administrativos o penales y administrativos. Disponible en versión electrónica en *https://dej.rae.es/*

A decir verdad, esta segunda modalidad concursal puede tener lugar en varios casos. El más común es cuando con varios hechos se cometen varios ilícitos distintos (concurso real). Pero también se produce cuando una infracción es medio para cometer otra diferente (concurso medial) y cuando con un mismo hecho se cometen varios ilícitos porque se vulnera varias veces el mismo o distinto bien jurídico (concurso ideal). En ninguno de estos casos resulta de aplicación la garantía *ne bis in idem*, pues no concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (Alarcón Sotomayor, 2010b: 374). Antes, al contrario, en todos ellos «no hay un tratamiento plural de lo que es único, sino un tratamiento plural de lo vario o desigual» (Cano Campos, 2018: 139). En ocasiones, se tratará de hechos diferentes (concurso real) y en otras ocasiones el mismo hecho lesionará o pondrá en peligro diferentes bienes jurídicos (concurso ideal y concurso medial).

[33] *Ad exemplum*, véase la STC 1/2020, de 14 de enero, que negó la vulneración del principio *ne bis in idem* aducida por los recurrentes por estimar que entre los delitos que se les imputaban, el delito de desórdenes públicos y el delito de impedir el derecho de reunión, no surge un concurso de normas, sino un concurso de infracciones. El TC explicó que la acción delictiva de los recurrentes se proyectó sobre dos bienes jurídicos distintos, el orden público y el ejercicio legítimo del derecho fundamental de reunión, produciéndose así un concurso ideal de delitos, que no da lugar a la aplicación de la garantía *ne bis in idem*. Un caso similar puede encontrarse en la STC 91/2009, de 20 de abril, que desestimó el recurso de amparo y confirmó las dos penas impuestas al recurrente como autor de un delito de prevaricación medioambiental y de un delito contra el medio ambiente, por tratarse de diferentes ilícitos con fundamentos distintos. El TC apreció en este caso un concurso ideal de delitos y, por ende, descartó la aplicación de la garantía *ne bis in idem*.

normas administrativas o entre una norma penal y otra administrativa, pero en ningún caso la solución del concurso es sencilla ni pacífica.

Cuando se produce un concurso entre una norma penal y otra administrativa, en el ordenamiento jurídico español prevalece la norma penal[34]. Esta solución, según ha manifestado el TC, la impone la propia Constitución en su art. 25[35], del que se deduce la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial dada la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal[36]. Por eso, si durante la tramitación de un procedimiento sancionador, la Administración sospecha que la conducta constitutiva de infracción administrativa puede ser también delito, debe suspender el procedimiento, comunicar el hecho a las autoridades judiciales y esperar la sentencia penal[37]. Si la sentencia condena el hecho, la Administración ya no puede hacer nada. Pero si la sentencia declara que el hecho no es constitutivo de delito, entonces la Administración podrá, en ciertos casos y respetando siempre la declaración de hechos probados de la sentencia penal (art. 77.4 LPAC), continuar la tramitación del procedimiento e imponer la sanción que corresponda[38].

---

[34] Rebollo Puig (2016: 441). El autor califica de chocante y acaso criticable que la LRJSP no haya recogido expresamente esta absoluta preferencia penal.

[35] La Constitución no establece expresamente la preferencia de la vía penal. De hecho, ni siquiera proclama el *ne bis in idem*. Ha sido su máximo intérprete el que ha defendido su derivación directa del art. 25 CE y su consecuente vigencia tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador. Esta ha sido la jurisprudencia constitucional, pero quizás podría haber sido otra. En Italia, cuando se produce un concurso entre una norma penal y otra administrativa sancionadora, la regla que rige es la preferencia de la ley especial (art. 9 Legge 689/81), con una excepción, pues si el conflicto se produce entre una disposición administrativa sancionadora regional y una norma penal, prevalece esta última porque lo contrario conduciría a una prevalencia del legislador regional sobre el estatal (art. 9 Legge 689/81 *in fine*).

[36] Alarcón Sotomayor (2008: 89–90; 2010b: 397–397). En este sentido, el TC viene manteniendo que «una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y solo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal, de modo que cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión» (STC 70/2012, de 16 de abril).

[37] Esta necesidad de suspensión del procedimiento administrativo sancionador ha sido incluso calificada en alguna ocasión como principio general del Derecho por el Tribunal Supremo (STS de 23 de enero de 2004, RJ 2004\563).

[38] Esta solución presenta problemas evidentes que repercuten sobre la vertiente procedimental del *ne bis in idem*, al menos tal y como se concibe en el ámbito europeo, pues garantizar la preferencia de la vía penal sobre la administrativa sancionadora conlleva que, en ocasiones, un mismo sujeto pueda ser enjuiciado dos veces por unos mismos hechos y con el mismo fundamento. Además, pueden surgir problemas adicionales si la Administración no respeta la preferencia de la vía penal, pues ¿qué ocurre si se impone una sanción anticipadamente? ¿Puede

Cuando el concurso se produce entre dos normas administrativas (pertenecientes al mismo ordenamiento), como no existe ninguna regla en la LRJSP que establezca cuál es la prevalente con carácter general, la doctrina ha propuesto seguir las reglas del art. 8 CP[39], no por considerarlo un precepto supletorio, sino porque recoge una serie de reglas lógicas y razonables para resolver los concursos de normas punitivas[40]. Lo mismo ha sugerido en ocasiones la jurisprudencia[41].

Cuando se trata de un concurso de normas administrativas pertenecientes a ordenamientos diferentes, estas reglas no resultan de aplicación. Como señala Cano Campos (2001: 239), las reglas del art. 8 CP, que han acogido algunas leyes sectoriales, operan normalmente para resolver los conflictos de normas sancionadoras de un mismo subsistema normativo, «pero nada impide que el conflicto se dé entre normas de los diferentes subsistemas». En nuestro país existe una pluralidad de ordenamientos[42] y, aunque cada uno de ellos se mueve en su propio ámbito en virtud del principio de competencia, no rigiendo entre ellos el principio de jerarquía, pueden producirse relaciones interordinamentales, ya que sus normas tienen un ámbito de aplicación personal y territorial parcialmente coincidente.

Para resolver estas relaciones, el art. 149.3 CE dispone que las normas estatales prevalecen sobre las autonómicas en aquellas materias que no hayan sido atribuidas a estas en exclusiva[43]. En estos casos, habrá que resolver el concurso de normas «en favor de las competencias exclusivas del Estado, por su valor constitucional superior».[44] La

---

el juez penal tramitar un proceso punitivo para imponer una pena o no porque ello supondría una vulneración del *ne bis in idem* procedimental? Trataré esta problemática al estudiar la vertiente procedimental de esta garantía.

[39] Nieto (2005: 517); Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (2005: 632); Alarcón Sotomayor (2008: 84–85); y Cano Campos (2018: 138).

[40] Rebollo Puig (2016: 442).

[41] Véanse, entre otras, las SSTS de 8 de marzo de 2002 (RJ 2002\3406) y de 1 de junio de 2000 (RJ 2000\7058).

[42] Por una parte, se encuentran los ordenamientos estatal y autonómicos, cuyas leyes tienen el mismo rango, el mismo valor (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2011: 296). Por otra parte, pueden individuarse los ordenamientos locales, especialmente singulares, pues, como explica Galán Galán (2001: 228), a ellos «no se puede trasladar la relación tradicional entre ley y reglamento en sentido estricto», fundamentalmente porque en el ámbito local no existe ley formal emanada de las propias Entidades Locales.

[43] En realidad, la cláusula de prevalencia del Derecho estatal es, y debe ser, mucho más amplia que eso: las normas estatales prevalecen sobre las autonómicas, incluso sobre aquellas dictadas en el ejercicio de una competencia autonómica exclusiva. Como sostiene Rebollo (2015a: 32), «el principio de prevalencia beneficia a toda norma estatal dictada sobre cualquier materia, en ejercicio de cualquier género de competencia (plena, básica, de coordinación, de armonización… y tenga su fundamento en el art. 149.1 CE o en cualquier otro precepto del bloque de la constitucionalidad) y se proyecta sobre cualquier norma de las Comunidades Autónomas correspondiente a la misma o a otra materia, incluidas las aprobadas o que se pretendan aprobar en el ejercicio de sus competencias exclusivas».

[44] García de Enterría y Fernández Rodríguez (2011: 366).

misma solución resulta de aplicación, incluso con más motivo, cuando el concurso se produce entre una norma sancionadora estatal y una norma sancionadora de una ordenanza: una norma local no puede impedir la aplicación de una norma estatal, que siempre resulta de preferente aplicación respecto a aquella. Por eso, Alarcón Sotomayor sostiene que «todas las normas tipificadoras que contengan las ordenanzas son, en realidad, solo de aplicación subsidiaria: solo son aplicables si la conducta no está prevista y sancionada en una norma estatal o autonómica» (2019: 297).

### 3.2. Su vertiente procedimental

El TC viene manteniendo, desde su Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, que esta vertiente formal del principio *ne bis in idem* «se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal»[45]. Para el TC, son dos las reglas esenciales que conforman esta dimensión procesal del principio: el deber de la Administración de no tramitar o suspender el procedimiento sancionador por hechos que puedan ser constitutivos de delito y el deber de la Administración de tener por ciertos los hechos que la sentencia penal declare probados. Conforme a ello, si la Administración tramita un procedimiento sancionador cuando no debió hacerlo por poder ser los hechos constitutivos de delito, vulnerará la vertiente procedimental del *ne bis in idem* y, con ello, un derecho fundamental del inculpado[46].

---

[45] Esta doctrina ha sido posteriormente recogida en numerosas sentencias. Véase, por todas, la STC 25/2022, de 23 de febrero.

[46] Para tratar de resolver este problema, el TC ha ofrecido dos posibles soluciones: entender que la prohibición de doble sanción por un mismo ilícito prevalece sobre la competencia exclusiva de los jueces penales, de modo que, una vez tramitado un procedimiento administrativo sancionador e impuesta una sanción de forma anticipada, el juez penal no podrá hacer nada; o entender todo lo contrario y admitir un segundo proceso penal y una segunda sanción penal, siempre y cuando de la pena se descuente el castigo que haya supuesto la previa sanción (Alarcón Sotomayor, 2010c: 774–775). Finalmente, parece que el TC se ha decantado por la segunda opción, llegando a afirmar que «no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, [el descuento] provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada» (STC 334/2005, de 20 de diciembre). Dice el TC que «el descuento de la sanción administrativa de la pena impuesta permite, en defecto de ley que prevea otra solución, superar aquellas situaciones a las que se enfrentan los tribunales penales cuando tienen que hacer compatible ejercer la función jurisdiccional aplicando la ley a la que están sometidos y evitar la doble condena cuando la Administración no ha suspendi-

A mi parecer, la concepción del TC sobre la vertiente procedimental del *ne bis in idem* parte de un presupuesto equivocado[47]. Creo que el TC confunde la vertiente formal de este derecho con la regla que permite garantizar su vertiente sustantiva, es decir, con la regla que resuelve uno de los concursos de normas que pueden producirse, el concurso entre una norma penal y una norma administrativa sancionadora. A mi juicio, la regla de la preferencia de la vía penal no tiene nada que ver con la vertiente procesal del principio. De hecho, los deberes de la Administración de no iniciar o de paralizar el procedimiento sancionador y de tener por ciertos los hechos que la sentencia penal declare probados existen también cuando el *ne bis in idem* no entra en juego, es decir, cuando no concurre la triple identidad, sino que se produce un concurso de infracciones[48]. No tiene sentido, por tanto, identificar estas reglas con la vertiente formal del principio.

En realidad, lo que prohíbe la vertiente procedimental es el doble enjuiciamiento por lo mismo. Así lo vienen proclamando el TEDH y el TJUE conforme a lo dispuesto por los textos internacionales en esta materia. Lo que persigue la garantía procedimental es garantizar la seguridad jurídica, en el sentido de que los ciudadanos que ya hayan sido juzgados por unos hechos tengan la tranquilidad de que no volverán a ser sometidos a otro procedimiento punitivo por lo mismo[49]. De modo que, si se tramita un proceso penal, ya no puede tramitarse un

---

do el expediente» (STC 2/2023, de 6 de febrero). En la Sentencia 2/2003, de 16 de enero, ya sostuvo el TC que «la interdicción de doble procedimiento sancionador solo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador». En todo caso, esta solución pretende resolver una situación patológica, por lo que no debe servir para inspirar las reglas generales sobre el *ne bis in idem*. No obstante, es importante tenerla en cuenta para comprender hasta qué punto lo que verdaderamente importa a nuestro TC es la vertiente material del principio.

[47] Como he explicado en una nota anterior, el TC aprecia que cuando la Administración no respeta la preferencia de la vía penal y no suspende el procedimiento administrativo sancionador para remitir el tanto de culpa a la jurisdicción penal está vulnerando la vertiente procedimental del *ne bis in idem*. A mi parecer, en estos supuestos la Administración vulnera, más bien, la vertiente sustantiva del principio. Es allí donde, para evitar la doble sanción de un mismo ilícito, hay que resolver el concurso de normas eligiendo la ley aplicable, que, en caso de concurso entre una norma penal y otra administrativa sancionadora, es la penal. La Administración no ha podido vulnerar la garantía procedimental porque al sujeto solo se le ha sometido a un único procedimiento sancionador. En todo caso, en este supuesto, sería el juez quien, al instruir un proceso punitivo tras la imposición de la sanción administrativa, vulneraría esta segunda vertiente del *ne bis in idem*, aunque por un error imputable a la Administración que, en efecto, quizás habría que compensar de alguna forma.

[48] Rebollo Puig (2016: 442). El autor explica que la regla de la prioridad de la actuación judicial penal sobre la tramitación del procedimiento administrativo sancionador «más que al servicio del *ne bis in idem*, expresa simplemente la preeminencia del juez y la subordinación administrativa».

[49] Buffon (2019: 527). La autora llega a calificar el *ne bis in idem* procesal así entendido como «*una prerogativa civile e politica dell'individuo, nonché di un baluardo dell'ordine pubblico*».

procedimiento administrativo sancionador, ni siquiera cuando el primero haya terminado con una sentencia absolutoria. Y viceversa: si se tramita un procedimiento administrativo sancionador, ya no puede incoarse un proceso penal, con independencia del resultado del primero. El segundo proceso punitivo vulneraría la vertiente procedimental del *ne bis in idem*.

Sería conveniente que el TC cambiase su concepción sobre la vertiente procedimental de esta garantía constitucional y que admitiese que simplemente supone una prohibición de doble enjuiciamiento por un mismo ilícito. Si lo hiciese, habría que resolver el problema que suscita la regla de la preferencia de la vía penal: si el juez penal tramita un proceso punitivo que termina con una sentencia absolutoria por no apreciarse delito, ¿puede la Administración incoar después un procedimiento sancionador para analizar si con los hechos declarados probados por el juez se ha cometido alguna infracción administrativa? Una concepción estricta de la prohibición de doble enjuiciamiento induce a dar una respuesta negativa. La preferencia de la vía penal y la posibilidad de incoar después de una sentencia absolutoria un procedimiento administrativo sancionador para castigar los hechos declarados probados por el juez penal vulneraría esta segunda vertiente de la garantía *ne bis in idem* porque el sujeto, aunque absuelto, ya ha sido sometido a un proceso punitivo por el mismo ilícito. El inconveniente que existe en nuestro ordenamiento es que con frecuencia se producen concursos entre normas penales y normas administrativas sancionadoras.

Hasta la Sentencia 2/2003, de 16 de enero, el TC solo reconoció de manera expresa el derecho a no ser sometido a un doble enjuiciamiento cuando se trataba de un doble proceso penal[50]. La coexistencia de un proceso penal y de un procedimiento administrativo sancionador, o de dos procedimientos administrativos sancionadores, que no ocasiona una doble sanción no había merecido atención hasta entonces. En esa sentencia, el TC reconoció la vigencia del derecho a no ser sometido a dos enjuiciamientos cuando uno es judicial penal y otro administrativo sancionador, pero, acto seguido, sostuvo una tesis que vaciaba casi por completo ese derecho[51]. Según el TC, el *ne bis in idem* procesal solo impide que se tramite un procedimiento administrativo sancio-

[50] El TC aludía simplemente a la prohibición de un doble proceso penal con el mismo objeto y la encuadraba en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. En sus sentencias, el TC explicaba que esta garantía procedimental se concreta «en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento» (SSTC 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero; 249/2005, de 10 de octubre; 23/2008, de 11 de febrero; 60/2008, de 26 de mayo; 91/2008, de 21 de julio; y 69/2010, de 18 de octubre).

[51] Reiterada posteriormente en la STC 334/2005, de 20 de diciembre.

nador posterior a un proceso penal absolutorio cuando aquel pueda equipararse, por su complejidad y gravedad, a un proceso penal[52]. De esta forma, el TC consideró de aplicación esta segunda vertiente de la garantía constitucional en el ámbito administrativo sancionador, pero de forma muy flexibilizada.

De hecho, con posterioridad, el TC ha seguido garantizando, exclusivamente, la prohibición de duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento y ha insistido en que solo opera respecto de sentencias o resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada material[53]. Ante ello, la reacción de la doctrina mayoritaria ha sido concluir que el *ne bis in idem* no impide la sustanciación de dos procedimientos punitivos cuando uno sea penal y otro administrativo o los dos administrativos. En otras palabras, la doctrina mayoritaria no considera de aplicación la vertiente procedimental de la garantía *ne bis in idem*, entendida como prohibición de doble enjuiciamiento, en el ámbito administrativo sancionador.

A mi parecer, no solo por los motivos que he expuesto con anterioridad, sino también por la interpretación europea del principio *ne bis in idem*, la vertiente procesal del principio debe garantizarse igualmente cuando se trata de dos procedimientos administrativos sancionadores o de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador[54]. La dificultad radica en compatibilizar esta garantía formal con nuestra concepción del principio de *ultima ratio* del Derecho penal y con la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la competencia exclusiva de los jueces para castigar los ilícitos penales. En esto paso a detenerme.

### 3.3. Consecuencias de la inexistencia de una verdadera vertiente procesal de esta garantía en el ámbito administrativo

En un sistema como el español, donde el *ius puniendi* estatal se encuentra repartido entre los jueces penales y la Administración Pública y donde ese reparto se lleva a cabo con base en una concepción errónea del principio de intervención mínima, son muy frecuentes los casos de

---

[52] Algunos autores, destacadamente Doménech Pascual (2010: 784–786; 2007: 751), se han mostrado críticos con esta doctrina constitucional, por su escaso fundamento y porque no aclara ni cómo se debe realizar la comparación ni qué proceso penal debe tomarse como referencia para efectuar el juicio de equiparabilidad.

[53] SSTC 229/2003, de 18 de diciembre; 246/2004, de 20 de diciembre; 115/2006, de 24 de abril; y 60/2008, de 26 de mayo.

[54] En la doctrina ya hubo quien tempranamente advirtió que el criterio establecido en la STC 2/2003 tendría que modificarse para ajustarse a los estándares europeos. Fue el caso de Chinchilla Marín (2015: 813–814).

concursos de normas penales y administrativas sancionadoras. En otras palabras, los planteamientos que abogan por poco Derecho penal y mucho Derecho administrativo sancionador en virtud del carácter de *ultima ratio* del primero y la consecuente frontera sutil y casuística que se traza conforme a ellos entre los ilícitos penales y las infracciones administrativas, comportan que en muchos casos un mismo ilícito tenga que ser enjuiciado en más de un procedimiento (normalmente, en un proceso penal primero y, después, en un procedimiento administrativo sancionador).

Esto se debe, en parte, a que el legislador goza de un gran margen de apreciación para determinar si una conducta es susceptible de represión penal o administrativa y suele decidir, algo simplistamente, que los ilícitos más graves deben ser penales y los menos graves administrativos. En otro lugar critico esta forma de proceder y realizo propuestas alternativas (Martín Fernández, 2023: 36–49). Ahora simplemente me interesa destacar que la realidad es que, en nuestro sistema, una conducta pueda ser tipificada hoy como delito y, al día siguiente, por decisión del legislador, sufrir una despenalización y convertirse en una infracción administrativa. Esto hace que la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no pueda ser objetiva ni clara y, a nuestros efectos, que haya muchas normas penales que tipifiquen como delito la conducta agravada de muchas infracciones administrativas.

Las consecuencias para la garantía *ne bis in idem* son nocivas: en nuestro país son frecuentes los casos en los que un mismo hecho es enjuiciado, primero, por los jueces penales y, segundo, por la Administración, dada la preferencia de la vía penal que resuelve los concursos de normas penales y administrativas sancionadoras (Terradillos Basoco, 2022: 106). Ello se acepta porque en España no se ha declarado la prohibición de doble enjuiciamiento cuando se trata de una combinación de procedimiento administrativo sancionador y proceso penal. El problema es que esta sucesión de procedimientos punitivos vulnera, según el TEDH y el TJUE, el derecho al *ne bis in idem*.

Por los mismos motivos, también se acepta con naturalidad en nuestro país la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores sucesivos con el mismo objeto. Me refiero a los casos en que un procedimiento sancionador caduca[55] y, posteriormente, se inicia otro procedimiento administrativo con el mismo objeto. No se trata de una mera construcción jurisprudencial, sino que el legislador parece haber amparado expresamente esta tesis. En el art. 25 LPAC se dispone que los procedimientos administrativos sancionadores que no se resuelven

[55] El instituto de la caducidad, que no siempre ha estado vigente, se reguló para aportar seguridad jurídica a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. A su vez, otro fundamento o, más bien, consecuencia de la caducidad es la eficacia de la actividad administrativa: con ella se fuerza «a los servicios administrativos a una actuación más rápida y expeditiva» (Santamaría Pastor, 2005: 15).

y notifican en el plazo máximo legalmente establecido caducan. En estos casos, dice el precepto, «la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 95». Por su parte, el art. 95.3 LPAC (dedicado a los efectos de esta otra caducidad) dispone:

> «La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.
>
> En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado»[56].

A nuestros efectos, parece claro: si un procedimiento administrativo sancionador caduca, pero la infracción supuestamente cometida no ha prescrito[57], la Administración puede incoar otro procedimiento administrativo sancionador para enjuiciarla y, en su caso, castigarla. Esta solución legislativa casa con la jurisprudencia constitucional que no aprecia en estos casos vulneración alguna del *ne bis in idem* dada la falta de una vertiente procesal de esta garantía en el ámbito administrativo. El problema, otra vez, es que ello sí que constituye una vulneración de este derecho fundamental a ojos de los jueces europeos.

## 4. DOS POSIBILIDADES PARA LA UNIFORMIZACIÓN DE AMBAS CONCEPCIONES

### 4.1. La adopción del *idem crimen* por el TEDH y por el TJUE

De la jurisprudencia europea se deduce que el criterio del *idem factum* ensancha desmesuradamente el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem*. No hay más que leer la STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalic contra Croacia*. Ello da lugar a situaciones de grave injusticia material, como la que precisamente sufrió la señora Sabalic al ver desestimada su querella contra el sujeto que le causó lesiones físicas porque el mismo ya había sido sancionado administrativamente con una multa de 40 euros por haber alterado el orden público mientras le causaba las mencionadas lesiones en una discoteca.

---

[56] Algunos autores, como López Ramón (2014: 23), tachan de incomprensible esta remisión del legislador a lo establecido respecto a los procedimientos iniciados a instancia del interesado y que da sustento «a la genérica posibilidad de reapertura del procedimiento de oficio caducado y no prescrito».

[57] Como señala Tardío Pato (2005: 28), «el procedimiento caducado se tiene, a efectos de la prescripción, como nunca iniciado».

Para remediar tales situaciones, tanto el TEDH como el TJUE han construido diversas teorías que permiten la tramitación de dos procesos sancionadores por los mismos hechos, bien cuando el primer procedimiento punitivo no ha conseguido castigar todo el desvalor de la conducta, bien cuando los procesos se sustancian de forma coordinada para conseguir unas finalidades complementarias (o, lo que es lo mismo, para proteger bienes jurídicos diferentes).

Como he señalado, en definitiva, lo que sucede es que tanto el TEDH como el TJUE han terminado acogiendo el criterio del *idem crimen* en la vertiente sustantiva del *ne bis in idem*; es decir, admiten un doble castigo por los mismos hechos (cuando se trata de proteger bienes jurídicos distintos), pero exigen que ese doble castigo se sustancie en procesos punitivos tan vinculados que materialmente equivalgan a uno solo. Incluso cuando ello no es así, es decir, cuando se ha tramitado primero un proceso punitivo y después, de forma totalmente independiente, otro, los tribunales europeos han admitido que cuando el primer procedimiento sancionador no haya conseguido castigar el total desvalor de la conducta, dejando así importantes bienes jurídicos desprotegidos, se tramite un segundo procedimiento para otorgar protección a tales intereses. En estos casos, no obstante, los tribunales exigen que se asegure la proporcionalidad del conjunto de los castigos impuestos. Se trata, en todo caso, de la solución dada por los tribunales europeos a una situación patológica originada en el seno de un Estado, por lo que no es esta la regla que debe inspirar una teoría general. Nos centraremos, por tanto, en las otras dos teorías, a las que denominaremos como «la jurisprudencia europea sobre los procedimientos punitivos vinculados o coordinados».

Cuando el TEDH y el TJUE aluden a las finalidades complementarias de los dos procedimientos punitivos como condición de vinculación entre ambos se están refiriendo a los bienes jurídicos protegidos por cada uno de ellos, de forma que si los procedimientos punitivos se tramitan de forma coordinada, próxima cronológicamente y persiguen dispensar protección a diferentes bienes jurídicos, se entenderá que materialmente solo se ha llevado a cabo un enjuiciamiento y, por tanto, que ninguna vulneración del derecho al *ne bis in idem* se ha producido.

Al final, como he dicho, los tribunales europeos están aceptando el criterio del *idem crimen* en la vertiente sustantiva del derecho, es decir, cuando el *bis* hace referencia al castigo, pues admiten un doble castigo por los mismos hechos siempre y cuando se trate de castigar vulneraciones de bienes jurídicos distintos. Donde no ceden los tribunales europeos es en el enjuiciamiento. Cuando el *bis* hace referencia al enjuiciamiento, entonces el *idem* es un *idem factum*: unos mismos hechos solo pueden ser sometidos a un único procedimiento punitivo.

Solo se admite la tramitación de dos procedimientos punitivos cuando ambos persiguen finalidades complementarias (se introduce, así, el criterio del *idem crimen*), aunque como contrapartida se exige que los procedimientos estén estrechamente vinculados, de forma que los hechos declarados probados en uno se acepten en el otro, se pueda usar la misma prueba en ambos, haya coordinación entre las autoridades que los tramiten y se lleven a cabo de forma próxima en el tiempo.

De todo lo anterior podría deducirse que mejor sería que los tribunales europeos, de una vez por todas, adoptasen, con carácter general, el criterio del *idem crimen* como presupuesto para aplicar y reconocer el derecho fundamental al *ne bis in idem*. Ello, como sabemos, ni siquiera supondría forzar la literalidad del CEDH y de la CDFUE, sino todo lo contrario: se trataría de una interpretación mucho más exacta, pues ambas normas hablan de la misma «infracción» y no de los mismos «hechos». Aceptado el *idem crimen*, los tribunales europeos podrían mantener que el *bis* hace referencia al enjuiciamiento, de modo que solo cabe un proceso punitivo por el mismo ilícito, aunque quizás convendría que aludiesen también a la vertiente sustantiva del derecho, es decir, al *bis* como castigo, pues solo así se podrían impedir los supuestos de doble castigo por el mismo ilícito en el seno de un único proceso punitivo. En definitiva, creo que lo ideal sería que los tribunales europeos comenzasen a distinguir la vertiente sustantiva del derecho al *ne bis in idem* (no caben dos castigos por el mismo ilícito) de su vertiente procesal (no caben dos enjuiciamientos por el mismo ilícito).

En todo caso, se trataría de que los tribunales europeos adoptasen un criterio de *idem crimen*. Dado que considero improbable que esto suceda, a continuación, propondré otra posible solución para alinear la concepción española del *ne bis in idem* con la europea. Y digo que me parece improbable que el TEDH y el TJUE cambien su postura porque con su excesivo apego al *idem factum* en la vertiente procesal del principio (no caben dos enjuiciamientos por los mismos hechos) lo que pretenden es garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos europeos, para que tengan la certeza de que si, en un procedimiento o en dos vinculados material y temporalmente, no han sido castigados por los hechos que han llevado a cabo, ya no podrán serlo en un proceso posterior. Proporcionar esa seguridad jurídica a los ciudadanos europeos resulta fundamental y un objetivo prioritario para el TEDH y el TJUE, pues solo con ella se puede conseguir verdaderamente un espacio político y jurídico común en Europa, tal y como pretende el Consejo de Europa, así como una verdadera libertad de circulación, objetivo primordial de la Unión Europea.

### 4.2. La adopción por el TC español de la jurisprudencia europea sobre los procesos punitivos vinculados y la posible reforma del instituto de la caducidad

Aparentemente, la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la garantía *ne bis in idem* no se ajusta a los parámetros establecidos por el TEDH y el TJUE. Para el TC español el *bis* hace referencia al castigo y el *idem* al ilícito, mientras que los tribunales europeos vienen manteniendo todo lo contrario, es decir, que el *bis* alude al enjuiciamiento y el *idem* a los hechos. No obstante, en los epígrafes anteriores hemos podido comprobar que esto no es del todo así. En la práctica, los tribunales europeos han construido una serie de teorías —*ad hoc* y aplicadas solo en casos extremos— que permiten sostener que, en realidad, el principio *ne bis in idem* en Europa significa que no cabe doble enjuiciamiento por el mismo ilícito, pero sí por los mismos hechos.

En otras palabras, en la práctica parece que los tribunales europeos hayan terminado admitiendo, aunque no expresamente, que el interés jurídico protegido por las normas sancionadoras es relevante, de modo que unos mismos hechos pueden ser sancionados varias veces, siempre que se haga con distintos fundamentos o para castigar todo su desvalor. Donde los tribunales europeos no ceden es en el *bis*: unos mismos hechos solo pueden dar lugar a un enjuiciamiento. Ahora bien, ese único enjuiciamiento puede llevarse a cabo en un único procedimiento o en dos estrechamente vinculados.

Podría decirse que la jurisprudencia del TEDH y del TJUE sobre la vinculación material y temporal entre procedimientos punitivos proclama la compatibilidad del sistema de doble vía punitiva (administrativa y penal) para el castigo de la misma infracción utilizado por un gran número de Estados europeos, entre ellos, y muy destacadamente, España[58].

Precisamente por eso, creo que el TC español debería hacer suya esta doctrina sobre la vinculación de procesos punitivos[59] y desterrar

---

[58] Es también el caso de Italia. Precisamente por eso, Buffon (2019: 535) propone la introducción de mecanismos de coordinación entre los procesos administrativos y penales y la compensación en el cómputo de las penas como herramientas para evitar que el *doppio binario sanzionatorio* suponga una vulneración del *ne bis in idem* procesal. En sentido más crítico se muestra Ruggiero (2018: 180–185), que aprecia que los criterios de conexión material y temporal entre procedimientos son demasiado vagos, aunque reconoce su utilidad para justificar los sistemas de doble vía punitiva.

[59] El Tribunal Supremo parece haberla adoptado en su sentencia de 27 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3588) a propósito de resolver un recurso de casación. Un comentario de esta sentencia se puede encontrar en el blog *delaJusticia.com*: *https://delajusticia.com/2023/09/10/el-limite-de-lo-soportable-por-prejudicialidad-penal-mientras-la-administracion-aguarda/#* (Fecha visita el 10/09/2023).

para siempre aquella que equipara la vertiente procesal del *ne bis in idem* con la regla de la preferencia de la vía penal. Así, podría declararse sin fisuras la vigencia de esta garantía procedimental tanto en el ámbito del Derecho penal como en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

Esto permitiría seguir afirmando la regla de la preferencia de la vía penal y aplicarla en los casos de concurso entre una norma penal y otra administrativa sancionadora: bastaría que, como suele suceder en la práctica, el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador se sustanciasen de forma coordinada, garantizándose una única fijación de hechos probados[60] (lo que se consigue con la regla proclamada hoy en el art. 77.4 LPAC), la imposición de un castigo proporcionado (lo que se consigue con la aplicación de la vertiente material del *ne bis in idem* y con el principio de proporcionalidad) y una vinculación temporal entre ambos procedimientos[61]. En estos supuestos, no cabe hablar de doble enjuiciamiento vetado por la garantía procesal del principio *ne bis in idem*, sino de combinación de procesos punitivos[62].

Si la Administración incumpliese esta regla y tramitara el procedimiento sancionador, en lugar de suspenderlo o no incoarlo y trasladar el tanto de culpa a la jurisdicción penal, no quedaría más remedio que seguir aplicando la doctrina anterior del TC, similar a la teoría de los vicios esenciales del TEDH, para permitir la tramitación de un proceso penal que consiga castigar el total desvalor de los hechos[63]. La determinación de la pena en este proceso penal ulterior deberá realizarse teniendo en cuenta la sanción impuesta previamente y aplicando la técnica del descuento para que el castigo total impuesto sea proporcional y para que no se incurra en la prohibición de doble castigo por el mismo ilícito[64].

---

[60] Como explica Cubero Marcos (2018: 274), «uno de los indicios para considerar que se ha producido ese vínculo entre los procedimientos se refiere al hecho de que alguna de las instancias tome en consideración la resolución o el fallo emitido por la otra».

[61] En este sentido, Bueno Armijo (2022b: 205), aunque reconoce que se trata de una cuestión complicada, sostiene que «cabría aspirar a que dentro de un mismo ordenamiento se puedan establecer mecanismos reales y efectivos de coordinación entre autoridades sancionadoras, de modo que estas cuenten con pautas relativamente claras que ordenen su actuación cuando pretendan tramitar procedimientos contra un mismo sujeto por unos mismos hechos».

[62] Pérez Manzano (2018: 414). La autora sostiene que este modelo de coordinación entre las sanciones administrativas y penales es compatible con la prohibición de incurrir en *bis in idem* porque «reúne las condiciones de conexión material y temporal suficiente entre los procedimientos exigidas por esta jurisprudencia. Podría en tal sentido afirmarse que estamos ante una *combinación* de procedimientos, un único procedimiento globalmente considerado, y no ante una duplicidad procedimental prohibida».

[63] Esto evitaría la picaresca de instrumentalizar el principio *ne bis in idem* como táctica defensiva. Así, los ciudadanos no caerían en la tentación de cumplir la sanción administrativa para evitar una posible condena penal porque sabrían que, en todo caso, podrían verse sometidos a un proceso penal complementario del anterior procedimiento administrativo sancionador.

[64] La STC 2/2023, de 6 de febrero, ha declarado la nulidad de una sentencia penal que condenó a un menor de edad con una pena de cinco meses de libertad vigilada porque no llevó

Además, si nuestro TC aceptara que el *ne bis in idem* procesal consiste en la prohibición de un doble enjuiciamiento por los mismos hechos, se tendría que aplicar esta garantía no solo en los casos de concurso de normas, sino también en los de concurso ideal de infracciones, no para evitar que cada ilícito reciba un castigo (la vertiente sustantiva seguiría aplicándose únicamente en los supuestos de concurso de normas), sino para exigir que todos los castigos procedentes se impongan en el mismo procedimiento punitivo.

Como consecuencia, en aquellos casos en los que se inicie, en atención a los mismos hechos, un proceso penal para castigar un ilícito y un procedimiento sancionador para castigar otro, o dos procedimientos administrativos sancionadores para castigar diferentes infracciones administrativas, también habrá que garantizar la adecuada conexión entre ambos procesos punitivos, de modo que el ciudadano sienta que solo ha sido enjuiciado una vez por los mismos hechos. Es, por ello, que la regla de la aceptación de los hechos declarados como probados por el juez rige plenamente aquí y no solo en los supuestos en que concurre la triple identidad (concurso de normas). Aunque, teóricamente, el proceso penal y el administrativo sancionador podrían tramitarse simultáneamente, en la práctica la Administración tendrá que suspender el procedimiento sancionador hasta que el juez penal determine cuáles son los hechos probados, pues solo así se puede dar cumplimiento al art. 77.4 LPAC.

Mayores problemas surgirán cuando se tramiten paralelamente dos procedimientos administrativos sancionadores. Las autoridades competentes en uno y otro caso tendrán que coordinarse para no resolver en virtud de presupuestos fácticos diversos. Y lo mismo sucederá con la garantía de la proporcionalidad de los castigos impuestos: en los supuestos de concurso de delito e infracción administrativa, la Administración deberá tener en cuenta la pena impuesta para determinar la sanción procedente en el caso concreto, y cuando concurran dos infracciones administrativas, las autoridades competentes para sancionarlas tendrán que coordinarse a la hora de imponer la sanción[65].

Por otra parte, con relación a la caducidad, y como he explicado con anterioridad, la constitucionalidad de la posibilidad que prevé el art. 95.3 LPAC de incoar un nuevo procedimiento sancionador cuando ya ha caducado uno previo con el mismo objeto se ha salvado en nues-

---

a cabo el descuento de la anterior sanción administrativa de multa de 100 euros que la Administración había impuesto al menor por los mismos hechos (subir a un tren sin haber adquirido el billete) y que este había abonado.

[65] No obstante, en estos casos, en los que cada infracción contempla un ilícito diverso, lo normal es que se respetase el principio de proporcionalidad incluso aunque los procedimientos sancionadores se tramitasen de forma inconexa, pues es la Ley la que determina qué castigo corresponde a cada ilícito.

tro país, de un tiempo a esta parte, negando la vigencia de la garantía procesal del *ne bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador. Sin embargo, no parece que esa teoría se pueda seguir manteniendo. Es, por este motivo, que se han alzado algunas voces en la doctrina para advertir que la incoación de un nuevo procedimiento sancionador por caducidad del anterior puede vulnerar la vertiente procesal del *ne bis in idem*[66]. Cano Campos (2001: 243) incluso defiende que «el efecto de la caducidad del procedimiento sancionador debiera asimilarse al del sobreseimiento libre en el proceso penal», de modo que impida un segundo proceso por el mismo ilícito y respecto de la misma persona. Parece, desde luego, que esta sería la opción más respetuosa con el derecho fundamental. Quizás la LPAC debería hacer suya la regla que proclama el art. 211.4 LGT, conforme a la que la caducidad de un procedimiento sancionador extingue la acción pública sancionadora.

Tal y como están las cosas, para hacer compatible la posibilidad que brinda el art. 95.3 LPAC y la vertiente procesal del *ne bis in idem*, quizás pudiera sostenerse que el procedimiento sancionador posterior al caducado es, en realidad, una continuidad del primero. Ahora bien, sería en todo caso necesario que entre ambos procesos punitivos se cumplieran los criterios que el TEDH exige para apreciar una vinculación material y temporal. Lo cierto es que a ello contribuye el propio art. 95.3 LPAC cuando dispone: «En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad». Esa incorporación de actos y trámites permite garantizar una cierta vinculación material entre los procedimientos, y la propia existencia de la prescripción contribuye a la conexión temporal entre ambos.

Incluso sin acudir a esta jurisprudencia europea, podría argumentarse que la caducidad de un procedimiento sancionador no impide la tramitación de otro posterior con el mismo objeto porque la resolución del primero no entra a valorar el fondo del asunto. El TJUE, para que se aplique la garantía *ne bis in idem*, exige dos condiciones: una resolución firme —o, en otras palabras, una decisión que excluya todo enjuiciamiento ulterior— y que tal resolución, sea de condena o de absolución, haya sido adoptada tras una apreciación del fondo del asunto (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2022: 7)[67]. Cuando un procedimiento sancionador caduca, ni existe una decisión excluyente

---

[66] Cano Campos (2001: 243), Rebollo Puig (2022: 263–264) y Doménech Pascual (2010: 787–788).

[67] En este sentido, véanse las SSTJUE de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brügge*, asuntos acumulados C–187/01 y C–385/01; de 10 de marzo de 2005, *Miraglia*, asunto C–469/03; de 28 de septiembre de 2006, *Van Straaten*, asunto C–150/05 y *Gasparini*, asunto C–467/04; de 22 de diciembre de 2008, *Turansky*, asunto C–491/07; y de 29 de junio de 2016, *Kossowski*, asunto C–486/14.

de todo enjuiciamiento ulterior (salvo que se reformara la LPAC en el sentido de lo que dispone la LGT), ni la resolución entra a valorar el fondo del asunto. Como explica Doménech (2007: 745), en estos casos la resolución (la declaración de caducidad) está provista de «una eficacia jurídica meramente formal».

He de reconocer que no me convence ninguno de estos planteamientos. No creo que el *ne bis in idem* impida siempre la tramitación de un nuevo procedimiento sancionador después de la caducidad de uno previo ni que, en todo caso, quepa tramitar ese segundo procedimiento punitivo. Me parece que depende de las circunstancias; habría que realizar un examen *ad hoc* para examinar, fundamentalmente, si el sujeto, con el primer procedimiento tramitado (el caducado), ha padecido verdaderamente un enjuiciamiento. Imaginemos que la Administración incoa un procedimiento sancionador y después permanece inactiva[68]. Puede que en esos la garantía *ne bis in idem* no impidiera la apertura de un nuevo procedimiento sancionador. Entre otras cosas, porque el sujeto que se ve nuevamente enjuiciado no padeció materialmente el primer procedimiento (quizás ni siquiera llegó a saber que se había incoado). Creo que es fundamental, en este sentido, tener en cuenta lo que advirtió Santamaría Pastor (2005: 16):

> «La razón última de la caducidad se encuentra en un indeseable efecto psicológico, bien conocido de muchos ciudadanos: […] la eficacia intrínsecamente punitiva que posee la mera tramitación de procedimientos públicos de resultado potencialmente gravoso, antes de su resolución, y, por tanto, al imperativo de fijar al sufrimiento que infligen un límite temporal terminante».

Puede que este efecto, que, siguiendo a Chaves, podríamos denominar «pena de taburete» (por su analogía con la «pena de banquillo» que conlleva la mera tramitación de un proceso penal)[69], sea el responsable

---

[68] La caducidad se produce por el mero transcurso del plazo máximo previsto por la ley, *ope legis*, sin necesidad de su declaración formal (Santamaría Pastor, 2005: 27; Rebollo Puig, 2022: 210; y Huergo Lora, 2023: 377). Y se produce con independencia de lo que haya hecho la Administración durante el transcurso de ese plazo, es decir, tanto si ha entrado a resolver el fondo del asunto como si sencillamente incoó el procedimiento y después permaneció inactiva. En definitiva, «la perención del procedimiento constituye, así, una cuestión de orden público procesal, ajena por completo al poder de disposición de las partes del procedimiento» (Santamaría Pastor, 2005: 29). Ello no quita que la Administración siga teniendo el deber legal de declarar expresamente la caducidad y de archivar las actuaciones. Esta declaración formal de caducidad debería realizarse antes de la incoación de un nuevo procedimiento con el mismo objeto, pero la jurisprudencia viene aceptando la posibilidad de que la caducidad se declare más adelante, cuando se dicta resolución en el segundo procedimiento. Huergo Lora (2023) explica con detalle esta jurisprudencia y todos los vaivenes que ha sufrido.

[69] Acuña esta expresión en su blog *delaJusticia.com*, en concreto, en el post titulado «La pena de taburete: Suspensión del procedimiento sancionador por actuaciones penales». Disponible en *https://delajusticia.com/2016/11/24/la-pena-de-taburete-suspension-del-procedimiento-sancionador-por-actuaciones-penales/* (Fecha visita el 10/09/2023).

de que los tribunales europeos hayan configurado el *ne bis in idem* como un derecho eminentemente procesal: el simple padecimiento de la tramitación de un procedimiento sancionador comporta ya un perjuicio para el presunto responsable (por la posible existencia de medidas cautelares perjudiciales y gravosas, la inseguridad jurídica sobre su situación personal y patrimonial, el probable degrado de su imagen y honor…) que impediría la tramitación de un posterior procedimiento punitivo sobre los mismos hechos, con independencia de que el primero se haya resuelto expresamente (con una decisión sobre el fondo del asunto) o haya caducado. Ahora bien, si esa «pena de taburete» no se materializa porque no se hace recaer carga alguna sobre el presunto responsable (al que puede que, en algún caso, ni siquiera se llegue a notificar el acto de iniciación del procedimiento sancionador), cabría argumentar que el *ne bis in idem* no impide en esta situación la tramitación de un segundo procedimiento punitivo.

En definitiva, a mi parecer, lo fundamental para que se active esta garantía procesal es que, efectivamente, el primer procedimiento, finalizado con resolución firme (de condena, de absolución o de caducidad), haya supuesto un verdadero y material enjuiciamiento, con los perjuicios que este conlleva[70]. Como esta suele ser la regla general, también debe serlo que la caducidad de un procedimiento impide la tramitación de otro posterior con el mismo objeto[71], pues «resulta inadmisible que sea el acusado el que tenga que pagar, nada menos que con una nueva "pena de banquillo", por la torpe actuación de las autoridades estatales» (Doménech Pascual, 2007: 743–744). En los casos excepcionales en que no fuera así, podría proceder la tramitación de un segundo procedimiento y ello no vulneraría el derecho al *ne bis in idem*[72].

Para concluir, y en resumen, creo que lo ideal sería que el TC adoptara la jurisprudencia europea sobre la vinculación material y temporal entre procesos punitivos y que nuestro legislador introdujera los cambios procedentes en nuestro ordenamiento para garantizar que, siempre que se produzca un doble enjuiciamiento de los mismos hechos, se trate de un «sistema coherente e integrado que se enfrenta con diversos aspectos de una infracción de forma previsible y proporcionada, for-

---

[70] Recordemos que el objetivo del *ne bis in idem* no solo es garantizar la *res iudicata*, sino, sobre todo, evitar el perjuicio de la persona que se ve sometida al ejercicio del *ius puniendi* estatal (Luchtman, 2018: 1721).

[71] Creo que esto debería ser así, sobre todo, teniendo en cuenta la ampliación del plazo máximo para resolver los procedimientos sancionadores que puede amparar el art. 23 LPAC, así como la posible suspensión de su cómputo *ex* art. 22 LPAC.

[72] Hay que tener en cuenta, no obstante, que puede haber otros límites a la posibilidad de iniciar procedimientos sancionadores después de la caducidad de otros anteriores. En alguna sentencia, el Tribunal Supremo ha mantenido que la sanción administrativa impuesta después de seguirse hasta tres veces el procedimiento administrativo sancionador constituye un abuso de derecho por parte de la Administración (STS 3891/2002, de 30 de mayo).

mando un todo interrelacionado, de forma que la persona afectada no se vea sometida a un tratamiento injusto» (López Guerra, 2019: 10–11). Solo así se respetaría verdaderamente la garantía procesal del principio *ne bis in idem*.

## 5. CONCLUSIONES

La jurisprudencia europea sobre los procedimientos punitivos vinculados ofrece a nuestro país (y a todos los demás países cuyo *ius puniendi* se encuentra repartido entre la jurisdicción penal y la Administración Pública) la posibilidad de conciliar nuestro sistema punitivo con la concepción europea del *ne bis in idem*, en concreto, con la vertiente procesal de tal garantía.

La tramitación de un procedimiento administrativo sancionador después de la caducidad de uno previo con el mismo objeto no siempre supone una vulneración del derecho fundamental al *ne bis in idem*. Todo depende de si el sujeto verdaderamente ha padecido un enjuiciamiento con la tramitación del procedimiento caducado.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Sotomayor, L. (2008), *La garantía ne bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, Iustel.

— (2010a), «Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: *ne bis in idem*», en Rebollo Puig, M. *et al.*, *Derecho Administrativo Sancionador,* Valladolid, Lex Nova, pp. 359–422.

— (2010b), «El *ne bis in idem* como principio general del Derecho Administrativo», en Santamaría Pastor, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo,* Madrid, La Ley, pp. 387–426.

— (2010c), «Principio *ne bis in idem*», en Lozano Cutanda, B. (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas,* Madrid, Iustel, pp. 762–779.

— (2019), «Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?», *Revista Galega de Administración Pública*, 57: 281–309.

Bueno Armijo, A. (2021), «El principio *ne bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», en Rebollo Puig, M. *et al.*, *Derecho Administrativo Sancionador,* Valladolid, Lex Nova, pp. 271–307.

— (2022a), «La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, Sabalic C. Croacia, rec. núm. 50231/13», en Calzadilla Medina, M. A. y Martinón Quintero, R. (dirs.), *El derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 677–700.

— (2022b), «Carácter procedimental del *ne bis in idem* en la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, 218: 171–206.

Buffon, C. (2019), «Interferenze tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio», *Processo penale e giustizia*, 2: 526–539.

Cano Campos, T. (2001), «*Ne bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en Derecho Administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, 156: 191–249.

— (2018), *Sanciones administrativas*, Madrid, Francis Lefebvre.

— (2022), «Los claroscuros del *ne bis in idem* en el espacio jurídico europeo», en Rebollo Puig, M. *et al.* (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022,* Cizur Menor, Civitas, pp. 27–69.

Chinchilla Marín, C. (2015), «La audiencia pública en el procedimiento administrativo sancionador y la prohibición de iniciar actuaciones penales por unos hechos que ya han sido sancionados por la Administración: dos exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la STEDH de 4 de marzo de 2014», en Rebollo Puig, M. *et al.* (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela,* Madrid, Iustel, pp. 791–815.

Cubero Marcos, J. I. (2018), «Las aporías del principio *ne bis in idem* en el Derecho Administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, 207: 253–288.

Doménech Pascual, G. (2007), «¿Es compatible con el principio «ne bis in idem» reabrir un procedimiento sancionador caducado?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136: 727–755.

— (2010), «Principio *ne bis in idem* y reapertura de procedimientos sancionadores caducados», en Lozano Cutanda, B. (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas,* Madrid, Iustel, pp. 779–788.

Galán Galán, A. (2001), *La potestad normativa autónoma local*, Barcelona, Atelier.

García Caracuel, M. (2018). «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJUE y del TEDH», en Caruso Fontán, M. V. y Pérez Alberdi, M. R. (dirs.), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 475–492.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2011), *Curso de Derecho Administrativo I*, 15.ª ed., Cizur Menor, Civitas.

García Rivas, N. (2018), «El diálogo entre tribunales en la Unión Europea en materia de *ne bis in idem»*, en Morales Pratas, F. *et al.* (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares,* Cizur Menor, Aranzadi, pp. 105–133.

Hernández López, A. (2019), «La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales», *Revista de Estudios Europeos*, 1: 286–304.

Huergo Lora, A. (2023), «Caducidad y litispendencia en los procedimientos administrativos (de reintegro de subvenciones): la necesidad de resolver un procedimiento antes de iniciar otro con el mismo objeto», en Recuerda Girela, M. A. (dir.), *Anuario de Derecho Administrativo 2023,* Cizur Menor, Civitas, pp. 363–383.

Izquierdo Carrasco, M. (2001), «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario 1: 207–258.

López Guerra, L. (2019), «La sentencia de 14 de octubre de 2019 desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 26: 292–305.

López Ramón, F. (2014), «La caducidad del procedimiento de oficio», *Revista de Administración Pública*, 194: 11–47.

Lozano Cutanda, B. (2018), «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 102: 17–41.

Luchtman, M. (2018), «The ECJ's recent case law on *ne bis in idem*: implications for law enforcement in a shared legal order», *Common Market Law Review*, 55: 1717–1750.

Martín Fernández, C. (2023), *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor.

Nieto García, A. (2005), *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos.

Pérez Manzano, M. (2018), «*The Spanish connection*: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22: 383–420.

Rebollo Puig, M. (2010), «En especial, el principio *ne bis in idem* en sanciones disciplinarias», en Rebollo Puig, M. *et al*., *Derecho Administrativo Sancionador,* Valladolid, Lex Nova, pp. 423–448.

— (2015a), «En busca de la prevalencia perdida», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 93: 13–61.

— (2015b), «La protección administrativa del espacio público. En particular, mediante sanciones», en Cierco Seira, C. *et al.* (coords.), *Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos,* Cizur Menor, Aranzadi, pp. 145–231.

— (2016), «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», en Gosálvez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público y las Administraciones locales,* Granada, CEMCI, pp. 345–495.

— (2022), «Caducidad de procedimientos desfavorables; en especial, del sancionador», en Rebollo Puig, M. *et al.* (coords.), *Anuario de Derecho Administrativo sancionador 2022,* Cizur Menor, Civitas, pp. 209–274.

Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (2005), El régimen de infracciones y sanciones. En G. Fernández Farreres (dir.). *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (pp. 597–702). Madrid: Civitas.

Rodríguez–Piñero y Bravo–Ferrer, M. (2022), «Nuevos pasos en la jurisprudencia del TJUE sobre el principio *ne bis in idem*», *Diario La Ley*, 10081: 1–10.

Ruggiero, R.A. (2018), «Il *ne bis in idem*: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente», *Revista Ítalo–Española de Derecho Procesal*, 1: 147–185.

Santamaría Pastor, J.A. (2005), «Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP)», *Revista de Administración Pública*, 168: 7–56.

Tardío Pato, J.A. (2005), «Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 298–299: 11–53.

Terradillos Basoco, J. M. (2022), «Legalidad penal: tipicidad, no retroactividad, *non bis in idem*», en Llovet Rodríguez, J. y Ruíz Rodríguez, L. R. (coords.), *Principios y garantías penales y procesales en la doctrina de la CIDH y el TEDH*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, pp. 83–111.

Vervaele, J. A. E. (2004), «El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, 5: 1–20.

# LA TRANSNACIONALIDAD DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN EL ÁMBITO EUROPEO A PROPÓSITO DE LA STC 1/2023, DE 6 DE FEBRERO[1]

Julia López Espejo

## 1. INTRODUCCIÓN

Dilucidar cuál es el alcance y el contenido del principio de *non bis in idem* es de especial importancia en un momento en el que la comisión de ilícitos penales y administrativos con alcance transfronterizo e internacional es completamente habitual y, en consecuencia, los problemas de enjuiciamiento de estos se vuelven más complejos. En este sentido, el principio *non bis in idem* juega un papel importante pues prohíbe las dobles sanciones (*vertiente material* del principio) y los dobles procedimientos sancionadores (*vertiente procesal* del principio) contra un mismo sujeto, por los mismos hechos y, tradicionalmente, con base en el mismo fundamento jurídico. De este modo, en los supuestos de infracciones de carácter transnacional, solamente será uno de los Estados implicados el que pueda, en el supuesto de que concurra esa triple identidad, ejercer la potestad sancionadora. El *non bis in idem*, por tanto, garantiza, en sus vertientes material y procesal, que un sujeto no pueda ser sancionado dos veces o sometido a dobles procedimientos sancionadores por los mismos hechos y con base en los mismos fundamentos jurídicos por diferentes Estados de la Unión

[1] El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía «La Nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa» (PROYEXCEL 00903).

Europea. No obstante, este último requisito referido a la identidad de fundamento ha sido matizado por los tribunales supranacionales en el sentido que más adelante se explicará. En cualquier caso, no cabe duda de que la prohibición de incurrir en *bis in idem* se configura como un elemento necesario para el desarrollo y la consecución de la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia.

El principio *non bis in idem* se encuentra previsto en la práctica totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tal es el caso del art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el art. 4 del Protocolo núm. 7 adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, Protocolo núm. 7) o en el art. 8.4 de la Convención americana sobre derechos humanos, si bien en tales convenios, la prohibición de incurrir en *bis in idem* atiende exclusivamente al ámbito interno de los Estados. Cuando se trata de su aplicación en el espacio de la Unión Europea este principio viene enunciado en el art. 50 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, CDFUE) y en los arts. 54–58 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 1985 (en adelante, CAAS), pretendiendo el art. 54 CAAS evitar, en el espacio de libertad, seguridad y justicia, que una persona juzgada por una sentencia firme se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros por el hecho de ejercer su derecho a la libre circulación[2], es decir, el objetivo de ese precepto es «evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados contratantes»[3].

En este sentido los preceptos que a nivel supranacional prevén la prohibición de incurrir en *bis in idem* han sido analizados y desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) y aplicados por los distintos Estados miembros. En efecto, en la STC 1/2023, de 6 de febrero, el máximo intérprete de la Constitución Española, en aplicación de los distintos criterios jurisprudenciales existente a nivel europeo, pondera los riesgos de una potencial vulneración del principio *non bis in idem*, con infracción del art. 50 CDFUE y el art. 54 CAAS en un supuesto de hecho que afecta a distintos países de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, en el que la mercantil Volkswagen A. G. había manipulado los motores EA 189 mediante un dispositivo de desactivación instalado en el software, que detectaba cuando lo automóviles estaban siendo sometidos a procesos de prueba y disminuía los niveles de emisión de gases.

---

[2] STJUE de 28 de octubre de 2022, *Generalstaatsanwaltschaft München*, C–435/22, apartado 76.

[3] STJUE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, C–436/04, apartado 33.

En este trabajo nos proponemos, en primer lugar, analizar los distintos niveles de protección del *non bis in idem* a nivel europeo, resaltando las diferencias que se dan entre los diferentes textos normativas en los que se prevé este derecho fundamental. En segundo lugar, examinaremos los criterios jurisprudencionales establecidos a nivel europeo que han ido perfilando y dotando de contenido al *non bis in idem* para, en tercer lugar, conocer cómo estos criterios europeos resultan de aplicación por parte del Tribunal Constitucional español a un supuesto de hecho de carácter transnacional que afecta a distintos Estados miembros, en el que las autoridades españolas se ven implicadas, como es el que se enjuicia en la STC 1/2023, de 6 de febrero.

## 2. LOS DISTINTOS NIVELES DE PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO EUROPEO. PRINCIPALES DIFICULTADES QUE SE DETECTAN

El principio *non bis in idem* se encuentra consagrado tanto a nivel internacional como europeo. En el primer caso, el principio *non bis in idem* se ha consagrado como un derecho individual en los tratados internacionales de derechos humanos, tal y como ocurre en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966[4] (en adelante, PIDCP). Sin embargo, algunos Estados europeos han formulado reservas al *non bis in idem* consagrado en el PIDCP. En este sentido, por ejemplo, el Reino de los Países Bajos, acepta la aplicación del art. 14.7 PIDCP únicamente en la medida en que no entrañe otras obligaciones distintas de las enunciadas en el art. 68 del Código Penal de los Países Bajos y en el art. 70 del Código Penal de las Antillas Neerlandesas (Bonaire, San Eustaquio y Saba), tal y como se aplican actualmente[5].

---

[4] Art. 14.7 PIDCP: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país»

[5] Estos preceptos disponen que:

«1. Salvo en los casos en que las decisiones judiciales sean revisables, nadie podrá ser procesado de nuevo por un delito que haya sido decidido irrevocablemente en su contra por una decisión definitiva de los tribunales de los Países Bajos, Aruba, Curaçao, San Martín o las entidades públicas de Bonaire, San Eustaquio y Saba.

2. Si la cosa juzgada procede de otro tribunal, no habrá enjuiciamiento contra la misma persona por el mismo delito en caso de:

1.º absolución o sobreseimiento del proceso;

2.º condena, si se ha impuesto una pena, seguida de ejecución íntegra, indulto o prescripción de la pena.

3. Ninguna persona podrá ser procesada por una infracción irrevocablemente dispuesta contra ella en un Estado extranjero por el cumplimiento de una condición impuesta por la autoridad competente para evitar la persecución penal».

En el ámbito europeo, el principio *non bis in idem* se establece normativamente tanto en el Derecho del Consejo de Europa como en el Derecho de la Unión Europea.

En el caso del Derecho del Consejo de Europa, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos[6] negó que este principio estuviera reconocido como tal en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), sin excluir en términos absolutos, sin embargo, que algunas persecuciones dobles pudieran violar el derecho a un juicio justo conforme dicho artículo[7]. Aunque es cierto que la prohibición de incurrir en *bis in idem* no se encuentra de manera expresa en el texto del CEDH, la incorporación de este principio como derecho protegido en el seno del Consejo de Europa se produjo con la adopción del Protocolo. núm. 7 hecho en Estrasburgo, el 22 de noviembre de 1984. El art. 4 de este Protocolo núm. 7 adherido al CEDH establece que:

> «1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.
>
> 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.
>
> 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el art. 15 del Convenio».

En cuanto al Derecho de la Unión Europea, la primera positivización del principio *non bis in idem* la encontramos en el año 1990 con la aprobación del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (en adelante, CAAS), que se incorporó al Derecho de la UE a través del Protocolo 19 anexo al Tratado de Ámsterdam y que en su capítulo tercero (arts. 54–58) se refiere a la aplicación del principio *non bis in idem* como un principio transnacional en la UE. Con la incorporación del CAAS al Derecho de la Unión Europea, la regulación contenida en aquel Convenio ha quedado extendida a todos los Estados miembros y de ahí que se haya calificado como el primer convenio multilateral que establece el principio internacional *non bis in idem* como un derecho individual *erga omnes*[8]. En concreto, el art. 54 CAAS dispone que:

> «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la

---

[6] European Commission on Human Rights, 13/07/1970, application 4212/69, CDR 35, 151.

[7] Varvaele (2014: 7).

[8] Varvaele (2009: 129).

> sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

No obstante, a pesar de producirse la primera normativización del principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea en el año 1990, el TJUE viene reconociéndolo desde jurisprudencia temprana. En concreto, en la STJUE de 5 de mayo de 1966, *Gutmann*, asuntos acumulados 18/65 y 35/65, referida a sanciones disciplinarias, el TJUE ya estableció que el principio *non bis in idem* prohíbe no solo establecer dos sanciones disciplinarias por una misma falta, sino iniciar «dos procedimientos disciplinarios debido a un mismo conjunto de hechos», poniéndose ya, desde los inicios, el acento por parte del TJUE en la vertiente procesal de principio.

A su vez, en el año 2009, junto con el Tratado de Lisboa, entra en vigor la CDFUE en cuyo art. 50 se contempla el «derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción». En concreto, el art. 50 CDFUE establece que:

> «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

Una vez expuesto el reconocimiento normativo del principio *non bis in idem* a nivel europeo, parece necesario hacer algunas puntualizaciones en relación con determinadas diferencias o dificultades que se detectan en relación con la forma en la que el mismo viene enunciado en los diferentes textos normativos. En concreto, son cuatro las puntualizaciones que cabría hacer.

En primer lugar, el art. 4 del Protocolo núm. 7 no es un instrumento vinculante para todos los Estados miembros de la Unión Europea. Varios países de la Unión Europea han formulado reservas o declaraciones con la finalidad de limitar su ámbito de aplicación. Así, numerosos países ni siquiera han ratificado el art. 4 del Protocolo núm.7, como es el caso de Alemania, Bélgica y Países Bajos, y otros han formulado reservas para asegurarse de que el principio *non bis in idem* se aplique exclusivamente en relación con sanciones de carácter estrictamente penal. Este ha sido el caso de Francia, Italia, Austria y Portugal. En el caso español, la tardanza en la ratificación del Protocolo también fue significativa, pues hasta el 28 de agosto de 2009 no se ratificó sin reservas el Protocolo, y no fue hasta el 1 de diciembre de 2009 cuando surtió efectos a nivel nacional. Para Pérez Manzano, esta disparidad en cuanto al reconocimiento y ratificación del contenido y alcance del principio *non bis in idem* es preocupante pues «cuestiona su propia esencia de

derecho fundamental y es caldo de cultivo para que se desarrolle una serpenteante jurisprudencia europea»[9].

En este sentido consta que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio» (art. 52.3 CDFUE). No obstante, se plantea la cuestión de si este criterio contenido en el apartado tercero del art. 52 CDFUE se aplica también en los casos en los que una disposición del CEDH no obliga a todos los Estados miembros por existir respecto a la misma reservas, declaraciones o faltas de ratificación.

A nuestro parecer, siguiendo la opinión del abogado general Bobek en el asunto *Zoran Spasic*[10], la falta de ratificación del Protocolo núm. 7 por algunos Estados miembros o la existencia de reservas o declaraciones respecto de este, no puede afectar a la interpretación que el TJUE haga del art. 50 CDFUE, de manera que ese hecho no es suficiente para alterar el alcance de la previsión contenida en el art. 52.3 CDFUE. De aceptarse lo contrario, ello equivaldría a reconocer a los Estados miembros una facultad de interpretación unilateral del contenido del sistema de derechos fundamentales de la Unión, lo cual supone una práctica peligrosa e insegura que debe excluirse a la luz del principio de autonomía del Derecho de la Unión en conexión con la función del TJUE de asegurar su interpretación uniforme.

En segundo lugar, el art. 50 CDFUE, a diferencia del art. 4 del Protocolo núm. 7 CEDH, se aplica en el ámbito del Derecho de la Unión Europea (que puede ser nacional, transnacional o europeo), es decir, podría entrar en juego en el caso de que existan condenas o procedimientos punitivos dobles por los mismos hechos en distintos Estados miembros de la Unión Europea. De modo que el art. 4 del Protocolo núm. 7 no se aplica a las relaciones transfronterizas, sino que su ámbito de aplicación está limitado estrictamente a las situaciones internas de un Estado. Del mismo modo que el art. 50 CDFUE, también el art. 54 CAAS presenta carácter transnacional. Sin embargo, en lo que concierne al art. 54 CAAS, como ya mencionamos, el TJUE ha afirmado que «el principio *non bis in idem* consagrado en el citado artículo pretende evitar, en el espacio de libertad, seguridad y justicia, que una persona juzgada en sentencia firme se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros por el hecho de ejercer su derecho a la libre circulación»[11]. De modo que el art. 54 CAAS solo entraría en juego en

[9] Pérez Manzano (2018: 390).

[10] STJUE de 27 de mayo de 2014, asunto *Zoran Spasic*, C–129/14.

[11] STJUE de 28 de octubre de 2022, *Generalstaatsanwaltschaft München*, C–435/22, apartado 76.

los asuntos en los que pudiese verse vulnerada la libre circulación de personas, que constituye la razón de ser del art. 54 CAAS[12].

En tercer lugar, se ha debatido en la jurisprudencia europea si la condición de ejecución que introduce la redacción dada por el art. 54 CAAS al principio *non bis in idem* supone una limitación de este conforme al Derecho de la UE. Recordemos que con base en el art. 54 CAAS la prohibición de incurrir en *bis in idem* entraría en juego solo cuando «en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena». Conforme al art. 52.1 CDFUE, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por esta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Además, continúa estableciendo el precepto que, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones de esos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

El análisis de la adecuación del contenido del art. 54 CAAS al art. 52.1 CDFUE donde se establecen los criterios para poder limitar los derechos y libertades en ella contenidas se realiza pormenorizadamente en la STJUE de 27 de mayo de 2014, asunto *Zoran Spasic.* En este sentido, se analizan los tres requisitos que debe cumplir la condición de ejecución del art. 54 CAAS para que sea conforme al Derecho de la UE:

El primer requisito, que se refiere a la exigencia de que la limitación venga establecida por ley, ha de entenderse cumplido ya que la limitación deriva del propio art. 54 CAAS.

En cuanto al requisito relativo al contenido esencial del derecho, el TJUE entiende que la condición de ejecución prevista en el art. 54 CAAS no incide ni modifica el contenido esencial del principio *non bis in idem* en cuanto tal, sino que más bien añade un contenido accesorio al tratar de evitar que una persona que ha sido condenada mediante sentencia firme en un primer Estado contratante y que ya no puede ser, por tanto, perseguida por los mismos hechos en un segundo Estado contratante, quede finalmente impune en el supuesto de que el primer Estado no haga ejecutar la pena impuesta.

El tercer requisito consiste en el respeto al principio de proporcionalidad que exige que la limitación que se haga de los derechos y libertades sea necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general. Según resulta del art. 67 TFUE, apartado 3, el objetivo

[12] En este sentido, véanse también las conclusiones del abogado general Campos Sánchez–Bordona, en el caso *Volkswagen Group Italia S.p.A*. y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, apartados 40 y 41.

asignado a la Unión de constituir un espacio de libertad, seguridad y justicia requiere que la Unión se esfuerce por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, y de lucha en su contra, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales. Pues bien, la condición de ejecución prevista en el art. 54 CAAS habría de insertarse en ese contexto, ya que, en relación con lo que decíamos en el párrafo anterior, pretende evitar en el espacio de libertad, seguridad y justicia la impunidad de la que se podrían beneficiar personas condenadas por una sentencia penal firme en un Estado miembro de la Unión. Entiende por tanto el TJUE que, en efecto, la condición de ejecución prevista en el art. 54 CAAS es adecuada para lograr el objetivo general perseguido por el art. 67.3 TFUE al permitir que las autoridades de un Estado contratante persigan por los mismos hechos a una persona condenada en sentencia firme por otro Estado contratante que no ha ejecutado la sanción impuesta, evitándose, así, el riesgo de que esa persona condenada quede impune al haber salido del territorio del Estado de condena.

En cuarto y último lugar, para terminar con las diferencias que se detectan en la redacción dada al principio *non bis in idem* en los distintos textos normativos europeos, cabe resaltar que el art. 50 CDFUE, al igual que el art. 4 del Protocolo núm. 7 CEDH se refieren a «infracciones», mientras que el art. 54 CAAS, se refiere no a «infracciones», sino a «hechos». Este matiz presenta importancia pues al aludir al término «infracción» se está teniendo en cuenta la calificación jurídica que los hechos pueden tener en función de lo que establezca el ordenamiento jurídico de cada Estado, en cambio, si la mención legal se refiere a «hechos» parece que está aludiendo a una cuestión meramente fáctica, donde no tiene relevancia la calificación jurídica. Y, como decimos, esta distinción, tal y como se pondrá de manifiesto en el siguiente apartado, presenta relevancia.

## 3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EXISTENTES A NIVEL EUROPEO EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

### 3.1. La existencia de una «acusación en materia penal» como premisa para la aplicación del principio *non bis in idem*

Una vez analizados los distintos preceptos en los que, a nivel supranacional, se recoge el principio *non bis in idem*, es necesario preguntarse por el desarrollo jurisprudencial que los tribunales supranacionales

han efectuado alrededor de este principio. En este trabajo se va a analizar la jurisprudencia que emana de los tribunales europeos, TJUE y TEDH, para lo que se hará uso de una estructura basada en tres bloques jurisprudenciales diferenciados, pero íntimamente relacionados, a través de los cuales se da forma y se dota de contenido al principio en cuestión; en primer lugar, se expondrá el necesario carácter penal que debe tener cualquier sanción para que pueda resultar de aplicación la prohibición de incurrir en *bis in idem*; en segundo lugar, se estudiarán los criterios para dilucidar cuando se está ante una auténtica duplicidad sancionadora prohibida por el *non bis in idem*; y, en último lugar, se analizará la identidad que necesariamente ha de concurrir para que pueda tener lugar una posible vulneración del principio *non bis in idem*.

Así, en primer lugar, para que pueda resultar de aplicación el principio *non bis in idem*, es importante saber establecer con claridad si se está ante una sanción que tenga una verdadera naturaleza penal y ello porque, tanto el art. 4 del Protocolo núm. 7 como el art. 50 CDFUE, parecen limitar la acción del principio al ámbito penal. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH ha permitido aplicar las garantías del proceso penal del art. 6 CEDH (entre las que se incluye el principio *non bis in idem*) al procedimiento administrativo/tributario sancionador cuando dichas sanciones puedan tener carácter de «acusación en materia penal».

Determinar si se está o no ante una consecuencia punitiva que revista el carácter de auténtica sanción penal no resulta especialmente complicado en los supuestos en los que se imponen condenas previstas en los Códigos Penales de los Estados a través de un determinado proceso penal. Sin embargo, mucho más problemático resulta determinar cuándo deben considerarse sanciones de carácter penal ciertas medidas adoptadas por las Administraciones públicas.

En este sentido, la cuestión radica en establecer unos criterios suficientes para valorar si una sanción alcanza el rango de acusación en materia penal. Fue el TEDH quien estableció los criterios para valorar si una sanción puede ser equiparada o no a una auténtica «acusación penal». Estos criterios, conocidos como «criterios Engel»[13], asumidos también por el TJUE a partir de la STJUE de 5 de junio de 2012, *Bonda,* as. C–489/10[14], hacen depender la «naturaleza penal» de una sanción de:

*a)* La calificación jurídica de la infracción según lo que establezca el Derecho interno de cada Estado. Para determinar si una sanción tiene

[13] Estos criterios se establecen por primera vez en la STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros c. Países Bajos* y han sido reiterados en otras como la STEH de 10 de febrero de 2009, *Zolotukhin c. Rusia* y en la STEDH de 15 de noviembre de 2016, *A y B c. Noruega*.

[14] Con posterioridad a esta Sentencia, el TJUE ha hecho uso de estos criterios en la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Akerberg Fransson*, C–617/10; la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Menci,* C–524/15; y la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Garlsson Real Estate y otros*, C–537/16.

o no naturaleza penal habrá de estarse a lo que se establezca en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Si se impusiesen dos sanciones que según la normativa interna son penales, podría aplicarse directamente la prohibición de incurrir en *bis in idem*. Si, en cambio, una de las sanciones es calificada como administrativa, habrá que acudir a los dos criterios que se enuncian a continuación, criterios que no tienen por qué concurrir necesariamente de manera cumulativa, es decir, puede darse uno de los dos y ser suficiente para que pueda entrar en juego el principio *non bis in idem*[15]. Ahora bien, el TEDH viene estableciendo que, en términos generales, el Derecho nacional no puede ser el único criterio pertinente para determinar la aplicabilidad del principio de *non bis in idem* en los supuestos en los que existan dudas sobre la naturaleza de una medida restrictiva de los derechos de los ciudadanos. Por ese motivo, se establecen los siguientes criterios a tener en cuenta.

*b)* La naturaleza de la infracción. Es necesario que la sanción que se imponga derive de una norma dirigida al público en general[16], tenga como objetivo la represión y prevención y no la mera reparación de daños patrimoniales[17] y proteja bienes jurídicos que normalmente son objeto de las normas penales[18].

*c)* Por último, ha de tenerse en cuenta la gravedad de la sanción que la persona implicada corre el riesgo de soportar. En este sentido, para el TEDH, no cabe duda de que la pena privativa de libertad tendrá siempre carácter penal[19] y si la sanción consiste en una multa pecuniaria, como es el caso de la inmensa mayoría de las sanciones administrativas, la gravedad o severidad de esta dependerá de la importancia de la multa impuesta.

En este sentido destacamos la STEDH de 3 de junio de 2006, *Morel c. Francia*, en la que el TEDH considera que un recargo tributario del 10 por 100, a pesar de presentar carácter preventivo y represivo, no presenta la severidad suficiente como para ser considerado de carácter penal. En contraposición, encontramos la STEDH de 23 de julio de 2002, *Janosevic c. Suecia*, en la que se señala que las sanciones tributarias del 23, el 30 o el 50 por 100 de la cuota tributaria sí que presentan «naturaleza criminal». Asimismo, en la STEDH de 19 de junio de 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*, al imponerse al contribuyente una sanción del triple del valor de los defraudado, el TEDH entiende que esa sanción tributaria presenta naturaleza penal.

Es necesario mencionar que los «criterios Engel» resultan de aplicación para valorar la equiparación tanto de las sanciones administrativas

---

[15] STEDH de 23 de julio de 2002, *Janosevic c. Suecia*, párrafo 66.

[16] STEDH de 23 de noviembre de 2006, *Jussila c. Finlandia*, párrafo 38.

[17] SSTEDH de 23 de julio de 2002, *Janosevic c. Suecia*, párrafos 69 y 70 y de 16 de junio de 2009, *Ruotsalainen c. Finalandia*, párrafo 46.

[18] STEDH de 10 de febrero de 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Rusia, párrafo 55 y de 25 de junio de 2009, *Meresti c. Croacia*.

[19] STEDH de 10 de febrero de 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Rusia*, párrafo 56.

con las penales (vertiente material) como la equiparación del procedimiento administrativo con el proceso penal (vertiente procesal), de modo que el principio *non bis in idem* resultará de aplicación solo cuando se esté ante una sanción que tenga una verdadera naturaleza penal y que se haya impuesto a través de un procedimiento punitivo, también, de naturaleza penal. Es por eso, por la aplicación de los «criterios Engel» a la vertiente procesal del principio, por lo que, siguiendo las reflexiones de Moreno Corte, nos resulta llamativo que entre los criterios establecidos por el TEDH no se haga ninguna referencia a las características y el grado de complejidad de los procedimientos soportados, sino que se refieran exclusivamente a las sanciones impuestas en sí mismas, esto es, a la vertiente material del principio[20].

### 3.2. La matizada duplicidad sancionadora prohibida por el principio *non bis in idem*

Una vez dilucidada esta primera premisa, se debe ahora prestar atención a los criterios que los tribunales supranacionales han ido perfilando para entender que se está ante una verdadera duplicidad sancionadora prohibida por el principio *non bis in idem* (es el elemento *bis* del principio). En este sentido, el TEDH y del TJUE han seguido caminos distintos, pero, como se va a ver, paralelos.

En relación con la jurisprudencia del TEDH, para conocer cuando ha existido un segundo procedimiento punitivo prohibido por el principio *non bis in idem,* nos tenemos que referir a la STEDH de 15 de noviembre de 2016, *A y B c. Noruega*, en la que el Tribunal de Estrasburgo, protagonizando un cambio jurisprudencial, entendió que el art. 4 del Protocolo núm.7 no excluye la posibilidad de que algunos de los sistemas sancionadores de los Estados repriman ilícitos en diversos niveles, por diversas autoridades y con diversas finalidades, siempre que los distintos procedimientos no supongan realmente una duplicidad, sino que se encuentren combinados de manera integrada, formando un todo coherente, de modo que sea artificial afirmar la existencia de una duplicidad procedimental. Así, se admite la posibilidad de acumulación de procedimientos cuando exista «un vínculo material y temporal suficientemente estrecho entre ellos», produciéndose una evidente relativización del elemento *bis*.

Demostrar la existencia de una conexión material y temporal suficientemente estrecha dependerá del cumplimiento del conocido «Test Nilsson», usado para comprobar si efectivamente los procedimientos «han sido combinados de manera integrada hasta formar un todo coherente».

---

[20] Moreno Corte (2019: 5).

En relación con el vínculo material, se contemplan cuatro elementos cumulativos:

> *a)* En primer lugar, que los procedimientos persigan objetivos complementarios y estos respondan a diferentes aspectos de la conducta antisocial. García Caracuel entiende que ambos procedimientos no pueden, por tanto, reprimir el mismo aspecto de la conducta ilícita ni defender los mismos intereses y, además, las infracciones y los delitos descritos en la norma no deben definirse ni calificarse de la misma manera[21].
>
> *b)* En segundo lugar, que la duplicidad de procedimientos sea una consecuencia previsible para el ciudadano. Los procedimientos serán previsibles para el ciudadano, según el TEDH, cuando se desarrollen de forma paralela y en función de la gravedad de la infracción, la cual debe hacer previsible que se inicie un proceso penal a pesar de haber sido ya iniciado un procedimiento administrativo sancionador, o a la inversa, esto es, que pueda iniciarse un procedimiento administrativo sancionador a pesar de haberse iniciado ya un proceso penal por esos mismos hechos.
>
> *c)* En tercer lugar, que los procedimientos se desarrollen evitando en la medida de lo posible duplicidades en materia de práctica y valoración de las pruebas a través de una interacción adecuada entre las autoridades.
>
> *d)* En cuarto y último lugar, que la sanción impuesta en el primer procedimiento declarado firme se tome en consideración en los procedimientos posteriores para asegurar que el total de las sanciones impuestas no sea desproporcionado respecto de la conducta castigada[22].

En relación con el vínculo temporal, es necesario que los procedimientos se desarrollen simultáneamente durante un tiempo razonable en relación con el total de la duración de ambos procedimientos. Así, en el caso *Johannesson y otros c. Islandia*, en el que los recurrentes fueron objeto de recargos fiscales del 25 por 100 y condenas penales por delitos fiscales agravados por los mismos hechos, el TEDH consideró que el hecho de que los procedimientos administrativo y penal, de duración total entre ambos de nueve años y tres meses, solo se desarrollasen conjuntamente durante un año excluía la vinculación temporal exigida para evitar la vulneración del *non bis in idem*. Asimismo, en el caso *Ragnar Thorisson c. Islandia*, el Tribunal declara la vulneración del principio porque a lo largo de los tres años y siete meses que dura el desarrollo de ambos procedimientos (procedimiento tributario sancionador y penal) en ningún momento se produce una coincidencia temporal.

Ahora bien, fuera de estos supuestos concretos, el TEDH no establece elementos o criterios específicos para decretar la existencia o no de este vínculo temporal.

Esta posibilidad, introducida por la STEDH de 15 de noviembre de 2016, *A y B c. Noruega,* de permitir la tramitación de dos procedi-

---

[21] García Caracuel (2020: 84–85).

[22] Estos mismos criterios se explican en López Espejo (2023: 295–318).

mientos por los mismos hechos y contra el mimos sujeto siempre que no supongan una duplicidad, sino que se queden integrados formando un todo por presentar un vínculo material y temporal suficientemente estrecho, fue considerada por el TJUE, quien, pudiendo haber reiterado dicha jurisprudencia o haber mantenido criterios más garantistas con base en el art. 52.3 CDFUE, optó por hacer uso del ya trascrito art. 52.1 CDFUE para limitar la aplicación del principio *non bis in idem* en un sentido similar al que lo había hecho el Tribunal de Estrasburgo[23].

Así, algunos meses después de la sentencia *A y B contra Noruega* del Tribunal de Estrasburgo, a través de tres sentencias de 20 de marzo de 2018, que son la sentencia *Menci*, C–524/15, la sentencia *Garlsson Real Estate SA*, C–537/16 y la sentencia de los asuntos acumulados de *Di Puma*, C–596/16 y *Zecca*, C–597/16, el Tribunal de Luxemburgo introdujo algunos matices en su jurisprudencia, permitiendo inaplicar el *non bis in idem* a pesar de tramitarse dos procedimientos punitivos contra el mismo sujeto y por los mismos hechos, siempre que se cumplieran determinados requisitos. Así, podrá existir un sistema sancionador doble, penal y administrativo, si se cumplen los requisitos propios para la limitación de derechos fundamentales del art. 52.1 CDFUE (Sentencia *Menci*, C–524/15, párrafo 63):

> *a)* Que exista un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos, es decir, que aparezcan finalidades complementarias en las normas que contemplan la acumulación de procedimientos punitivos.
>
> *b)* Que se respete el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, circunstancia que se entiende cumplida simplemente porque las condiciones para la acumulación de procedimientos se definan taxativamente. Estas condiciones de acumulación han de garantizar una correcta coordinación entre los posibles procedimientos sancionadores de manera que se limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos suponga para las personas afectadas.
>
> *c)* Y que la limitación respete el principio de proporcionalidad, en el sentido de que la gravedad del conjunto de sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

En cualquier caso, puede constatarse que se ha acudido a una relativización a nivel europeo de la duplicidad sancionadora proscrita por el *non bis in idem*. Esta relativización se ha llevado a cabo a través de dos

---

[23] Recordemos que el art. 52.1 CDFUE establece que «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

vías diferentes pero estrechamente relacionadas por parte del TEDH y del TJUE: el primero considera que solo hay un enjuiciamiento y una sanción donde realmente hay dos si queda constatada la «conexión material y temporal suficientemente estrecha» entre ambos procedimientos punitivos y, el segundo, afirma que el derecho reconocido en el art. 50 CDFUE puede limitarse si se cumplen determinados requisitos (reserva de ley, respeto al contenido esencial y respeto al principio de proporcionalidad). A pesar de tratarse de dos vías, *a priori* distintas, presentan las mismas consecuencias prácticas, esto es, hacer depender del segundo procedimiento la violación o no del principio *non bis in idem*.

De este modo parece que el *ius puniendi* de los Estados queda legitimado para iniciar y finalizar dos procedimientos de carácter sancionador por unos mismos hechos y contra los mismos sujetos siempre que se sigan en cada uno de ellos finalidades complementarias, es decir, que el fundamento jurídico que se encuentra en el sustrato de cada uno de los procedimientos sancionadores sea diferente y siempre y cuando, además, de la combinación de sanciones y procedimientos puede desprenderse un todo coherente, previsible para el justiciable y sobre todo proporcionado. Una vez más, aparece el principio de proporcionalidad como herramienta para decidir sobre la posible vulneración del *non bis in idem.* Esta no parece la mejor de las opciones, pues, como ya se sabe, determinar el contenido y los límites del principio de proporcionalidad entre la reprochabilidad del ilícito cometido y la sanción global impuesta nunca ha sido una cuestión sencilla ni pacífica[24].

No obstante, en este sentido, podría tomarse en consideración la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional español, quien al establecer que una de las finalidades del principio *non bis in idem* en su vertiente *material* es evitar una reacción punitiva desproporcionada, desarrolla «la técnica del descuento» como manera de neutralizar una vulneración del principio de proporcionalidad y, en consecuencia, del *non bis in idem* al imponer dobles sanciones. Así, si el órgano judicial penal toma en consideración la sanción administrativa previamente impuesta, de modo que se descuente de la pena correspondiente en el orden penal, el principio de proporcionalidad no se vería vulnerado. Esta «técnica del descuento» (o modulación) neutraliza, al final, posibles supuestos de doble enjuiciamiento (vertiente *procesal* del principio), pues «excluye por sí misma la presencia del necesario *bis* punitivo al eliminar la duplicidad de sanciones»[25].

---

[24] Aun así, el Tribunal de Justicia ha sentado una doctrina general sobre la proporcionalidad y la necesidad de la limitación aquí controvertida que puede verse extractada en las conclusiones del abogado general Campos Sánchez–Bordona, en el asunto *Volkswagen Group Italia S.p.A*. y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, apartado 91.

[25] Martín Rodríguez (2020).

Además del necesario cumplimiento de los requisitos hasta ahora expuestos para evitar que exista una auténtica duplicidad sancionadora vedada por el *non bis in idem*, el Tribunal de Estrasburgo viene estableciendo que solo podrá verse vulnerado el principio cuando el primer procedimiento punitivo haya terminado mediante una decisión final y firme que imposibilite, por tanto, la apertura de un segundo procedimiento. En la STEDH de 8 de julio de 2019, *Mihalache c. Rumanía*, el Tribunal estableció claramente su metodología para la evaluación de la firmeza de una decisión. Explicó que sería el Derecho interno el tenido en cuenta para entender cuando una decisión es firme por no poderse ya interponer ningún recurso ordinario. El Derecho interno, tanto sustantivo como procesal, debe satisfacer el principio de seguridad jurídica, que exige que el alcance de un recurso a los efectos del art. 4 del Protocolo núm. 7 esté claramente circunscrito en el tiempo, así como, que el procedimiento para su utilización sea claro para las partes.

En otras palabras, para que se cumpla el principio de seguridad jurídica, un requisito inherente al derecho a no ser juzgado o castigado dos veces por el mismo ilícito es que el sistema de recursos opere de manera que no haya dudas sobre el momento en el que una decisión deviene firme. En particular, una ley que confiera a una de las partes facultades discrecionales ilimitadas para hacer uso de un recurso específico o que someta ese recurso a condiciones que revelen un desequilibrio importante entre las partes en cuanto a su capacidad para valerse de él, sería contraria al principio de seguridad jurídica.

El TJUE, siguiendo esta doctrina, viene estableciendo que «para que pueda considerarse que una resolución judicial se ha pronunciado en firme sobre los hechos sometidos a un segundo procedimiento, no solo es necesario que dicha resolución haya adquirido firmeza, sino también que haya sido adoptada tras una apreciación en cuanto al fondo del asunto»[26].

### 3.3. La necesaria y, de nuevo, matizada triple identidad de hechos, sujetos y fundamento jurídico como presupuesto del principio *non bis in idem*

Una vez analizada la jurisprudencia sobre el elemento *bis* del principio objeto de estudio de este trabajo, hemos de centrarnos ahora en el elemento *idem*. El *idem* hace referencia a los requisitos que han de darse para que se imposibilite, en aplicación del *non bis in idem*, la imposición de una segunda sanción.

---

[26] Entre otras, véanse las SSTJUE de 22 de marzo de 2022, *bpost*, C–117/20, apartado 29, y de 14 de septiembre de 2023, *Volkswagen Group Italia S.p.A.* y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, apartado 58.

Esos requisitos se materializan en la tradicional triple identidad de hechos, sujeto y fundamento jurídico, que necesariamente ha de concurrir como presupuesto de la prohibición de incurrir en *bis in idem*. Esto hay que ponerlo en relación con algo que ya se ha comentado: la redacción que se ha dado al *non bis in idem* en los diferentes textos normativos supranacionales. Así, el art. 50 CDFUE, al igual que el art. 4 del Protocolo núm. 7 CEDH prohíbe las dobles sanciones y los dobles procedimientos sancionadores cuando se trate de las mismas «infracciones», mientras que el art. 54 CAAS no se refiere a «infracciones», sino a «hechos». Así, diremos que existen dos enfoques distintos a partir de los cuales proceder al análisis del elemento *idem*: un enfoque fáctico o naturalista (*idem factum*), que considera que la identidad suficiente para que pudiera verse vulnerado el *non bis in idem* se cumple cuando los dos procedimientos o las dos sanciones se refieren a los mismos «hechos» realizados por el mismo sujeto; y otro enfoque normativo (*idem crimen*), que considera que para que resulte aplicable la prohibición, de incurrir en *bis in idem* se exige la identidad de las «infracciones», lo cual implica valorar no solo la identidad de hechos y sujeto, sino también del bien jurídico protegido por la norma sancionadora, es decir, el fundamento jurídico de la sanción que se pretende imponer[27].

Es lógico entender que el primero de los enfoques presenta una mayor tutela para el sancionado, pues los criterios para entender que existe una identidad suficiente que permita aplicar el principio *non bis in idem* son menores (solamente la identidad de hechos y sujetos) que los tenidos en cuenta por el segundo enfoque que exige tres requisitos y no solamente dos (la identidad de hechos, de sujetos y, también, de fundamento jurídico).

Observamos, entonces, que el requisito en discordia es el referido a la identidad de fundamento jurídico, esto es, los bienes jurídicos implicados y protegidos por la norma sancionadora: si la actuación ilícita cometida por el sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos no habría identidad de fundamento y, por tanto, cabría una duplicidad de sanciones basada en dos normas sancionadoras distintas que darían protección a dos bienes jurídicos distintos.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el TJUE, desde los inicios de su jurisprudencia, ha optado por la concepción del *idem factum* frente al *idem crimen* en todos los sectores de los ordenamientos jurídicos, excepto en materia de competencia que, desde la sentencia de 13 de febrero de 1969, *Wilhem y otros* (14/68), la aplicación del *non bis in idem* se basaba en la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento. El TJUE señaló que «el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista

[27] Cano Campos (2021: 22).

diferentes»[28], por lo que el principio *non bis in idem* no constituía un obstáculo para que se desarrollasen paralelamente procedimientos por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia[29].

Sin embargo, este panorama se ha visto recientemente modificado por las SSTJUE, de 22 de marzo de 2022, *bpost*, C–117/20, y *Nordzucker*, C–151/20. A raíz de estas sentencias se ha producido la armonización del criterio del *idem factum* en el seno de la jurisprudencia del TJUE, aplicándose, por primera vez el *idem factum* en materia de competencia[30]. Por tanto, puede afirmarse ya que el Tribunal de Luxemburgo en su labor de dotar de contenido al principio *non bis in idem* aplica en todos los sectores, incluido el Derecho de competencia, el criterio del *idem factum.*

En el ámbito del Derecho del Consejo de Europa, la jurisprudencia del TEDH fue en los primeros momentos muy cambiante en cuanto a la aplicación del enfoque fáctico o normativo a los supuestos que enjuiciaba[31].

Ante la incertidumbre generada por esta pluralidad de criterios, el TEDH, influido claramente en este punto por la jurisprudencia del TJUE, decidió unificar su doctrina en la STEDH de 10 de febrero de 2009, asunto *Zolotoukhine c. Rusia* en la que el Tribunal pone de manifiesto que sus pronunciamientos habían sido erráticos hasta ese momento, de tal modo que en su seno convivían distintos conceptos de identidad (concepto fáctico, normativista y mixto). En este pronunciamiento constató que la utilización del término «infracción» en el art. 4 del Protocolo núm. 7 no justificaría una interpretación restrictiva que tomara en consideración la calificación legal de los hechos, pues esta interpretación debilitaría el alcance de la garantía. Por ello, se decantó por sostener que el «art. 4 del Protocolo núm.7 debe ser entendido en

---

[28] STJUE de 13 de febrero de 1969, *Wilhem y otros*, 14/68, apartado 3.

[29] Este mismo criterio fue reiterado en sucesivos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo como SSTJUE de 13 de febrero de 1969, *Wilhem y otros*, C–14/68; de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros*, asuntos acumulados C–204/00, C–205/00, C–211/00, C–213/00, C–217/00 y C–219/00; y de 25 de febrero de 2021, *Slovak Telecom,* C–857/19.

[30] Los hechos y la doctrina sentada por estas Sentencias pueden verse con mayor profundidad en López Espejo (2023).

[31] Por ejemplo, en este sentido, en la STEDH de 23 de octubre de 1995, *Gradinger c. Austria, el Tribunal entiende que,* aunque las disposiciones sancionadoras aplicadas en ambos procedimientos eran diferentes, lo relevante era que ambos pronunciamientos tenían como base la misma conducta fáctica por lo que había existido vulneración del *non bis in idem,* aplicando, por tanto, el criterio del *idem factum.* Sin embargo, junto a este pronunciamiento existen otros que el propio Tribunal había dictado y que eran de signo contrario. En la STEDH de 30 de julio de 1998, asunto *Oliveira c. Suiza,* el Tribunal el Tribunal entendió que el caso objeto de enjuiciamiento se trataba de un caso típico de concurso ideal de infracciones del que no podía entenderse que hubiere identidad de infracciones. Para llegar a esta conclusión examinó no solo los hechos desde parámetros naturales sino también los intereses o bienes jurídicos protegidos, aplicando el criterio del *idem crimen*.

el sentido de prohibir la persecución o enjuiciamiento de una segunda "infracción" en la medida en que derive de hechos idénticos o hechos que sustancialmente sean los mismos»[32].

Se constata, por tanto, que, a nivel europeo, el TJUE y el TEDH convergen en un mismo punto: la aceptación del criterio del *idem factum,* lo que implica que el juicio de la triple identidad que podía parecer que tradicionalmente ha caracterizado la aplicación del *non bis in idem* (hechos, sujetos y fundamento) queda circunscrito a un doble juicio (exclusivamente, de hechos y sujetos).

De este modo, la identidad de intereses jurídicos protegidos por las normas en cuya virtud se imponen las dos sanciones ha dejado de ser relevante para la calificación del *idem*. Sin embargo, como a nuestro juicio parece más razonable, el fundamento de las sanciones, esto es, el bien jurídico protegido por la norma no desaparece por completo de la jurisprudencia europea, sino que simplemente a partir de la jurisprudencia que acaba de comentarse, esos mismos intereses jurídicos, aunque no formen parte del contenido del elemento *idem*, sí se aplican en cuanto al elemento *bis*, para determinar si una concreta duplicidad sancionadora es o no conforme con el principio *non bis in idem*.

Así, al estudiar en un apartado anterior la matizada duplicidad sancionadora introducida por los tribunales europeos ya se dijo que para permitir que existan dos procedimientos punitivos contra el mismo sujeto por los mismos hechos será necesario que los distintos procedimientos protejan intereses generales complementarios, pero no idénticos. Si los dos procedimientos tuvieran como objetivo la protección del mismo interés general, se perdería la complementariedad y su acumulación no podría justificarse según la jurisprudencia sentada por el TEDH y seguida por el TJUE. En definitiva, los intereses jurídicos protegidos por las normas sancionadoras siguen teniéndose en cuenta a la hora de valorar la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en un supuesto concreto, pero su consideración tendrá lugar en relación con el elemento *bis* y no con el elemento *idem*.

## 4. LOS HECHOS Y EL OBJETO DE LA STC 1/2023, DE 6 DE FEBRERO

En la STC 1/2023, de 6 de febrero, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Asociación Internacional Antifraude para la Defensa de los Afectados por Motores Volkswagen contra los autos dictados contra el Juzgado Central núm.2 de la Audiencia Nacional, y contra el auto por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la

[32] STEDH de 10 de febrero de 2009, *Zolotoukhine c. Rusia,* apartado 82.

Audiencia Nacional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, con implicaciones, en este sentido, para el principio *non bis in idem*, pues se impide el acceso a la vía judicial española por estar el caso siendo investigado y sancionado por la jurisdicción alemana, como a continuación se va a explicar.

En los autos de la Audiencia Nacional recurridos se enjuiciaba la manipulación que la mercantil Volkswagen con sede en Alemania había realizado en los motores de sus vehículos, mediante la instalación de un programa informático que detecta cuándo el vehículo se encuentra en un banco de pruebas al objeto de reducir sus emisiones contaminantes dentro de los parámetros exigidos por la normativa medioambiental. Esta actuación habría afectado aproximadamente a unos 11 000 000 vehículos, incluyendo los matriculados en España (también en Suiza, Austria, Suecia e Italia). La Audiencia Nacional recibe, en el trascurso de las actuaciones, notificación de la Fiscalía de Braunschweig (Alemania) dando respuesta a la comisión rogatoria librada por el propio juzgado central de instrucción ofreciéndose a hacerse cargo de la persecución penal de los hechos relativos al asunto *Volkswagen* acaecidos en España como ya había hecho con los acontecidos en Suiza, Austria y Suecia.

A tales efectos, el órgano jurisdiccional español aprecia la existencia de evidentes vínculos de conexión entre la investigación desarrollada en España y la que sobre los mismos hechos se estaba desarrollando en Alemania, existiendo, además, otros factores que hacían recomendable el traslado de la causa a la fiscalía alemana, jurisdicción que se encontraría en una mejor situación para la instrucción y enjuiciamiento de la causa.

Entre los elementos valorados se encuentran la localización en Alemania del origen de la información que dio lugar a la incoación del procedimiento de investigación en España, la nacionalidad de la mayoría de los investigados y la tenencia física por parte de las autoridades alemanas de gran parte del material probatorio incautado. A ello se le suma que quedó constatado en el procedimiento alemán que es a los empleados responsables de Volkswagen A. G. en la sede de Wolfsburg, a los que se les atribuye la decisión delictiva sin que las indagaciones efectuadas en España hubiesen permitido concretar la intervención de filiales españolas o empleados de las mismas que, desarrollando su actividad en España, fueran consciente de la manipulación, por lo que, en caso de continuar el procedimiento en España, se acabaría por dictar un auto de sobreseimiento.

Los juzgados de la Audiencia Nacional ponderan, y es esto lo que a los efectos de este trabajo nos interesa, los riesgos de una potencial vulneración del principio *non bis in idem*, con infracción del art. 50 CDFUE y del art. 54 CAAS, en el caso de mantenerse investigaciones separadas dada la identidad y conexión existente entre los hechos investigados por la jurisdicción de ambos países. Una cuestión que nos

parece interesante es que, dada la naturaleza y finalidad que el TJUE ha atribuido al art. 54 CAAS no tenemos claro que dicho precepto pudiese resultar de aplicación a este supuesto, pues, en este asunto, aunque se trata de la aplicación transfronteriza del principio *non bis in idem* con implicación de autoridades de Alemania y de España, parece que no está en juego la protección de la libre circulación de personas, que constituye, como dijimos, la razón de ser del art. 54 CAAS[33].

En cualquier caso, los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional en los autos recurridos en amparo llegan a la conclusión de que los hechos punibles investigados en España alcanzan tal grado de identidad y conexión que se trata de «los mismos hechos» a efectos del art. 54 CAAS, entendidos estos como «un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido, que por otro lado es muy similar en ambas jurisdicciones» (Antecedente 2D). Además, esos hechos ya habían sido investigados y sancionados por la Fiscalía de Braunschweig a través de la imposición a la mercantil Volkswagen A. G. con sede de Wolfsburg de una sanción administrativa que ascendió a mil millones de euros.

Este mismo asunto fue también resuelto por el Tribunal Supremo en la STS 3449/2021, de 20 de septiembre[34], en la que sobre los mismos hechos la Asociación de Consumidores en Acción (FACUA) plantea un recurso de casación contra dos autos dictados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Los recurrentes en amparo y casación aducen que no se da la identidad necesaria que ponga en riesgo la prohibición de incurrir en *bis in idem* y que impida el enjuiciamiento y condena de los hechos que afectan a los consumidores españoles.

Del mismo modo, el Consejo de Estado de Italia planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE, resuelta con fecha 14 de septiembre de 2023[35], que versa sobre la aplicación transfronteriza del art. 50 CDFUE en el caso *Volkswagen*, pero esta vez los Estados implicados son Alemania e Italia. Como se ha dicho, en el caso *Volkswagen*, las conductas castigadas se atribuyen a un mismo conglomerado de empresas automovilísticas con sede en Alemania, cuyos efectos se despliegan, entre otros Estados, en Alemania, Italia y España. En este supuesto que ha llegado al TJUE convergen sanciones y procedimientos sancionadores de autoridades de dos Estados miembros, Alemania e Italia, y lo que ocurre en litigios de esta naturaleza es que el problema surge al aplicar las limitaciones al derecho al *non bis in idem*, con apoyo en el art. 52

---

[33] Véanse las conclusiones del abogado general Campos Sánchez–Bordona, en el caso *Volkswagen Group Italia S.p.A.* y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, apartado 41.

[34] Rec. 1602/2019; ECLI:ES:TS:2021:3449.

[35] STJUE de 14 de septiembre de 2023, *Volkswagen Group Italia S.p.A.* y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22.

CDFUE, cuando los procedimientos incoados por las autoridades de dos Estados miembros no se desarrollan de forma suficientemente coordinada, lo que aboca a la duplicidad de sanciones. De este modo, el Consejo de Estado de Italia plantea tres dudas al Tribunal de Luxemburgo:

*a)* En primer lugar, si pueden calificarse de sanciones administrativas de carácter penal las sanciones impuestas en materia de prácticas comerciales desleales en virtud de la normativa interna italiana consiste en una multa total de cinco millones de euros. El TJUE entiende que una sanción administrativa pecuniaria que puede alcanzar un importe de cinco millones de euros presenta un elevado nivel de gravedad que puede confirmar el análisis según el cual dicha sanción es de carácter penal, en el sentido del art. 50 CDFUE (STJUE de 14 de septiembre de 2023, apartado 54).

*b)* En segundo lugar, si el principio *non bis in idem* consagrado en el art. 50 CDFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite mantener una multa de carácter penal impuesta a una persona jurídica por prácticas comerciales desleales en el supuesto de que esa persona jurídica haya sido condenada penalmente por los mismos hechos en otro Estado miembro, aun cuando dicha condena sea posterior a la fecha de la resolución firme por la que se impone la multa. El TJUE en este sentido realizada en los apartados 58 y siguientes de la STJUE de 14 de septiembre de 2023 un análisis del elemento *bis* y el elemento *idem* en el que se desarrollan los criterios jurisprudenciales que sobre estos extremos hemos ido reproduciendo en los apartados precedentes. Llegando a la conclusión de que el principio *non bis in idem* consagrado en el art. 50 CDFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite mantener una multa de carácter penal impuesta a una persona jurídica por prácticas comerciales desleales en el supuesto de que esa persona haya sido condenada penalmente por los mismos hechos en otro Estado miembro, aun cuando dicha condena sea posterior a la fecha de la resolución por la que se impone la multa, pero haya adquirido firmeza antes de que la sentencia sobre el recurso judicial interpuesto contra esa resolución haya adquirido fuerza de cosa juzgada.

*c)* En tercer lugar, se pregunta al TJUE si la normativa establecida en la Directiva 2005/29[36], en particular los arts. 3, apartado 4, y 13, apartado 2, letra e), puede suponer una verdadera excepción a la prohibición del *non bis in idem* establecida en el art. 50 CDFUE. EL TJUE entiende que la Directiva 2005/29 supone una auténtica excepción al *non bis in idem* de modo que permite acumular procedimientos o sanciones por los mismos hechos concurriendo, para ello, los requisitos establecidos en el art. 52, apartado 1 a los que ya hemos hecho referencia en páginas anteriores.

[36] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2005, L 149, p. 22).

## 5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA STC 1/2023, DE 6 DE FEBRERO, EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EXISTENTES A NIVEL EUROPEO

### 5.1 Jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*

La Constitución Española no formula expresamente la garantía de prohibición de doble sanción y/o enjuiciamiento. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que el *non bis in idem*, bien sea en su vertiente material integrado en el art. 25 CE a través de los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, o en su vertiente procesal incluida en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) o en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), se configura como un derecho fundamental a no ser condenado o sometido a enjuiciamiento doblemente por los mismos hechos[37].

Recordaba la STC 1/2020, 14 de enero, que «por lo que respecta a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), desde la perspectiva del principio *non bis in idem*, hay que destacar que es doctrina constitucional reiterada que (i) en su vertiente material este principio impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, y (ii) que la jurisdicción de amparo tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, o incluso para analizarla directamente, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE [al respecto, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, 91/2009, de 20 de abril, FJ 6 y FJ 8 *b)*]». Para la jurisprudencia constitucional, el principio *non bis in idem* en su dimensión material veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, con abstracción de su naturaleza penal o administrativa (SSTC 2/1981, de 30 de enero, 147/1986, de 25 de noviembre, y 2/2003, de 16 de enero, citadas por otras muchas).

[37] Entre otras muchas, SSTC 2/1981, de 30 de enero; 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero; 180/2004, de 2 de noviembre; STC 48/2007, de 12 de marzo; STC 23/2008, de 11 de febrero; o 126/2011, de 18 de julio.

Para dar respuesta al motivo de la STC 1/2023, de 6 de febrero, el Tribunal Constitucional, así como el Tribunal Supremo en su Sentencia 3449/2021, de 20 de septiembre, utilizan como pauta metodológica esa triple identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico sobre la que el recurso estructura su queja. Esta es, digamos, la diferencia fundamental entre la jurisprudencia nacional y supranacional al configurar el principio *non bis in idem*. El *idem factum* a nivel europeo frente al *idem crimen* a nivel nacional. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional hace uso en su análisis de algunos (no demasiados) de los criterios jurisprudenciales establecidos por los tribunales supranacionales. No obstante, en este trabajo no solo van a comentarse los criterios europeos de los que el Tribunal Constitucional hace uso para dar respuesta al supuesto enjuiciado, sino también aquellos otros que, sin haberse tenido en cuenta por el máximo intérprete de nuestra Constitución, han sido expuestos en las páginas anteriores de este trabajo y presentan una estrecha relación con los hechos recurridos en amparo.

### 5.2. En cuanto al *bis*

El Tribunal Constitucional viene estableciendo como presupuesto para la aplicación del principio *non bis in idem* el hecho de que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada[38]. Sin embargo, en el asunto de carácter transnacional que se enjuicia en la STC 1/2023, el Tribunal Constitucional, a pesar de referirse a esa jurisprudencia, no analiza en ningún momento si existe una decisión sancionadora firme y previa en Alemania que imposibilitase la apertura de una segundo procedimiento sancionador en España.

Además, en ningún momento hace uso de los criterios jurisprudenciales europeos que ya se han expuesto en relación con el elemento *bis* y la posibilidad de que el *non bis in idem* no se vea vulnerado a pesar de que existan dos procedimientos sancionadores, siempre que estos conformen un todo integrado, coherente y cohesionado que sea previsible, proporcionado y que persiga intereses jurídicos diferentes. Si el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre esta cuestión en aplicación de los criterios jurisprudenciales supranacionales probablemente sea porque la identidad de fundamento jurídico es un requisito que el máximo intérprete de nuestra Constitución no ha considerado aplicable desde el punto de vista del elemento *bis*, como hacen los tribunales supranacionales, sino que aquella es considerada por el Tribunal Constitucional como una parte integrante y a tener en cuenta

[38] SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 *b)*; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; y STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 16.

en relación al elemento *idem*, esto es, como un criterio a considerar para determinar la existencia de una identidad tal (de hechos, sujetos y fundamento jurídico) que permita determinar la vulneración del *non bis in idem.*

A nuestro juicio, y aunque no fuese a través de la aplicación de los criterios jurisprudenciales existentes a nivel europeo, hubiese sido positivo y útil que en la STC 1/2023, de 6 de febrero, el Tribunal Constitucional hubiese analizado si existía una decisión sancionadora firme y previa en Alemania que imposibilitase la apertura de un segundo procedimiento sancionador en España. Para el Tribunal Constitucional lo relevante desde el punto de vista del elemento *bis* es, como decíamos, que los hechos que ahora se pretenden enjuiciar ya hayan sido perseguidos a través de otro procedimiento sancionador que hubiese concluido con una resolución que produzca el efecto de cosa juzgada. De este modo, aunque el máximo intérprete de la Constitución no se pronuncia al respecto, lo cierto y verdad es que la sanción impuesta por la Fiscalía de Braunschweig a Volkswagen A. G. ya había adquirido firmeza suficiente, de modo que, desde el punto de vista del elemento *bis*, resultaría contrario al principio *non bis in idem* que las autoridades españolas se pronunciaran y sancionaran unos hechos ya sancionados de manera definitiva en Alemania.

## 5.3. En cuanto al *idem*

### *5.3.1. Identidad fáctica*

Como ya se sabe, la aplicación del principio *non bis in idem* se supedita a un doble requisito: por una parte, que exista una resolución anterior firme (requisito del *bis*) y, por otra parte, que la resolución anterior y los procedimientos o resoluciones posteriores tengan por objeto los mismos hechos, los mismos sujetos y, para la jurisprudencia constitucional española, el mismo fundamento jurídico (requisito del *idem*).

Centrando la atención ahora en el elemento *idem*, y más en concreto, en la identidad de hechos o identidad fáctica, esta se refiere a la existencia de unos mismos hechos materiales (*idem factum*), entendidos como un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí, con independencia de su calificación jurídica (*idem crimen*). El TJUE y el TEDH identifican la identidad de los hechos materiales con un conjunto de circunstancias concretas derivadas de acontecimientos que son, en esencia, los mismos, en la medida en que implican al mismo autor y están indisociablemente ligados entre sí en el tiempo y en el espacio[39].

[39] SSTEDH de 10 de febrero de 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Rusia,* párrafos 83 y 84; y de 20 de mayo de 2014, *Pirttimäki c. Finlandia,* párrafos de 49 a 52, a las que alude la STJUE, de 22 de marzo de 2022, *bpost*, C–117/20, apartados 36 y 37.

En la STC 1/2023, de 6 de febrero, el máximo intérprete de nuestra Constitución aplica, precisamente, la jurisprudencia supranacional existente sobre el término «mismos hechos» recogido en el art. 54 CAAS.

En este sentido, en el asunto que se enjuicia, la idea de que tanto el diseño estratégico como la ejecución material de la manipulación de los motores se desarrollara en Alemania, por más que haya surtido efectos en otros muchos países, constituye el núcleo esencial de lo que las autoridades de aquel país investigan. Además, precisamente ese dato corrobora que la Fiscalía alemana recibiera y asumiera el traslado de los procedimientos penales incoados en otros países como Suiza, Austria o Suecia a propósito de los vehículos manipulados en Alemania, pero comercializados en esos otros terceros países; o que ofreciera a las autoridades judiciales españolas la persecución en aquel país del procedimiento incoado aquí, con el compromiso de incorporar a su objeto todos los vehículos vendidos en España.

El Tribunal Constitucional entiende que no puede negarse la íntima conexión entre la alteración fraudulenta de unos motores, y su ulterior distribución en distintos países a través de la venta de los vehículos a los que fueron destinados, por lo que se da la identidad fáctica, objetiva o de hechos.

Aunque, efectivamente, los tribunales supranacionales entienden que son los órganos judiciales nacionales los que deben determinar si son o no idénticos los hechos desde el punto de vista material, el TJUE puede aportar, y así lo ha hecho, al tribunal de reenvío los siguientes elementos de reflexión sobre este extremo:

> *a)* El análisis, detallado y específico, de los comportamientos sancionados ha de culminar con una apreciación de su identidad, y no de su mera similitud[40]. Ya se sabe que es jurisprudencia consolidada que el criterio pertinente para apreciar la existencia de la misma infracción es el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí que han dado lugar a la absolución o a la condena definitiva de la persona de que se trate[41].
>
> *b)* En el supuesto de acumulación transfronteriza de procedimientos y sanciones, aunque no es imprescindible la identidad territorial, es un factor que, sin embargo, puede servir a otros efectos[42].

---

[40] SSTJUE de 22 de marzo de 2022, bpost, C–117/20, apartado 36 y de 14 de septiembre *Volkswagen Group Italia S.p.A*. y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, apartado 70.

[41] SSTJUE de 22 de marzo de 2022, *bpost*, C–117/20, apartado 33 y de 14 de septiembre *Volkswagen Group Italia S.p.A*. y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, apartado 66.

[42] La mayor dificultad a la hora de apreciar la identidad en los asuntos transfronterizos se refleja, como indica el abogado general Campos Sánchez–Bordona, en las conclusiones del caso *Volkswagen Group Italia S.p.A*. y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, haciendo referencia a la sentencia *Nordzücker*, C–151/20, apartado 46: «En el contexto de esta apreciación, es preciso examinar, entre otros aspectos, si las valoraciones jurídicas realizadas por la autoridad

> *c)* Además, en concreto, en la STJUE de 14 de septiembre de 2023, *Volkswagen Group Italia S.p.A*. y *Volkswagen Aktiengesellschaft*, C–27/22, apartados 72 a 75, se hace referencia a distintos elementos de juicio que los tribunales nacionales pueden tomar en consideración en este asunto concreto para detectar una posible identidad fáctica que justificara una vulneración del *non bis in idem*. Es especialmente llamativo, en este sentido, el criterio que utiliza el TJUE en el apartado 74 para considerar idénticos los hechos objeto de los dos procedimientos, al indicar que la Fiscalía de Braunschweig (Alemania) tuvo en cuenta, como hechos relevantes para sancionar a la mercantil, la comercialización en otros países (entre ellos, Italia y España) de vehículos equipados en Alemania con el sistema informático de manipulación.

Será, por tanto, el tribunal de reenvío quien, pudiendo hacer uso de, entre otros, estos elementos de juicio, deberá resolver definitivamente si existe una conexión tal entre las actuaciones y circunstancias que justifique la existencia de la identidad fáctica. En el caso español, la respuesta del Tribunal Constitucional ha sido, como se ha visto, afirmativa.

### *5.3.2. Identidad subjetiva*

Dado que los autos del caso *Volkswagen* permiten concluir que en España no se ha conseguido identificar ninguna persona física que actuara ilícitamente o que fuera consciente de la manipulación, tanto los juzgados de la Audiencia Nacional como, posteriormente, el Tribunal Constitucional, descartan que exista base para atribuir el estatus de investigadas a los filiales de la empresa Volkswagen en España (Volkswagen Audi España Seat S. A. y Volkswagen Navarra S. A.). Por el contrario, la Fiscalía de Braunschweig manifestó que «sus investigaciones les han permitido señalar, en principio, empleados responsables de la Volkswagen A. G. con sede en Wolfsburg que, indiciariamente, tomaron la decisión presuntamente delictiva, sin que hubiera constancia de que los sucesivos empleados, vendedores o importadores tuvieran conocimiento de la manipulación». Por tanto, el Tribunal Constitucional concluye que la identidad subjetiva desde el punto de vista de los investigados queda claramente perfilada, y también en cuanto a las potenciales víctimas pues, como ya hemos indicado, el procedimiento seguido en Alemania incluye los vehículos que han sido comercializados en España.

---

alemana sobre la base de los elementos fácticos de los que deja constancia en su resolución firme se referían exclusivamente al mercado alemán o también al mercado austriaco del azúcar. Es pertinente asimismo la cuestión de si, para calcular la multa en función del volumen de negocios realizado en el mercado afectado por la infracción, la autoridad alemana tomó como base de cálculo únicamente el volumen de negocios obtenido en Alemania (véase, por analogía, la Sentencia de 14 de febrero de 2012, *Toshiba Corporation y otros*, C17/10, EU:C:2012:72, apartado 101)».

### *5.3.3. Identidad de fundamento*

En relación con este tercer y último elemento del triple test de identidad que aplica el Tribunal Constitucional en la STC 1/2023, de 6 de febrero, esto es, la identidad de fundamento, insiste el recurrente en que, mientras el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en España es de carácter penal, en Alemania es simplemente administrativo. En este sentido podría seguirse un proceso penal en España, además del procedimiento administrativo sancionador seguido en Alemania, pues aquel desbordaría el bien jurídico protegido por este. Entiende, entonces, el recurrente que no existe suficiente identidad de fundamento entre las distintas sanciones que, en Alemania y España, cabría imponer.

Aunque, llamativamente, a ello no se refiere el Tribunal Constitucional en la STC 1/2023, de 6 de febrero, consideramos que en este sentido habría que empezar por considerar aplicable, y a ello sí que hace referencia aún de manera sucinta el Tribunal Supremo en la Sentencia 3449/2021, de 20 de septiembre, la jurisprudencia del TEDH y del TJUE a través de la cual no procede limitar la aplicación del *non bis in idem* exclusivamente a los procesos y sanciones que el Derecho nacional califica de «penales», sino que ha de extenderse, con independencia de la calificación que se le dé en el Derecho interno, a procedimientos y sanciones que puedan asimilarse a aquellos. Y al efecto, los tribunales supranacionales, primero el TEDH y después el TJUE, han señalado un parámetro de comparación basado en tres criterios. Estos son los «criterios Engel» a los que nos remitimos dado que ya han sido expuestos en párrafos precedentes.

Que en Alemania la responsabilidad de las personas jurídicas sea calificada no como penal, sino administrativa, no es óbice para que las multas que proceda imponer en el seno de un procedimiento administrativo sancionador puedan considerarse «acusación en materia penal» en aplicación de los criterios europeos. Recordemos que el primero de los criterios Engel vine referido a la calificación jurídica de la infracción en Derecho interno y, aunque el ordenamiento interno no le reconozca carácter penal a una determinada sanción, esta puede tenerlo en aplicación de los otros dos criterios Engel: por un lado, teniendo en cuenta la propia naturaleza de la infracción, y proyectando el foco de atención en la finalidad que persigue, debiendo ser esta represiva y no meramente reparadora y, por otro lado, teniendo en cuenta la gravedad de la sanción impuesta.

En el caso que nos ocupa, la Fiscalía de Braunschweig había impuesto a través de un procedimiento administrativo sancionador una multa de mil millones de euros a Volkswagen A. G., siendo esta una de

las multas más altas impuestas en Alemania a una empresa. La imposición de esta multa trae causa en la constatación por parte del Ministerio Fiscal del incumplimiento de las obligaciones de supervisión de la mercantil Volkswagen A. G., lo que supuso la instalación de un sistema software que permitiera la manipulación de los gases.

Aunque ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo se han pronunciado de manera concreta sobre la aplicación de los criterios Engel a la multa impuesta por la Fiscalía de Braunschweig, aquí nos parece adecuado hacerlo. Partiendo de la base de que, efectivamente, el Derecho interno alemán califica la multa de administrativa y no de penal, es necesario aplicar los dos siguientes criterios *Engel*. En aplicación del segundo criterio *Engel*, consideramos que la multa impuesta tiene carácter represivo: su finalidad primordial no es reparar el perjuicio sufrido por terceros a consecuencia de la infracción, sino castigar una conducta antijurídica. Y en aplicación del tercer criterio *Engel* referido a la gravedad de la infracción, consideramos que la multa que asciende a mil millones de euros, siendo una de las multas más altas impuestas a una empresa en Alemania, reviste la severidad suficiente como para poder equipararla a una sanción de «naturaleza penal».

A lo que sí se refieren de manera expresa tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo es al hecho de que el régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas de Alemania cabe equipararlo al régimen de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas en el art. 31 *bis* y ss. del CP español. Y ello porque recordemos que la multa impuesta en Alemania trae causa en la constatación por parte del Ministerio Fiscal del incumplimiento de las obligaciones de supervisión de la mercantil Volkswagen A. G. Dicha falta de supervisión permitió la instalación de un sistema software para la manipulación de los niveles de emisión de gases. Esta misma falta de supervisión es, igualmente, el fundamento para exigir responsabilidad penal a las personas jurídica en el ordenamiento jurídico español. En concreto, en el régimen español, podrá exigirse responsabilidad penal a una persona jurídica cuando quede constatado «un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión sobre sus administradores y empleados en relación con los delitos susceptibles de ser cometidos por aquellos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica»[43]. Así las cosas, ambos sistemas, el alemán y el español, están abocados a la imposición de una multa que, por su severidad, denotaría un indiscutible carácter sancionador.

Por tanto, teniendo en cuenta que la sanción impuesta en Alemania desplegaría la misma eficacia que la que cabría imponer en España en

[43] STS 3449/2021, de 20 de septiembre (rec. 1602/2019; ECLI:ES:TS:2021:3449), FD 4.

aplicación del art. 31 *bis* y ss. CP, el Tribunal Constitucional concluye la existencia de una suficiente identidad de fundamento jurídico.

## 6. REFLEXIONES FINALES

Cada vez son más frecuentes los supuestos en los que surgen problemas derivados de la posible imposición de dobles sanciones y el posible desarrollo de dobles procedimientos sancionadores por parte de distintos Estados por el hecho de existir infracciones que tienen implicación en distintas jurisdicciones. Un claro ejemplo de ello es el supuesto que en este trabajo hemos comentado, referido al asunto Volkswagen, en el que se han vistos implicados distintos Estados miembros, que han querido ejercer su *ius puniendi* para sancionar la conducta ilícita de la mercantil Volkswagen A. G. con sede en Alemania. El ilícito consistió en manipular por parte de los empleados de Volkswagen A. G. de la sede de Wolfsburg (Alemania) los motores EA 189 mediante un dispositivo de desactivación instalado en el software, que detectaba cuando lo automóviles estaban siendo sometidos a procesos de prueba y disminuían los niveles de emisión de gases, afectando a 11 000 000 de vehículos comercializados por toda Europa, entre los que se encuentra España.

Este asunto ha llegado a España tanto por la vía de casación (STS 3449/2021, de 20 de septiembre), como por la vía de amparo (STC 1/2023, de 6 de febrero). Del mismo modo, el asunto *Volkswagen* está teniendo su incidencia a nivel supranacional, donde el Consejo de Estado de Italia presentó una cuestión prejudicial ante el TJUE resuelta en Sentencia de 14 de septiembre de 2023. Tanto en los pronunciamientos nacionales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, como en la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Italia, la cuestión fundamental gira en torno al principio *non bis in idem*, entendido este no solo como límite al ejercicio del *ius puniendi* de los Estados al prohibir las dobles sanciones y los dobles procedimientos sancionadores por los mismos hechos, sino también como instrumento de política europea e internacional. A pesar de la vital importancia que este principio presenta en asuntos como el aquí comentado, la tarea más difícil ha sido, y aún es, delimitar con claridad el contenido, el significado y el alcance de dicho principio.

De este modo, en primer lugar, a modo de reflexión final cabe decir que el hecho de que existan diferentes textos normativos a nivel supranacional donde se consagra el *non bis in idem* con alcance distinto, hace que la situación se complique, apareciendo jurisprudencias serpenteantes y distintas opiniones doctrinales que no acaban de posicionarse en un mismo lugar.

En segundo lugar, sin embargo, parece que, actualmente, a nivel europeo, se ha superado esa jurisprudencia serpenteante y los tribunales supranacionales, esto es, TEDH y TJUE, convergen en el mismo sentido en cuanto al contenido y al alcance del *non bis in idem*. Esta convergencia puede resumirse en tres criterios jurisprudenciales concretos: *a)* la aplicación de la prohibición de incurrir en *bis in idem* tendrá lugar cuando existan sanciones de naturaleza penal, y no serán sanciones de naturaleza penal solo aquellas que establezcan los ordenamientos jurídicos de los Estados, sino aquellas que así resulten de la aplicación de los «criterios Engel»; *b)* la identidad necesaria para que pueda resultar de aplicación el principio *non bis in idem* (elemento *idem*) queda referida, en exclusiva, a los hechos que se sancionan y a los sujetos a los que se dirige la sanción, sin que tenga cabida el interés jurídico perseguido por las normas sancionadoras que resulten de aplicación (*idem factum*); y *c)* la duplicidad sancionadora prohibida por el *non bis in idem* (elemento *bis*) queda matizada o relativizada, es decir, que se permitirían dobles procedimientos sancionadores siempre que se sigan en cada uno de ellos finalidades complementarias, es decir, que el fundamento jurídico que se encuentra en el sustrato de cada uno de los procedimientos sancionadores sea diferente y siempre y cuando, además, de la combinación de sanciones y procedimientos puede desprenderse un todo coherente, previsible para el justiciable y sobre todo proporcionado.

En tercer lugar, en la STC 1/2023, de 6 de febrero, se comprueba, una vez más, que nuestro Tribunal Constitucional no forma parte, en términos generales, de esta convergencia jurisprudencial protagonizada por el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo. Ello, sobre todo, porque el Tribunal Constitucional español, frente al *idem factum* defendido por los tribunales supranacionales, sigue manteniendo, como hemos visto, el alcance del principio desde el punto de vista del *idem crimen*, en el que la identidad de los intereses jurídicos protegidos por las normas sancionadoras ha de ser tenida en cuenta para determinar si existe la identidad suficiente como para entender vulnerado el principio.

En cuarto y último lugar, no obstante, aunque la convergencia entre el Tribunal Constitucional español y los tribunales supranacionales no es absoluta, es cierto que el máximo intérprete de nuestra Constitución (y también, el Tribunal Supremo) hacen uso de ciertos criterios jurisprudenciales establecidos por el TEDH y el TJUE a la hora de matizar el contenido y el alcance del *non bis in idem* y de determinar su aplicación en los asuntos que conocen.

Ello nos hace pensar que, en aras de facilitar la tarea de determinar el contenido y el alcance del *non bis in idem*, la jurisprudencia sentada por el TEDH y el TJUE que, por fin, parece seguir una misma direc-

ción, es un buen punto de partida para que los tribunales nacionales, en general y nuestro Tribunal Constitucional, en particular, sigan llenando de significado este principio que resulta de aplicación, cada vez con mayor frecuencia, a asuntos no solo nacionales, sino también, como se ha visto, transfronterizos en los que se ven implicados los ordenamientos jurídicos internos de distintos Estados miembros. En este sentido es recomendable que las jurisdicciones nacionales siguiesen la estela de los tribunales supranacionales para, no solo seguir avanzando en la configuración del principio que, en el caso español, no experimenta ninguna actualización desde la STC 2/2003, de 16 de enero, sino también para lograr que la prohibición de incurrir en *bis in idem* pueda ser interpretada y aplicada del mismo modo en cada uno de los Estados miembros que pudiesen o quisiesen ejercer su potestad sancionadora en relación con la comisión de infracciones de carácter transnacional.

## 7. BIBLIOGRAFÍA


Cano Campos, T. (2021), «Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 80.

García Caracuel. M. (2020), «Los límites derivados del principio *ne bis in idem* en la persecución del delito fiscal», *Nueva Fiscalidad*, núm.1.

López Espejo, J. (2023), «La evolución del *non bis in idem* en la jurisprudencia europea a propósito de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, casos bpost y Nordzucker: aspectos críticos», en *Los derechos fundamentales del contribuyente: Protección en la Constitución Española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea: su interpretación por los respectivos Tribunales de Justicia*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Martín Rodríguez, J. M. (2020), «La transformación del principio *ne bis in idem* a la luz de la reciente jurisprudencia del TEDH y TJUE en materia tributaria. Valoración de nuestro ordenamiento interno», en *Derechos fundamentales y tributación*, Madrid, Dykinson.

Moreno Corte, M. (2019), «El "exceso punitivo" como único límite al *bis in idem»*, *Revista técnica Tributaria*, núm. 126.

Pérez Manzano, M. (2018), «*The Spanish connection*: los caminos del diálogo europeo en la configuración de alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem»*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22.

Sanz Hermida, A. M. (2008), «Aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* en la Unión Europea», *Revista Penal*, núm. 21.

Varvaele, J. A. E. (2014), «*Ne bis in idem*. ¿Un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *InDret*, núm. 1.

— (2009), «El sentido garantizador del *ne bis in idem* transnacional en la Unión Europea», en *La cultura penal: Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto.

CUARTA PARTE

# LA CARTA EN LA INTERSECCIÓN DE ORDENAMIENTOS

# TRES ENFOQUES DIFERENTES EN GARANTÍA DEL CIUDADANO: LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPAÑOL Y EUROPEO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Berta Martín Jiménez

## 1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea se ha concebido para relacionarse principalmente con los Estados miembros, en lugar de ser una organización ejecutiva encargada de aplicar directamente las normas y establecer una relación directa con los ciudadanos, correspondiendo a los Estados la trasposición y ejecución normativa y por tanto la relación directa con aquellos. Debido a que, en un principio, eran pocos los ámbitos en los que la Unión Europea adoptaba decisiones que afectaran directamente a los ciudadanos (entre ellos, el Derecho de la competencia), pero en los últimos años ha ido incrementando su función ejecutiva (por ejemplo, en materia bancaria)[1], produciéndose una expansión progresiva del ámbito de influencia de la Unión Europea en los Estados miembros, lo que ha generado un complicado entramado de órganos y normas[2], hasta el punto de que actualmente se habla de la existencia de una Administración pública europea con sus propios recursos, agentes y normativas de procedimiento[3].

---

[1] Arroyo Jiménez (2020: 177); Fernández Gaztea (2019: 151–153); Viñuales Ferreiro (2015: 110).

[2] Caballero Sánchez (2021: 21); Arroyo Jiménez (2022: 115).

[3] Schneider (2008: 26); Mir Puigpelat (2012: 135); Arroyo Jiménez (2020: 196–197).

Una de las singularidades de esta acción ejecutiva europea es que la Unión no la puede desarrollar autónomamente, sino que necesita el concurso de los Estados miembros, lo que ha producido una evolución desde la llamada ejecución directa e indirecta hasta una ejecución «integrada»[4] o «cooperativa»[5]. Por ello, es cada vez más frecuente la «administración conjunta» que da origen a los llamados procedimientos complejos[6], en los que ambas Administraciones, europea y nacional, colaboran para alcanzar un resultado común[7]. Esto es, respetando la autonomía competencial en materia de procedimientos de cada Estado miembro, hay procedimientos que se tramitan simultánea o sucesivamente en la Unión Europea y en el Estado miembro.

Esto no implica unificar la competencia procedimental en ámbitos compartidos por la Unión Europea y el Estado miembro (por ejemplo: en materia de subvenciones, sector farmacéutico, bancario, etc.), lo que provoca es que las Administraciones nacionales se conviertan en Administraciones europeas al tramitar de forma sucesiva o simultánea un procedimiento administrativo concreto[8]. En este contexto, el procedimiento administrativo se ha convertido en una pieza clave que ha permitido alcanzar el alto nivel de integración característico de la Administración europea actual[9]. No obstante, se suscita el problema de que los Tratados no configuran la Unión Europea para este objetivo. Es cierto que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) introduce, bajo el paraguas del derecho a una buena administración, algunas de las reglas esenciales con respecto a la relación de los ciudadanos con la Administración, pero se debe tener presente que la concepción del procedimiento administrativo es distinta en los diferentes Estados miembros y que la Unión Europea se nutre de los derechos nacionales y los sintetiza, lo que puede originar diferencias conceptuales en los distintos ordenamientos y conflictos en su aplicación práctica.

En efecto, la doctrina está identificando una proliferación de modalidades de actuación administrativa dentro de la Unión Europea que no siempre encuentran su encaje en los derechos nacionales[10], lo que constituye un desafío para el operador jurídico que trata de conciliar dichas

---

[4] Schneider (2008: 37).

[5] Realiza un análisis exhaustivo sobre la literatura académica al respecto, Fernández Gaztea (2019: 42–53); también, Chinchilla Peinado (2020: 924–925).

[6] Este tipo de procedimientos han recibido diferentes denominaciones: conexos por Cierco Seira (2003: 9); compuestos por Hofmann (2019: 3); cooperativos por Fernández Gaztea (2019: 64).

[7] Martín Delgado (2010: 151).

[8] Ballesteros Moffa (2010: 190–195); Fernández Gaztea (2019: 86–88); Chinchilla Peinado (2020: 931).

[9] Arroyo Jiménez (2020: 196–197).

[10] Barnes Vázquez (2011: 90–93); García–Andrade Gómez (2021: 71–73).

actuaciones con la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración[11]. Por ello, con el presente estudio se pretende contribuir a identificar los fundamentos jurídicos en los que se debe desenvolver aquella actuación integrada de la Unión Europea y los Estados miembros en el plano de la ejecución del Derecho. Con tal propósito, aquí se propone delimitar las tres grandes categorías en torno a las que se desenvuelve la actuación integrada, categorías que, aunque no son incompatibles, no las podemos entender como sinónimos: el procedimiento administrativo español, el procedimiento administrativo europeo y el derecho fundamental a una buena administración.

## 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, se fue desarrollando en algunos de los países europeos la figura del procedimiento administrativo, aunque en muchos casos no se trató de una codificación formal sino de normas específicas para casos concretos[12], pues su función era la de racionalizar la actividad de la Administración. En este contexto, cuando los procedimientos administrativos comenzaron a recibir atención, se aplicaron los mismos principios que a los procesos judiciales sin profundizar en sus particularidades, ya que se entendía que el proceso judicial era un mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos e intereses de los ciudadanos[13], pues el objetivo era restringir los poderes discrecionales de la Administración y asegurar que las decisiones que afectaban a los ciudadanos fueran legalmente válidas[14].

Asimismo, en este período la mayoría de los actuales Estados miembros de la Unión Europea, como Austria o Polonia[15], empezaron a positivizar los principios que debían regir en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, dando origen a la codificación del procedimiento administrativo. No obstante, predominaba la idea de que el procedimiento era una secuencia formal de actos que conducía a una decisión final. Así, el concepto central de estudio era el «acto administrativo»[16], en torno al cual se construyeron las diferentes concepciones de la figura del procedimiento tanto en la doctrina como en

---

[11] Mir Puigpelat (2012: 148–147); Alonso de León (2017: 171–173).

[12] Medina Alcoz (2023: 28–29).

[13] Ponce Solé (2001: 46–51); Barnes Vázquez (2011: 81–82).

[14] Parada Vázquez (1993: 239–240); Schmidt–Assmann (2003: 360–365) señaló la importancia del procedimiento y le otorga un papel fundamental como guía de la actuación administrativa, especialmente cuando la norma no contiene elementos reglados y se basa en potestades discrecionales, es ahí cuando la figura del procedimiento adquiere una gran relevancia; Della Cananea (2016: 17–18); García–Andrade Gómez (2023: 514).

[15] Nieto García (1960: 76); Della Cananea (2016: 20–22).

[16] Ponce Solé (2001: 46–47).

los primeros tribunales administrativos, así como en los Consejos de Estado de Francia e Italia[17].

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX se produce una evolución en la importancia otorgada a los procedimientos administrativos, pues se pasó de esa idea del procedimiento como mecanismo de ordenación de la actividad de la Administración a considerarlo como una garantía en sí mismo[18]. Esto es, lo que inicialmente se concibió como una racionalización del actuar administrativo, desde el momento en que se formaliza acaba convirtiéndose en un procedimiento de corte procesal y en una garantía del ciudadano, pues ahí es cuando nacen los derechos procedimentales para el interesado, como el deber de notificar el inicio de las actuaciones, el derecho de audiencia, los recursos frente a los actos administrativos, etc. Por ello, aunque la velocidad y el número de trámites en el desarrollo del procedimiento puedan variar, existen ciertas certezas procedimentales para el ciudadano que permanecen constantes, convirtiéndose esto en una garantía en sí misma.

En este sentido, autores como Royo Villanova[19], Gascón y Marín[20] y Schmidt–Aßmann[21] enfatizaron la importancia del procedimiento administrativo, otorgándole un papel destacado como garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración, pues entendieron que cuando la norma carece de elementos reglados y se basa en la discrecionalidad, la figura del procedimiento cobra una gran importancia como límite al poder de la Administración, además de servir como una herramienta de acierto en sus decisiones, convirtiéndose así en una suerte de doble garantía, es decir, para el ciudadano y para la propia Administración[22]. Por ello, aunque la codificación de los procedimientos administrativos ha adoptado diversos enfoques[23], reflejando las particularidades de la cultura jurídica y administrativa de cada país, en todos los casos se observa una evolución hacia el fortalecimiento de los procedimientos administrativos y la protección de los derechos de los interesados. Esto es, en todas las culturas jurídicas europeas se reconoce la importancia del procedimiento como una garantía del Estado de Derecho[24].

Esta importancia se convirtió en una preocupación de alcance internacional, especialmente en el ámbito del Consejo de Europa. El reconocimiento a nivel europeo de la importancia de los procedimien-

---

17 Barnes Vázquez (2020: 836).
18 Garrido Falla (1999: 116–118); Della Cananea (2016: 20–21).
19 Royo–Villanova (1949: 56).
20 Gascón y Marín Pérez (1949: 11–13).
21 Schmidt–Assmann (1993: 327–329).
22 Díez Sánchez (1992: 28–29); López Menudo (1992: 39); Tornos Mas (2000: 44).
23 Parejo Alfonso (2008: 441–442); Vaquer Caballería (2016: 29).
24 Mir Puigpelat (2012: 136); Vaquer Caballería (2016:12).

tos administrativos alcanzó un hito significativo con la Resolución (77) 31 del Consejo de Europa sobre la salvaguardia de las concretas garantías de los interesados que deben preservarse en relación con las actuaciones de las Administraciones. Dentro de sus disposiciones, se establecía que los individuos tenían el derecho a ser escuchados y acceder a la información, mientras que las autoridades administrativas estaban obligadas a justificar sus decisiones, proporcionar información sobre los recursos disponibles y los plazos para ejercerlos.

Esta tendencia hacia el reconocimiento de las garantías procedimentales en las actuaciones administrativas se reflejó en otras declaraciones, como identifica Alonso de León, en la Recomendación (80) 2 sobre el ejercicio de discrecionalidad por parte de las autoridades administrativas, la Recomendación (87) 16 sobre procedimientos administrativos que afectan a un gran número de personas y la Recomendación (91) 1 sobre sanciones administrativas[25]. Asimismo, se ha avanzado en la inclusión de la participación ciudadana, la divulgación de información pública y otros derechos en los procedimientos administrativos a través de diversas directivas de la Unión Europea, especialmente en el ámbito del medio ambiente[26].

A pesar de lo expuesto, como apunta Mir Puigpelat, a diferencia de muchos Estados miembros, en el ámbito de la Unión Europea no hay una codificación general vinculante del procedimiento administrativo, excepto por la «micro codificación»[27] contenida en el art. 41 CDFUE, en el cual se establecen una serie de garantías que deben observarse en las relaciones entre el ciudadano y la Administración, todo ello bajo el derecho a una buena administración. Por lo que, las reglas procedimentales se encuentran fragmentadas y existen numerosas normas sectoriales[28]. Esto puede tener su origen en que algunos de los principales países fundadores del Derecho de la Unión Europea[29], como Francia, no contaban (ni cuentan) con una codificación procedimental sólida, lo cual influye en la percepción misma del procedimiento administrativo en la Unión Europea.

Sin embargo, tal y como se desarrollará en las siguientes páginas, en lo que hace al caso español, se observa una diferente concepción del procedimiento que puede afectar a los derechos procedimentales de los ciudadanos, debido a que la cooperación entre la Unión Europea y España es cada vez más intensa a través de los llamados procedimientos complejos, especialmente en aquellos que se desarrollan de forma

---

[25] Alonso de León (2017: 120).

[26] Barnes Vázquez (2019: 104).

[27] Mir Puigpelat (2012: 146).

[28] Viñuales Ferreiro (2015: 85).

[29] Sobre los orígenes y características del Derecho administrativo europeo: Arroyo Jiménez (2020: 179–181).

simultánea o sucesiva en los dos niveles territoriales[30]. Por lo que conviene delimitar la concepción del procedimiento tanto en el Derecho español como en el europeo.

## 3. LA FIGURA DEL PROCEDIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En España la codificación del procedimiento tiene una larga tradición, pues su figura se introdujo en el siglo XIX como una forma de ordenar la actuación de la Administración con el fin de combatir la incertidumbre y la arbitrariedad existente[31], aunque, en ese momento, el propio procedimiento administrativo aún no estaba definido y se debatía entre una perspectiva procesalista, vinculada al ámbito judicial, y una perspectiva administrativista, que es la que se acabaría imponiendo[32].

Como apunta Vaquer Caballería[33], a pesar de su construcción a partir del proceso judicial, la Ley de 1889 «adoptó una perspectiva horizontal o transversal, centrada en regular el procedimiento estrictamente administrativo o gubernativo para todos los Ministerios y dejando de lado el contencioso–administrativo». En este sentido, Santamaría de Paredes afirmaba que «el procedimiento administrativo surge del carácter de la Administración como Poder ejecutivo del Estado, por cuanto necesita guardar ciertos trámites y observar cierto ritmo en el desenvolvimiento de sus funciones. […]. Para nosotros el verdadero procedimiento administrativo es el que hemos definido, hasta el momento de surgir el recurso contencioso»[34].

Según expresaba Royo Villanova, los motivos de regular el procedimiento en 1889 fueron «el constante propósito de todos los tiempos […] de hacer leyes de procedimientos en los que el ciudadano adquiera confianza de que, cuando trate de hacer valer sus derechos, tiene una norma fija a qué atenerse en sus reclamaciones, norma que no puede prescindir la autoridad ante la cual le demande. […]»[35]. Tal y como subrayaba la exposición de motivos de dicha Ley: «No es posible dada la índole de la Administración y lo complejo de sus funciones, formular en una Ley un solo procedimiento para el desempeño de todas sus dependencias; pero sí lo es fijar los principios dentro de los cuales deba cada Ministerio formar los reglamentos en que aquel se desenvuelva y desarrolle».

---

30 Cierco Seira (2003: 17); Arroyo Jiménez (2020: 185).
31 Fernández Farreres (2022: 468–472).
32 Santamaría de Paredes (1885: 806–807); Vaquer Caballería (2016: 5).
33 Vaquer Caballería (2016: 4).
34 Santamaría de Paredes (1885: 807).
35 Royo Villanova (1949: 70).

En este sentido, la Ley de 1889 vino a cubrir un sentir general, la necesidad de establecer una regulación unitaria que pusiera fin a la fragmentación que existía entre las normas singulares y en las que cabía una gran discrecionalidad en la actuación administrativa[36]. En este punto, el legislador intentó poner de manifiesto lo que la doctrina había anticipado en sus estudios: que el procedimiento administrativo es un actuar para un fin legalmente válido. Esto es, todos los actos de la Administración deben dirigirse a una resolución final y lo que permite lograr este fin es el procedimiento, es decir, la conexión lógica y ordenada de todos estos actos con el objetivo de que sus decisiones sean "acertadas y justas"[37].

De esta manera, con el fin de atajar los efectos negativos de los que adolecía la gestión del procedimiento administrativo de la época, se buscó establecer un equilibrio entre las prerrogativas necesarias para el funcionamiento eficiente de la Administración y las garantías que protegen los derechos de los ciudadanos[38], sintetizando en un único texto las "bases" que debían seguir todas las Administraciones en el despacho de los asuntos de su competencia, aunque carecía de muchas indicaciones sobre la estructura del procedimiento y su desarrollo, centrándose más en los principios generales a los que debían aspirar los procedimientos sectoriales[39], presentaron novedades para el Derecho administrativo español[40].

No obstante lo anterior, la puesta en marcha de los Reglamentos por parte de cada Ministerio y Administración local dio lugar a una regulación tan casuística que derivó en la inutilidad de los principios generales de la Ley de 1889, haciendo necesaria la reforma del sistema del procedimiento administrativo[41]. Ello se realizó con la aprobación de la Ley de procedimiento administrativo el 17 de julio de 1958 (en adelante, LPA), que realmente constituye en nuestro sistema jurídico la primera regulación completa del procedimiento administrativo, estableciendo un régimen jurídico unitario de los actos administrativos, del silencio administrativo, la revisión de los actos en la vía administrativa a través de la revisión de oficio y los recursos administrativos, pero reconociendo la especialidad por razón de la materia[42], en palabras de López Menudo, «[…] la LPA no es propiamente el Código de un

---

[36] López Menudo (1993: 115).

[37] Santamaría de Paredes (1885: 806): «[…] y estas resoluciones las prepara por una serie de trámites para que sean acertadas y justas, venciendo el interés personal cuando se opone a la obediencia o aclarando las dudas que se suscitan en cuanto sea necesario para que la función quede cumplida».

[38] Royo–Villanova (1949: 69–73).

[39] Villar y Romero (1944: 74–76).

[40] Vaquer Caballería (2016: 13–17).

[41] Gascón y Marín Pérez (1949: 39).

[42] Royo–Villanova (1949: 117); Garrido Falla (1999: 121–122).

supuesto procedimiento–tipo, sino una Ley para los procedimientos […]»[43]. Así, las reglas contenidas en la LPA se aplicaron con carácter general, lo que consolidó la noción del procedimiento como garantía de los ciudadanos, así lo expresó Nieto García, «la esencia de este no es la eficacia de la Administración, sino la garantía de los ciudadanos»[44]. De modo que, no fue hasta mediados del siglo xx cuando el procedimiento formalizado no se concibió como una garantía[45].

Pues bien, en la exposición de motivos de la LPA se definía el procedimiento administrativo como el «cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin»[46]. En este sentido, Royo Villanova definía el procedimiento como «la serie de actuaciones que ha de realizar, en el conjunto de formalidades y trámites que debe observar la Administración pública para dictar sus acuerdos o resoluciones. El procedimiento es la vía, el camino que ha de seguir la Administración para llegar a una meta: el acto administrativo»[47]. Igualmente, como indicaban García de Enterría y Fernández Rodríguez, «el procedimiento administrativo no es la expresión de un supuesto acto complejo unitario […], es más bien un complejo de actos, todos ellos instrumentales o auxiliares del acto final resolutorio o conclusivo, sin mengua de su sustantividad jurídica independiente»[48].

De este modo, el procedimiento administrativo no consiste en recopilar actos «procesales» aislados, sino en llegar ordenadamente a una decisión específica. En otras palabras, los distintos trámites solo adquieren sentido y cumplen su propósito dentro del procedimiento administrativo en su conjunto, ya que permiten llegar a la mencionada decisión de la Administración, pues actúan como una garantía para asegurar una conclusión justa y adecuada. La importancia que adquiere el procedimiento así entendido se debe a que el acto administrativo o resolución final que produce se caracteriza por ser una decisión estable y permanente en el ordenamiento jurídico, por lo que requiere de concretas actuaciones durante su preparación, como la contradicción previa con el interesado (la audiencia)[49].

Planteamiento del que se hizo eco la Constitución española, pues con su llegada se establece un procedimiento administrativo común,

---

[43] López Menudo (1992: 44).

[44] Nieto García (1960: 76–78).

[45] López Menudo (1992: 39–44).

[46] Ley de 17 de julio de 1958, apartado v, exposición de los motivos.

[47] Royo–Villanova (1949: 55).

[48] García de Enterría y Fernández Rodríguez (2022, t. i: edición en línea, epígrafe 4: «Los elementos formales: el procedimiento y la forma de manifestación. en particular, la motivación»).

[49] Para un análisis completo sobre la definición de procedimiento administrativo: Díez Sánchez (1992); Ponce Solé (2001); Vaquer Caballería (2016); Medina Alcoz (2023).

que no uniforme, para todas las Administraciones recogido como una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 de la Constitución española)[50]. En los términos en que está expresado en la Constitución española es un mandato normativo que impone a la Administración el seguimiento de un cauce necesario y concreto para producir actos administrativos [art. 105 *c)* de la Constitución española][51]. Esto es, se consagra un derecho al procedimiento, cosa que no solo comporta que las Administraciones deban dictar actos a través de un procedimiento previamente fijado, sino que va más allá, que lo deben hacer con la precisa forma y con los concretos trámites que las leyes establezcan.

En este sentido, según señala Ponce Solé, después de la promulgación de la Constitución española, la doctrina española cambió su enfoque de considerar al procedimiento administrativo como una simple sucesión de actos de trámite, hacia un paradigma alternativo que ve al procedimiento como un medio para el desarrollo de la función administrativa al servicio de los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución española)[52]. Siguiendo con el mandato impuesto por la Constitución se promulgó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo objetivo fue adecuar el procedimiento administrativo a las necesidades específicas de la época[53]. Ley que ha estado en vigor hasta el año 2015, en la que se dividió en la Ley 39/2915 y la Ley 40/2015 manteniendo en esencia el mismo contenido de la Ley 30/1992. No obstante, la Ley 39/2015, en su exposición de motivos, presenta su propia definición del procedimiento administrativo, más amplia que la recogida en la LPA y que incluso el mandato de la Constitución española: «conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración». Esto es, el procedimiento administrativo ya no tiene solo como destino la emisión de un acto sino todo aquello que conlleve a externalizar «la voluntad» de la Administración.

Por su parte, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) no ha proporcionado una definición cerrada del procedimiento administrativo, pero sí se ha pronunciado sobre las actuaciones que no pueden recibir tal calificación, adoptando una vertiente procesal y formalista del procedimiento, pues de su jurisprudencia se desprende que el procedimiento administrativo no es simplemente la realización de un trámite administrativo aislado, es decir, del cumplimiento de una garantía,

---

[50] SSTC 50/1999, de 6 de abril (FJ 3), y 55/2018, de 24 de mayo (FJ 4); STS núm. 130/2013, de 4 de junio (FJ 3.º).

[51] Ponce Solé (2001: 237).

[52] *Ibid.*, p. 83.

[53] Su evolución histórica y críticas, Garrido Falla (1999: 128).

sino que debe consistir en un conjunto ordenado actuaciones que la Administración pública debe llevar a cabo para alcanzar una decisión final o para resolver una cuestión concreta. Esto es, el procedimiento se identifica con el conjunto de trámites y garantías que se deben llevar a cabo para alcanzar la decisión sobre un asunto por parte de la Administración, mientras que los trámites aislados no constituyen en sí un procedimiento «autónomo», pues no debe confundirse el procedimiento administrativo con el contenido de una garantía concreta que encierra cada trámite aisladamente considerado.

A modo de ejemplo cabe destacar los casos en los que el TS ha declarado reiteradamente que las actividades destinadas a verificar la justificación presentada por el beneficiario de una subvención no se consideran un procedimiento separado, sino que son trámites que forman parte del procedimiento general de otorgamiento, gestión y liquidación de la subvención. El TS establece que las actuaciones de comprobación posterior de las subvenciones concedidas se derivan directamente de la naturaleza misma del procedimiento principal, no pudiendo ser consideradas un procedimiento autónomo. Por tanto, el instituto de la caducidad no puede ser considerado en este contexto, pues, según se desprende de la jurisprudencia del TS, esta figura no se aplica a aquellas actuaciones que no tienen los elementos propios de un procedimiento administrativo debido a que la normativa no las configura como un procedimiento[54].

Pues bien, tras el análisis de la evolución del concepto de procedimiento administrativo en España y de las diferentes definiciones que se han proporcionado del mismo, tanto legislativas, como jurisprudenciales y doctrinales, podemos extraer cuatro elementos esenciales que se deben dar en toda actuación administrativa para que sea considerada procedimiento, aunque una norma sectorial concreta no nomine a determinadas actuaciones como tal: 1) identificación del inicio; 2) fase de instrucción: alegaciones, presentación de pruebas, audiencia de los interesados, emplazamientos y citaciones, es decir, que se cumpla el principio de contradicción; 3) conclusión del procedimiento: resolución final y notificación; 4) que a la resolución que ponga fin al procedimiento le sean aplicables el régimen de recursos, así como, en su caso, la caducidad, silencios, etc. No obstante, es necesario advertir, que estas garantías *ex post* no forman parte en sí del procedimiento, pero en realidad van asociadas a él, pues no se explican sin un procedimiento previo y no surgen sin la existencia de este.

---

[54] SSTS núm. 350/2018, de 6 de marzo (FJ 10.º); núm. 1325/2019, de 8 de octubre (FJ 2.º y 7.º); núm. 5/2020, de 14 de enero (FJ 10.º); y núm. 286/2021, de 1 de marzo (FJ 3.º); también, Bueno Armijo (2013: 132–134).

Como podemos observar, en nuestro Derecho el procedimiento tiene una marcada impronta procesal[55], hasta el punto de que se configura de manera muy formal, con una exteriorización rituaria de su inicio, tramitación y resolución[56]. Por ello, la doctrina señala que el procedimiento así concebido se ha convertido en una garantía tanto del ciudadano como de la Administración, esto es, sin perjuicio de las concretas facultades que en su seno se reconozcan, la propia existencia del procedimiento formal es una garantía frente al poder exorbitante de la Administración y una garantía de acierto en su decisión, pues proporciona seguridad jurídica[57]. Además, como se ha visto, estos aspectos son fundamentales para asegurar la observancia de las garantías *ex post*, esto es, que les resulte de aplicación el régimen de finalización de los procedimientos y el sistema de recursos.

A este respecto, la Ley 39/2015 revela la concepción formalista del procedimiento administrativo español y su diferencia con respecto a otras garantías aisladas. En efecto, el art. 53 se ocupa principalmente de los derechos del interesado dentro del procedimiento. Derechos procedimentales que se diferencian de otras garantías que operan al margen del procedimiento, como son las que recoge el art. 13, donde se enuncian los derechos del ciudadano en su relación con la Administración en general[58]. Esto es, el Derecho español contiene un doble régimen jurídico de garantías para el ciudadano, dependiendo de si la relación de este con la Administración se encauza a través de un procedimiento o al margen de él.

Ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito sanitario[59], en concreto, destacan dos situaciones específicas que no se consideran procedimientos según la definición previamente mencionada y, como resultado, no se les aplican los derechos ni las garantías *ex post* pensadas para dicha figura. Estas dos situaciones son: por un lado, la elección de reemplazar medicamentos innovadores por genéricos por parte de los farmacéuticos de las oficinas de farmacia hospitalarias, pues es una actuación material concreta que se realiza por parte del farmacéutico en el momento de dispensar el medicamento; y, por otro lado, la determinación por parte de los facultativos de los detalles que deben incluirse en los certificados médicos, ya que la decisión de incluir en dichos certificados una información u otra se produce en ese mismo momento, sin darle la posibilidad al paciente de contraargumentar qué se incluye en dicho certificado, debido a que existen datos sensibles

---

[55] García–Andrade Gómez (2021: 41–42); Barnes Vázquez (2011: 84).

[56] Velasco Caballero (2008: 443–444).

[57] STC 102/1995, de 26 de junio, con respecto al procedimiento administrativo: «[…] una garantía para el mayor acierto de las decisiones conectadas a otros valores y principios constitucionales […]» (FJ 3).

[58] García–Andrade Gómez (2021: 183–184).

[59] Cueto Pérez (2021: 88).

que no deberían reflejarse en ese tipo de certificados y los pacientes no tienen la posibilidad de recurrir dicha decisión.

Esta división, aunque susceptible de críticas, refleja cómo en España entendemos el procedimiento, pues separamos los derechos de los ciudadanos cuando su relación con la Administración se desarrolla dentro de una estructura formal y concreta, en contraposición a otros escenarios donde esta estructura no está presente, a pesar de que existe una actuación de la Administración, como los ejemplos que acabo de mencionar. Aunque resulte obvio, convendrá subrayar que, dada esta concepción formalista del procedimiento, quedan fuera de ella otras actuaciones de la administración, incluso si se acompañan de garantías para el ciudadano.

## 4. CONCEPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el Derecho de la Unión Europea, como se ha advertido, no hay una codificación general del procedimiento administrativo, sino que se caracteriza por su dispersión normativa, pues las normas procedimentales están determinadas por la regulación sustantiva del ámbito sectorial en el que se encuentren, lo que ha derivado en la existencia de regímenes procedimentales muy diferentes que han ido surgiendo en función de las necesidades organizativas del sector concreto[60], requiriendo en la actualidad que muchos de estos procedimientos se desarrollen en dos niveles territoriales: la Unión Europea y España[61].

Además, el concepto de procedimiento en el Derecho de la Unión Europea no es del todo coincidente con el que acaba de verse. Esto es, aunque se habla de procedimientos en directivas, reglamentos, etc., su regulación no siempre responde a una estructura formal y concreta. En ocasiones, la normativa comunitaria regula procedimientos formales de corte procesal y que coinciden con la concepción española de tal figura, como es el caso de los procedimientos destinados a emitir autorizaciones para el uso y la comercialización de productos fitosanitarios[62]. Mientras que, en otras oportunidades, el Derecho comunitario establece pautas e incluso secuencia la actuación administrativa sin que pueda considerarse como un procedimiento administrativo estricto y formal.

Esto se debe a que el procedimiento administrativo europeo frecuentemente tiene un enfoque centrado en las actuaciones administra-

---

[60] Nehl (1999: 2–4); Chinchilla Peinado (2020: 931).

[61] Mir Puigpelat *et al.* (2015: 75); Viñuales Ferreiro (2015: 80–81).

[62] Reglamento (CE) 107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE del Consejo.

tivas técnicas y materiales[63], en contraposición al procedimiento administrativo de corte procesal expuesto en el epígrafe anterior. Esto es, las actuaciones en el marco del procedimiento europeo se caracterizan por seguir una secuencia establecida, ejemplo de ello lo encontramos en los pasos diseñados para la aprobación de medicamentos de uso humano[64]. Sin embargo, no pueden ser consideradas estas actuaciones pautadas un procedimiento formal, pues con la perspectiva procesal del Derecho español no tienen las características para calificarlo como tal, ya que en muchos casos no especifican su inicio, los trámites internos ni el traslado de ellos a los interesados, así como su notificación, el régimen jurídico de finalización del procedimiento o el propio sistema de recursos.

Esto se ha visto reflejado en el caso del Banco Popular, una entidad que fue intervenida por la Unión Europea, primero a través del Mecanismo Único de Supervisión y luego a través del Mecanismo Único de Resolución. En este caso las Administraciones implicadas gestionaron todo el procedimiento de manera interna y se notificó únicamente la decisión final[65] sin dar traslado a los interesados de las actuaciones internas que se estaban llevan a cabo, es decir, faltó el elemento de intercambio de información, lo que afecta significativamente al principio de contradicción tan característico de los procedimientos administrativos[66]. Como podemos observar, aunque el Reglamento (UE) núm. 806/2014[67] hable de procedimiento, no puede ser calificado como tal.

En este punto, es necesario resaltar que las directivas o reglamentos que regulan estas actuaciones pautadas o secuenciales, racionalizan internamente la actuación administrativa, pero exhiben una falta de elementos procedimentales esenciales y evidencian notables deficiencias, lo que hace que sean insuficientes para preservar las garantías de los interesados, hasta el punto de que en numerosos casos, estas insuficiencias han tenido que ser superadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). A este respecto, Arzoz Santisteban señala que «[…] la jurisprudencia ha contribuido de forma significativa a la regulación del procedimiento administrativo y a su armonización más allá de las peculiaridades sectoriales, desarrollando principios ge-

---

[63] A este respecto Fernández Gaztea (2019: 60); Arroyo Jiménez (2020: 201).

[64] Reglamento (UE) 2019/5 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018.

[65] STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Aeris Invest Sàrl* contra Junta Única de Resolución, asunto C-874/19 P.

[66] Chinchilla Marín (2015: 66).

[67] Reglamento (UE) núm. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

nerales de carácter garantista aplicables incluso en ausencia de normativa específica, de tal suerte que se va conformando un procedimiento administrativo general»[68].

En consecuencia, en el Derecho de la Unión Europea el procedimiento puede ser tanto una garantía de los ciudadanos, como una mera forma de encauzar su actividad, ya que, a diferencia de lo que acontece en el Derecho español, los Tratados no exigen una tramitación formalizada para la adopción de decisiones singularizadas que afecten a los ciudadanos.

## 5. INTERSECCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO ESPAÑOL EN LOS PROCEDIMIENTOS COMPLEJOS

Como se acaba de indicar, el concepto de procedimiento en el Derecho de la Unión Europea es mucho más amplio que el español y en él pueden caber tanto el procedimiento de corte procesal, como actuaciones administrativas pautadas o protocolizadas aisladas. Esta amplitud conceptual y relativa indefinición sobre los límites y los perfiles hace al Derecho de la Unión Europea más flexible, pero también presenta dificultades cuando debe trasladarse al Derecho español, donde existe una clara distinción entre estas dos concepciones y el régimen jurídico de garantías asociado a cada una de ellas.

En este sentido, es relevante citar a Vaquer Caballería, quien ha sido uno de los primeros en señalar esta diferencia, para él todas las actuaciones de la Administración deberían refugiarse bajo el paraguas del procedimiento: «La legislación sobre procedimiento administrativo común sigue anclada en el tipo de Estado liberal de Derecho y está pendiente la tarea de su cabal adaptación al Estado social de Derecho proclamado en nuestra Constitución. En él, debería ampliarse el concepto del procedimiento administrativo desde la noción actual de sucesión lógica de actos encaminados a una resolución administrativa, hasta abarcar —global, aunque también diversamente— la forma de toda la actuación administrativa jurídicamente relevante. Procedimiento, en su sentido más amplio y cabal, debería ser cómo procede la Administración: tanto cuando dice el Derecho como cuando lo cumple, lo ejecuta o lo lleva a efecto»[69].

Una nueva visión del procedimiento administrativo está comenzando a emerger entre algunos autores a medida que la doctrina jurídica empieza a señalar que la concepción clásica del procedimiento ya no es adecuada para abarcar la amplia gama de formas de actuación

---

[68] Arzoz Santisteban (2010: 89–90).
[69] Vaquer Caballería (2016: 40).

administrativa que existen en la actualidad. En este sentido, según apunta Barnes Vázquez, «tres fenómenos» son de especial pertinencia para este cambio de paradigma: «– La antigua distinción clara entre la aplicación de la ley y la elaboración de la ley ha desaparecido en muchos campos, tras la confusión entre la formulación de políticas y la ejecución de políticas. – La separación de las esferas pública y privada se ha desvanecido en muchas áreas regulatorias donde son mutuamente dependientes. Los tomadores de decisiones públicas buscan cada vez más la participación de actores privados. – La división entre nacional e internacional también se ha vuelto ilusoria, especialmente para la Unión Europea y sus Estados miembros»[70].

En este contexto, como apunta Velasco Caballero, «el centro de atención jurídica se desplaza desde el acto administrativo hacia la actuación técnica, prestacional o de mera ejecución material de la Administración. Esto es, hacia lo que tradicionalmente se halla en la frontera o incluso extramuros del "procedimiento administrativo". Se hace necesario, entonces, reformular jurídicamente (en términos de objetividad, eficacia y garantías del Estado de Derecho) aquella actuación administrativa»[71]. Por tanto, el objetivo sería ampliar el alcance del procedimiento administrativo para abarcar formas de actuación que no se limiten a la producción de un acto administrativo, aunque esto implicará la necesidad de ajustar las garantías *ex post*.

Sin embargo, en el plano del Derecho positivo, actualmente en España no podemos llamar a este tipo de actuaciones procedimientos, pues, además de lo expuesto, si no les resulta de aplicación las reglas que la Ley 39/2015 ha dictado para el procedimiento, como el silencio, la caducidad, plazos, etc., no estaríamos ante un procedimiento sino ante otra figura que debería recibir un tratamiento concreto, pues lo que confiere a una actuación la denominación de procedimiento no se limita únicamente a las etapas internas, sino que también incluye las subsiguientes (fundamentalmente, el régimen de recursos, declaración de nulidad, etc.), por lo que cuando ambas concepciones deben ser observadas en un mismo procedimiento seguido de forma secuencial o sucesiva en la Unión Europea y en España, se observa como estas diferencias generan conflictos durante su ejecución.

El procedimiento se erige en España como el instrumento central a través del que se encauza la actuación administrativa, pues, debido a la evolución histórica en el Derecho español se ha convertido en un elemento identitario de nuestro derecho público[72]. Esto se debe a que la resolución administrativa que surge al concluir un procedimiento representa una decisión administrativa que está destinada a mante-

---

[70] Barnes Vázquez (2011: 91–92).

[71] Velasco Caballero (2008: 456).

[72] Vaquer Caballería (2016: 11–21); Medina Alcoz (2023: 27–29).

nerse en el tiempo desplegando sus efectos, por lo que el Derecho español presenta al procedimiento como una técnica más garantista. En contraposición nos encontramos con las actuaciones preliminares, medidas provisionales, etc., que no son definitivas y no necesitan dicha contradicción, por lo que pueden llevarse a cabo sin un procedimiento formal[73]. Pues bien, estas acciones son las que a menudo se denominan «procedimientos» en el ámbito de la Unión Europea, como revela con elocuencia la resolución del Banco Popular. Esto es, a pesar de que en España el procedimiento puede tener como «resolución final» una actuación administrativa que no constituya un acto administrativo, sino que «exprese la voluntad de la Administración», como puntualiza la Ley 39/2015 (por ejemplo, declaración de impacto ambiental), es necesario tener presente que toda «expresión de voluntad» debe estar precedida de un procedimiento de carácter formal para que le puedan ser aplicadas las garantías *ex post*.

De este modo, es necesario tener presente que es constitucionalmente necesario seguir un procedimiento para dictar un acto administrativo[74], no estando tan claro que sea igual de imprescindible en todos los casos para emitir, por ejemplo, un informe[75]. Así, todo acto administrativo necesita de un procedimiento, pero no todo procedimiento necesita un acto administrativo. Sin embargo, el sistema de garantías *ex post* previsto (los recursos) van a necesitar de un procedimiento. Por ello, se puede inferir que el enfoque inicial y tradicional del procedimiento administrativo resulta insuficiente actualmente según la variedad de actuación que lleva a cabo la Administración, en términos de garantizar una tutela administrativa efectiva. Sirva como ejemplo el procedimiento seguido en la fase de recuperación de ayudas concedidas por España que han sido declaradas por la Comisión Europea incompatibles con el mercado común.

El TS en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre la nulidad de la ejecución por parte de España de la Decisión de la Comisión Europea de recuperar estas ayudas, pues la decisión de ejecución de España se adopta «de plano». En estos casos se planteaba la cuestión de «[…] determinar si para la recuperación de las ayudas declaradas por la Comisión Europea incompatibles con el mercado común debe seguirse un procedimiento específico y, más en particular, si cualquiera que sea el mismo, antes de adoptar la decisión pertinente debe darse un trámite de audiencia al beneficiario de la ayuda, obligado al reintegro» (FJ 2.º)[76]. A este respecto el TS indica que, aunque no le corresponde

---

[73] Para un análisis más exhaustivo sobre las actuaciones administrativas sin procedimiento, García–Andrade Gómez (2021).

[74] Ponce Solé (2001: 174).

[75] García–Andrade Gómez (2021: 71).

[76] SSTS núm. 3083/2013, de 13 de mayo, y núm. 4968/2013, de 14 de octubre.

diseñar abstractamente el procedimiento ni determinar qué vía es más adecuada para recuperar las ayudas estatales contrarias al orden jurídico de la Unión Europea, sí es su labor interpretar el sistema de fuentes y establecer las condiciones mínimas que dicho procedimiento debe reunir. En este sentido señala un punto interesante cuando el TS indica que debe existir un procedimiento real antes de la ejecución, ya que España efectuó una ejecución directa de la Decisión de la Comisión[77]:

> «Y en tal empeño, para empezar se ha de tener en cuenta que el destinatario de la Decisión de la Comisión 2002/892/CE (LCEur 2002, 2800) es el Reino de España; no lo fueron directa e inmediatamente los beneficiarios de las ayudas declaradas incompatibles, ni siquiera las autoridades vascas que aprobaron la norma que les dio cobertura, ni aquellas que las concedieron. […]. Por esta razón, la propia Decisión de la Comisión ordenó a España recuperar las ayudas, "con arreglo a los procedimientos del derecho nacional" (art. 2), […]. Y es aquí donde se hace presente la competencia de las autoridades del Territorio Histórico de Álava y la obligación de proceder al rescate de acuerdo con los procedimientos que rigen su actuación. Así pues, corresponde al legislador interno determinar los procedimientos para recobrar las ayudas» (FJ2.º).

Esto es, la Diputación Foral de Álava tomó la decisión de recuperar los fondos siguiendo la Decisión de la Comisión sin otorgar un trámite de audiencia a los interesados, es decir, el procedimiento consistió en la ejecución directa de la Decisión de la Comisión, pues, como destacó el Organismo Jurídico Administrativo de Álava durante el proceso judicial, en nuestra legislación interna no existe un procedimiento específico para llevar a cabo las decisiones de las Instituciones de la Unión Europea. Por ello, la Diputación Foral consideró que no se podía hablar de nulidad de pleno derecho por haber omitido completamente el procedimiento establecido, simplemente porque no estaba previamente establecido, pues su único cometido era cumplir la Decisión de la Comisión, aunque esta Decisión se adoptó sin dar traslado a los interesados, a pesar de que España participó como parte en el procedimiento seguido ante la Comisión Europea.

No obstante, el TS tomando en consideración lo dispuesto en el art. 105.*c)* de la Constitución española y la doctrina del TC al respecto; el entonces art. 62.1.*e)* de la Ley 30/1992 [actual art. 47.1.*e)* de la Ley 39/2015]; así como el art. 41.2 de la CDFUE, concluyó que, «en realidad, se han producido actuaciones que conforman un procedimiento administrativo, como son la toma en consideración de la Decisión de la Comisión, el pronunciamiento del acuerdo de recuperación y su notificación; otra cosa es que el mismo haya sido resuelto sin haber

[77] Sobre los conflictos de ejecución de las normas procedimentales de la UE en España, Arzoz Santisteban (2013: 170–174).

oído previamente al interesado cuando debió haberlo sido y que, según hemos razonado, esa preterición del trámite de audiencia haya causado indefensión material» (FJ 2.º). Es decir, considera que las actuaciones seguidas en esa fase de ejecución pueden considerarse un procedimiento, ello lo realiza con el fin de dar cobertura jurídica a los interesados, pues de lo contrario no se podría aplicar la figura de la nulidad. Aunque si bien no declara su nulidad por considerar que «no se ha omitido de manera radical todo procedimiento», sí estima su anulación, pues en la fase de recuperación es cuando se realiza la comprobación individual y se estudia si alguna de las ayudas no debiera ser devuelta, al menos en parte, debido a que el beneficiario podría tener derecho a otras compensaciones compatibles con el Derecho de la Unión Europea, de modo que al omitir el trámite de audiencia se le privó de presentar cuantos documentos estimara oportunos.

De esta manera, la intersección entre el Derecho europeo y el interno plantea distintos tipos de problemas. El primero se refleja en el caso que se acaba de exponer, donde se tramitó un verdadero procedimiento en la UE, si bien solo intervino el Estado español, y la autoridad interna competente (una diputación foral) procedió a la ejecución de la resolución que nació del procedimiento europeo. Así, en esta cuestión se observa que en la Unión Europea la formación de un concepto general de procedimiento administrativo se ve afectada por la falta de concreción en los trámites intermedios, pues se omitió la participación del perjudicado último por la devolución de las ayudas tanto en la Unión Europea como en España, y por la falta de observancia de las consecuencias posteriores, lo que provocó conflictos cuando se debió ejecutar en España[78].

Cuestión distinta es el caso del Banco Popular, donde las actuaciones de la Junta Única de Resolución fueron internas y no se dirigían al Estado como parte interesada en el procedimiento. Aquí la autoridad española tenía un papel de cooperación en la adopción de la decisión, por lo que no hubo realmente procedimiento europeo, sino actuaciones internas que posteriormente tampoco se tradujeron en un procedimiento en España. Esta situación compromete la protección de los derechos de los interesados por la asunción de funciones ejecutivas por la Unión Europea sin articular una coordinación efectiva en el marco de este tipo de procedimientos complejos.

A pesar de sus diferencias, ambos casos presentan un problema común y es que, cuando en la Unión Europea se adoptan decisiones vinculantes para España sin intervención del destinatario último y efectivo de estas, incluso si en el Derecho español se llegara a tramitar un procedimiento en sentido formal, este resultaría en gran medida vacío de contenido, pues no podría ser determinante sobre el sentido

[78] Arzoz Santisteban (2013: 37–44).

de la resolución finalmente adoptada, sino que sería un procedimiento de ejecución de una decisión firme previamente adoptada en la Unión Europea. Es decir, en tales casos las autoridades nacionales se enfrentan a un acto debido que deben «trasponer» de acuerdo con exigencias del Derecho de la Unión, pero así entendido, el procedimiento como garantía pierde su función, pues en algunos casos el sentido de la resolución en España no dependerá de la instrucción del procedimiento ni sobre ella podrá influir el destinatario con su participación, sino que ya está predeterminado y las autoridades españolas que tramitan el procedimiento nacional tan solo tienen margen para modular la forma de ejecutar la decisión ya tomada.

En la asunción de competencias ejecutivas por la Unión Europea, se comprueba así la importancia de conciliar las exigencias jurídicas de ambos ordenamientos, pues si el interesado que debe devolver las ayudas no participa en el auténtico procedimiento matriz en la Unión, en realidad equivale a que para él no se haya celebrado procedimiento alguno, por mucho que el TS equipare las actuaciones de ejecución a un procedimiento realmente decisorio. Más grave es el caso del Banco Popular, pues ni en la Unión Europea ni en España se celebró procedimiento alguno.

Con todo, esta problemática debe dejarse únicamente apuntada en este trabajo, pues constituye uno de los objetos centrales de la tesis doctoral de la que trae causa el presente estudio y excede de su concepción, por lo que seguidamente nos detendremos únicamente en un aspecto de los que plantea la intersección entre ordenamientos, en concreto si la protección del ciudadano que se relaciona con la Administración debe pasar necesariamente por la tramitación de un procedimiento. En efecto, con la perspectiva española que concentra las garantías del ciudadano en la figura del procedimiento formal, aparentemente el Derecho de la Unión Europea se antojaría menos garantista. Pues bien, en este punto es donde cobra todo su sentido la inclusión del derecho a una buena administración en la CDFUE, pues este Derecho sigue una aproximación distinta y menos formalista en materia de garantías como se expondrá a continuación.

## 6. DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTOS

### 6.1. La formulación del derecho a una buena administración

El TJUE mediante el reconocimiento y la aplicación de una serie de derechos destinados a guiar las actuaciones de las autoridades de la Unión Europea, como el derecho de acceso al expediente o el derecho a ser oído, comenzó a elaborar el concepto de «buena administración»,

convirtiéndose así en un principio que abarcaba varios derechos[79]. Asimismo, a lo largo del tiempo, el TJUE ha ido expandiendo el alcance de estos derechos a través de su interpretación[80], consolidándose la buena administración dentro del Derecho de la Unión Europea, hasta el punto de que la CDFUE lo ha positivizado en su art. 41, viéndose reforzado por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009. Pues bien, este artículo establece lo siguiente:

> «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: *a)* el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; *b)* el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; *c)* la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. […]».

Como se puede observar, dentro de este derecho se encuentran determinadas garantías que rigen en la relación entre los ciudadanos y la Administración, que incluye una serie de derechos (que normalmente bajo la perspectiva procedimental se designan como derechos al trámite), como el acceso al expediente en cuestión, el derecho a ser oído y el derecho a recibir una resolución motivada. Igualmente, este derecho establece que la Administración pública debe actuar de manera justa, transparente y eficiente en su relación con los ciudadanos con el fin de proteger sus derechos y libertades[81].

Pues bien, con frecuencia se ha entendido que este derecho de factura comunitaria ha dotado de contenido al procedimiento administrativo europeo, pues como podemos observar, bajo su paraguas encontramos garantías del ciudadano asociadas tradicionalmente a la figura del procedimiento[82]. En este sentido cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 18 de junio de 2008 relativa al caso *Hoechst GmbH* contra la Comisión (asunto T-410/03), pues el Tribunal establece que «entre las garantías que confiere el ordenamiento jurídico comunitario en los procedimientos administrativos destaca el principio de buena administración, del que

---

[79] STJUE de 13 de julio de 1966, *Établissements Consten S.à.R.* L. y *Grundig–Verkaufs–GmbH contra Comisión*, asuntos acumulados 56 y 58–64; STPI de 30 de enero de 2002, *max. mobil Telekommunikation Service GmbH contra Comisión*, asunto T–54/99; también en Ponce Solé (2017: 4–5).

[80] STGUE de 30 de noviembre de 2022, *KN contra Parlamento Europeo*, asunto T–401/21; STJUE de 12 de enero de 2023, *HSBC Holdings plc y otros contra Comisión Europea*, asunto C-883/19 P; también Viñuales Ferreiro (2014–2015: 324–327).

[81] Fuentetaja Pastor (2008: 145).

[82] Barnes Vázquez (2019: 79–80).

se deriva la obligación de la institución competente de examinar cuidadosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1992, La Cinq/Comisión, T–44/90, Rec. p. II–1, apartado 86, y ABB Asea Brown Boveri/Comisión, citada en el apartado 75 supra, apartado 99)» (párrafo 129).

Ahora bien, el Derecho de la Unión Europea presenta una singularidad muy acusada respecto de la garantía que procura el procedimiento, y es que abarca un amplio espectro de situaciones, que engloba desde la interacción entre la Administración y los ciudadanos, hasta las obligaciones de la Administración en las relaciones con estos y los derechos de los ciudadanos frente a ella. Esto conforma un principio transversal que se aplica a todas las actuaciones de la Administración y se basa en la necesidad de proteger los derechos e intereses de los ciudadanos frente al poder exorbitante de la Administración. Lo que pretendo poner de manifiesto con esta afirmación es que el derecho a una buena administración rige en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración independientemente de si se producen dentro de un procedimiento formal, por lo que puede que el procedimiento administrativo, conforme se concibe tradicionalmente, no sea el único marco en el que necesariamente se tenga que desenvolver, como se muestra en la Sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 relativa al caso *LM* contra *Fürstenfeld*[83].

Este pronunciamiento trae causa de la compatibilidad del derecho nacional con el europeo en relación con el plazo de prescripción de una sanción impuesta por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la retribución de los trabajadores desplazados. El Tribunal emplea el derecho a una buena administración recogido en el art. 41 CDFUE como una herramienta interpretadora del art. 5 de la Directiva 96/71/CE[84] y el art. 47 CDFUE. Sin embargo, el TJUE no profundiza en los límites de aplicación del derecho a una buena administración, a pesar de que el Derecho de la Unión Europea ha reconocido la posición del ciudadano directamente como un derecho fundamental en todas sus relaciones con la Administración, ya se encaucen a través de un procedimiento o al margen de este, derecho que debería gozar de especial protección. De este modo, lo que comenzó como un principio inspirador en el Derecho de la Unión Europea se ha positivizado en la CDFUE como un derecho fundamental y ha llevado a su reconocimiento como tal, aunque es de advertir que la buena administración sigue rigiendo como un principio general en el Derecho de la Unión Europea (art. 6.3 TUE).

Como reflexiona Nieto Garrido, la buena administración se puede considerar como un derecho fundamental al ser parte de un instrumento

[83] STJUE de 10 de febrero de 2022, *LM contra Fürstenfeld y otros*, asunto C–219/20.

[84] Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

formal del Derecho europeo como es la Carta, que a su vez forma parte del Tratado de Lisboa. Limitando así la acción del legislador como se establece en el art. 51.1 CDFUE, lo que permite impugnar una decisión administrativa que vulnere dicho derecho mediante la presentación de un recurso ante el Tribunal General[85]. Tanto es así que en la Sentencia de 16 de enero de 2019 relativa al caso *United Parcel Service* contra la Comisión (asunto C–265/17 P), el TJUE dota al principio de buena administración de la fuerza y del contenido suficiente como para invalidar una Decisión de la Comisión cuando los vicios en el procedimiento hayan supuesto una disminución de las posibilidades de defensa del interesado, aun cuando de haberse adoptado las garantías procedimentales la decisión administrativa no hubiese cambiado[86]. No obstante, es de advertir que esta sentencia indica que es un principio reconocido en el art. 41.1 CDFUE, no un derecho fundamental.

### 6.2. El derecho fundamental europeo a la buena administración en su aplicación en el ordenamiento español

En la legislación española no existe una manifestación clara del derecho fundamental a una buena administración y menos aún una relación expresa o su aplicación concreta al procedimiento. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han afirmado la existencia de un deber constitucional implícito de buena administración en el desarrollo de la función administrativa con base en los arts. 9.3, 31.2, 103.1, 105. *b)* y 106 de la Constitución española[87], pues la buena administración exige que las actuaciones administrativas se desarrollen de manera racional,

---

[85] Nieto Garrido (2012: 75–77).

[86] El caso versaba sobre la solitud de autorización por parte de *United Parcel Service* para unirse a otra empresa. En el seno del procedimiento administrativo se discutían una serie de condicionantes y modelos econométricos, pero la decisión negativa de la Comisión se basó en un modelo distinto a los discutidos en el seno del procedimiento dejando inutilizados los trámites de alegaciones. El tenor literal de la sentencia establece que, «se ha vulnerado el derecho de defensa de la demandante de forma que procede anular la Decisión, siempre que la demandante haya acreditado suficientemente no que, de no haberse producido esta irregularidad procesal, la Decisión hubiera tenido un contenido diferente, sino que hubiera podido tener una oportunidad, incluso reducida, de preparar mejor su defensa» (párrafo 70). Este caso ha sido comentado por Fernández Rodríguez (2019: 247–257).

[87] Así, en la STS núm. 3243/2012, de 30 de abril, el TS hace suyo lo contenido en la sentencia objeto de casación dictada por la Sala de lo Contencioso–administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en fecha 21 de diciembre de 2010 donde se establece que: «En el derecho a una buena administración se integra el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, derecho reconocido en el art. 105.*b)* de la Constitución y que, al igual que el derecho de audiencia o la obligación de motivar las decisiones administrativas, como decíamos, íntegra el contenido del derecho a una buena administración, derecho de última generación» (FJ 2.º); también: STC 26/2014, de 13 febrero (FJ 4); SSTS núm. 4627/2015, de 3 de noviembre; núm. 171/2023, de 14 febrero (FJ 3.º); y núm. 1312/2021 de 4 noviembre (FJ 2.º).

objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y transparente al servicio de los intereses generales[88].

En este sentido, es sabido que los derechos de la CDFUE deben ser observados cuando se aplique de forma directa el Derecho de la Unión Europea y del Derecho nacional que lo traspone (art. 51.1 CDFUE)[89], pues bien, desde este punto de vista, la doctrina española ha entendido que el derecho fundamental a una buena administración se satisface en el Derecho español gracias a las garantías que conlleva nuestro procedimiento. Ponce Solé entiende que, «el procedimiento administrativo se configura, así, como uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración, como un factor, por tanto, de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones públicas»[90]. No obstante, cabe plantear una aproximación algo diferente con respecto a su concepción, estructura y funcionamiento.

La sola lectura de los dos textos fundamentales en ambos ordenamientos ya nos alerta de una concepción jurídica dispar, mientras que en la Constitución española el procedimiento se ubica como un mandato que ordena la actuación administrativa, sin perjuicio de que jurisprudencialmente haya acabado concibiéndose como una garantía, tal y como se ha expuesto al comienzo de este trabajo. En cambio, en la CDFUE el ciudadano se sitúa en el centro de gravedad de esta garantía, hasta el punto de que la CDFUE lo configura como un derecho fundamental. Como se advierte, jurídicamente el mandato de la CDFUE podría dar entrada a la teoría de los derechos fundamentales respecto de su dogmática, interpretación y protección jurisdiccional cuando se aplique el Derecho de la Unión Europea. Planteamiento que se distancia del Derecho español, que, si bien constitucionaliza ese mandato, no le reconoce la categoría de derecho fundamental.

Asimismo, la propia estructura jurídica de este derecho también difiere, pues mientras la CDFUE define un contenido denso de este derecho, es decir, enuncia una serie de derechos subjetivos de los ciudadanos al trámite sin referencia a su inserción en un procedimiento formal con una estructura concreta. La Constitución española lo configura como un mandato operativo para la Administración, en el que solo se concreta la existencia de un único trámite, la audiencia, sin definir su contenido. De manera que la elevación de la figura a la categoría de garantía ciudadana ha debido elaborarse doctrinal y jurisprudencialmente, siendo así que su concreto contenido depende de la legislación ordinaria, lo que hace más contingentes sus contenidos, como se puede

---

88 Ponce Solé (2001: 126–132, 158); Martín Delgado (2010: 118–119).

89 Tomás Mallén (2004: 28); Peers *et al.* (2021: 1126).

90 Ponce Solé (2001: 127).

observar en la exclusión del acceso a los informes preparatorios de esta garantía por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno [art. 18.1.b)].

Por último, el funcionamiento del derecho fundamental a una buena administración en el Derecho de la Unión Europea responde a un planteamiento esencialmente material, pues ha construido las garantías del ciudadano bajo la cobertura de un derecho fundamental que rige en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, independientemente de si se produce dentro de un procedimiento formal dotado de una estructura concreta o al margen de él[91]. Mientras que el Derecho español exige tales garantías únicamente cuando se produce una formalidad en la relación entre la Administración y el ciudadano que se materializa en un procedimiento y para un fin concreto, cuando se dicte un acto administrativo (instrumento igualmente formal).

Bajo esta mirada, la aplicación y el grado de obligatoriedad del derecho fundamental a una buena administración en las actuaciones administrativas nacionales es más difícil de concretar, pues como pone de manifiesto Arzoz Santisteban, la interpretación del TJUE sobre el ámbito de aplicación del art. 41.1 de la CDFUE no es clara, ya que si atendemos al tenor literal de dicho artículo solo se aplicaría a las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, mientras que a las autoridades nacionales se les aplicaría el principio general de buena administración del Derecho de la Unión conforme al art. 6.3. del Tratado de la Unión Europea[92].

### 6.3. El derecho a una buena administración como derecho nacional

Al margen de las reflexiones anteriores, se suscita la cuestión de si cuando se produce la intersección de los dos ordenamientos en el procedimiento administrativo, la arquitectura constitucional española satisface las exigencias del derecho fundamental a una buena administración o si por el contrario, cuando se aplique el Derecho de la Unión Europea en España será preciso recalibrar el instrumentario de garantías constitucionales.

En el Derecho español los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española gozan de la máxima protección, teniendo a su vez un tratamiento judicial especial, hasta el punto de que esta garantía se ha visto reflejada en el procedimiento administrativo, pues la vulneración de los derechos y libertades susceptibles de amparo

[91] Sobre la enorme extensión de las relaciones jurídicas no procedimentales véase García–Andrade Gómez (2021).

[92] Arzoz Santisteban (2019: 25–27).

constitucional en el transcurso del procedimiento conlleva la nulidad del acto administrativo [art. 47.1. *a)* de la Ley 39/2015]. Sin embargo, la vulneración manifiesta u omisión del procedimiento, así como la inobservancia de alguno de sus trámites, constituyen infracciones de la legalidad ordinaria, pero no se consideran como una vulneración de un derecho fundamental.

Por el contrario, los derechos fundamentales en la Unión Europea se configuran como un derecho esencial o imprescindible, pero no gozan de una protección o tratamiento judicial especial como ocurre en España. Atendiendo a su origen, el contenido de la CDFUE debe ser observado cuando se aplique de forma directa el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional que lo traspone, como se ha visto. Por consiguiente, cabría pensar que la atribución de esa condición fundamental se debe tener presente por cada uno de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea y solo en ese contexto[93]. Estas cuestiones no son pacíficas, pues encontramos jurisprudencia contradictoria sobre la operativa de los derechos fundamentales enunciados en la CDFUE cuando deben ser observados por los Estados miembros.

Por un lado, destaca la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C–399/11), conocido como caso *Melloni*. En este asunto, entre otras cuestiones, el TC español planteó al TJUE si en virtud del art. 53 CDFUE un Estado miembro podía aplicar un «estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión» (párrafo 56). Esto es, el TJUE analizó el nivel de protección de la CDFUE con respecto al alcance de un derecho fundamental recogido en la Constitución española. El TJUE determinó que en este caso la materia estaba completamente armonizada y la interpretación propuesta no podía ser acogida, pues sería contraria al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, en palabras del Tribunal «dicha interpretación del art. 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado» (párrafo 58).

Por otro lado, en la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C–617/10), conocido como el caso *Åkerberg Fransson*, se analiza el ámbito de aplicación de la CDFUE en virtud del art. 51.1 con respecto a la interpretación del *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea. A este respecto, el TJUE señala que el ámbito de

[93] Para mayor profundidad véase Alonso García (2014).

aplicación del art. 51.1 CDFUE «se dirigen a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión» (párrafo 17). Y añade: «En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en esencia, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. El Tribunal de Justicia ya ha indicado que, por este motivo, no puede apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión. Por el contrario, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar» (párrafo 19)[94].

Esto es, en el caso *Melloni* se estaba analizando el nivel de protección que debían tener los derechos fundamentales enunciados en la CDFUE y en la Constitución española con respecto al Derechos de la Unión Europea cuando se produce una intersección entre ambos ordenamientos, europeo y español. Como señala Arroyo Jiménez debemos concretar si la materia está totalmente armonizada, pues de lo contrario «[…] si, en caso de que el nivel de protección que la Carta dispensa a esos derechos (o a cualquier otro) sea inferior al propio de una Constitución interna, los órganos judiciales pueden o no mantener su estándar nacional más elevado»[95]. En cambio, en el caso *Åkerberg Fransson* se estaba analizando el ámbito de aplicación de la CDFUE, concluyendo el TJUE que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba analizar si una norma nacional que aplica el Derecho de la Unión Europea cumple con los derechos fundamentales en el sentido del art. 51.1 CDFUE, y la acción de los Estados miembros no está completamente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales conservan la capacidad de aplicar los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre y cuando esta aplicación no comprometa el nivel de protección establecido en la CDFUE, tal como lo interpreta el TJUE, ni afecte a la supremacía, la unidad y la eficacia del derecho de la Unión.

Por tanto, adoptando este enfoque, si un derecho no es reconocido como fundamental según la Constitución nacional pero sí en el marco del Derecho de la Unión Europea, los Tribunales nacionales podrían realizar una interpretación y aplicación extensiva del sistema de protección de

[94] A pesar de lo dicho, también se puede observar cómo a través del tratamiento jurisprudencial que se le ha dado al derecho a una buena administración se está aplicando a otros ámbitos fuera del Derecho de la Unión Europea: STS núm. 3243/2012, de 30 de abril (FJ 2.º).

[95] *Ibid.*, p. 340.

los derechos fundamentales, es decir, equiparándolos a los derechos que reciben ese reconocimiento en sus Constituciones. No obstante, como se ha visto en epígrafes anteriores, si analizamos la jurisprudencia[96], el ámbito de aplicación del art. 41.1 CDFUE como derecho fundamental no se encuentra definido de manera precisa, pues en el propio artículo se indica que solo regirá para las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Así, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, la buena administración funciona como un principio general (art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea), pero no como un derecho fundamental. Esta cuestión se analizará con más detalle en la tesis que sirve como base para el presente estudio, puesto que por motivos de extensión no es posible abordarlos en estos momentos con la profundidad que ello requiere.

Sin embargo, en este punto es importante destacar que la buena administración no comenzó siendo un derecho asociado al procedimiento, sino al buen hacer administrativo en general, es decir, el estándar de diligencia que debía seguir la Administración en el tratamiento de los asuntos. En efecto, como ha declarado en reiteradas ocasiones el TJUE, «esta obligación de diligencia es inherente al principio de buena administración y se aplica de manera general a la actividad de la Administración de la Unión (sentencia de 4 de abril de 2017, Defensor del Pueblo/Staelen, C–337/15 P, EU:C:2017:256, apartado 34; véase también, en este sentido, la sentencia de 29 de marzo de 2012, Comisión/Estonia, C–505/09 P, EU:C:2012:179, apartado 95)» (párrafo 35)[97]. De esta manera, este principio impone la obligación de cumplir con buenas prácticas administrativas que no solo eviten perjuicios a los interesados, cuya inobservancia es capaz de general responsabilidad extracontractual de la Administración[98]. Y una manifestación de ese buen hacer acabó siendo el procedimiento administrativo.

Por ello, como ha apuntado Fuentetaja Pastor, «el derecho la buena administración, en este contexto, viene igualmente a suponer un estándar de actuación exigible a la Administración europea en el ejercicio de sus competencias ejecutivas y administrativas, en particular en ausencia de texto positivo. De hecho y muy significativamente, el derecho a la buena administración no ha sustituido al principio de buena administra-

---

[96] Por todas: STGUE de 1 de febrero de 2018, *Philip Morris Brands Sàrl contra Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)*, asunto T–105/16; STS núm. 1312/2021 de 4 noviembre (FJ 7.º). Igualmente, Arzoz Santisteban (2019: 25–27).

[97] STJUE de 22 de noviembre de 2017, *Comisión Europea contra Bilbaína de Alquitranes, S.A. y otros*, asunto C–691/15 P: sobre las discrepancias en la clasificación, etiquetado y envasado de determinadas sustancias y mezclas.

[98] STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Masdar contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C–47/07 P: servicios prestados en subcontratación, reclamación de responsabilidad contractual de una empresa a otra; STJUE de 4 de abril de 2017, *Defensor del Pueblo Europeo contra Claire Staelen*, asunto C–337/15 P: relativo a la «falta de diligencia debida en la tramitación de una reclamación relativa a la gestión de una lista de aptitud resultante de una oposición general».

ción, tal y como evidencia la jurisprudencia», como se puede observar en la reciente Sentencia del Tribunal general de la Unión Europea de 23 de noviembre de 2022 sobre el caso *CWS Powder Coatings GmbH* contra la Comisión Europea[99]: «En particular, cuando una parte alega que la institución competente ha cometido un error manifiesto de apreciación, el juez de la Unión debe verificar si dicha institución examinó, detenidamente y con imparcialidad, todos los elementos relevantes del asunto de que se trate. Esta obligación de diligencia es inherente al principio de buena administración y se aplica de manera general a la actividad de la Administración de la Unión (véase la sentencia de 22 de noviembre de 2017, Documento 14 Comisión/Bilbaína de Alquitranes y otros, C–691/15 P, EU:C:2017:882, apartado 35 y jurisprudencia citada)» (párrafo 42)[100].

Por tanto, hay que diferenciar dos vertientes que parten del concepto de buena administración, la primera de ellas es el derecho fundamental en su vertiente «procedimental», pues las garantías que se recogen dentro de este derecho van asociadas a este contexto; y la segunda, es aquella que va asociada al principio de diligencia debida, es decir, la buena administración aplicada como principio cuyo nivel de aplicación es mayor. Al hilo de estas consideraciones, surge la interrogante de si la buena administración es únicamente una exigencia comunitaria o ha enraizado también como una garantía propia del Derecho español.

En España también encontramos ese doble tratamiento, pues en la legislación[101] y en la jurisprudencia se puede observar que se entiende como una guía de buena diligencia que impone a la Administración un estándar en su actuación en lugar de ser considerado un derecho en sí mismo. De hecho, en ocasiones se emplea como principio de buena administración. Esta idea ya fue puesta de manifiesto por Ponce Solé, quien en su monografía *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*, realiza un análisis del tratamiento otorgado por diferentes países, entre ellos España y por el Derecho de la Unión Europea, al concepto de buena administración, poniendo de manifiesto que ya en 1978 en España

---

[99] Asuntos acumulados T–279/20 y T–288/20 y en el asunto T–283/20. La sentencia trae causa de las discrepancias en la evaluación y omisión de los estándares para designar y etiquetar una sustancia como cancerígena.

[100] Fuentetaja Pastor (2014: 20); STJUE de 28 de abril de 2022, *varios contra Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond* «Zemedelie», asuntos acumulados C–160/21 y C–217/21: relativos al cómputo de plazos; STJUE de 4 de abril de 2017, *Defensor del Pueblo Europeo contra Claire Staelen*, asunto C–337/15 P.

[101] Sirva como ejemplo la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears; y la Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración. Estas leyes recogen el derecho a una buena administración como el buen hacer administrativo.

se hablaba de buena administración como deber de buena diligencia[102]. Incluso ya Santamaría de Paredes en su *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España* de 1885, hacía referencia a la buena administración en relación con la organización de la Administración[103].

A este respecto, un ejemplo más reciente lo encontramos en la Sentencia del TS núm. 171/2023, de 14 de febrero, pues aplica el principio de buena administración en lo que llama «deber de diligencia», señalando que este extremo con respecto al asunto tratado es «jurisprudencia estable». Esta Sentencia trae causa de una resolución emitida por un Tribunal Económico–Administrativo jerárquicamente incompetente, lo que se discute es si esa resolución es nula de pleno derecho por haber sido formulada la reclamación *per saltum*, y si esto interrumpe la prescripción del derecho de la Administración a liquidar el gravamen de que se trate. En ella destaca su fundamento jurídico tercero, pues en él recoge lo expuesto:

> «La resolución indebida, por un Tribunal Económico–Administrativo, de la reclamación formulada *per saltum* prevista en el art. 229.5 LGT —actual art. 229.6 LGT—, no es causa de nulidad de pleno de derecho, letras *b)* y *e)* del art. 217.1 LGT, ya que estamos, sin ninguna duda, ante un problema de incompetencia jerárquica, que ha terminado conociendo el órgano competente: los actos dictados por un órgano revisor declarado incompetente —por razones distintas a la concurrencia de nulidad de pleno derecho— no determinan la prescripción del derecho de la Administración a liquidar el tributo de que se trate, a menos que hubieran transcurrido más de cuatro años de inactividad en esa sede revisora: aunque en este asunto ha habido una vulneración del principio de buena administración, en su modalidad de deber de diligencia al resolver las reclamaciones y recursos y de resolverlos en un plazo razonable, su concurrencia no determina *per se* la nulidad de los actos tardíamente dictados, sino las consecuencias que se han descrito más arriba, silencio administrativo y cesación en el pago de los intereses de demora».

Esto es relevante debido a que se trata de concepciones claramente diferenciadas con implicaciones jurídicas distintas. Específicamente, esta divergencia conceptual afecta al grado de protección que los interesados pueden obtener en sus derechos en las relaciones con la Administración, es decir, dependiendo de si se encuentran inmersos en relaciones que podrían recibir la calificación de procedimientos con respecto a aquellas que no encuentran su encaje en esa estructura. No obstante, según está configurado el derecho fundamental a una buena administración en la CDFUE, este derecho se aplica a un amplio abanico de relaciones y actuaciones cuando tanto las instituciones de la

---

[102] Ponce Solé (2001: 131–163).

[103] Santamaría de Paredes (1885: 71–72).

Unión Europea como los Estados miembros estén aplicando el Derecho de la Unión Europea (art. 6.3 TUE en relación con el art. 51.1 CDFUE).

De este modo, aunque las categorías que aquí se han pretendido delimitar están muy próximas, cada una tiene un enfoque diferente. El principio de buena administración en su vertiente de buena diligencia, tanto en la concepción del Derecho de la Unión Europea como en la española, se podrá aplicar a una variedad de situaciones que no impliquen una relación procedimental, como guía del buen hacer, por ejemplo, en el ámbito sanitario. Mientras que el derecho fundamental a una buena administración en relación con los procedimientos deberá ser tratado con especial atención, pues si se realiza una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de la CDFUE, se podría dar entrada en España a la protección de los derechos fundamentales cuando se esté aplicando el Derecho de la Unión Europea en relación con un procedimiento administrativo o con actuaciones que puedan corresponder a esta figura, pues se ha configurado como un derecho de los ciudadanos en general sin necesidad de incardinarlos en un procedimiento dotado de una estructura formal.

En definitiva, la buena administración no es un concepto cerrado, aunque reconozca ciertas facultades o derechos con un alcance más limitado que aquellos que le dan contenido, es decir, su aplicación no se agota con el procedimiento administrativo. Sin embargo, aquí es donde surge la cuestión relevante, cuando varias acepciones de un mismo concepto conviven y se deben aplicar por varios ordenamientos jurídicos que realizan a su vez un tratamiento del concepto dispar.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

En el Derecho de la Unión Europea y en España existe una distinta concepción de la figura del procedimiento administrativo, ya que en la Unión Europea no hay una exigencia de seguir un procedimiento formal dotado de una estructura concreta, pues se les llama procedimientos a actuaciones que no siempre responden a sus características mínimas o definitorias con respecto a la concepción que en el Derecho español existe del procedimiento administrativo. Esto es, en España la palabra procedimiento se ha convertido en un concepto jurídico que incluso si las normas no lo regulan o nominan a determinadas actuaciones como tal, todos asociamos a una determina estructura el nombre de procedimiento y, por tanto, diferentes efectos, es decir, todo ello lleva implícito una carga de garantías procedimentales en favor de los ciudadanos.

En este contexto, el Derecho de la Unión Europea no eleva el procedimiento para la adopción de las decisiones a la categoría de garantía en sí mismo, sino que atiende directamente a las garantías concretas que deberán preservarse en la relación entre la Administración y el ciuda-

dano, lo que provoca desajustes cuando las decisiones se adoptan en la Unión Europea y luego deben ser ejecutadas en España en el marco de un procedimiento administrativo complejo escalonado territorialmente, pues aunque en el Derecho de la Unión Europea se establecen ciertas garantías materiales bajo el derecho a una buena administración, no necesariamente se relaciona con una estructura clara del procedimiento y no siempre se respetan cuando se adopta una decisión por parte de las instituciones de la Unión Europea, ya que los interesados no tienen conocimiento de que lo son o no tienen opciones de ser reconocidos como tales, y luego en la fase de ejecución en el plano nacional solo se puede modular la forma de aplicar las decisiones adoptadas por la autoridad europea.

Así, aunque el concepto de procedimiento en el Derecho de la Unión Europea es mucho más amplio y flexible, presentando ventajas con respecto a su celeridad y existiendo unas garantías procedimentales recogidas en la CDFUE, surgen fricciones cuando se debe coordinar una decisión con un ordenamiento que tiene una concepción formal del procedimiento y articula las garantías entorno a esta figura, por lo que en aquellos procedimientos que se desarrollen en los dos niveles territoriales se necesitará una adaptación y coordinación específica, especialmente con el tratamiento que en la Unión Europea se realiza de las garantías *ex post*.

Además de la problemática expuesta, observamos que la aplicación y tratamiento del derecho a una buena administración no es pacífica, ya que su concepción como derecho rige en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración en los procedimientos administrativos, independientemente de si se produce dentro de un procedimiento formal o no, según la concepción española o del Derecho de la Unión Europea. Y como principio, en un amplio abanico de actuaciones administrativas que no responden a ninguna de las concepciones procedimentales expuestas.

Así, aunque originariamente pretendía diferenciar tres categorías, tras el análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal he llegado a la conclusión de que en la intersección de ordenamientos (Derecho de la Unión Europea y el español) convergen dos grandes categorías con cuatro aproximaciones diferentes. La primera categoría es el «procedimiento» que incluye el procedimiento administrativo español, con una estructura formal y concreta, y el procedimiento administrativo europeo, que comprende tanto el procedimiento formal como las meras actuaciones pautadas. Y, la segunda categoría, que se está construyendo en torno a la «buena administración» y presenta dos acepciones, el derecho fundamental a una buena administración consagrado en el art. 41 CDFUE y el principio de buena administración entendido como una guía de diligencia debida.

Esto puede resultar confuso, pues los distintos enfoques se traducen en solapamientos, fricciones y vacíos cuando se superpone la garantía europea a la nacional, jurídicamente muy relevantes en aquellas parce-

las en las que se debe proyectar el Derecho de la Unión Europea en el Derecho español (art. 51 CDFUE). Por lo que es importante delimitar las categorías involucradas con el fin de no importarlas indebidamente, pues, en definitiva, al igual que ha sucedido en otras parcelas del Derecho cuando se produce una intersección de diferentes ordenamientos, esta distinta concepción enriquece y actualiza nuestro Derecho, pero también plantea desafíos intelectuales al operador jurídico, pudiéndose traducir en una pérdida de garantías de los ciudadanos. De esta manera, los avances recientes en la expansión de la acción administrativa y la implementación de nuevos mecanismos han superado las antiguas concepciones de los procedimientos administrativos, ya que no podemos limitarlos a una simple secuencia de acciones destinadas a una única decisión, pues plantea graves problemas respecto de la finalidad esencial del procedimiento, fundamentalmente respecto de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

## 8. BIBLIOGRAFÍA


Alonso García, R. (2014), *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas.

Alonso de León, S. (2017), *Composite Administrative Procedures in the European Union*, Iustel.

Arroyo Jiménez, L. (2015), «Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional», *Revista española de Derecho Administrativo*, 174: 343–364. Disponible en *http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el–control-de-la-actividad-estatal/cae-arroyo-fundamentales.pdf.*

— (2020), «El derecho administrativo europeo como sistema», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1: 175–206. Disponible en *https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/download/28/44?inline=1*

— (2022), «Las caras del derecho administrativo transnacional», *Revista de Administración Pública*, 218: 101–122. Disponible en *https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.03.*

Arzoz Santisteban, X. (2010), «El acto administrativo en el derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 19: 71–97. Disponible en *http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:REDUE-2010-19-5040bibliuned:REDUE-2010-19-5040.*

— (2013), *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho administrativo europeo. En particular la recuperación de ayudas de Estado ilegales*, Civitas.

— (2013), «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *Revista de Administración Pública*, 191: 159–197. Disponible en *https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/36669xabierarzozsantistebanrap191.pdf.*

— (2019), «La resiliencia del procedimiento administrativo español ante la ejecución del Derecho de la Unión», en Alonso García, R. y Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (eds.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso–administrativa,* Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 20–66.

Ballesteros Moffa, L. Á. (2010), «La europeización de los procedimientos administrativos nacionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 19: 177–217. Disponible en *http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:REDUE-2010-19-5070.*

Barnes Vázquez, J. (2011), «Tres generaciones del procedimiento administrativo», *Derecho PUCP*, 67: 77–108. Disponible en *https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.003.*

— (2019), «Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo», *Revista digital de Derecho Administrativo*, 21: 77–123. Disponible en *https://doi.org/10.18601/21452946.n21.06.*

— (2020), «Administrative Procedure», en Cane, P.; Hofmann, H. C. y Ip, E. C. (eds.), *The Oxford handbook of comparative administrative law,* Oxford University Press, pp. 830–855.

Bueno Armijo, A. (2013), «Los efectos de la caducidad del procedimiento de control financiero de subvenciones sobre la potestad de reintegro», *Revista española de control externo*, 43: 125–144.

Caballero Sánchez, R. (2021), «La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso–administrativa», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 4: 7–65. Disponible en *https://doi.org/10.37417/RPD/vol_4_2021_637.*

Chinchilla Marín, C. (2015), «El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014», *Revista Vasca de Administración Pública*, 102: 17–106. Disponible en *https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.102.2015.01.*

Chinchilla Peinado, J. A. (2020), «Procedimientos descentralizados de autorización de medicamentos en el derecho de la UE: problemas de tutela judicial efectiva», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67: 921–962. Disponible en *https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.05.*

Chiti, M. P. (2002), *Derecho administrativo europeo*, traducción de Ortega, L., Civitas.

Cierco Seira, C. (2003), «La tramitación de los procedimientos administrativos conexos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 65: 11–50.

Cueto Pérez, M. (2021), «Buen gobierno y buena administración en la sanidad pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120: 61–102. Disponible en *https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.120.2021.02.*

Della Cananea, G. (2016), *Due Process of Law Beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford University Press. Disponible en *https://0-doi-org.catalogue.libraries.london.ac.uk/10.1093/acprof:oso/9780198788386.001.0001.*

Díez Sánchez, J. J. (1992), *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas.

Fernández Farreres, G. (2022), *Sistema de Derecho Administrativo I*, Civitas.

Fernández Gaztea, J. (2019), *Cooperación procedimental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch.

Fernández Rodríguez, T.–R. (2019), «El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019», *Revista de Administración Pública*, 209: 247–257. Disponible en *https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.07.*

Fuentetaja Pastor, J. A. (2008), «El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de*

*Derecho de la Unión Europea*, 15: 137–154. Disponible en *https://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12534.*

— (2014), «Del «derecho a la buena administración» al derecho de la Administración europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 51: 19–43. Disponible en *https://doi.org/10.18543/ced-51-2014pp19-43.*

García–Andrade Gómez, J. (2021), *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons.

— (2023), «Actuaciones sin procedimiento», en Velasco Caballero, F. y Darnaculleta Gardella, M. (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo,* Marcial Pons, pp. 507–523.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.–R. (2022), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas.

Gascón y Marín Pérez, J. (1949), Necesidad de un Código de procedimiento administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, 48, 11–40. Disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127700.*

Garrido Falla, F. (2005), «El procedimiento administrativo de 1950 a hoy», *Revista de Administración Pública*, 150: 115–157. Disponible en *https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/242621999150115.pdf.*

López Menudo, F. (1992), «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, 129: 19–76. Disponible en *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17143.*

— (1993), «Los principios generales del procedimiento administrativo», en Barnes Vázquez, J. (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, pp. 91–158.

Medina Alcoz, L. (2023), «La cultura del procedimiento administrativo: orígenes y razones de fondo», *Revista General de Derecho Administrativo*, 62: 1–44. Disponible en *https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1513800.*

Mir Puigpelat, O. (2008), «La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea», en Velasco Caballero, F. y Schneider, J. P. (coords.), *La unión administrativa europea,* Marcial Pons, pp. 51–85.

— «Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión», en Fuertes, M. (ed.), *Un Procedimiento Administrativo para Europa,* Aranzadi, pp. 131–165.

Mir Puigpelat, O., Hofmann, H. C. H., Schneider, J. P., y Ziller, J. (dirs.), (2015), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP.

Nehl, H. P. (1999), *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, Hart.

Nieto García, A. (1960), «El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas», *Revista de Administración Pública*, 32: 77–116. Disponible en *https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/221241960032075.pdf.*

Nieto Garrido, E. M., y Martín Delgado, I. (2010), *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons.

Nieto Garrido, E. M. (2012), «Disposiciones pertinentes del Tratado de Lisboa sobre Derecho administrativo europeo», en Fuertes, M. (coord.), *Un procedimiento administrativo para Europa,* Aranzadi, pp. 53–95.

Parada Vázquez, R. (1993), *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons.

— (2008), «El procedimiento administrativo en España: situación actual y perspectivas de cambio», en Schmidt–Assmann, E. y Barnés Vázquez, J. (coords.), *La transformación del procedimiento administrativo,* Global Law Press–Editorial Derecho Global, pp. 419–473.

Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., y Ward, A. (eds.) (2021), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford. Disponible en *https://www.bloomsburycollections.com/monograph?docid=b-9781509933495.*

Ponce Solé, J. (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova.

— (2017), *Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno*, Instituto Nacional de Administración Pública. Disponible en *https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021.*

Royo–Villanova, S. (1949), «El Procedimiento administrativo como garantía jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, 48: 55–120. Disponible en *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127762.*

Santamaría de Paredes, V. (1885), *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid.

Schmidt–Assmann, E. (2003), *La teoría general del Derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción como sistema*, Marcial Pons, INAP.

Schneider, H.–P. (2008), «Estructuras de la unión administrativa europea (observaciones introductorias)», en Velasco Caballero, F. y Schneider, J. P. (eds.), *La unión administrativa europea,* Madrid, Marcial Pons, pp. 25–50.

Tomás Mallén, B. (2004), *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública.

Tornos Mas, J. (2000), «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, 151: 39–76. Disponible en *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17491.*

Vaquer Caballería, M. (2016), «La codificación del procedimiento administrativo en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, 42.

Velasco Caballero, F. (2008), «Procedimiento administrativo español para la aplicación del Derecho Comunitario», *Revista española de derecho europeo*, 28: 433–474.

Villar y Romero, J. M. (1944), «Derecho procesal administrativo: procedimiento administrativo, recursos de agravios y procedimiento contencioso–administrativo», *Revista de Derecho Privado*.

Viñuales Ferreiro, S. (2014–2015), «La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 27–28: 321–340.

— (2015), *El procedimiento administrativo de la administración europea: De la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*, Aranzadi.

# LA VINCULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS A LA CARTA FUERA DEL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA[1]

Andrés Vilas Villamarín

## 1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, supuso el encumbramiento al más alto nivel jurídico de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Estos se reconocen no solo como principios generales del Derecho, tal como establecía la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[1], sino también como derechos tutelables dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. El carácter vinculante de la Carta, que adquiere «el mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1 TUE) representa el verdadero «consenso político democráticamente elaborado

[1] El autor agradece a Xabier Arzoz Santisteban y Pablo Riquelme Vázquez sus comentarios y sugerencias en relación con versiones anteriores de este trabajo. De los errores que la contribución pueda contener es exclusivamente responsable el autor de esta.

Véase por todas la STJUE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder/Stadt Ulm*, C–29/69, ECLI:EU:C:1969:57, apartado 7. En un primer momento, algunos autores (Morano–Foadi y Andreadakis, 2011: 595–610) subrayaron la continuidad del rol ejercido por el TJUE durante décadas en materia de derechos fundamentales, afirmando que los derechos fundamentales, y su protección, estaban consagrados como principios generales y protegidos por el Tribunal. No obstante, hoy triunfa la visión de aquellos que sostienen que la Carta ha inaugurado una etapa de la integración europea basada en los derechos fundamentales. Existe un consenso generalizado en la doctrina sobre la centralidad que ha alcanzado el texto. Véase Iglesias (2013: 1163–1167). Sobre la crisis del «modelo de estricta separación» ante la concepción expansiva del ámbito de aplicación de la Carta, véase Arzoz Santisteban (2022a: 147–162).

sobre lo que hoy debe considerarse como el catálogo de los derechos fundamentales»[2]. La aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea implica necesariamente la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta[3], y los principios de primacía y efecto directo[4] incluso permiten a las personas físicas y jurídicas invocarla directamente ante los tribunales nacionales, sin necesidad de recurrir al Derecho constitucional del Estado miembro correspondiente.

No obstante, la Agencia de Derechos Fundamentales advirtió en un estudio del año 2018 que muchos profesionales «no saben a ciencia cierta si la Carta resulta aplicable en determinados casos ni cuál es su valor añadido»[5]. Esta afirmación explica por qué en ciertos ámbitos y, en lo que aquí interesa, cuando las instituciones actúan fuera del marco jurídico de la Unión, se cuestiona el carácter vinculante de la misma[6].

La aplicación de la Carta depende, en general, del órgano cuya actuación se repute lesiva de derechos. En virtud del art. 51.1 CDFUE las autoridades nacionales, regionales o locales y los organismos públicos estatales únicamente tienen la obligación de respetar los derechos reconocidos en la Carta cuando apliquen el Derecho de la Unión[7]. En cambio, las instituciones europeas deben observar su aplicación en cualquier clase de actuación[8], incluso en supuestos en los que una institución se pone a disposición de una organización internacional y actúa en su nombre y con sujeción al Derecho internacional. El objetivo es precisamente «procurar que esos derechos no sean vulnerados en los

---

[2] Conclusiones del abogado general Jean Mischo de 20 de septiembre de 2001, *Hydro Seafood GSP,* C–20/00 y C–64/00, ECLI:EU:C:2001:469, apartado 126.

[3] «[…] Puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta» (STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C–617/10, ECLI:EU:C:2013:105, apartado 21).

[4] El efecto directo del Derecho de la Unión fue acreditado por primera vez en la STJUE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, asunto 26–62, ECLI:EU:C:1963:1.

[5] «Los profesionales del Derecho —tanto jueces como funcionarios, legisladores o responsables de políticas— casi nunca suelen hacer referencia a la Carta y, cuando lo hacen, dichas referencias tienden a ser superficiales. Se aprecia, por tanto, una sensación de incertidumbre» (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2019: 5).

[6] Pese al carácter vinculante y autónomo de la Carta, el deseo de orientar la integración europea de forma gradual y no rupturista ha provocado una tensión dialéctica entre la debida contención judicial y la vocación expansiva de un sistema federal emergente. Véase en relación con esta tensión dialéctica Iglesias (2012: 1565–1611).

[7] La Carta no se aplica a Polonia, aunque la jurisprudencia del TJUE sobre derechos fundamentales sí tiene carácter vinculante en todos los Estados. Véase al respecto Azpitarte Sánchez (2019: 1561–1720).

[8] En determinadas circunstancias, la Carta también puede ser aplicable a los litigios entre particulares. Véase, por todas, la STJUE de 19 de enero de 2010, *Seda Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C–555/07, ECLI:EU:C:2010:21, apartados 44–56.

ámbitos de las actividades de la Unión, sea por la acción de la Unión o bien al aplicar los Estados miembros el Derecho de la Unión»[9].

La vinculación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión a la Carta fuera del marco jurídico europeo fue analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tras la aprobación de los rescates financieros de la crisis de deuda soberana de la zona del euro en la década pasada. En general, el desembolso de la asistencia financiera, solicitada por los países afectados se supeditaba al cumplimiento de una estricta condicionalidad negociada por la *Troika*[10], grupo informal compuesto por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo (BCE) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), y los Estados miembros correspondientes de la zona del euro. La Comisión firmaba los Acuerdos o *Memorándums* de Entendimiento en nombre de los instrumentos de asistencia financiera, como el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), y, posteriormente, supervisaba su cumplimiento.

En ese contexto, se plantearon varias dudas sobre la aplicación de la Carta cuando un Estado introduce en su normativa interna esas condiciones negociadas por la Comisión en nombre de los instrumentos de asistencia ajenos al Derecho europeo. El rol negociador ejercido por la Comisión a través de los mecanismos de condicionalidad, y, en particular, en el ámbito del MEDE, hizo saltar las alarmas en el seno de la Unión. El peligro era precisamente que las medidas de austeridad estatales y el resto de los actos de naturaleza híbrida, adoptados por las instituciones europeas en nombre de entidades financieras internacionales, quedasen fuera del foro europeo y del control jurisdiccional ejercido por el TJUE. Esta situación amenazaba el ámbito competencial de los Estados solicitantes, pues aquellas medidas aprobadas en cumplimiento de los compromisos asumidos con los prestamistas incluían una estricta condicionalidad relacionada con el núcleo de la política social, laboral y económica del país, y extendían *de facto* las competencias de la Unión. Los particulares cuestionaron oportunamente el papel de las instituciones europeas en la negociación y firma de los rescates y defendieron que la Comisión había incurrido en una violación suficientemente caracterizada del derecho de propiedad, en el sentido del art. 17.1 CDFUE, en el marco de la adopción de los diversos rescates.

La presente aportación analiza la postura del Tribunal de Justicia sobre el control jurisdiccional de los actos adoptados fuera del marco

---

[9] STJUE de 6 de marzo de 2014, *Siragusa*, C–206/13, ECLI:EU:C:2014:126, apartado 31.

[10] La *Troika* es un organismo informal o grupo de decisión encargado de negociar la condicionalidad de los préstamos y la redacción de los *Memorándums*, así como vigilar su aplicación. Aunque en un primer momento se dedicaba exclusivamente a prestar asesoramiento y asistencia técnica, pronto adquirió un papel más destacado y se encargó de redactar detalladamente los programas de ajustes macroeconómicos de los Estados receptores de ayuda financiera. Véase al respecto Arroyo Gil y Giménez Sánchez (2015: 991–1026).

jurídico de la Unión Europea y, en particular, en el ámbito de la condicionalidad financiera. Se exploran los límites que marca la actuación de las instituciones europeas en organizaciones internacionales en lo que respecta a la aplicación de la Carta.

En la primera parte del estudio se profundiza en la naturaleza jurídica de los diversos mecanismos de asistencia financiera y se detallan los números vínculos materiales y formales entre el MEDE y las instituciones europeas. En la segunda se estudia la naturaleza jurídica de los Acuerdos de Entendimiento negociados dentro y fuera del marco de la Unión, deslindando los instrumentos de control frente a cada uno de ellos, respectivamente. Por último, se analiza el alcance de la responsabilidad extracontractual de la Unión en este ámbito y explica cómo la Comisión Europea ha conseguido inducir a las autoridades nacionales a adoptar un determinado comportamiento y modificar su realidad normativa en relación con el núcleo de la política social, laboral y económica del país.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MECANISMOS DE CONDICIONALIDAD FINANCIERA

La crisis financiera global que estalló en el año 2008 afectó gravemente a la zona del euro. Las recetas iniciales de corte «keynesiano»[11] no fueron suficientes para estabilizar la moneda común, y el aumento de la deuda soberana de los Estados miembros puso de manifiesto las debilidades intrínsecas y los desequilibrios macroeconómicos en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM). Fue necesario un cambio de rumbo político y una reforma del modelo de gobernanza económica[12] para tratar de solucionar la crisis de deuda soberana de los países más endeudados y sanear sus finanzas públicas.

A partir del 2011, se revisaron los brazos preventivo y correctivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC)[13], es decir, los procedimientos de supervisión multilateral del art. 121 TFUE y el proce-

---

[11] Capó Servera y Martínez Mongay (2023: 18–36).

[12] En el marco de esta contribución, se entiende por gobernanza económica el conjunto de normas, procedimientos y prácticas relativos a la manera en que se ejercen los poderes en la Unión, con el objetivo de detectar, prevenir y corregir las tendencias económicas problemáticas. Como ha explicado Aranda Álvarez (2020: 15), la manera en que el poder es ejercido en la gestión de los recursos económicos y sociales de una comunidad para el desarrollo, y está integrada por normas de carácter vinculante y fuerza legal y normas *soft law*.

[13] El PEC surge tras el inicio de la tercera fase de la UEM (creación del BCE y la moneda única) y tiene como finalidad asegurar unas finanzas públicas saneadas. Este pacto marca los siguientes límites en relación con el déficit presupuestario y la deuda pública: *a)* un 3 por 100 en lo referente a la proporción entre el déficit público previsto o real y el PIB a precios de mercado; y, *b)* un 60 por 100 en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el PIB (Protocolo núm. 12 del TFUE). Véase al respecto Capó Servera y Martínez Mongay (2023: 18–36).

dimiento de déficit excesivo del art. 126 TFUE, respectivamente. Las dos medidas legislativas que introdujeron estos cambios, el *six pack* (2010)[14] y el *two pack* (2013)[15], incorporaron además el procedimiento por desequilibrios macroeconómicos, en el marco del Semestre Europeo. Asimismo, la Decisión del Consejo Europeo, 2011/199/UE, de 25 de marzo, introdujo un nuevo apartado 3 en el art. 136 TFUE, que preveía la creación de un mecanismo permanente de estabilidad para prestar ayuda financiera a los países de la zona del euro supeditada a una estricta condicionalidad.

Aunque la modificación del art. 136 TFUE no aumentó las competencias atribuidas a la Unión —supuso un mero cambio formal, pues ya existían diversos mecanismos de condicionalidad financiera dentro y fuera del marco jurídico del Derecho de la Unión—, el nuevo marco normativo posibilitó que las instituciones europeas influyesen sobre el rumbo de las políticas económicas y fiscales de los Estados miembros solicitantes de los rescates[16], gracias también a la intensidad de las competencias atribuidas en estas materias desde el Tratado de

---

[14] El paquete *six pack* (2011) está integrado por una serie de reglamentos del Parlamento y el Consejo (1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011) y una directiva del Consejo (2011/85/UE) que reforman el PEC. Estas medidas se centran en la supervisión presupuestaria en la zona del euro, la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos, las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro y los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. Este paquete permitió integrar, «de manera un tanto informal, los mecanismos existentes y adelantar la labor de supervisión realizada por las instituciones comunitarias» (Carrera Hernández, 2020: 33–34), evitando un mero control *a posteriori* de las políticas económicas de los Estados.

[15] El paquete *two pack* (2013) complementa al anterior y está conformado por el Reglamento (UE) núm. 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro; y el Reglamento (UE) núm. 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades. Pretenden mejorar «la vigilancia sobre los Estados miembros en relación con el cumplimiento de los compromisos asumidos mediante un programa de estabilidad» (Carrera Hernández, 2020: 33–34).

[16] En este sentido, véase Guerrero Vázquez (2016). La política económica es competencia estatal, pero está sometida al control de la Unión. Se coordina en el seno del Consejo mediante la adopción de orientaciones generales y disposiciones particulares dirigidas a los Estados de la zona del euro (arts. 5, 120 y ss. TFUE). La Comisión vela por el cumplimiento de la disciplina presupuestaria, evaluando la situación presupuestaria y el nivel de endeudamiento público de los Estados (art. 126 TFUE, párrafo 1). En caso de déficits públicos excesivos, la Comisión redacta recomendaciones para que el Estado ponga fin a esta situación en un plazo determinado (art. 126 TFUE, párrafo 7). De acuerdo con las conclusiones del abogado general Michal Bobek, presentadas el 12 de diciembre de 2017 (*Bélgica c. Comisión*, C–16/16 P, EU:C:2017:959, apartado 88), aunque las recomendaciones no tengan carácter vinculante pueden «generar efectos jurídicos notables, en el sentido de que inducen a adoptar un determinado comportamiento y de que modifican la realidad normativa». Es decir, inciden en los derechos y obligaciones de sus destinatarios y de terceros. Además, en el ámbito de la política económica, esas recomendaciones se acaban convirtiendo en advertencias (a través de decisiones del Con-

Maastricht[17]. La negociación de los rescates se tradujo en préstamos sujetos al cumplimiento de una estricta condicionalidad supervisada por la *Troika*, que obligó a los Estados solicitantes a adoptar medidas de carácter deflacionario y de austeridad para reducir significativamente su déficit presupuestario y deuda pública. A cambio, los mecanismos de asistencia dotaban de liquidez a los bancos nacionales y creaban líneas de crédito de emergencia en favor de aquellos[18]. En suma, los procedimientos de desequilibrios económicos, déficit excesivo y supervisión reforzada, la negociación de la condicionalidad recogida en los *Memorándums*, así como la coordinación de las políticas económicas de la Unión, han permitido a la Comisión y al BCE, en concierto con el FMI, marcar el rumbo económico de la Unión tras el estallido de la crisis financiera de 2008.

Para hacer más comprensible la naturaleza de los mecanismos de condicionalidad, René Repasi[19] clasifica los rescates financieros de la crisis de la década pasada en tres generaciones: *a)* la primera se formaliza a través de acuerdos intergubernamentales y préstamos bilaterales entre los Estados miembros de la zona del euro (como el Grecia I); *b)* la segunda generación (Irlanda, Portugal y Grecia II) se refiere a la asistencia prestada a través del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF) y el Fondo Europeo de Estabilización Financiera (FEEF), ambos creados en 2010[20]; y *c)* la última generación de rescates (España, Chipre y Grecia III) surge con la entrada en vigor del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (TMEDE), firmado el 2 de febrero de 2012 por los Estados miembros de la zona del euro. Con la reforma el modelo de gobernanza económica de la Unión Europea, el MEDE se convirtió en el principal instrumento para la salvaguarda de la estabilidad financiera de la zona del euro, asumiendo las tareas desempeñadas por el FEEF y el MEEF hasta su entrada en vigor[21].

---

sejo); y, en caso de incumplimiento persistente por el Estado, en multas u otras actuaciones con efectos jurídicos (art. 126 TFUE, párrafo 11).

[17] En este sentido, véase Carrera Hernández (2020: 33–34).

[18] En este sentido, véase Lapavitsas y Flassbeck (2015: 13).

[19] En este sentido, véase Repasi (2017: 1123–1156).

[20] El FEEF es una empresa privada, establecida por los Estados miembros de la zona del euro a través de Acuerdo Marco firmado en Madrid el 10 de junio de 2010. Véase al respecto Repasi (2017: 1123–1156).

[21] En este sentido, véase Menéndez Menéndez (2012: 56–64). El MEDE es compatible con el MEEF. El Reglamento (UE) 2015/1360 del Consejo, de 4 de agosto, que modifica el Reglamento (UE) 407/2010 por el que se establece el MEEF, expone como norma general que los Estados que corran riesgos financieros reciban apoyo a través del MEDE. No obstante, puede haber situaciones excepcionales en las que motivos prácticos, procedimentales o financieros aboguen por el uso del MEEF, por lo general antes que la ayuda financiera del MEDE o paralelamente a esta.

A diferencia del FEEF o el MEDE, la asistencia prestada a través del MEEF es la única que se encuentra dentro del marco jurídico de la Unión (art. 122 TFUE, párrafo 2). El Consejo crea este mecanismo precisamente para financiar los rescates a los Estados miembros, con cargo al presupuesto de la Unión y mediante bonos emitidos en su nombre[22]. No obstante, a pesar de que el MEDE no forma parte del ordenamiento europeo, el tratado constitutivo incluye como partes contratantes a todos los Estados miembros cuya moneda sea el euro (art. 1.1 TMEDE)[23]. Los firmantes pretendían dar mayor seguridad jurídica al problema planteado en el marco de la asistencia financiera, en virtud del principio de coordinación de las políticas económicas (arts. 119 y ss. TFUE). Pero consiguieron todo lo contrario al expulsar del Derecho de la Unión la negociación de los rescates.

La firma del TMEDE mantuvo prácticamente incólume el Derecho primario y no amplió las competencias de la Unión[24]. La desconfianza de los ciudadanos se acentuó debido al papel de la *Troika* en la negociación y la posición de los países de la zona del euro, que pasaron de Estados miembros a meros accionistas y/o solicitantes de ayuda financiera, es decir, a miembros de grupos de prestamistas internacionales, siendo Alemania el mayor acreedor del mecanismo. Todo ello hizo que el control de legalidad ejercido por el TJUE y la aplicabilidad de la Carta se discutiese en un momento crucial para la integración europea.

La cronología anterior permite dividir los mecanismos de condicionalidad en tres clases: *a)* instrumentos que se encuentran dentro del marco de la Unión, como el MEEF; *b)* «mecanismos híbridos»[25], que combinan una variedad de elementos intergubernamentales y supranacionales, como el MEDE o FEEF; y *c)* mecanismos puramente internacionales de asistencia financiera, como las ayudas prestadas a través del FMI. Por su parte, los países no pertenecientes a la zona del

---

[22] El Reglamento (UE) núm. 407/2010, de 19 de mayo, estableció el MEEF. La asistencia prestada a través del MEEF adopta la forma de un préstamo o una línea de crédito. La Comisión está habilitada a contraer empréstitos en los mercados de capitales o con las instituciones financieras en nombre de la Unión Europea. Véase al respecto Poulou (2017: 991–1026).

[23] Esta institución financiera internacional dotada de personalidad jurídica creada por los Estados miembros de la zona del euro tiene la finalidad de movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad a los Estados miembros que experimenten crisis financieras con el fin de salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro, permitiendo al mismo obtener fondos a través de la emisión de instrumentos financieros o mediante la celebración de acuerdos con los miembros de la institución, entidades financieras o terceros (art. 3 TMEDE).

[24] La Comisión, encargada de formular la reforma del modelo de gobernanza, en su Comunicación de 25 de julio de 2001 («La gobernanza europea – Un Libro Blanco», publicada en el *Diario Oficial* C–287 de 12 de octubre 2001), aseguró que la manera en que la Unión utiliza los poderes que le otorgan sus ciudadanos no implica necesariamente la aprobación de nuevos Tratados. Deja en manos de la voluntad y compromiso de los Estados e instituciones europeas la confección de esa renovación.

[25] En este sentido, véase Poulou (2017: 991–1026).

euro con problemas de déficit comercial pudieron solicitar asistencia financiera a través del mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a la balanza de pagos previsto en el Reglamento (CE) núm. 332/2002 del Consejo, de 18 de febrero, de conformidad con el art. 143 TFUE (este mecanismo se podría incluir dentro del primer grupo).

## 2.1. Vínculos formales y materiales entre el Derecho de la Unión Europea y los mecanismos híbridos

Los vínculos entre la Unión y los mecanismos híbridos confirman absolutamente la doble naturaleza de estos. La actuación de las instituciones europeas dentro del MEDE no se puede asignar exclusivamente a un nivel supranacional o internacional. En este sentido, se debe analizar la participación de las instituciones europeas en sus órganos y la introducción de la estricta condicionalidad en normas nacionales.

### *2.1.1. MEDE y Eurogrupo*

El papel del Eurogrupo confirma, en primer término, los vínculos entre la Unión y el MEDE. En el caso *Ledra Advertising*[26], las autoridades chipriotas aprobaron una serie de medidas de restructuración bancaria que, primero, se acordaron en el seno del Eurogrupo y, posteriormente, se recogieron en el programa de ajustes macroeconómicos y en el *Memorándum* de Entendimiento de 26 de abril de 2013. Por otra parte, además de haber sido el foro de decisión decisivo en relación con la adopción de las modalidades y el volumen de la asistencia financiera brindada por el MEDE, el presidente del Eurogrupo puede, bien presidir el Consejo de Gobernadores del MEDE, bien participar en las reuniones como observador (art. 5.2 TMEDE).

El caso *Ledra Advertising* adquiere una importancia crucial al establecer una nueva posición jurisprudencial. El Tribunal invocó en esta ocasión el deber de las instituciones europeas de observar las disposiciones de la Carta incluso cuando actúan fuera del marco europeo (art. 51.1 CDFUE), así como la función de «guardiana de los Tratados»[27] de la Comisión Europea (art. 17.1 TUE). De esta forma, establece los límites a que está sujeta la actuación de las instituciones

[26] Este asunto tuvo su origen en la solicitud de asistencia financiera de Chipre a través del MEDE, debido a los desajustes financieros que afrontaba el país y la necesidad de recapitalización de sus bancos. La *Troika* negoció un programa de ajustes macroeconómicos que posteriormente sería recogido en el *Memorándum* de Entendimiento de 26 de abril de 2013, firmado por el Gobierno chipriota y la Comisión, en nombre del MEDE, con el acuerdo de los demás países.

[27] STJUE de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P a C–10/15 P, ECLI:EU:C:2016:702, apartado 59.

fuera del marco legal del Derecho de la Unión cuando actúan en nombre de organizaciones internacionales, y la intensidad del deber de la Comisión de velar por el incumplimiento del ordenamiento europeo en este contexto, reforzando la responsabilidad extracontractual de las instituciones europeas en relación con la condicionalidad asociada a las diversas medidas de asistencia financiera.

No obstante, el Eurogrupo no puede asimilarse a una formación del Consejo ni calificarse de órgano u organismo de la Unión en el sentido del art. 263 TFUE. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, «si bien el concepto de institución, en el sentido del art. 340 TFUE, párrafo segundo, no solo engloba a las instituciones expresamente mencionadas en el art. 13 TUE, sino también a todos los organismos de la Unión que cumplan dos criterios —a saber, por una parte, haber sido constituidos por los Tratados y, por otra, tener como misión contribuir a la realización de los objetivos de la Unión—, el Eurogrupo no satisface el primero de estos dos criterios»[28].

Aunque en el seno del Eurogrupo se hayan discutido los términos de los recates de la década pasada, las disposiciones de la Carta no se aplican a sus decisiones, de conformidad con el art. 51.1 CDFUE[29], pues se trata únicamente de una reunión informal entre los ministros de Economía y Hacienda de la zona del euro.

### *2.1.2. MEDE, Comisión y BCE*

El responsable de asuntos económicos y monetarios de la Comisión y el presidente del BCE participan igualmente como observadores en el Consejo de Gobernadores del MEDE. Pero el vínculo de la Comisión y el BCE a los mecanismos híbridos va más allá, y adoptan una posición poco convencional respecto a su actividad normal. Algunos autores[30] las definen como instituciones prestadas o auxiliares porque se encargan de negociar, en concierto con el FMI, la condicionalidad de la asistencia financiera que posteriormente se plasma en el *Memorándum* de Entendimiento y en las normas nacionales de aplicación. Asimismo, la Comisión firma el *Memorándum* en nombre del MEDE (art. 13.4 TMEDE) y supervisa el cumplimiento de programa de ajustes

[28] STJUE de 16 de diciembre de 2020, *Chrysostomides*, C–597/18 P, C–598/18 P, C–603/18 P y C–604/18 P, ECLI:EU:C:2020:1028, apartado 67.

[29] El Eurogrupo no es un órgano decisorio, ni adopta actos de carácter vinculante. Tampoco forma parte de la Comisión o BCE, ni es controlado por estas instituciones. Esta informalidad lo convierte en el órgano principal para decidir sobre la adopción de las ayudas aprobadas por el MEDE, ya que su actuación queda fuera del control jurisdiccional del TJUE. Véase al respecto STJUE de 20 de septiembre de 2016, *Mallis y Malli c. Comisión y BCE*; C–105/15 P, ECLI:EU:C:2016:702, apartado 47.

[30] En este sentido, véase Poulou (2017: 991–1026).

macroeconómicos, en el marco establecido en los arts. 121 y 136 TFUE y en el art. 13.3 TMEDE.

La negociación y los acuerdos celebrados en el marco de la asistencia financiera conllevan cláusulas de uniformidad o coherencia diseñadas para garantizar la compatibilidad de la condicionalidad con el ordenamiento jurídico europeo, ya sea respecto de actos específicos o respecto del ordenamiento en su conjunto. De esta forma, el *Memorándum* de Entendimiento debe ser «plenamente compatible con las medidas de coordinación de la política económica previstas en el TFUE, en particular con cualquier acto del Derecho de la Unión Europea, incluido cualquier dictamen, advertencia, recomendación o decisión que se haya dirigido al miembro del MEDE en cuestión»[31] (art. 13.3 TMEDE, párrafo segundo). En definitiva, la Comisión debe velar por que el *Memorándum* de entendimiento firmado por ella en nombre del MEDE sea plenamente coherente con el Derecho de la Unión.

Estos lazos permiten a la *Troika* intervenir decisivamente en las políticas financieras y macroeconómicas de los Estados receptores a través de estas entidades financieras, sin necesidad de ampliar sus competencias o reformar el Derecho primario de la Unión. Con la creación de estos mecanismos de condicionalidad, las autoridades europeas exigen como condición para la prestación de ayudas a los Estados receptores el control de la política financiera de dichos Estados intervenidos, si bien lo hacen no directamente a través de las instituciones europeas, que carecen de competencias para ello, sino a través de la *Troika*. De acuerdo con Antonio Arroyo Gil, «el Estado financiado por la *Troika* se encuentra intervenido *de facto*, especialmente porque las líneas de crédito que otorga tienen prioridad de pago, con lo que la soberanía política del Estado en cuestión se encuentra gravemente condicionada»[32].

Ese peso del MEDE, a la hora de negociar los rescates de la crisis financiera y coordinar las políticas económicas de la década pasada, indujo a muchos Estados a rechazar su utilización. En la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la COVID–19, ningún país de la zona

---

[31] Las funciones atribuidas a la Comisión en el marco del TMEDE consisten en evaluar las solicitudes de apoyo a la estabilidad (art. 13.1 TMEDE), evaluar su urgencia (art. 4.1 TMEDE), negociar el *Memorándum* de Entendimiento en el que se defina con precisión la condicionalidad asociada a la asistencia financiera concedida (art. 13.3) y velar por el cumplimiento de la condicionalidad asociada a la asistencia financiera (art. 13.7 TMEDE). Se le encomienda la firma del *Memorándum* de Entendimiento en nombre del MEDE a condición de que dicho *Memorándum* cumpla las condiciones establecidas en el art. 13.3 TMEDE, párrafo segundo (cláusulas de coherencia con el Derecho de la Unión), y se apruebe por el Consejo de Gobernadores del MEDE. En cuanto al BCE, las funciones que le han sido atribuidas en el marco del TMEDE consisten en evaluar la urgencia de las solicitudes de apoyo a la estabilidad (art. 4.1 TMEDE) y, en coordinación con la Comisión, evaluar las solicitudes de apoyo a la estabilidad (art. 13.1), negociar un *Memorándum* de Entendimiento (art. 13.3 TMEDE) y velar por el cumplimiento de la condicionalidad asociada a la asistencia financiera (art. 13.7 TMEDE).

[32] Arroyo Gil y Giménez Sánchez (2015: 991–1026).

del euro aceptó el paquete de ayudas lanzado por el MEDE. Prefirieron aprobar un endeudamiento conjunto para soportar los costes sanitarios, antes que acudir a este mecanismo de condicionalidad. Además, las reglas del PEC no se aplicaron en esta ocasión y «no fueron un obstáculo para que los Estados miembros implementaran las medidas presupuestarias necesarias para hacer frente a la pandemia y sus consecuencias económicas»[33]. Es tal la desafección que la reforma del MEDE se encuentra en estos momentos paralizada debido a que Italia se niega a reformar el tratado por los riesgos de una reestructuración de su deuda nacional.

### *2.1.3. MEDE y Consejo de la Unión Europea*

El Consejo es la institución «ejecutora»[34] en el marco de la condicionalidad financiera. De conformidad con el art. 136.1 TFUE, se encarga de aprobar las condiciones del préstamo para garantizar la coherencia con el proceso de coordinación de políticas económicas de la UE y con el objetivo de contribuir al correcto funcionamiento de la UEM. Con la aprobación del *two pack* (2013) y, en particular, del Reglamento (UE) núm. 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, los diversos *Memorándum*s que recogen la estricta condicionalidad de los préstamos elaborados a través del MEDE se introducen en el Derecho europeo a través de un plan de ajustes macroeconómicos aprobado por una decisión del Consejo de la Unión[35]. Esta decisión se dirige a los Estados receptores de la ayuda y recoge los principales requisitos de la política económica negociada en el rescate.

El *Memorándum* debe ser plenamente compatible con el programa de ajustes macroeconómicos aprobado por el Consejo, y, asimismo, la decisión del Consejo que recoge los requisitos esenciales del *Memorándum* no solo debe ser compatible con el Derecho de la Unión, sino

---

[33] Olesti Rayo (2022: 727–745).

[34] Poulou (2017: 991–1026).

[35] De acuerdo con el art. 7.1 del Reglamento 472/2013 «un Estado miembro que solicite ayuda financiera de uno o varios Estados miembros o terceros países, del MEEF, del MEDE, de la FEEF, o del FMI elaborará, de acuerdo con la Comisión, que actuará en coordinación con el BCE y, cuando proceda, el FMI, un proyecto de programa de ajuste macroeconómico que se basará en, y sustituirá a, cualesquiera programas de asociación económica establecidos de acuerdo con el Reglamento 473/2013, y que también incluirá objetivos presupuestarios anuales». El apartado segundo establece que «el Consejo, pronunciándose por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, aprobará el programa de ajuste macroeconómico elaborado por el Estado miembro que solicita ayuda» de uno o varios Estados miembros o terceros países, del MEEF, del MEDE, de la FEEF, o del FMI.

también con los requisitos para la concesión de ayuda financiera que se aprueban con arreglo al TMEDE. Asimismo, el propio Reglamento reconoce que la negociación del programa de ajustes macroeconómicos debe respetar la Carta y, en concreto, el derecho de negociación y acción colectiva del art. 28 CDFUE.

El papel del Consejo complica todavía más el análisis sobre la naturaleza jurídica de los mecanismos híbridos, pues su actuación es la única que se encuentra dentro del marco jurídico de la Unión y, por consiguiente, está sujeta al control de legalidad ejercido por el TJUE. En este sentido, si el juez europeo se pronuncia sobre la legalidad de la decisión que aprueba el préstamo, el *Memorándum* debería ser ajustado por los propios órganos del MEDE a la decisión del Consejo en la hipótesis de que esta última sea modificada tras una sentencia sobre su validez, en virtud de las cláusulas de uniformidad del art. 13 TMEDE, apartados 3 y 4, y art. 7.2 del Reglamento 472/2013. De lo contrario, sería un acuerdo incompatible con la Unión.

No obstante, el citado Reglamento 472/2013 supuso un cambio meramente formal en relación con el papel del Consejo en las operaciones de asistencia financiera. Entró en vigor en un momento en el que muchos Estados miembros de la zona del euro ya habían solicitado ayuda financiera dentro y fuera del marco de la Unión. En aquel momento, el art. 13.3 TMEDE, párrafo segundo, ya preveía que los *Memorándum*s debían ser plenamente compatibles con las medidas de coordinación de la política económica de la Unión.

### *2.1.4. MEDE y TJUE*

Con carácter general, los Estados e instituciones europeas no pueden «sustraerse al control de la conformidad de sus actos»[36] con los Tratados y la CDFUE. No obstante, a pesar de que la desaparición de la estructura de pilares previa al Tratado de Lisboa extiende el control jurisdiccional de las actuaciones europeas (art. 19 TFUE, párrafo 1) a la casi totalidad de las materias previstas en el ordenamiento europeo, la negociación de los rescates fuera del marco jurídico de la Unión restringe significativamente las competencias del Tribunal para controlar la legalidad de tales actuaciones, así como la protección de los derechos fundamentales limitados por las medidas nacionales adoptadas en virtud de compromisos internacionales.

En el marco de la condicionalidad financiera, el Tribunal es competente para: *a)* controlar que los compromisos asumidos por los Estados miembros en el marco del TMEDE respeten el ordenamiento europeo

[36] STJUE de 23 de abril de 1986*, Les Verts/Parlamento*, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, apartado 23.

y, en especial, las medidas adoptadas por la Unión en el ámbito de la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros; *b)* conocer aquellas controversias que le sean sometidas en virtud de un compromiso con el mecanismo de asistencia en cuestión, en virtud del art. 273 TFUE y art. 37 TMEDE; y, de acuerdo con el caso *Ledra Advertising*, *c)* conocer de las pretensiones de los particulares afectados por las medidas de austeridad en el marco de un recurso de indemnización conforme a los arts. 268 y 340 TFUE, párrafos segundo y tercero.

El fundamento de la admisión del recurso de responsabilidad extracontractual de la Unión en el ámbito del TMEDE es la reparación de aquellos daños causados por la Comisión en el ejercicio de su función de guardiana de los tratados, es decir, como representante y garante de los intereses generales de la Unión. Pero en ningún caso como consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión. De esta forma, cuando la Comisión negocia las condiciones de los rescates fuera del marco jurídico europeo, induciendo unas u otras políticas económicas, fiscales o sociales, lo hace sin sujeción al principio de atribución o subsidiariedad. Aunque deba garantizar la coherencia y uniformidad del *Memorándum* con el ordenamiento europeo y, por tanto, observar las disposiciones de la Carta en el sentido del art. 51.1 CDFUE, esta institución no aplica directamente el Derecho de la Unión, sino, al contrario, el Derecho internacional.

El Tribunal no tiene competencia para anular los *Memorándum*s negociados fuera del marco jurídico de la Unión. Únicamente tendría competencia para controlar la validez de los rescates si, en virtud del procedimiento prejudicial del art. 267 TFUE, letra *b)*, los gobiernos centrales adoptan las medidas en base a un acto de una institución, órgano u organismo de la Unión y, por consiguiente, aplican el Derecho de la Unión en el sentido del art. 51.1 CDFUE.

## 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO

Un *Memorándum* es un acuerdo que materializa el «compromiso entre la Unión y un Estado miembro sobre un programa económico, negociado entre ambas partes, mediante el cual ese Estado miembro se compromete a respetar unos objetivos económicos previamente definidos para poder beneficiarse de la asistencia financiera de la Unión, a condición de que se respete dicho compromiso»[37]. En el marco del MEDE, la condicionalidad asociada al rescate puede adoptar diversas formas, desde un programa de ajustes macroeconómicos hasta una

[37] Conclusiones del abogado general Yves Bot de 21 de diciembre de 2016, *Florescu*, C–258/14, ECLI:EU:C:2016:995, apartado 52.

obligación de cumplimiento continuo de las condiciones de elegibilidad preestablecidas. Cuando el *Memorándum* se adopta dentro del marco jurídico de la Unión, se considera un acuerdo con carácter vinculante y un acto de la Unión en el sentido del art. 267 TFUE, letra *b)*. En este caso, los Estados miembros estarán obligados a respetar los derechos, observar los principios y promover la aplicación de la Carta. Esta obligación recae en todos los órganos nacionales, incluidos los legislativos, administrativos o jurisdiccionales. Si el *Memorándum* se adopta fuera del marco jurídico europeo y, en particular, en virtud del TMEDE, entonces ni es un acto vinculante ni es un acto europeo. Consecuentemente, para afirmar la aplicabilidad de la Carta, debemos encontrar argumentos sólidos que demuestran los vínculos institucionales y sustantivos ya analizados.

Antes del caso *Ledra Advertising*, el juez europeo sostenía que un *Memorándum* de Entendimiento negociado fuera del marco jurídico de la Unión, es decir, un compromiso internacional adquirido por un Estado a través de los mecanismos de asistencia financiera, no podía ser controlado por el TJUE. Con arreglo a la línea jurisprudencial fijada en el caso *Pringle,* el Tribunal no era competente para controlar la validez de las medidas de austeridad adoptadas en virtud de acuerdos ajenos al Derecho de la Unión. En consecuencia, si las tareas desempeñadas por la Comisión y el BCE en esas entidades internacionales, en concierto con el FMI, no comprenden ninguna potestad decisoria propia, su actuación solo vincula al organismo a través del cual actúen[38].

Desde luego, ello no se oponía a que el juez europeo controlase que la celebración y ratificación de tratados internacionales por los Estados miembros y, en particular, los compromisos asumidos por los Estados contratantes en el marco de esos acuerdos, respeten el Derecho de la Unión. En este sentido, el Tribunal aseguró en el apartado 121 de la citada sentencia que «los Estados miembros tienen libertad para establecer un mecanismo de estabilidad como el MEDE, siempre no obstante que ese mecanismo respete en su funcionamiento el Derecho de la Unión y, en especial, las medidas adoptadas por la Unión en el ámbito de la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros». Pero lo que aquí se plantea no es la interpretación del Derecho de la Unión o la compatibilidad de las disposiciones de un tratado internacional con el Derecho de la Unión, sino la validez de los actos adoptados en virtud de mecanismos internacionales como el MEDE.

[38] STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C–370/12, EU:C:2012:756, apartados 108–121 y 161.

### 3.1. Obligatoriedad del Memorándum de Entendimiento adoptado dentro del marco legal de la Unión Europea

Es necesario diferenciar los instrumentos de asistencia creados por el Derecho de la Unión, de aquellos otros de carácter híbrido. Porque aunque en ambos casos el esquema seguido en la negociación y firma de los rescates sea el mismo —la materialización del acuerdo sobre un programa de ajustes macroeconómicos se encuentra plasmado en un *Memorándum*, en una decisión del Consejo y en las medidas nacionales que recogen el programa de ajustes macroeconómicos[39]—, los actos adoptados por el Estado receptor de la ayuda se basan, en el primer caso, en el cumplimiento de los compromisos contraídos con la Unión, y, en el segundo caso, en compromisos internacionales adquiridos con los mecanismos de condicionalidad.

Se encuentran dentro del marco jurídico de la Unión el mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a la balanza de pagos (art. 143 TFUE)[40] y la asistencia prestada a través del MEEF (art. 122.2 TFUE). Cuando un *Memorándum* se negocia a través de estos instrumentos, es decir, directamente por la Unión y dentro del Derecho de la Unión, los particulares afectados pueden impugnar las medidas nacionales adoptadas en virtud de aquel, y el TJUE puede controlar indirectamente la legalidad de esos rescates a través del procedimiento prejudicial (art. 267 TFUE).

Esta posición fue defendida por el TJUE en el caso *Florescu*[41], al considerar que un *Memorándum* negociado a través de la vía del art. 143 TFUE, en caso de dificultades en la balanza de pagos de un país

---

[39] Los gobiernos nacionales negocian con la *Troika* el programa de ajustes macroeconómicos relativo a la estricta condicionalidad de la asistencia financiera. Esta condicionalidad se recoge en dos documentos, el *Memorándum* de entendimiento y en una decisión del Consejo. El Estado solicitante recibe asistencia a cambio de cumplir los compromisos de reforma política y económica incluidos en el *Memorándum*. Los prestamistas o acreedores también se comprometen a prestar la asistencia, en caso de cumplimiento del acuerdo. Véase al respecto Repasi (2017: 1123–1156).

[40] El Reglamento (CE) núm. 332/2002 del Consejo, de 18 de febrero, establece que, en caso de dificultades a la balanza de pagos, los países no pertenecientes a la zona del euro pueden solicitar asistencia mutua recomendada por la Comisión y concedida por el Consejo mediante la concesión de préstamos en virtud del art. 143 del TFUE. Véase STJUE de 13 de junio de 2017, *Florescu*, C–258/14, EU:C:2017:448, apartados 31 y 56.

[41] El caso *Florescu* (STJUE de 13 de junio de 2017, C–258/14, EU:C:2017:448) analizó la naturaleza de un *Memorándum* de Entendimiento adoptado dentro del marco legal de la Unión y, en concreto, la ayuda prestada a Rumanía. Esta sentencia analiza exclusivamente las condiciones asociadas a la asistencia financiera dada para garantizar la Balanza de pagos en virtud del art. 143 TFUE. Por otro lado, aunque no fue objeto de discusión en este asunto, un *Memorándum* adoptado dentro del MEEF también debe considerarse un acto europeo en el sentido del art. 267 TFUE. El art. 3.2 bis del Reglamento 407/2010, por el que se establecía el MEEF, condicionaba la concesión de asistencia financiera de la Unión en virtud del art. 122.2 TFUE, a la adopción de disposiciones jurídicamente vinculantes, previas al desembolso de la ayuda.

no miembro de la zona del euro, era un acuerdo con carácter vinculante y un acto europeo[42], esto es, un acto adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión en el sentido del art. 267 TFUE, letra *b)*, que podía ser sometido a la interpretación del TJUE a través de un procedimiento prejudicial. Es más, incluso aunque el *Memorándum* no tuviese efectos jurídicos vinculantes, sería posible solicitar una decisión prejudicial ante el juez europeo, porque, a diferencia de los requisitos de admisibilidad exigidos para un recurso de anulación (art. 263 TFUE), el procedimiento prejudicial (art. 267 TFUE) no requiere que el acto esté destinado a producir efectos jurídicos. Basta con que el acto en cuestión sea un acto adoptado por las instituciones, órganos u organismos de la Unión[43].

Las cuestiones prejudiciales de validez planteadas en el caso *Florescu* llevaron al TJUE a examinar si la medida nacional controvertida en el litigio principal aplicaba el Derecho de la Unión en el sentido del art. 51.1 CDFUE, y si tales normas vulneraban el art. 17.1 CDFUE[44].

---

[42] No en todas las traducciones de la sentencia se afirma el carácter vinculante. En la versión en inglés, únicamente se dice que los *Memorándums* de Entendimiento son obligatorios: «*mandatory*» (STJUE de 13 de junio de 2017, *Florescu*, C–258/14, EU:C:2017:448, apartado 41).

[43] Yendo un paso más allá, el abogado general Michal Bobek defendió también que, en virtud del art. 263 TFUE, se podría conocer de los actos no vinculantes que produjeran efectos jurídicos notables, siempre y cuando se consideren inductores del cumplimiento. Por ejemplo, las recomendaciones, «en el sentido de que inducen a adoptar un determinado comportamiento y de que modifican la realidad normativa. Pueden incidir en los derechos y obligaciones de sus destinatarios y de terceros». Véase al respecto conclusiones del abogado general Michal Bobek, presentadas el 12 de diciembre de 2017, *Bélgica c. Comisión*, C–16/16 P, EU:C:2017:959, apartados 87 y 88.

[44] El concepto de aplicación del Derecho de la Unión, a efectos del art. 51.1 CDFUE, «requiere la existencia de un vínculo de conexión de un grado superior a la proximidad de las materias cubiertas por la legislación nacional y de la Unión, o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. Deben tenerse en cuenta otros elementos, tales como la existencia de otra disposición sustantiva del Derecho de la Unión (aparte del precepto de la Carta invocada) que, siendo aplicable a la situación, imponga una obligación a los Estados miembros de que se trate» (conclusiones del abogado general Nils Wahl de 21 de abril de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P, C–9/15 P y C–10/15 P, EU:C:2016:290, apartado 87). Aunque el *Memorándum* deje un margen de maniobra para decidir las medidas más adecuadas para el cumplimiento de dichos compromisos, «cuando un Estado miembro adopta medidas en el ejercicio de la facultad de apreciación que le confiere un acto del Derecho de la Unión, debe considerarse que aplica dicho Derecho, en el sentido del art. 51.1 de la Carta» (STJUE de 13 de junio de 2017, *Florescu*, C–258/14, EU:C:2017:448, apartado 48). Este margen de maniobra debe utilizarse de un modo compatible con la Carta.

Por otro lado, la aplicación del Derecho de la Unión incluye toda actividad de ejecución y aplicación por los Estados miembros y cubre todos los ámbitos regulados dentro del marco europeo. No es necesario que existe una aplicación concreta de los derechos fundamentales, sino un vínculo suficiente con disposiciones del Derecho de la Unión además de la propia Carta. No obstante, no toda conexión es suficiente: el mero hecho de que una medida nacional afecte a un área en la que la UE tenga competencias, o que una ley nacional incorpore referencias voluntarias al ordenamiento europeo, no supone aplicar el Derecho de la Unión. Véase al respecto SSTJUE de 10 de julio de 2014, *Víctor Manuel Julián Hernández*, C–198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, apartados 24, 27, 34–36 y 46; de 6 de marzo de 2014, *Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia*,

El *Memorándum* entre la UE y Rumania, de 23 de junio de 2009, imponía al Estado miembro la adopción de una normativa nacional que establecía la prohibición de acumular la pensión de jubilación en el sector público con los ingresos obtenidos por actividades ejercidas en el seno de instituciones públicas, si el importe de dicha pensión superaba el límite establecido en el presupuesto de la seguridad social (salario medio nacional bruto). La respuesta dada en el caso *Florescu* fue relativamente sencilla, pues el fundamento jurídico del *Memorándum* de Entendimiento era el art. 143 TFUE, y, además, fue concluido entre la Unión y Rumanía[45]. El Tribunal se basó en la intencionalidad del legislador nacional al aprobar una ley que tenía la finalidad de cumplir con los compromisos acordados en el *Memorándum* para defender que la medida nacional impugnada entraba dentro del ámbito de aplicación de la Carta. Los objetivos fijados en la decisión del Consejo y en el *Memorándum* habían sido lo suficientemente detallados y precisos como para poder considerar que las medidas nacionales tenían por objeto aplicar ese *Memorándum* y esa decisión y, por consiguiente, el Derecho de la Unión.

No obstante, a pesar de entrar a conocer sobre las cuestiones planteadas, el TJUE desestimó las pretensiones de los perjudicados. Entendió que el *Memorándum* de Entendimiento no había impuesto la adopción de la normativa nacional como la impugnada en el litigio[46], aunque ese acuerdo tuviese carácter vinculante y se tratara de un acto de la Unión en el sentido del art. 267 TFUE.

Según Markakis y Determine[47], si asumimos el carácter vinculante de los acuerdos plasmados en los *Memorándum*s, que afectan a las competencias de los Estados, observaríamos que la autonomía legislativa se vería involucrada en una especie de incursión del Derecho de la Unión. Los particulares podrían forzar a los Estados a cumplir los compromisos recogidos en estos acuerdos en base a los compromisos adquiridos con los prestamistas. Aunque en virtud del art. 143 TFUE la Comisión pueda recomendar al Consejo la concesión de asistencia mutua y los métodos pertinentes al respecto, y el Consejo conceda dicha asistencia mutua y tome decisiones para determinar las condiciones y

---

C–206/13, ECLI:EU:C:2014:126, apartados 22–29; de 14 de abril de 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe,* C–6/03, ECLI:EU:C:2005:222, apartados 58–64; de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses Kft*, C–419/14, ECLI:EU:C:2015:832, apartado 66.

[45] En virtud del art. 143 TFUE, corresponde al Consejo conceder dicha asistencia mutua y fijar las condiciones y las disposiciones de desarrollo de esta mediante la adopción de directivas o de decisiones, es decir, de disposiciones del Derecho europeo. Véase al respecto STJUE de 13 de junio de 2017, *Florescu*, C–258/14, EU:C:2017:448; apartados 31 y 35.

[46] «El Memorando de Acuerdo, aun teniendo carácter vinculante […], debe interpretarse en el sentido de que no impone la adopción de una normativa nacional, como la considerada en el litigio principal» (STJUE de 13 de junio de 2017, *Florescu*, C–258/14, EU:C:2017:448, apartados 41–42).

[47] En este sentido, véase Markakis y Determine (2018: 643–672).

modalidades de esta, en ningún caso estas instituciones tienen competencia exclusiva o principal para establecer los términos adjuntos a la asistencia financiera otorgada a los Estados miembros afectados por la crisis[48]. La coordinación de las políticas económicas de los Estados no significa cesión o atribución de competencias (arts. 121, 126 y 136 TFUE), pues ello supondría una extensión *de facto* de las potestades de las instituciones europeas.

### 3.2. Naturaleza del Memorándum de Entendimiento adoptado fuera del marco legal de la Unión Europea

Un *Memorándum* negociado fuera del marco jurídico europeo y, en particular, a través del MEDE, no es un acto de una institución, órgano u organismo de la Unión en el sentido del art. 267 TFUE, letra *b)*. Las disposiciones de la Carta no serán vinculantes para los Estados, pues no aplican el Derecho de la Unión en el sentido del art. 51 CDFUE. En cambio, las instituciones deben observar su cumplimiento en todas las actuaciones y, consecuentemente, la Comisión debe abstenerse de firmar un *Memorándum* de entendimiento cuya coherencia con la legislación de la UE sea dudosa. Conserva así su función de guardiana de los Tratados y la obligación de promover el interés general de la Unión.

La actuación en el ámbito del TMEDE no desvirtúa las atribuciones que los Tratados de la Unión confieren a las instituciones europeas dentro del Derecho de la Unión. De conformidad con el art. 17.1 TUE y art. 13 TMEDE, apartados 3 y 4, en relación con el art. 51.1 CDFUE, la Comisión debe velar porque el acuerdo sea compatible con los derechos fundamentales garantizados por la Carta[49]. Esa obligación de supervisar la aplicación del Derecho europeo y la compatibilidad entre el *Memorándum* y el programa de ajustes macroeconómicos, no es estática, sino «dinámica»[50]. Una obligación dinámica según la cual la Comisión verifica la compatibilidad del *Memorándum* de entendimiento con el ordenamiento jurídico europeo durante toda la duración del programa de asistencia financiera. En este sentido, si el juez europeo se pronuncia sobre la legalidad de la decisión del Consejo que aprueba el préstamo, la Comisión debería mantener la coherencia entre el *Memorándum* y el Derecho de la Unión. De lo contrario, sería un acuerdo incompatible con nuestro ordenamiento.

---

[48] En este sentido, véase STJUE de 13 de junio de 2017, *Florescu*, C–258/14, EU:C:2017:448, apartado 31; Markakis y Determine (2018: 643–672).

[49] En este sentido, véase STJUE de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P a C-10/15 P, ECLI:EU:C:2016:702, apartados 44, 59 y 67.

[50] Expresión utilizada por Menelaos Markakis en Markakis y Determine (2018: 643–672) para describir la función de la Comisión como guardiana de los Tratados.

El papel del Consejo, en relación con las cláusulas de uniformidad, tampoco sirve para aclarar la naturaleza de los *Memorándum*s, si se defiende que los propios órganos del MEDE deben ajustar el *Memorándum* a la decisión del Consejo en la hipótesis de que esta última sea modificada tras una sentencia del TJUE sobre su validez. Algunos autores[51] rechazan esta posición al asegurar que el desembolso de asistencia financiera a través del MEDE exclusivamente está condicionado al cumplimiento del *Memorándum* y no a la decisión del Consejo, que simplemente reitera el contenido de acuerdo. Desde este punto de vista, no existe ninguna disposición en el TMEDE que permita a las instituciones de la Unión modificar un *Memorándum* firmado por la Comisión frente a cualquier cambio realizado en los programas de ajustes macroeconómicos (art. 7 del Reglamento 472/2013) o decisión del Consejo, incluyendo una posible anulación ante el Tribunal de Justicia. En caso contrario, se produciría una intromisión de la Comisión y el TJUE en las políticas económicas, fiscales o sociales del Estado solicitante y, consecuentemente, una clara extensión *de facto* de las competencias europeas.

Otro problema interpretativo es que los hechos que motivaron la sentencia en el caso *Ledra Advertising* son anteriores a la aprobación del Reglamento (UE) núm. 472/2013, de 21 de mayo, y, por consiguiente, la sentencia no menciona la necesidad de recoger el acuerdo en una decisión del Consejo. Esto lleva al abogado general a defender que la «circunstancia de que una o varias instituciones de la Unión puedan desempeñar ciertas funciones en el marco jurídico del MEDE no altera la naturaleza de los actos del MEDE. Dichos actos son ajenos al ordenamiento jurídico de la Unión: son decididos por las instituciones propias del MEDE y solo vinculan al MEDE»[52]. Sin embargo, admite a continuación que, en algunos casos excepcionales, «el Tribunal de Justicia se ha reservado la competencia de ejercer el control sobre actos que, pese a haber sido adoptados formalmente como actos de los Estados miembros reunidos en el Consejo, habida cuenta de su contenido y del conjunto de las circunstancias en las que se adoptaron, deben considerarse actos del Consejo»[53].

---

[51] En este sentido, véase Repasi (2017: 1123–1156).

[52] El conflicto entre la responsabilidad patrimonial de la Unión y la responsabilidad internacional del MEDE también fue objeto de debate, pues la Comisión negocia y firma los *Memorándums* siempre en nombre de esa entidad internacional. Es decir, se pone a disposición del MEDE y sus actos quedan sujetos al Derecho internacional. Desde este punto de vista, como la Comisión y el BCE actúan en nombre de una organización internacional con vistas a concluir un acuerdo internacional entre esa organización y uno de sus Estados soberanos, la responsabilidad debería recaer sobre dicha organización, «de conformidad con las normas del Derecho internacional público» (Conclusiones del abogado general Nils Wahl de 21 de abril de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P, C–9/15 P y C–10/15 P, EU:C:2016:290, apartados 53 y 98).

[53] Conclusiones del abogado general Nils Wahl de 21 de abril de 2016, *Ledra Advertising,* C–8/15 P, C–9/15 P y C–10/15 P, EU:C:2016:290, apartado 128.

## 4. POSICIÓN ACTUAL DEL TJUE

En el caso *Ledra Advertising* los particulares afectados por las medidas de austeridad intentaron erróneamente anular la Declaración del Eurogrupo de 25 de marzo de 2013, relativa, en particular, a la reestructuración del sector bancario en Chipre, mediante su imputación a la Comisión y al BCE, conscientes de que ni la Comisión ni el BCE la habían adoptado[54]. No obstante, la inadmisión del recurso de anulación del art. 263 TFUE no excluía la posibilidad de imputar a la Comisión y al BCE comportamientos ilícitos vinculantes.

Una vez descartada la vía de impugnación directa y la posibilidad de anular el *Memorándum*, por ser la jurisdicción europea incompetente para interpretar la validez de actos que se encuentran fuera del marco de la Unión, quedó abierta la puerta para reclamar daños y perjuicios de la Unión por la violación de los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE, conforme a los arts. 268 y 340 TFUE, párrafos segundo y tercero.

### 4.1. Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea

No es objeto de este trabajo el análisis del completo sistema de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones (arts. 251 a 281 TFUE)[55]. Pero, en el ámbito de la negociación de la

[54] La solicitud de anulación de la Declaración del Eurogrupo de 25 de marzo de 2013, en donde el Eurogrupo señaló que había llegado a un acuerdo con las autoridades chipriotas sobre los elementos esenciales de un futuro programa macroeconómico de ajuste que contaba con el apoyo de todos los Estados miembros cuya moneda es el euro y con el de la Comisión, el BCE y el FMI, y que dio lugar al saneamiento de los bancos chipriotas a través de los Decretos del Banco Central de Chipre, simplemente no cumple las «características de un acto cuya anulación pueda solicitarse en virtud del art. 263 TFUE […]. El hecho de que la Comisión y el BCE participen en las reuniones del Eurogrupo no modifica la naturaleza de las declaraciones de este último y no puede llevar a considerar que la Declaración controvertida es resultado de la potestad decisoria de esas dos instituciones de la Unión» (STJUE de 20 de septiembre de 2016; *Mallis y Malli c. Comisión y BCE*; C–105/15 P; ECLI:EU:C: 2016:702, apartados 9, 19 y 57).

[55] El completo sistema de vías de recurso y procedimientos previsto en el TFUE se refiere al conjunto de vías directas e indirectas que tienen los particulares para atacar la legalidad de los actos adoptados dentro del Derecho de la Unión. En este sentido, véase STJUE de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, asunto 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, apartado 23. Ante una actuación dentro del marco jurídico de la Unión, podrían ser admisibles los recursos de anulación (art. 263 del TFUE), de omisión (art. 265 TFUE) o de responsabilidad patrimonial (art. 340 TFUE, párrafo 2 y 3) y, como vías indirectas, la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) o la excepción de ilegalidad (art. 277 TFUE). Estos instrumentos de impugnación directa o incidental buscan proteger al justiciable frente a cualquier posible laguna en el control jurisdiccional. De esta forma, cuando un particular carece de legitimación para interponer una acción directa, en todo caso, podrá invocar la invalidez de los actos ilegales de manera indirecta, o bien a través

condicionalidad asociada a los rescates, es necesario delimitar cuáles son los actos susceptibles de impugnación directa o indirecta ante el juez europeo. En este sentido, el TJUE es competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños causados por las instituciones europeas o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Entiende el Tribunal que la actuación de las instituciones en el marco del TMEDE genera responsabilidad extracontractual cuando la actuación sea ilícita, es decir, haya una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, además de existir una relación de causalidad entre esa actuación u omisión de una institución, órgano u organismo de la Unión y el daño causado[56]. En el caso *Ledra Advertising*, tal responsabilidad se basa en la inacción de la Comisión en incumplimiento de la obligación de garantizar la conformidad del *Memorándum* con el Derecho de la Unión. Esta obligación se aplica a la Comisión no solo al firmar el *Memorándum*, sino también al negociarlo. Incluso aunque la firma de la Comisión tenga lugar después del rescate[57].

El abogado general Nils Wahl coincidió con el Tribunal al asegurar que las instituciones deben respetar el Derecho de la Unión cuando actúan fuera del marco de la Unión. Pero añadió que, en relación con la función de guardiana de los Tratados (art. 17 TUE), la Comisión no tiene ninguna obligación específica de velar porque «los actos adoptados por los organismos u organizaciones en cuyo nombre actúa fuera del marco de la Unión respeten el Derecho de la Unión». No existe ninguna «obligación de resultado»[58], ni el TMEDE recoge una obligación de pleno cumplimiento entre la totalidad del Derecho de la Unión y el *Me-*

---

de la excepción de ilegalidad ante el propio TJUE, o bien por medio de la cuestión prejudicial, instando a los órganos jurisdiccionales nacionales a que soliciten un pronunciamiento del juez europeo sobre este extremo.

[56] Los requisitos de la indemnización son los siguientes: *a)* daño real y cierto; *b)* violación del Derecho de la Unión y de la CDFUE por parte de las instituciones europeas, por acción u omisión (es decir, una restricción injustificada e ilegal de los derechos); *c)* nexo causal directo entre el daño causado y la conducta ilegal de las instituciones de la Unión. El requisito relativo a la causalidad exigido por el art. 340 TFUE «entraña la existencia de una relación suficientemente directa de causa a efecto entre el comportamiento de las instituciones de la Unión y el daño» (ATJUE de 10 de noviembre de 2014, *Ledra Advertising*, T–289/13, ECLI:EU:T:2014:981, apartado 52).

[57] Cuando el comportamiento que causa el daño consiste en una abstención de obrar, «resulta especialmente necesario adquirir la certeza de que el perjuicio fue causado efectivamente por las omisiones que se critican y no pudo ser provocado por comportamientos distintos de los que se imputan a la institución demandada» (ATJUE de 10 de noviembre de 2014, *Ledra Advertising*, T–289/13, ECLI:EU:T:2014:981, apartado 53).

[58] Según el abogado general, y a la luz de la jurisprudencia previa (caso *Pringle*), «la Comisión no tiene una obligación de resultado consistente en evitar todo posible conflicto o tensión entre las disposiciones de un acto adoptado por otras entidades y cualquier norma de la Unión aplicable a la situación. Además, los justiciables no tienen derecho a exigir una indemnización a la Unión por los daños que aleguen haber sufrido como consecuencia de los actos u omisiones de la Comisión cuando esta actúa como guardiana de los Tratados» (conclusiones

*morándum* de Entendimiento. El abogado general invita a no confundir los términos cumplimiento y compatibilidad. Este último no significa conformidad plena, quedando insatisfecho exclusivamente cuando haya una contradicción entre ambos textos. Es decir, no se puede «exigir una conformidad plena entre el *Memorándum* de Entendimiento y todos los aspectos del Derecho de la Unión, ya que el sistema del MEDE no forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión»[59]. Además, advierte de la necesidad de diferenciar la intensidad del deber de garantizar el cumplimiento de los Tratados cuando la Comisión actúa dentro del marco legal de la Unión frente a los actos fuera del marco legal de la Unión, ya que la Comisión, cuando vulnera un precepto concreto de los Tratados o no impide que ese precepto sea vulnerado por otra entidad, dicha vulneración no tiene por qué suponer una infracción de la disposición general del art. 17 TUE.

Tampoco se puede afirmar categóricamente que el reconocimiento de responsabilidad extracontractual sea la solución acuciante para la salvaguarda de los derechos fundamentales y el control de legalidad de los actos adoptados fuera del marco europeo. Aun cuando la Comisión incurra en comportamientos ilícitos durante la negociación del *Memorándum*, el Estado solicitante de la ayuda debe cumplir con los compromisos internacionales asumidos con el resto de los prestamistas, dejando en manos de la voluntad y compromiso de los socios el cumplimiento de las disposiciones de la Carta. Por otro lado, son muchos los límites al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial. En el marco de la política monetaria y de coordinación de la política económica, el Tribunal aplica unas máximas propicias al establecimiento de restricciones justificadas sobre la base de intereses generales de la Unión Europea. En el caso *Ledra Advertising*, a pesar de que los recurrentes vieron sustancialmente rebajado el valor de sus depósitos por culpa de la reestructuración bancaria —alegando que existía una relación de causalidad suficiente entre el papel de la Comisión en la negociación del *Memorándum y* la inclusión en la normativa chipriota de las medidas de austeridad, causantes de la pérdida de los fondos de sus activos bancarios—, el Tribunal consideró que el resultado del *Memorándum* no constituía una intervención desmesurada e intolerable que afectase a la propia esencia de los derechos así garantizados, sino que respondía a la necesidad de garantizar la estabilidad financiera de la zona euro. El Tribunal añadió que los derechos fundamentales recogidos en la Carta no constituyen una prerrogativa absoluta y su

---

del abogado general Nils Wahl de 21 de abril de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P, C–9/15 P y C–10/15 P, EU:C:2016:290, apartado 80).

[59] Conclusiones del abogado general Nils Wahl de 21 de abril de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P, C–9/15 P y C–10/15 P, EU:C:2016:290, apartados 64–67, 72 y 74.

ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión[60].

Una opción descartada por el TJUE para solventar las posibles lagunas en la protección de los derechos fundamentales de los particulares podría ser la ampliación de los instrumentos de control de la legalidad de los actos adoptados fuera del marco jurídico europeo. Sin embargo, esta opción tiene difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico. En relación con el recurso de anulación (art. 263 TFUE), la legitimación activa de las personas físicas y jurídicas se encuentra limitada a una serie de actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión siempre que produzcan efectos jurídicos vinculantes capaces de afectar a los intereses del demandante «modificando caracterizadamente su situación jurídica»[61]. De acuerdo con el art. 263 TFUE, párrafo 4, los particulares solo pueden atacar aquellos actos europeos de los que sean destinatarios, actos de alcance general[62] que les afecten directa e individualmente y actos reglamentarios que les afectan directamente y no incluyan medidas de ejecución. Por consiguiente, no es posible atacar las medidas nacionales y el *Memorándum*, dado que no son actos de una institución, órgano u organismo de la Unión, ni tampoco las decisiones del Consejo, por estar dirigidas al Estado receptor de la ayuda, no afectar directa e individualmente a los particulares y requerir medidas nacionales de aplicación.

Lo mismo ocurre en el recurso de omisión. La institución, órgano u organismo que haya vulnerado los Tratados debe ser competente y estar obligada a actuar. Es decir, debe haberse abstenido de «dictar un acto cuyo contenido viene precisado por el Derecho de la Unión»[63]. Esto equivaldría a la adopción de un acto ilegal. No obstante, esta inactividad no debe confundirse con el fundamento de la responsabilidad extracontractual de la Comisión cuando negocia o firma un *Memorándum*. Esta última se refiere a la inacción en incumplimiento de la obligación de garantizar la compatibilidad y conformidad del acuerdo con el Derecho de la Unión, en virtud del art. 17.1 TUE. No en virtud de una obligación impuesta dentro del marco jurídico de la Unión, sino como consecuencia de la función de guardiana de los Tratados y su obligación de garantizar el interés general de la Unión en cualquier clase de actuación.

---

[60] En este sentido, véase STJUE de 20 de septiembre de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P a C–10/15 P, EU:C:2016:701, apartados 56, 71 y 74.

[61] Sanz Hermida (2015: 493–535).

[62] El Tratado de Lisboa permite impugnar cualquier clase de acto general, sin importar la forma o denominación. Para ello, ha de demostrar los requisitos de afectación directa e individual. Véase al respecto STJUE de 15 de julio de 1963, asunto 25–62, *Plaumann*, ECLI:EU:C:1963:17, apartados 5 y 14.

[63] Arzoz Santisteban (2022b: 176–179).

Finalmente, el abogado general Melchior Wathelet, en las conclusiones de 21 de abril de 2016, defendió la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), como vía de impugnación indirecta, teniendo en cuenta que el TMEDE estipula que las medidas contenidas en los *Memorándum*s deben ser plenamente compatibles con el ordenamiento europeo y tales medidas deben recogerse en una decisión del Consejo. En virtud del art. 19.1 TUE, párrafo segundo, los Estados miembros están obligados a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva que permitan a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuestión plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales relativas a la validez de dichas decisiones y, consecuentemente, del programa de ajuste macroeconómico en cuestión[64]. De esta forma, los particulares podrían impugnar ante los tribunales nacionales las medidas nacionales adoptadas y estos podrían plantear incidentalmente una cuestión prejudicial ante el juez europeo, siempre y cuando entiendan que la medida nacional impugnada se basa en un acto de la Unión en el sentido del art. 267, letra *b)* del TFUE.

No obstante, aunque el TJUE sí es competente para interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión y, en particular, «facilitar al tribunal nacional todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que le permitan apreciar la compatibilidad de las disposiciones del TMEDE con el Derecho de la Unión»[65], es decir, controlar que la celebración y ratificación de un acuerdo internacional entre los Estados cumpla el ordenamiento europeo, el Tribunal no puede controlar la validez de los actos adoptados por el MEDE. Como se mencionó previamente, aunque las decisiones del Consejo reproduzcan los elementos básicos de la condicionalidad de la asistencia financiera, los préstamos a través de este mecanismo híbrido exclusivamente están condicionados al cumplimiento de los acuerdos internacionales y los compromisos contractuales con el resto de los prestamistas, y no a la decisión del Consejo, que simplemente reitera el contenido del *Memorándum*.

En conclusión, la Comisión conserva en el ámbito del TMEDE su función de guardiana de los Tratados (art. 17.1 TUE) y, ante una posible vulneración de la Carta, debe abstenerse de negociar y firmar un *Memorándum* de Entendimiento cuya coherencia con la legislación europea sea dudosa. En caso contrario, su actuación quedaría sujeta a una posible solicitud de indemnización conforme a los arts. 340 y 268 TFUE, basando la responsabilidad extracontractual de la Unión en una abstención de obrar por parte de la Comisión al firmar un *Memorándum* incompatible con las disposiciones de la Carta. Sin embargo, el Tribunal de Justicia niega su competencia para controlar la validez de

[64] En este sentido, véanse las conclusiones del abogado general Melchior Wathelet de 21 de abril de 2016, *Mallis*, C–105/15 P a C–109/15 P, ECLI:EU:C:2016:294, apartado 91.

[65] STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C–370/12, EU:C:2012:756, apartado 80.

dichos actos a través de los recursos de anulación u omisión o mediante una cuestión prejudicial.

Debido a la naturaleza «defensiva»[66] de la Carta, sus disposiciones solo son efectivas en el marco de las competencias que definen los Tratados y la obligación de las instituciones de promover los principios establecidos en la Carta solo se puede producir dentro de los límites de las citadas competencias (art. 51.2 CDFUE)[67]. Por consiguiente, la entrada en vigor de la Carta no amplía las facultades conferidas a las instituciones en virtud de los Tratados, y sus disposiciones no se pueden exigir fuera de los límites de las competencias cedidas a la Unión. En suma, aunque la Carta vincule a las instituciones cuando actúan fuera del marco jurídico europeo, el TJUE no puede controlar directamente la legalidad de los actos ajenos al Derecho de la Unión.

### 4.2. Extensión *de facto* de las competencias de la Unión Europea

El deber de garantizar la compatibilidad del *Memorándum* de Entendimiento negociado fuera del marco jurídico de la Unión con el Derecho de la Unión deriva de la posibilidad de que los Estados atribuyan a la Comisión funciones de coordinación de una acción conjunta. En el ámbito de la condicionalidad financiera, la coordinación económica de los veintisiete Estados soberanos cede en favor del MEDE que, a pesar de no formar parte de la Unión, actúa siempre para garantizar la estabilidad financiera de la zona del euro, teniendo en cuenta la fuerte interrelación entre los Estados y la necesidad de una respuesta conjunta. Pero tal posibilidad no puede suponer una renuncia *de facto* a la soberanía de los Estados. Las organizaciones internacionales no pueden obligar a las instituciones europeas y/o a los Estados a aplicar el Derecho de la Unión, ni exigir aquella uniformidad. Tampoco es comprensible que los compromisos adquiridos por los Estados en virtud de tratados internacionales sean los principales instrumentos de coordinación de las políticas económicas de la Unión en tiempos de inestabilidad financiera[68]. La intromisión del Derecho europeo en las relaciones internacionales de los Estados provoca, por un lado, el aumento de las facultades de las instituciones europeas en materias ajenas al ordenamiento y, por otro lado, la reducción del control de legalidad de dichas actuaciones por parte del TJUE.

---

[66] Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2019: 11).

[67] Los principios enunciados en la Carta, que las instituciones tienen la obligación de promover como requisito de legalidad, no pueden, en sí mismos, producir el efecto de «ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones» (STJUE de 17 de febrero de 1998, *Lisa Jacqueline Grant c. South–West Trains*, 249/96, ECLI:EU:C:1998:63, apartado 45) de los Tratados más allá de las competencias de la Unión.

[68] Además del TMEDE, los Estados miembros también firmaron el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza (TECG) de la UEM. Véase al respecto Porras Ramírez (2020).

El primer problema que este se plantea es el papel de la *Troika* y, en particular, de la Comisión y el BCE, en la negociación de los rescates, ya que, dentro de la estricta condicionalidad, se incorporan algunas condiciones, específicas o generales, que afectan a competencias exclusivas de los países de la Unión. La Comisión induce así a las autoridades nacionales a adoptar medidas laborales, fiscales, sociales o económicas en una determinada dirección. Pero, cuando un gobierno introduce en su normativa interna las obligaciones legales asumidas, tales medidas no son fruto del Derecho de la Unión, ni tampoco iniciativa propia de los Estados. La obligatoriedad deriva de los compromisos adquiridos dentro de los mecanismos ajenos al Derecho de la Unión, y son consecuencia de las obligaciones contractuales contraídas con los prestamistas.

No es posible defender que los acuerdos alcanzados con los socios prestamistas, derivados de las interdependencias en el seno de la UEM, supongan una renuncia contractual de los derechos fundamentales. Si la estricta condicionalidad asociada a los rescates se relaciona con el núcleo de la política social y los compromisos adquiridos obligan al Estado a seguir una determinada senda política (reducción salarial, descentralización de la negociación colectiva, reducción en la remuneración del sector público o en las prestaciones a la seguridad social, reformas en servicios públicos), la lógica nos conduce a defender la atribución de competencias al TJUE para que controle la legalidad de esos acuerdos. Las competencias de la Unión y el control de la legalidad ejercido por el juez europeo se desvanecen cuando se implementan a nivel nacional medidas en base actuaciones ajenas a la Unión, es decir, por razones ajenas al ordenamiento jurídico y, en muchas ocasiones, fruto de presiones económicas o financieras[69].

El segundo problema es el control de legalidad ejercido por el Tribunal. Esta cuestión lleva a muchos a plantearse si el establecimiento de un mecanismo de asistencia fuera del ordenamiento jurídico europeo puede tener el efecto de excluirlo del ámbito de aplicación de la Carta, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares (art. 47 CDFUE). Como ocurre con los rescates negociados dentro del marco de la Unión, si entendiésemos que el *Memorándum* de Entendimiento negociado a través del MEDE forma parte del Derecho de la Unión, es decir, es un acto europeo que obliga a los Estados a adoptar una serie de medidas legislativas y técnicas, podría ser impugnado directamente ante el juez europeo y, de esta forma, estaríamos atacando la razón de ser supranacional, sometiendo a escrutinio judicial estas facultades o competencias ampliadas de las instituciones europeas. En caso contrario, los particulares afectados únicamente podrían solicitar una indemnización por los daños sufridos, pero en ningún caso la anu-

[69] En este sentido, véase Repasi (2017: 1123–1156) y Poulou (201: 991–1026).

lación del *Memorándum*, aunque fuese contrario a las disposiciones de la Carta.

La reforma del modelo de gobernanza económica no solucionó estos problemas. La posibilidad de crear un mecanismo financiero de estabilidad no estaba subordinado a la entrada en vigor de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, que modifica el art. 136.3 TFUE, sino simplemente a la voluntad de los Estados de someterse a un mecanismo ajeno al Derecho europeo[70]. Asimismo, el conjunto de medidas legislativas *six pack* (2011) y *two pack* (2013) y la firma de los tratados internacionales no ampliaron las competencias atribuidas a la Unión, ni profundizaron en la política económica. Desde el punto de vista de la integración europea, estas reformas secundarias y ajenas al ordenamiento agravaron los desequilibrios institucionales dentro la Unión[71]. La coordinación de las políticas económicas exige una delimitación más clara de las competencias ejercidas por las instituciones. Aunque sea la Comisión quien lidera el rumbo de estas políticas, sino se demuestra la existencia de algún precepto del Derecho de la Unión que establezca que las disposiciones de la Carta se aplican en este ámbito, la Comisión «habría ampliado con ello la aplicabilidad de la Carta a una materia jurídica que ese instrumento no persigue regular»[72]. Los Estados siguen siendo soberanos y deben ser ellos quienes coordinen las políticas en el seno de la Unión, no como grupo de prestamistas.

## 5. CONCLUSIONES

La firma del TMEDE amplía las facultades de la Comisión en la coordinación y supervisión de las políticas económicas, pero refuerza el peso intergubernamental en el ámbito de la gobernanza económica. Los procedimientos de déficit excesivo y supervisión reforzada tienen una clara incidencia en el contexto de la negociación de los rescates adoptados a través de los diferentes mecanismos de asistencia. Por un lado, la Comisión somete a los Estados miembros en riesgo financiero

---

[70] Véase STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C–370/12, EU:C:2012:756, apartados 164, 178–181 y 183–185.

[71] Véase Markakis y Determine (2018: 643–672).

[72] La Comisión no está «obligada a imponer las normas de la Carta a los actos adoptados por otras entidades u organismos que actúan al margen del marco de la Unión» (Conclusiones del abogado general Nils Wahl de 21 de abril de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P, C–9/15 P y C–10/15 P, EU:C:2016:290, apartados 86, 88 y 90). La interpretación del art. 17 TUE y de la sentencia *Pringle* (previa a *Ledra*) realizada por el abogado general implica que «la Carta no constituye en general el instrumento jurídico conforme al cual deba apreciarse la legalidad de los actos adoptados por el MEDE» (Conclusiones del abogado general Nils Wahl de 21 de abril de 2016, *Ledra Advertising*, C–8/15 P, C–9/15 P y C–10/15 P, EU:C:2016:290, apartado 93) y, por tanto, para recurrir las posibles violaciones de derechos individuales, existen otros instrumentos jurídicos u órganos jurisdiccionales nacionales o internacionales competentes para ello.

a supervisión reforzada, en virtud de las competencias previstas en el art. 121 TFUE, y, por otro lado, negocia las condiciones de los programas de ajustes macroeconómicos firmados fuera del marco de la Unión. Se explica así que la dirección de las políticas económicas no se ejerza directamente en el seno de la Unión, sino mediante mecanismos híbridos de condicionalidad financiera. Además, estos instrumentos permiten a la Unión ampliar *de facto* ciertos ámbitos de actuación reservados a la coordinación entre la Unión y los Estados.

La naturaleza jurídica de los mecanismos híbridos de condicionalidad financiera y, en particular, los vínculos formales y materiales entre el Derecho de la Unión y el MEDE, repercuten en el ámbito de aplicación de la Carta. La Comisión y el BCE actúan aquí como instituciones prestadas o auxiliares, al negociar y/o firmar la condicionalidad de los rescates, y el Consejo actúa como institución ejecutora, al introducir en el ordenamiento los elementos básicos del rescate en una decisión. Si entendemos que las medidas de austeridad tienen una incidencia que sobrepasa el ámbito nacional y, por consiguiente, tales medidas tienen una razón de ser supranacional, debemos abrir nuevas vías de impugnación distintas al control judicial ejercido por los Estados. Es necesario que las actuaciones de las instituciones europeas fuera del marco legal de la UE estén sujetas al escrutinio judicial del TJUE y entren dentro del ámbito de aplicación de la Carta, ya que, en caso contrario, las instituciones podrían sortear los derechos fundamentales de la Carta simplemente cambiándose de foro.

Ese motivo llevo al TJUE a considerar que el vínculo de las instituciones europeas a la Carta se extiende a todos los instrumentos utilizados durante la crisis de deuda soberana. El caso *Ledra Advertising* no deja ninguna duda de que el compromiso de la Comisión se mantiene incluso cuando actúa fuera del marco legal de la Unión. Como guardiana de los Tratados, la Comisión debe abstenerse de firmar y negociar un *Memorándum* respecto al que alberga dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión (art. 17 TUE, párrafo 1), aunque los Estados actúen en este ámbito como miembros de grupos de prestamistas internacionales. Esta posición del Tribunal se traduce en la posibilidad de imputar a las instituciones europeas comportamientos ilícitos vinculados a la adopción de un *Memorándum* en nombre del MEDE en el marco de un recurso de indemnización, de conformidad con los arts. 268 y 340 TFUE.

No obstante, si un *Memorándum* negociado fuera del marco jurídico europeo vulnera las disposiciones de la Carta, el TJUE no tiene competencia para anularlo, pues, en el marco de la condicionalidad financiera, se excluye la vía directa de impugnación, a través del recurso de anulación (art. 263 TFUE), e indirecta, mediante la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE). Los particulares no pueden cuestionar la

validez de los compromisos asumidos por las autoridades nacionales ante el Tribunal, dejando a manos de la voluntad y compromiso de los veintisiete la protección de los derechos fundamentales durante la negociación de los rescates.

## 6. BIBLIOGRAFÍA


Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2019), *Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in law and policymaking at national level: guidance*, Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en *https://data.europa.eu/doi/10.2811/266936*.

Aranda Álvarez, E. (2020), «Presentación», en Aranda Álvarez, E. (dir.), *Las Implicaciones Constitucionales de la Gobernanza Económica Europea* Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 15–22.

Arroyo Gil, A. y Giménez Sánchez, I. M. (2015), «Otras instituciones (Tribunal de Cuentas y BCE) y organismos de la UE», en 536–588.

Arzoz Santisteban, X. (2022a), *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— (2022b), «El control de validez de los actos de las instituciones de la UE», en López Castillo, A. (dir.)*, Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Volumen II,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 155–204.

Azpitarte Sánchez, M. (2019), «Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la carta», en López Castillo, A. (dir.)*, La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea. Diez años de jurisprudencia,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1561- 1720.

Carrera Hernández, F. J. (2020), «El *six–pack* y el *two–pack*. ¿Más allá de las competencias atribuidas en los Tratados?», en Aranda Álvarez, E. (dir.), *Las Implicaciones Constitucionales de la Gobernanza Económica Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 33–58.

Capó Servera y Martínez Mongay (2023), «La reforma de las reglas fiscales», *Papeles de Economía Española*, 175: 18–36. Disponible en *https://www.funcas.es/revista/la-reforma-de-las-reglas-fiscales/*.

De la Quadra–Salcedo Janini, T. (2015), «El Tribunal de Justicia de la Unión europea como órgano encargado de interpretar en última instancia el sistema de distribución de competencias europeo», López Castillo, A. (dir.), *Instituciones de derecho de la Unión Europea. Volumen I Instituciones de la UE,* Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 235–238.

Fuentetaja Pastor, J. (2019), «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en Celma Alonso, P. (dir.), *Derecho de la Unión Europea,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 155–169.

Gordillo Pérez, L. I. (2015), «Integración económica e integración política», en *Instituciones de derecho de la Unión Europea. Volumen I Instituciones de la UE,* Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 162–199.

Guerrero Vázquez, P. (2016), «Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento en la Eurozona»*, Revista de derecho constitucional europeo*, 26: 87–124.

Iglesias, S. (2012), «The Court and the Charter: The impact of the entry force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *Common Market Law Review*, 49: 1565–1611.

— (2013), «Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— Sentencia de 26/2/2013 (Gran Sala) – Aklagaren y Hans Akerberg Fransson, asunto C–617/10, "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Ámbito de aplicación – Art. 51 – Aplicación del derecho de la Unión – Art. 50 – Principio *non bis in idem*". La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46: 1157–1175.

Lapavitsas, C. y Flassbeck, H. (2015), *Contra la Troika: crisis y autoridad en la eurozona,* Madrid, Akal.

Linde Paniagua, E. (2019), «El sistema competencial de la Unión Europea», en Celma Alonso, P. (dir.), *Derecho de la Unión Europea,* Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 63–78.

Martínez Alarcón, M. L., García Guerrero, J. L. y Gordillo Pérez, L. I. (2015), «El Parlamento Europeo», en López Castillo, A. (dir.), *Instituciones de derecho de la Unión Europea. Volumen I Instituciones de la UE,* Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 402–492.

Markakis, M. y Determine, P. (2018), «Bailouts, the legal status of Memoranda of Understanding, and the scope of application of the EU Charter: Florescu», *Common Market Law Review*, 55: 643–672.

Menéndez Menéndez, A. J. (2012), «La mutación constitucional de la Unión Europea», *Revista española de derecho constitucional*, 32: 41–98.

Morano–Foadi, S. y Andreadakis, S. (2011), «Reflections on the architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European judicial approach to fundamental rights», *European Law Journal*, 17: 595–610.

Olesti Rayo, R. (2022), «El programa Next Generation EU y el presupuesto de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 73: 727–745.

Porras Ramírez, J. M. (2020), «El pacto presupuestario y el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza de la UEM. Balance de un instrumento ajeno al Derecho de la Unión», en Aranda Álvarez, E. (dir.), *Las Implicaciones Constitucionales de la Gobernanza Económica Europea,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 59–82.

Poulou, A. (2017), «Financial assistance conditionality and human rights protection: what is the role of the EU Charter of Fundamental Rights?», *Common Market Law Review,* 54: 991–1026.

Repasi, R. (2017), «Judicial protection against austerity measures in the euro area: Ledra and Mallis», *Common Market Law Review*, 54: 1123–1156.

Sanz Hermida, A. M. (2015), «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en López Castillo, A. (dir.), *Instituciones de derecho de la Unión Europea. Volumen I Instituciones de la UE,* Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 493–535.

# LA INTEGRACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. UN PROPÓSITO EN EL QUE PERSEVERAR

Nicolás Aldea Martínez

## 1. INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos forma ya parte, materialmente, del Derecho de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia se ve obligado a recurrir constantemente a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio que, primero, en 1969, fueron reconocidos como principios generales del Derecho de la Unión —a través de la sentencia *Stauder*—, después, en 1992, fueron expresamente reconocidos por el Tratado de Maastricht y, finalmente, en 2009, fueron asumidos como estándar mínimo de protección por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que entró en vigor ese año.

No obstante, uno de los objetivos tradicionales de la Unión Europea y del Consejo de Europa, para avanzar en la consolidación del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, es la integración formal del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Derecho de la Unión Europea. En otras palabras, la adhesión de la Unión al Convenio. Han transcurrido veintisiete años desde el primer intento formal de adhesión y ese objetivo no se ha logrado. Me parece importante preguntarse si todavía tiene sentido perseverar en ese propósito o quizás sea el momento de desistir y buscar otras alternativas para mejorar la protección de los derechos fundamentales.

A la luz del dictamen 2/13 puede concluirse que el TJUE se opone a la adhesión de la Unión al Convenio como si esta fuera un Estado parte más y exige una posición privilegiada. Una oposición que, como ha señalado la mayoría de la doctrina, puede residir en un temor del TJUE a que, si dicha adhesión se produce, de una u otra manera quede sometido, subordinado, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales. De hecho, la oposición del TJUE es preocupante precisamente porque ese es el fin de la adhesión: reforzar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos sobre sus derechos fundamentales, de manera que estos puedan demandar contra los actos y decisiones de la Unión Europea, incluidas las sentencias del Tribunal de Justicia, ante el Tribunal de Estrasburgo. Además, las razones alegadas por el Tribunal de Justicia responden a cuestiones serias, delicadas y difíciles de resolver.

Es necesario avanzar en la convivencia de los tres niveles de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa hacia un sistema de protección de los derechos fundamentales más consolidado y uniforme. Mas darse cabezazos una y otra vez contra el mismo muro puede ser una pérdida de tiempo. El objeto de este trabajo es analizar si, veintisiete años después del primer intento formal de la adhesión de la Unión al CEDH, todavía conviene insistir en ello o si, por el contrario, es el momento de aceptar el fracaso.

Así pues, en este trabajo me propongo analizar, punto por punto, los distintos óbices expuestos por el TJUE en su dictamen 2/13 y concluir si existen o no soluciones para cada uno de ellos.

## 2. EL PROCESO DE ADHESIÓN DESPUÉS DEL DICTAMEN 2/13

Antes de pasar a analizar las cuestiones expuestas por el Tribunal de Justicia en su dictamen 2/13, es necesario saber qué ha ocurrido con el proceso de adhesión tras la emisión de aquel dictamen.

A pesar de la posición del Tribunal de Justicia, desde la esfera política se ha continuado insistiendo en la pretendida adhesión, buscando soluciones para evitar que la oposición del TJUE provocara una situación de bloqueo que impidiese el desarrollo y el progreso del sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales.

Las alternativas eran dos: que el Tribunal de Justicia cambiase de parecer y, a través de una interpretación más flexible y constructiva, adoptara una posición más transigente, o que se modificasen los Proyectos de instrumentos de adhesión de acuerdo con el dictamen del Tribunal de Justicia. Ambas soluciones presentaban serios obstáculos. La primera suponía reformar todos los puntos específicos de los trata-

dos de la Unión que fueran un obstáculo para la adhesión. La segunda alternativa implicaba un nuevo acuerdo de los Estados miembros para que el Consejo decidiera de nuevo la negociación, con la posible retractación de algunos Estados miembros no demasiado convencidos con el acuerdo ya con carácter previo a la emisión del dictamen —las reticencias de Francia al control de la PESC por el TEDH, por ejemplo— y de algunos Estados Parte no miembros de la UE descontentos con el contenido del dictamen. Además, el TJUE volvería a pronunciarse sobre el nuevo proyecto de adhesión[1].

Se optó por la segunda alternativa. En septiembre de 2020 se reactivaron las negociaciones entre la Comisión Europea y el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la base de los Proyectos de instrumentos de adhesión sometidos en 2014 al dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia.

Se creó un grupo de trabajo para las negociaciones que ha examinado durante estos años las cuestiones planteadas por el dictamen 2/13[2]. Y dichas negociaciones han llegado a su fase final, parece que con bastante éxito: se ha resuelto la mayoría de las cuestiones señaladas por el TJUE. Solo queda pendiente por resolver la cuestión atinente a la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea. Cuestión que la Unión Europea pretende resolver internamente, según ha comunicado al grupo de trabajo en la 18.ª reunión celebrada los días 14 a 17 de marzo de 2023.

El Parlamento Europeo también ha dado cuenta de que las negociaciones del grupo de trabajo, formado por representantes de la Comisión Europea y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, han llegado a su fase final. El 9 de marzo de 2023 publicó un informe sobre las relaciones institucionales entre la Unión y el Consejo de Europa en el que muestra su apoyo a la adhesión de la Unión al CEDH, señala los beneficios que tendría e insta a la Unión para que se apresure a resolver las cuestiones pendientes[3].

---

[1] Besselink, Claes y Reestman propusieron que la UE recurriera a un *notwithstanding protocol* en virtud del art. 48 TUE que declarase que la Unión se adheriría al Convenio sobre la base del acuerdo de adhesión a pesar del dictamen 2/13 del TJUE. Una solución, a mi juicio, radical contra la autoridad del TJUE que, además, no evitaría y, por tanto, solo pospondría, las inevitables reformas, en un sentido u otro, para la pacífica integración de la Unión en el Convenio. Véase VV.AA. (2015: 6–12).

[2] El proyecto de adhesión que se sometió al dictamen 2/13 del TJUE consistió en un borrador de cinco instrumentos jurídicos: 1) un Proyecto de Acuerdo de adhesión, 2) un Proyecto de Declaración de la UE, 3) un Proyecto de Regla 18 a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los acuerdos amistosos en los asuntos en que la UE sea parte, 4) un Proyecto de Memorando de entendimiento entre la UE y los Estados Parte no miembros de la UE y 5) un Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo de adhesión. En las negociaciones posteriores al dictamen 2/13, el grupo de trabajo ha optado por adaptar esos cinco Proyectos de instrumentos de adhesión a las exigencias del TJUE.

[3] Parlamento Europeo (2023).

Por tanto, en las siguientes líneas también me propongo analizar las soluciones por las que ha optado el grupo de trabajo y las modificaciones introducidas en la versión actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión.

## 3. POSIBLES SOLUCIONES A LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL TJUE

### 3.1. Soluciones a la contradicción entre los arts. 53 CEDH y 53 CDFUE

El art. 53 CEDH permite que los Estados miembros puedan establecer otros estándares de protección de los derechos fundamentales superiores y el TJUE ha interpretado el art. 53 CDFUE en el sentido de que los estándares de protección nacionales no deben afectar a la protección de los derechos fundamentales prevista en la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (sentencia *Melloni*)[4]. De esta manera, los Estados miembros podrían establecer estándares superiores al Convenio, pero no a la Carta. Para el TJUE el Proyecto de Acuerdo que le fue presentado en 2013 no incluía ninguna previsión que asegurara que la facultad otorgada por el CEDH a los Estados miembros para establecer estándares de protección superiores no afectaría a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta ni a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión. El TEDH podría cuestionar su interpretación del Derecho de la Unión Europea, incluida la Carta, por lo que para el TJUE el Proyecto de Acuerdo era contrario al derecho originario de la Unión.

Se trata de una cuestión que ni siquiera fue planteada por la abogada general, la Sra. Kokott, en sus conclusiones generales. No fue planteada porque la contradicción expuesta por el TJUE en su dictamen 2/13 no era cierta: lo que recoge el Convenio es una facultad, no una obligación, para los Estados miembros de establecer estándares superiores. Si el Derecho de la Unión lo limita o lo prohíbe, como los Estados miembros tienen una facultad, es suficiente con que se abstengan de hacerlo. La contradicción tendría lugar si el CEDH estableciera una obligación[5]. A pesar de ello, el grupo de trabajo ha añadido un apartado 9 al art. 1 del Proyecto de Acuerdo de adhesión que incide en que los Estados miembros pueden aplicar conjuntamente un nivel común jurí-

[4] La doctrina *Melloni* establece que los Estados miembros pueden aplicar estándares superiores a los de la CDFUE, en las materias que no están plenamente armonizadas por el Derecho de la Unión, y siempre que ello no afecte a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

[5] En el mismo sentido, Alonso García (2015: 8–9).

dicamente vinculante de protección de los derechos humanos siempre que sea superior al del Convenio.

### 3.2. Soluciones a la vulneración del principio de confianza mutua

El Tribunal de Justicia señaló en su dictamen 2/13 que, en la medida en que el Convenio consideraba que la Unión Europea y los Estados miembros eran partes contratantes —como el resto de los Estados Parte— también en sus relaciones recíprocas cuando se rigieran por el Derecho de la UE, los Estados miembros podrían verificar el respeto de los derechos fundamentales por el resto de los Estados miembros y exigirles un nivel de protección superior. Para el TJUE esto suponía una vulneración del principio de confianza mutua, que impide a los Estados miembros cuestionar sus respectivos regímenes de protección de los derechos fundamentales.

La vulneración del principio de confianza mutua que temía el Tribunal de Justicia que pudiera producirse con objeto de la adhesión, puede producirse de igual modo en la situación actual, sin adhesión. Actualmente los Estados miembros también pueden cuestionar sus respectivos regímenes de protección de los derechos fundamentales ante el CEDH, en la medida en que son Estados Parte. Dado que el Convenio no obliga a los Estados miembros a verificar o supervisar los sistemas de protección de los derechos fundamentales del resto de Estados, bastaría con que los Estados miembros de la Unión se abstuvieran de hacerlo entre ellos, de conformidad con el principio de confianza mutua. Desde este punto de vista no sería necesario, por tanto, modificar los Proyectos de instrumentos de adhesión.

Ahora bien, existe jurisprudencia del TEDH sobre la doctrina de la protección equivalente que establece su presunción salvo prueba en contrario en el caso concreto[6]. Esta doctrina puede contradecir el principio comunitario de confianza mutua en función de cómo la interprete el TEDH en su jurisprudencia[7]. Es importante la sentencia *Avotins c. Letonia*, núm. 17502/07, Gran Sala, de 23 de mayo de 2016, posterior

---

[6] Esta doctrina fue asentada a través de la sentencia *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, núm. 45036/98, Gran Sala, de 30 de junio de 2005 y desarrollada por las sentencias *M. S.S c. Bélgica y Grecia*, núm. 30696/09, Gran Sala, de 21 de enero de 2011; y *Michaud c. Francia*, núm. 12323/11, Antigua Sección Quinta, de 6 de diciembre de 2012.

[7] Conviene recordar que el principio de confianza mutua no se recoge expresamente en los tratados de la UE. Se trata de una construcción jurisprudencial del TJUE que tiene su origen y su basamento en el principio de reconocimiento mutuo previsto en los arts. 67 TFUE (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), 81 TFUE (cooperación judicial en materia civil) y 82 TFUE (cooperación judicial en materia penal). Para mayor abundamiento sobre la relación entre ambos principios: Imamović (2016: 61 y ss.).

al dictamen 2/13, que estableció que el principio de confianza mutua está amparado por la doctrina de la protección equivalente siempre que no actúe en detrimento de los derechos fundamentales[8]. Esto es, la presunción en la que se basa la doctrina de la protección equivalente se aplica al principio de confianza mutua salvo prueba en contrario de que dicho principio resulta *manifiestamente deficiente* para la protección de los derechos fundamentales. En la medida en que el TEDH incide en la valoración que los jueces nacionales hacen de esa prueba en contrario lo hace en detrimento del principio de confianza mutua. Esto da lugar a una cierta inseguridad jurídica, cuya evolución —una vez se produzca la adhesión— se desconoce. Tanto es así que algunos autores han interpretado la sentencia *Avotins* como una reacción del TEDH a la rigidez y falta de empatía del TJUE en 2014 (una huida de la presunción) y otros como un artificio para aplicar la doctrina de la protección equivalente (una defensa de la presunción)[9]. Y tampoco debe olvidarse la jurisprudencia de algunos tribunales nacionales que se opone al principio de confianza mutua e, incluso, en el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán —abusando de la teoría del acto claro— lo considera una mera presunción *iuris tantum* que él mismo puede apreciar a través del recurso de amparo[10].

La suposición que subyace al principio de confianza mutua de que todos los Estados miembros de la UE garantizan el respeto y la observancia de los derechos humanos no es realista. Esto parece asumirlo tanto el TEDH como el TJUE. El objeto de controversia no reside ahí, por tanto, sino en que la referida presunción objeto del principio de confianza mutua deba ser o no refutable caso por caso (y no solo en circunstancias excepcionales de violaciones sistémicas de los derechos humanos). En otras palabras: si la naturaleza de los derechos funda-

---

[8] Antes del dictamen 2/13, el TEDH ya había dictado la sentencia *Tarakhel c. Suiza*, núm. 29217/12, Gran Sala, de 4 de noviembre de 2014, defendiendo un examen individualizado de la situación de cada asunto antes de presumir el respeto de los derechos fundamentales por los Estados miembros. Posición con la que el TJUE no se ha mostrado de acuerdo en algunas sentencias (STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C–424/10 y C–425/10), pero sí en otras (STJUE de 5 de abril de 2016, *Pál Aranyosi c. Hungría* y *Robert Căldăraru c. Rumanía*, asuntos acumulados C–404/15 y C–659/15 PPU). La sentencia *Tarakhel* cambió la posición que el TEDH había mantenido hasta el momento, según la cual, con base en la sentencia *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, núm. 30696/09, Gran Sala, de 21 de enero de 2011, el principio de confianza mutua solo cedía en caso de deficiencias o infracciones sistémicas de los derechos fundamentales. De hecho, algunos autores han manifestado que la sentencia *Tarakhel* pudo ser una de las causas del rechazo del TJUE a la adhesión en relación con el principio de confianza mutua. Véase Peers (2015: 220) y Bossuyt (2016: 16–17).

[9] Por ejemplo, Alonso García considera que la sentencia perjudica al principio de confianza mutua, y Requejo Isidro y Cortés Marín que lo defiende. Véase Alonso García (2017: 11–15); Cortés Marín (2018: 94 y 180).

[10] Me refiero a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015 (2 BVR 2735/14) que ha analizado en detalle Arzoz Santisteban (2016: 134–135). Para mayor abundamiento, Arzoz Santisteban (2022).

mentales demanda un análisis de su posible violación caso por caso, sin que quepa presunción alguna[11].

Algunos autores han afirmado que, de producirse la adhesión, la presunción *Bosphorus* está condenada a desaparecer. Señalan que las dos razones que la justifican desaparecerían: el TEDH sería competente para conocer *rationae personae* las demandas presentadas contra las instituciones de la UE y el TEDH podría pronunciarse en última instancia sobre la adecuación del Derecho de la UE al Convenio[12]. Sin embargo, olvidan una tercera razón que justifica el mantenimiento de la presunción *Bosphorus:* el principio de confianza mutua. Este principio se garantiza con la citada presunción que, de desaparecer, supondría que el TEDH pudiera exigir a los Estados miembros examinar la protección de los derechos fundamentales caso por caso[13]. Aquí reside el temor del TJUE.

En mi opinión, es necesario aclarar en los Proyectos de instrumentos de adhesión la situación en la que quedará el principio de confianza mutua una vez que la Unión se integre en el Convenio. Lo razonable, teniendo en cuenta el poco realismo que sostiene el principio de confianza mutua y el debilitamiento de la presunción *Bosphorus* en ausencia de las dos primeras razones mencionadas, sería primar el control caso por caso del TEDH sobre los derechos fundamentales en todos los Estados Parte y en la Unión Europea por igual. Es cierto que la decisión iría en contra de la jurisprudencia del TJUE que reconoce el principio de confianza mutua pero no es menos cierto que ese principio ya se ve cuestionado por alguna jurisprudencia del TEDH.

Sin embargo, el grupo de trabajo ha introducido un nuevo art. 6 en el Proyecto de Acuerdo de adhesión que niega expresamente que

---

[11] En el mismo sentido, Imamović (2016: 63).

[12] Llopis Nadal (2015: 36–37). La autora cita a su vez a Lock (2009: 395; 2010: 797 y ss.).

[13] La doctrina de la protección equivalente y el principio de confianza mutua nacen separados, desconectados. La primera nace como una cuestión jurisdiccional —la exclusión del control del TEDH sobre el cumplimiento de los Estados miembros del Derecho de la UE— y el segundo como un principio de cooperación entre los Estados miembros —el reconocimiento mutuo dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia—. Sin embargo, con el tiempo, la presunción de la protección equivalente y el principio de confianza mutua han terminado por cruzarse, precisamente en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea. Incluso puede decirse que actualmente ambos son la base del reconocimiento mutuo, pues la aplicación del principio de confianza mutua y de la presunción de la protección equivalente exigen la misma caución: que la protección de los derechos fundamentales no sea *manifiestamente deficiente*. Hasta ahora el Derecho de la Unión Europea puede proteger el principio de confianza mutua, a través de normas que no permitan la discrecionalidad de los Estados miembros y que obliguen al TEDH a aplicar la presunción de la protección equivalente. La sentencia *Avotins* es un buen ejemplo. La presunción *Bosphorus* exige, por tanto, una reducción de la intensidad de la función supervisora del TEDH en interés de la cooperación internacional que, en numerosos casos, actúa como garantía del principio de confianza mutua; y si con la adhesión desaparece, la inflexión del principio de confianza mutua quedará en todo caso en manos del TEDH.

la adhesión de la Unión al Convenio pueda afectar a la aplicación del principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE. A mi parecer, este nuevo artículo aporta poco, incluso puede generar más confusión. La razón es que, a la vez que en el citado artículo se acentúa el principio de confianza mutua, se indica que en ese contexto se asegurará la protección de los derechos del Convenio y, además, en el Proyecto de Informe explicativo (puntos 87 y 88) se cita jurisprudencia del TEDH —incluida la citada sentencia *Avotins*— que incide en que el principio de confianza mutua no debe actuar en detrimento de los derechos fundamentales[14]. Se mantiene la incertidumbre actual sobre la confrontación entre dicho principio y la obligación de los jueces nacionales de comprobar que no existe una protección manifiestamente deficiente[15]. Así las cosas, la compatibilidad entre una y otra obligación seguirá dependiendo del diálogo entre el TEDH y el TJUE de modo que la jurisprudencia de aquel respete el principio de confianza mutua y la de este reconozca el control necesario del Convenio sobre la protección de los derechos fundamentales.

Por último, he de señalar que hay otro aspecto, que analizo más adelante, que sí reforzaría el principio de confianza mutua: cuando la Unión interviniera en calidad de codemandada en los procedimientos tramitados ante el TEDH podría defender el principio de confianza mutua; algo que actualmente no puede hacer[16].

### 3.3. Soluciones al solapamiento de la solicitud de opinión consultiva con la cuestión prejudicial

El Tribunal de Justicia señaló que el procedimiento previsto en el Protocolo núm. 16 del CEDH, que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales superiores presentar al TEDH solicitudes de opiniones

---

[14] Una propuesta similar —no en la redacción, pero sí en el contenido— planteada por el Comité Meijers, garantizaba la aplicación del principio de confianza mutua salvo que existieran razones fundadas para creer que dicha cooperación daría lugar a una violación grave de los derechos fundamentales del CEDH. Véase Meijers Committee, standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law (2016), *Note on Mutual trust and Opinion 2/13 on accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*. CM1604, 17 de marzo de 2016.

[15] Aunque se refuerza la aplicación del principio de confianza mutua, lo cierto es que los cambios introducidos en los Proyectos de instrumentos de adhesión no satisfacen las pretensiones de ninguna de las partes. No se garantiza el principio de confianza mutua sin excepciones como pretendía el TJUE y mucho menos se refuerza la protección de los derechos humanos por el Convenio, como defiende este en algunas de sus sentencias y han propugnado numerosos autores, entre otros, Douglas–Scott (2015) y Bribosia (2016: 35–36).

[16] Autores con posiciones tan distanciadas como Reitemeyer y Pirker (2015b: 8) —que han criticado con dureza la posición del TJUE— y Halberstam (2015: 137) —que la ha defendido— han manifestado que la adhesión permitiría una mejor defensa del principio de confianza mutua por la Unión.

consultivas sobre la aplicación e interpretación del CEDH, se podría solapar con la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE una vez se produjera la adhesión. La preocupación del TJUE fue, en definitiva, que el TEDH pudiera interpretar antes que él los derechos fundamentales del Convenio prefijando la interpretación, de un lado, de aquellos derechos previstos también en la Carta y, de otro, del Convenio como Derecho de la Unión[17]. Al igual que ocurre con la cuestión referida al principio de confianza mutua analizada en el apartado anterior, los Estados miembros de la UE no están obligados a plantear solicitudes de opinión consultiva y, si lo desean, ya pueden hacerlo sin que se haya producido la adhesión. Conviene insistir en que solo se puede considerar que existe contradicción entre el CEDH y el TFUE en la medida en que aquel obligue a una cosa que este prohíba.

Tampoco se sostiene el argumento del TJUE de que el procedimiento de intervención previa —que pudiera derivarse de una solicitud de opinión consultiva— se solapa con la cuestión prejudicial, por la sencilla razón de que aquel procedimiento solo puede tener lugar en los procedimientos en que la Unión sea codemandada y el Protocolo núm. 16 no se aplicaría a estos procedimientos porque no ha sido ratificado por la UE.

Por tanto, creo que puede interpretarse que la primacía del TFUE es suficiente para no aplicar el Protocolo núm. 16 a los Estados miembros (como han señalado la Sra. Kokott y algunos autores[18]) o que es una cuestión que puede precisarse o aclararse a través de la normativa comunitaria (como han señalado otros autores[19]).

Para salvar la oposición del TJUE, el grupo de trabajo ha añadido un nuevo art. 5 al Proyecto de Acuerdo de adhesión que establece que los órganos jurisdiccionales superiores de los Estados miembros de la UE —que hayan ratificado el Protocolo núm. 16— no se considerarán como tales —para ese procedimiento de opinión consultiva— si la cuestión entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. De esta manera se excluye la posibilidad de que los Estados miembros planteen una solicitud de opinión consultiva cuando deben plantear una cuestión prejudicial.

---

[17] Halberstam también ha defendido esta interpretación del TJUE, proponiendo una declaración expresa de los Estados miembros comprometiéndose a recurrir a la cuestión prejudicial. Johansen, por su parte, no solo considera que el Proyecto de acuerdo sea contrario al Derecho comunitario en este aspecto, sino que los Estados miembros de la Unión que han ratificado el Protocolo núm. 16 están incumpliendo el Derecho de la Unión y, en consecuencia, deberían retirarse. Posición que me parece lógica con la interpretación que realiza el autor y con la interpretación del TJUE pero que, sin embargo, este evitó en su dictamen 2/13. Véase Halberstam (2015: 120–123) y Johansen (2014).

[18] Punto 141 de las conclusiones de la abogada general. También Callewaert (2014); Jacqué (2014) y Claes (2016: 86–87).

[19] Alonso García (2015: 11–14); Kuijer (2016: 53).

La solución elegida por el grupo de trabajo da preferencia a la cuestión prejudicial sobre la solicitud de opinión consultiva. En mi opinión, no es una modificación necesaria porque su contenido emerge de la prelación de ordenamientos. Y tal vez las consecuencias de la modificación no sean tan candorosas. Puede que la solución por la que ha optado el grupo de trabajo proteja la autonomía del ordenamiento comunitario en detrimento de la tutela judicial efectiva. De conformidad con los Proyectos de instrumentos de adhesión el tribunal nacional superior deberá, primero, elevar una cuestión prejudicial al TJUE. Este resolverá la cuestión planteada y el tribunal nacional resolverá el procedimiento de conformidad con la resolución del TJUE. Después, el tribunal nacional podrá plantear una solicitud de opinión consultiva al TEDH. Es cierto que no será vinculante[20]. Pero después sí cabrá un recurso individual directo ante el TEDH que deberá emitir una sentencia, lógicamente en el mismo sentido de su opinión consultiva.

Algunos autores han comparado la relación entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial con la relación entre esta y la solicitud de opinión consultiva. Creo que la comparación no es acertada porque mientras que, en el primer caso, cada tribunal puede resolver su consulta en el marco de su ordenamiento jurídico, en el segundo caso, los dos tribunales, el TJUE y el TEDH, se pronunciarían sobre la conformidad de una misma norma al mismo parámetro de validez (o de control), el Convenio, porque este se integraría en el Derecho de la Unión. Así, siempre que uno de los dos tribunales se pronunciara primero cabría la posibilidad de que el otro emitiera una resolución contradictoria.

Era obligatorio elegir: posibilitar pronunciamientos contradictorios de los dos tribunales o dejar en manos del TEDH la interpretación del Derecho comunitario. Acaso hubiera sido más práctico dar prioridad a la solicitud de opinión consultiva ante el TEDH, pero el TJUE hubiera quedado desplazado[21]. Por este motivo no me parece desacertada la decisión del grupo de trabajo. Se ha decidido que se establezca un primer control por el TJUE y un segundo control por el TEDH, que no excluye el pronunciamiento del TJUE sobre la validez e interpretación del Derecho de la Unión y al mismo tiempo permite el control ulterior del TEDH en materia de derechos fundamentales. Al cabo, el funcionamiento del sistema seguirá dependiendo del diálogo entre los dos tribunales para evitar que sentencias contradictorias puedan afectar a la credibilidad del sistema europeo de derechos humanos.

---

[20] En efecto, en la teoría las opiniones consultivas del TEDH no son vinculantes. No obstante, en la práctica parece evidente que sus opiniones pueden adquirir un carácter general y una fuerza interpretativa similar a la prevista en el art. 32.1 CEDH. En el mismo sentido, López Guerra (2018: 128).

[21] Una síntesis de las razones para conceder prioridad a la solicitud de opinión consultiva frente a la cuestión prejudicial se puede encontrar en Tomás Mallén (2022: 408–411).

### 3.4. Soluciones al pronunciamiento del TEDH sobre cuestiones de Derecho comunitario

El TJUE señaló en su dictamen que el art. 33 CEDH, que permite que cualquier parte contratante pueda demandar el incumplimiento del Convenio de cualquier otra parte ante el TEDH, vulneraba los arts. 344 TFUE (sometimiento de las controversias a los procedimientos previstos en los Tratados de la UE), 3 del Protocolo núm. 8 UE (respeto del art. 344 TFUE) y 4.3 TUE (principio de cooperación leal), que solo permiten el control por el TJUE de las cuestiones atinentes a Derecho comunitario.

Coincido con la Sra. Kokott en que no existe vulneración. La razón es que la UE y los Estados miembros no están obligados a someter al TEDH los asuntos interestatales del art. 33 CEDH. Si el art. 344 TFUE ya establece la exclusividad del TJUE para resolver los asuntos de Derecho comunitario que surjan entre los Estados miembros, o entre estos y la Unión, no es necesario matizar que también se incluyen aquellos asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio[22]. Además, conviene reconocer que el TEDH ya se pronuncia en exclusiva sobre el Derecho de la Unión, aunque sea de manera indirecta, en aquellas ocasiones en las que un tribunal nacional abusando de la doctrina *CILFIT* decide no elevar cuestión prejudicial ante el TJUE y después se recurre ante el TEDH. La propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo permite presentar un recurso ante el TEDH sin haber planteado previamente cuestión prejudicial[23].

Para mayor escarnio, Alonso García ha apuntado que el art. 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar permite expresamente que los Estados Parte puedan convenir someterse al procedimiento previsto en la Convención en lugar de someterse al procedimiento comunitario; y Eeckhout ha advertido que si el Derecho comunitario no permite los recursos directos entre Estados miembros ante el TEDH —en el marco del CEDH— tampoco los permite en el marco de otros acuerdos internacionales, como por ejemplo la Organización Mundial del Comercio[24].

A pesar de lo anterior, también me parece razonable la propuesta de la Sra. Kokott de añadir una cláusula al CEDH que reconociera expresamente la primacía del art. 344 TFUE sobre el art. 33 CEDH y que estableciera un procedimiento de pronunciamiento previo a la decisión

---

[22] Puntos 113 y 114 de las conclusiones de la abogada general.

[23] López Guerra (2017: 173–176).

[24] Alonso García (2015: 14–17); Eeckhout (2015: 978–979).

del TEDH para que el TJUE pudiera pronunciarse sobre si el asunto en cuestión es o no de Derecho comunitario[25].

Hasta este punto coincido con la argumentación de la abogada general. Sin embargo, la Sra. Kokott fue más allá y planteó que la Unión y los Estados miembros presentaran una declaración en el momento de la adhesión por la que se comprometieran a no recurrir entre ellos ante el TEDH aquellos procedimientos de Derecho comunitario objeto del art. 33 CEDH[26]. Me parece que esta solución supondría trasladar al ámbito convencional una declaración que concierne al ámbito comunitario.

Finalmente, el grupo de trabajo ha adoptado una solución en la misma línea que la propuesta de la abogada general, a través de dos nuevos apartados del art. 4 del Proyecto de Acuerdo de adhesión. En el apartado 3 se prevé directamente que la Unión y los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, y los Estados miembros, entre ellos, cuando el litigio se refiera a la interpretación o aplicación del Derecho comunitario, no podrán acogerse al art. 33 CEDH. Si el asunto no requiere la interpretación o aplicación del Derecho comunitario, no será aplicable el art. 4.3 del Proyecto de Acuerdo de adhesión. ¿Y qué ocurre si el art. 344 TFUE solo resulta aplicable a una parte de la demanda y la otra parte puede considerarse un litigio independiente? Se trataría de una demanda mixta y, según explica el grupo de trabajo en el Proyecto de Informe explicativo (punto 83), a la parte que no resulta aplicable el art. 344 TFUE no se aplicaría tampoco el art. 4.3 del Proyecto de Acuerdo de adhesión. Finalmente, en el apartado 4 se concede a la Unión Europea la facultad para determinar si el litigio entre partes se refiere o no a la interpretación o a la aplicación del Derecho de la Unión Europea, y en el caso de demanda mixta para determinar en qué medida se refiere.

Creo que las modificaciones introducidas en los Proyectos de instrumentos de adhesión son acertadas. Se respeta el control del TJUE sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE y al mismo tiempo el control del TEDH sobre la protección de los derechos humanos de conformidad con el Convenio. Unas modificaciones que, sin embargo, bien podrían haber rechazado los representantes del Comité de Ministros del Consejo de Europea en el seno de las negociaciones a través de una interpretación sobre la autonomía del Derecho comunitario que, en efecto, conviene evitar: que un compromiso entre la Unión y los Estados miembros para no recurrir entre ellos ante el TEDH supone una reserva general respecto del Convenio, prohibida por el apartado primero del art. 57[27].

---

[25] Puntos 115 y 116 de las conclusiones de la abogada general.

[26] Punto 120 de las conclusiones de la abogada general.

[27] González Vega (2015: 12) ha expuesto que un compromiso entre la Unión y los Estados miembros para no recurrir entre ellos ante el TEDH como el que plantea la Sra. Kokott supondría una reserva general respecto del Convenio.

### 3.5. Soluciones a la intromisión del TEDH, a través del mecanismo del codemandado, en el sistema de competencias y responsabilidades de la Unión Europea

#### *3.5.1. El proceso de designación del codemandado*

El TJUE señaló que, cuando la designación en calidad de codemandado se produjera a petición de la propia parte, el TEDH se vería obligado a interpretar tanto las normas de reparto de competencias establecidas por el Derecho comunitario como los criterios de imputación de los actos u omisiones que pudieran constituir una violación del Convenio.

La Sra. Kokott coincidió en la valoración de esta objeción con el análisis del TJUE. Para la abogada general, la sola posibilidad de decisión, por más limitada que estuviera, del TEDH sobre la admisión o no de la intervención de la UE o sus Estados miembros en calidad de codemandados ponía en riesgo el cumplimiento del art. 1 *b)* del Protocolo núm. 8 UE. Según la abogada general, para que se respetara la autonomía del Derecho de la UE, era necesario privar al TEDH de la facultad de pronunciarse sobre la admisión de las solicitudes de codemandado[28].

Alonso García ha señalado que el control otorgado al TEDH era un control limitado a la verosimilitud de las alegaciones presentadas por la Unión o los Estados miembros y, por tanto, un umbral extremadamente bajo en términos de control por el TEDH, cuyo fin era precisamente salvaguardar la autonomía última del Derecho de la Unión[29]. Martín y Pérez de Nanclares ha considerado suficiente una reserva del TJUE para evitar un análisis de razonabilidad del TEDH[30]. Me parece que ninguna de las dos propuestas es suficiente para aportar una solución sólida al óbice expuesto por el TJUE. Sí me parece una buena solución, como defendieron la abogada general y los dos autores que acabo de citar, establecer una aceptación automática o cuasiautomática de la condición de codemandado[31]; pero siempre que ese automatismo o cuasiautomatismo se exigiera en los Proyectos de instrumentos de adhesión. Sin embargo, esta no ha sido la solución adoptada por el grupo de trabajo.

En el nuevo Proyecto de Acuerdo se elimina la posibilidad de que el TEDH pueda decidir sobre la admisión de un codemandado. La solución se añade a través de un nuevo apartado 5 del art. 3 que establece

---

[28] Puntos 231 a 235 de las conclusiones de la abogada general.

[29] Alonso García (2015: 17–18).

[30] Martín y Pérez de Nanclares (2015: 854).

[31] Puntos 231 a 235 de las conclusiones de la abogada general; Alonso García (2015: 18); Martín y Pérez de Nanclares (2015: 854).

que, ya sea por invitación o por solicitud la participación en calidad de codemandado, es la Unión Europea la única que debe apreciar, motivadamente, si se dan o no las circunstancias mencionadas en los apartados 2 y 3 del art. 3 del Proyecto de Acuerdo. De esta manera, primero se pronunciará la Unión a través de una evaluación motivada y después el TEDH comunicará su decisión a las partes.

En el Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo (punto 61) se limita la capacidad de decisión del TEDH precisando que este deberá admitir al codemandado cuando la Unión concluya en su evaluación que se dan las condiciones materiales para ello. De forma tajante se expresa que la evaluación de la UE será determinante y autoritativa. Por tanto, la decisión del TEDH deja de referirse a las condiciones mencionadas en los apartados 2 y 3 del art. 3 del Proyecto de Acuerdo y se limita al resto de aspectos del procedimiento, la mayoría formales.

También se añade en el Proyecto de Informe explicativo (punto 63) que la evaluación de la UE debe ser escrita y estar motivada, y una vez emitida el TEDH fijará un plazo breve para que las demás partes presenten, si lo desean, sus alegaciones y, en caso de hacerlo, el TEDH fijara un plazo breve para que la UE exprese si reconsidera su evaluación.

Lo mismo se reitera en un nuevo apartado 6 del art. 3 en relación con la decisión, en cualquier fase del procedimiento, de que ya no se cumplen las condiciones de los apartados 2 y 3 del art. 3 del Proyecto de Acuerdo, de manera que también será necesaria una evaluación motivada de la Unión Europea.

En este punto me parece justificada la argumentación expuesta por el Tribunal de Justicia en su dictamen 2/13 y, por tanto, acertada la solución adoptada por el grupo de trabajo. Dado que el ordenamiento jurídico comunitario es un ordenamiento autónomo, deben ser las propias instituciones de la Unión las que determinen, de conformidad con las normas de atribución de competencias y de imputación de actos establecidas por el Derecho comunitario, quién puede ser responsable ante presuntas violaciones de los derechos fundamentales del CEDH. Una solución más contundente y que puede evitar algunos conflictos que podrían haber surgido con la exigencia de un automatismo o cuasiautomatismo de la decisión del TEDH.

### *3.5.2. La limitación de las reservas formuladas por los Estados miembros al CEDH por la declaración de responsabilidad conjunta del TEDH*

El TJUE puso de manifiesto que el art. 3.7 del Proyecto de Acuerdo se contradecía con el art. 2 del Protocolo núm. 8 UE. El primero establecía que demandado y codemandado son responsables conjuntamente de

la violación, mientras que el segundo señala que el Proyecto de Acuerdo no puede afectar a la situación de los Estados miembros respecto del Convenio, incluidas las reservas que estos hayan realizado. Según la Sra. Kokott procedía aclarar en los Proyectos de instrumentos de adhesión que el principio de responsabilidad conjunta no afectaba a las reservas que los Estados Parte hubieran formulado *ex* art. 57 CEDH[32].

Algunos autores con los que coincido aseguraron, sin embargo, que en la práctica no era posible que se produjera esa contradicción porque un Estado que hubiera formulado reserva no llegaría a ser demandado ni codemandado (ni lo solicitaría ni sería invitado), y sin Estado demandado tampoco la UE podría ser codemandada[33]. Asimismo, resulta poco verosímil que, siendo la UE la demandada en un procedimiento ante el TEDH, un Estado que ha formulado reserva solicite personarse como codemandado o que sea invitado —de forma no vinculante— por el Tribunal de Estrasburgo[34].

Ahora, el grupo de trabajo, siguiendo la propuesta de la abogada general, ha añadido un apartado 3 al art. 2 del Proyecto de Acuerdo que puntualiza que las reservas realizadas por un Estado respecto del CEDH se deben respetar incluso cuando en el marco de un procedimiento ante el TEDH se resolviera que ese Estado es responsable por vulnerar el Convenio en esa materia. Una puntualización que a mi juicio no era necesaria.

### *3.5.3. El reparto de responsabilidad entre codemandados*

El TJUE señaló que el reparto de responsabilidad entre la Unión y sus Estados miembros no puede quedar sometido a la aprobación o convalidación del TEDH, aunque la solicitud de reparto de responsabilidad sea emitida conjuntamente entre demandado y codemandado o sea fruto de un acuerdo entre estos, porque se estaría vulnerando la autonomía del Derecho comunitario. En el mismo sentido se pronunció también la Sra. Kokott[35].

Algunos autores han criticado la oposición del Tribunal de Justicia es este aspecto, mostrándose convencidos de que responsabilidad y competencia son conceptos distintos y el TEDH es capaz de separar las normas competenciales del Derecho comunitario a la hora de determinar la responsabilidad internacional de la Unión y de los Estados miembros[36]. No puedo mostrarme, empero, inclinado por esta interpre-

---

[32] Puntos 264 a 265 de las conclusiones de la abogada general.
[33] Alonso García (2015: 19); Reitemeyer y Pirker (2015a); Cortés Marín (2018: 147).
[34] Uría Gavilán (2018: 242).
[35] Puntos 176 a 178 de las conclusiones de la abogada general.
[36] Gaja (2013: 144–145).

tación. Es indiscutible que responsabilidad y competencia son conceptos distintos y que el TEDH no tiene por qué basarse exclusivamente en el criterio competencial para determinar la responsabilidad, pero también lo es que para determinar la responsabilidad —y, por tanto, la imputabilidad de los actos— es inevitable valorar la competencia. Difícilmente podría el Tribunal de Estrasburgo determinar la responsabilidad separada de un Estado miembro y de la Unión sin prestar atención a la competencia, máxime en aquellos casos en que la infracción del Convenio resida en el cumplimiento por la Unión o un Estado miembro de una obligación impuesta por el Derecho comunitario. Por tanto, en este punto creo que los riesgos alegados por el TJUE están fundados.

Ahora, el grupo de trabajo ha eliminado las referencias a la facultad del TEDH para decidir sobre el reparto de responsabilidad entre demandado y codemandado del art. 3, apartados 7 y 8, del Proyecto de Acuerdo de adhesión, y en el nuevo Proyecto se establece la responsabilidad conjunta de ambos. De este modo, el TEDH se limita a resolver si existe o no violación del Convenio. Si existen demandado y codemandado el TEDH podrá resolver la responsabilidad conjunta de estos dos, pero sin especificar el grado de responsabilidad que debe asumir cada parte. Se protege así el papel del TJUE en el sistema de atribución de competencias y de responsabilidades de la Unión.

### 3.6. Soluciones a la vulneración de la autonomía del Derecho de la Unión por el procedimiento de intervención previa

#### *3.6.1. La aplicación del procedimiento de intervención previa para la interpretación del Derecho derivado*

Una situación problemática se planteaba cuando para acudir al TEDH el demandante debía agotar la vía judicial nacional y la cuestión prejudicial no puede incluirse dentro de ella en la medida en que la decisión de plantearla reside en los órganos jurisdiccionales nacionales. Así las cosas, para evitar que el TEDH se pronunciase sobre la conformidad de un acto comunitario al CEDH sin que el TJUE hubiera tenido la oportunidad de hacerlo, se previó un procedimiento de intervención previa, para que el TJUE evaluase la validez del derecho derivado o la interpretación del derecho primario. Sin embargo, el Proyecto de Informe explicativo (punto 74) sometido al dictamen 2/13 solo se refería a la validez del derecho derivado y no a su interpretación.

La Sra. Kokott también consideró necesaria para garantizar la seguridad jurídica la inclusión de la interpretación del derecho derivado entre los supuestos de aplicación del procedimiento de intervención

previa[37]. Gragl apuntó que una interpretación más favorable permitía considerar que si se admitía evaluar la validez del derecho derivado también se permitía su interpretación, dado que la evaluación de aquella puede tener consecuencias más severas (la anulación de la norma)[38]. Alonso García argumentó que de la redacción de los Proyectos de instrumentos de adhesión no se podía entender excluida la interpretación del derecho derivado por el TJUE en el procedimiento de intervención previa, debido a que las especificaciones sobre la validez del derecho derivado (punto 66 del Proyecto de Informe explicativo) no tenían como fin la exclusión del control de la interpretación de este, sino la exclusión del control de validez del derecho originario[39]. A mi juicio ambos autores propusieron una interpretación excesivamente forzada para tratar de salvar la objeción del TJUE. En mi opinión, se trató de un error que en la versión actual del Proyecto de Informe explicativo (punto 74) ya se ha corregido.

### *3.6.2. La decisión sobre la existencia de jurisprudencia del TJUE para iniciar el procedimiento de intervención previa*

Otro motivo de oposición del TJUE fue que ni en el art. 3.6 del Proyecto de Acuerdo de adhesión ni en el Proyecto de Informe explicativo, se concretaba quién debía decidir si el TJUE había evaluado ya o no la compatibilidad del Derecho comunitario con los derechos protegidos por el Convenio, para en este último caso iniciar el procedimiento de intervención previa. Esta laguna daba lugar a que el encargado de tomar la decisión de activar el pronunciamiento de intervención previa pudiera ser el TEDH, de modo que de forma indirecta se le estaría facultando para interpretar el Derecho de la Unión Europea. En el mismo sentido, la Sra. Kokott consideró indispensable aclarar que el TEDH solo puede prescindir del pronunciamiento previo del TJUE cuando sea evidente que este ya ha abordado la cuestión jurídica planteada[40].

En la versión actual, el art. 3.7 del Proyecto de Acuerdo de adhesión establece que en los procedimientos en los que la UE es codemandada, el TJUE debe evaluar la compatibilidad de la disposición de Derecho de la UE (art. 3.2) antes de que el TEDH se pronuncie sobre la existencia de una violación del Convenio. Y en el Proyecto de Informe explicativo (punto 76), en el mismo sentido que el art. 3.5 del Proyecto de Acuerdo (participación en calidad de codemandado), se establece que es la Unión Europea la que debe apreciar si es necesaria la intervención previa del TJUE y su decisión se considera determinante y autoritativa.

---

37 Punto 135 de las conclusiones de la abogada general.

38 Gragl (2015: 14–15).

39 Alonso García (2015: 25–26).

40 Puntos 183 y 184 de las conclusiones de la abogada general.

Por último, en el Proyecto de Informe explicativo (punto 77) se insiste en que el TJUE se pronunciará exclusivamente sobre la base jurídica de la UE que justifica la acción u omisión objeto del procedimiento, pero no entrará a valorar esa acción u omisión, y en que, tras este, el TEDH se pronunciará libremente sobre la posible violación del CEDH, de modo que el pronunciamiento previo del TJUE no afecta a las competencias del TEDH (punto 78).

### 3.7. Soluciones al control jurisdiccional en exclusiva del TEDH sobre las materias de PESC excluidas del control del TJUE

El TJUE terminó su dictamen 2/13 señalando que el Proyecto de Acuerdo de adhesión no tenía en cuenta las características específicas del Derecho comunitario en la medida en que no abordaba la cuestión referida a la exclusión del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de algunos actos de la UE en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común. El TJUE indicó que la ausencia de control sobre esos actos implicaría su control —en relación con los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH— en exclusiva por el TEDH, órgano externo a la UE, lo que no está permitido por el Derecho comunitario. Para el TJUE esto suponía que el TEDH fuera el encargado de sentar jurisprudencia sobre la PESC en caso de que los Estados miembros defendieran interpretaciones distintas.

Otro óbice planteado sobre esta materia fue que la insuficiente tutela judicial efectiva una vez se produjera la adhesión violaría los arts. 6 y 13 CEDH, porque la jurisdicción del TJUE está limitada a los supuestos del art. 40 TUE (control del respeto de la cláusula de compatibilidad) y del párrafo cuarto del art. 263 TFUE (recursos de anulación interpuestos por particulares contra medidas restrictivas adoptadas por el Consejo, con efectos jurídicos vinculantes).

El propio TJUE apuntó que la solución estaba en una revisión de sus competencias establecidas en los Tratados por parte de la Unión Europea o, al menos, una previsión del alcance de las limitaciones de su competencia en dichas materias.

La Comisión, por su parte, defendió una interpretación extensiva del párrafo segundo del art. 275 TFUE, considerando medidas restrictivas, en general, todas aquellas referidas a la vulneración de derechos fundamentales. De esta forma, las medidas objeto de recurso ante el TEDH adoptadas por las instituciones de la Unión siempre serían restrictivas y por tanto objeto de recurso de anulación ex art. 263 TFUE. Los actos de los Estados miembros basados en las decisiones que el Consejo tomase en virtud del capítulo 2 del título V del TUE podrían ser objeto de cuestión prejudicial, tomando como precedente los asuntos *Segi y otros c. Consejo* y *Gestoras Pro Amnistía y otros c.*

*Consejo*[41]. Y los actos de las instituciones de la UE que no produjeran efectos jurídicos vinculantes podrían ser objeto de reclamación por daños y perjuicios ex arts. 268 y 340 TFUE.

Así, el TJUE sería competente para conocer, no solo de los recursos de anulación sino también, de las reclamaciones por daños y perjuicios y de las cuestiones prejudiciales de validez de los tribunales nacionales en materia de PESC[42].

Algunos autores también han defendido una interpretación en el mismo sentido que la Comisión. Cortés Martín, por ejemplo, considera que de la obligación de adhesión se deduce la competencia del TJUE para resolver las cuestiones prejudiciales en materia de PESC[43]. Se trata de una interpretación, como la de la Comisión, a mi juicio claramente extensiva dado que los arts. 6.2 TUE y 2 del protocolo núm. 8 UE prohíben expresamente que la adhesión modifique las competencias de las instituciones de la UE.

El TJUE, el Consejo de la UE, el Parlamento Europeo y varios Estados Parte (al menos, España, Finlandia, Francia, Holanda, Polonia, el Reino Unido y Suecia) consideraron, sin embargo, que no se podían obviar las reglas generales de los arts. 275 TFUE y 24.1 TUE, y que la jurisprudencia citada por la Comisión no era aplicable porque era previa al Tratado de Lisboa[44]. Para todos ellos, la interpretación de la Comisión suponía una ampliación de competencias del TJUE contraria al art. 6 TUE. No parece razonable que, si los Estados miembros han decidido no atribuir competencias de control sobre la PESC al TJUE en los tratados, este trate de atribuírselas aprovechando un dictamen sobre la conformidad precisamente con los tratados de la adhesión a un convenio internacional[45].

En el mismo sentido que el TJUE, para la abogada general debe reconocerse que los tratados siguen —en términos generales— estruc-

---

[41] SSTJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, asunto C-354/04 P, y de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros c. Consejo*, asunto C–355/04 P. Según la Comisión, «el Tribunal de Justicia, pese a que el art. 35, apartado 1, del Tratado UE, en su versión modificada por el Tratado de Niza, excluía las "posiciones comunes" de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, admitió la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales le planteasen una cuestión prejudicial relativa a una posición común que, por su contenido, al tener por sí misma efectos jurídicos frente a terceros, tenía un alcance que excedía el que atribuye el Tratado UE a este tipo de actos» (apartado 98 del dictamen 2/13).

[42] Una interpretación extensiva de la Comisión que Labayle (2014) calificó de *vision angéliste.*

[43] Cortés Marín (2018: 189–190). También De Witte (2014: 349 y ss.), citado por Cortés Marín, defiende esta alternativa.

[44] Me refiero a las ya citadas SSTJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, asunto C–354/04 P, y de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros c. Consejo*, asunto C–355/04 P.

[45] Martín y Pérez de Nanclares (2014: 338).

turando la PESC como una materia intergubernamental, pero esto no implica que la tutela judicial efectiva de los particulares exigida por el Convenio no se vea garantizada porque, junto con los tribunales de la Unión, también los tribunales nacionales cumplen esa función[46]. Siempre que los particulares no pudieran recurrir un acto de la Unión ante el TJUE podrían hacerlo ante los tribunales nacionales[47]. La mayoría de la doctrina, con la que estoy de acuerdo, ha defendido esta posición[48].

En cuanto al principio de autonomía del Derecho comunitario, en opinión de la Sra. Kokott, no se vería vulnerado por el control exclusivo del TEDH de algunas materias de la PESC excluidas del control del TJUE. La abogada general señaló que la jurisprudencia reiterada del TJUE contraria a que tribunales internacionales puedan interpretar el Derecho comunitario de manera vinculante para la Unión y para sus instituciones, lo que persigue es evitar contradicciones entre la jurisprudencia de aquellos y la del TJUE, pero precisamente en materia de PESC lo que los tratados prevén —es decir, lo que los Estados miembros desean— es que no intervenga el TJUE y, por tanto, que no haya jurisprudencia del TJUE. Si la Unión Europea hubiese querido garantizar la autonomía del Derecho comunitario en el ámbito de la PESC no habría excluido el control del TJUE. Así pues, la abogada general concluyó que, de acuerdo con los arts. 19.1 TUE y 274 TFUE, el control jurisdiccional en exclusiva por el Tribunal de Estrasburgo, junto con los tribunales nacionales, sobre la PESC —salvo cuando el TJUE tenga competencias *ex* art. 275 TFUE— es compatible con el Derecho de la Unión[49].

Alonso García también se ha mostrado muy crítico con el TJUE, señalando que para respaldar su argumentación ha tergiversado su propia doctrina. En concreto, el autor se refiere a la equiparación que el TJUE hace entre esta cuestión y la que fue objeto del dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011. Mientras que la cuestión objeto del dictamen 1/09 consistía en la privación de la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el ámbito de la patente comunitaria, la cuestión objeto del dictamen 2/13 no consistía en privar al TJUE de ninguna competencia. Lo que se atribuía al TEDH era precisamente una competencia que, no solo no estaba atribuida sino, expresamente excluida de las competencias del TJUE[50].

---

[46] Puntos 101 a 103 de las conclusiones de la abogada general. Cortés Marín (2018: 195–198) también considera adecuada esta interpretación de la abogada general.

[47] Punto 99 de las conclusiones de la abogada general.

[48] Algunos autores también se han mostrado favorables a que las lagunas de control del TJUE en los ámbitos determinados de la PESC sean cubiertos por el TEDH en materia de derechos fundamentales: Eeckhout (2015: 987 y ss.); Gragl (2015: 15); Kuijper (2015); Łazowski y Wessel (2015: 202–203); Hillion (2016: 63–66).

[49] Puntos 191 a 195 de las conclusiones de la abogada general.

[50] Alonso García (2015: 27–29).

El óbice tampoco puede residir en el control del Derecho comunitario por un tribunal externo, porque esta situación ya es aceptada en el marco de otros acuerdos internacionales. Con buen criterio plantea Peers que, según el argumento del TJUE, cuando los Estados miembros recurren a la Corte Internacional de Justicia también estarían vulnerando el principio de autonomía del Derecho comunitario, pues en ambos casos se produce un control del Derecho comunitario por un tribunal externo a la UE[51].

En mi opinión, la adhesión de la Unión al Convenio en los términos del Proyecto de Acuerdo de adhesión sometido al dictamen 2/13 no supone un problema en términos de tutela judicial efectiva. Los tribunales de los Estados miembros son también tribunales de la Unión y, como tales, deben interpretar el Derecho comunitario cuando conozcan asuntos en materia de PESC. Su interpretación debe responder a su compromiso con la Unión. Cuestión distinta, y mucho más compleja, es la posibilidad de que el control exclusivo por el TEDH de aquellas materias de PESC excluidas del control del TJUE pueda afectar negativamente a la autonomía del Derecho de la Unión.

De un lado, el TEDH ahora solo puede pronunciarse sobre cuestiones de PESC cuando la responsabilidad de la acción juzgada corresponde a un Estado miembro, pero no cuando la responsabilidad corresponde a la UE porque no es parte del CEDH. Aquí se advierte un déficit de protección de los derechos fundamentales que sin duda se debe eliminar. Y con la adhesión se eliminaría.

Como ha expuesto Jacqué, si el control de la PESC se excluye del acuerdo de adhesión, como el TJUE no ejerce control sobre estas materias, no se aplicaría la jurisprudencia *Bosphorus* y la responsabilidad recaería sobre los Estados miembros cuando se detectara una violación de los derechos fundamentales en el marco de las operaciones establecidas por la Unión. Los Estados miembros podrían ser considerados responsables de vulnerar el Convenio en virtud de un mandato y bajo el control de la Unión. Y ni siquiera la Unión podría ser codemandada e intervenir en los procedimientos tramitados ante el TEDH[52].

De otro lado, si la Unión fuera parte del Convenio, el TEDH pasaría de controlar las acciones de los Estados miembros en materia de PESC a controlar también la legalidad de los actos de PESC conforme al Derecho de la UE (el propio CEDH integrado). Ante la ausencia de pronunciamientos en materia de PESC por el TJUE, los tribunales nacionales se verían abocados a asumir la jurisprudencia armonizadora del TEDH como control de legalidad de los actos de PESC en materia de derechos fundamentales. El TEDH se convertiría entonces, como

---

[51] Peers (2014; 2015: 220).

[52] Jacqué (2014).

ha advertido Halberstam, en un auténtico tribunal constitucional de la Unión Europea[53]. En consecuencia, a diferencia del resto de Estados Parte del Convenio, la Unión Europea no contaría en materia de PESC con un tribunal constitucional propio que pudiera interpretar y controlar la legalidad de los actos sometidos a su derecho antes de su enjuiciamiento por el TEDH.

A lo anterior cabe añadir que si la Unión fuera parte en el CEDH en los términos expuestos, el TEDH podría declarar la responsabilidad de la Unión Europea en materia de PESC cuando un Estado miembro violase el Convenio en cumplimiento del Derecho de la Unión, con el solo pronunciamiento sobre el Derecho comunitario por el tribunal superior de ese Estado miembro; sin posibilidad de pronunciamiento del TJUE ni de los tribunales del resto de Estados miembros de la UE[54]. Desde luego, buscar un remedio para esta situación resulta aún más problemático. Si se modificara el Proyecto de Acuerdo de adhesión o se asumiera una interpretación según la cual la Unión Europea no pudiera considerarse responsable por ningún acto en materia de PESC que escapase a la jurisdicción del TJUE, atribuyéndose a los Estados miembros en exclusividad, los Estados miembros se verían obligados a elegir entre no cumplir el Derecho comunitario o no cumplir el CEDH. Una situación similar a la que se produciría si la PESC se excluyera del Proyecto de Adhesión[55]. Esta hipótesis no evitaría además el control jurisdiccional en exclusiva sobre el Derecho comunitario en materia de PESC por el TEDH e, incluso, podría considerase una reserva general de la Unión Europea. Actualmente el TEDH se muestra reacio a la admisión de demandas contra los Estados miembros cuando actúan bajo organizaciones internacionales, pero tras la adhesión debería hacerlo para garantizar el control de todas las actuaciones de la Unión[56].

Por tanto, creo que lo más adecuado sería que el TJUE pudiera pronunciarse primero sobre la compatibilidad con la Carta y con el Convenio de todos los actos de la Unión, incluidos aquellos dictados en materia de PESC, y que después fueran enjuiciados por el TEDH[57].

Esta cuestión relativa al control exclusivo por el TEDH de determinadas materias de la PESC, sobre la que —insisto— la abogada general consideró que no existía ningún óbice, es la única cuestión pendiente.

---

[53] Halberstam (2015: 142).

[54] Reitemeyer y Pirker (2015b: 17).

[55] Bachoué Pedrouzo (2015).

[56] Decisiones de inadmisibilidad del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Bekir Behrami c. Francia* (núm. 71412/01) y *Ruzhdi Saramati c. Francia, Alemania y Noruega* (núm. 78166/01).

[57] Martínez Rompeltien (2022: 237) también ha advertido de los riesgos de someterse a una fiscalización del TEDH sin existir un control interno previo.

En las versiones actuales del Proyecto de Acuerdo de adhesión y del Proyecto de Informe explicativo no se hace referencia al control jurisdiccional en materia de Política Exterior y de Seguridad Común. En la 18.ª reunión del grupo de trabajo, celebrada los días 14 a 17 de marzo de 2023, la Unión Europea ha puesto de manifiesto su intención de resolver internamente la cuestión para que no tenga que ser abordada por el grupo de trabajo. Este ha manifestado, no obstante, que es necesario que todas las partes de las negociaciones sean informadas y valoren la forma en que la Unión resuelva esta cuestión antes de adoptar un acuerdo final. Así pues, la Unión Europea se ha comprometido a ir informando al grupo de trabajo de los pasos que dé en este sentido.

No existen muchas alternativas. La primera es interpretar que no existe incompatibilidad con la redacción actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión, como hizo la Sra. Kokott. Habría que asumir la creación de jurisprudencia por el TEDH en esas materias, un control directo del TEDH sin pronunciamiento previo del TJUE y la posibilidad de condena de la Unión por violación del Convenio sin participación del TJUE.

La segunda alternativa consiste en modificar los Proyectos de instrumentos de adhesión para excluir el control del TEDH de las referidas materias de la PESC. Se mantendría el actual déficit de protección de los derechos fundamentales de manera que el TEDH podría condenar a los Estados miembros por violar el CEDH, pero no a la Unión Europea. Por otra parte, es una alternativa poco verosímil teniendo en cuenta que el CEDH prohíbe las reservas generales y que pondría a la Unión en una clara situación de preferencia respecto del resto de Estados Parte[58].

La tercera alternativa es reformar los tratados de la Unión atribuyendo al TJUE el control sobre esas materias —o, menos probable, permitiendo expresamente el control exclusivo del TEDH—. Como ya he expuesto, esta alternativa me parece la más adecuada en la medida en que se aseguraría un primer pronunciamiento del TJUE y un segundo por el TEDH. Sin embargo, los problemas para adoptar esta solución pueden aparecer por la falta de consenso de los Estados miembros para acometer una reforma temprana de los tratados de la UE que atribuya competencia al TJUE sobre todas las cuestiones relativas a la PESC. Una reforma que, no obstante la falta de consenso, debería realizarse teniendo en cuenta la dinámica integradora de la Unión Europea.

Otra solución más moderada sería que el TJUE aceptase el control por los tribunales nacionales, como tribunales de la Unión, de aquellos ámbitos de la PESC excluidos del TJUE, previo diseño de un sistema de control unificado. Existe la posibilidad de que los tribunales nacionales lleven a cabo dicho control respecto de las normas nacionales de

[58] En el mismo sentido, Odermatt (2015: 10–11).

aplicación del Derecho comunitario o directamente sobre los actos de la Unión, como bien ha señalado Hillion[59]. Si el temor del Tribunal de Luxemburgo es que se pronuncien los tribunales nacionales y —sobre todo— el TEDH sin haberlo hecho él previamente, quizás una solución pueda ser recurrir a la cuestión prejudicial. Así, el control sobre las materias excluidas de control jurisdiccional del TJUE recaería sobre los tribunales nacionales que, en caso de duda, deberían plantear una cuestión prejudicial. Otra opción sería obligar al TEDH a someter los procedimientos en materia de PESC a una suerte de procedimiento de intervención previa ante el Tribunal de Justicia para que, de verse implicada la Unión Europea, el TJUE se pronunciara sobre la conformidad del Derecho comunitario al Convenio antes que el TEDH. O, según propone Jacqué, se podría ampliar la jurisdicción del TJUE únicamente al control de la conformidad de los actos de PESC con los derechos fundamentales[60].

Ninguna de las soluciones señaladas es sencilla porque suponen un control del TJUE sobre todas las materias de PESC, un control directo o indirecto, pero al cabo un control que actualmente los tratados de la UE no atribuyen al TJUE. Son los Estados miembros los que deben ceder en esta materia en beneficio de la integridad del ordenamiento comunitario y, si no lo hacen a través de una reforma de los tratados, quizás tampoco acepten una limitación indirecta del control jurisdiccional de sus tribunales nacionales en materia de PESC. Sin embargo, tal vez ahora que el grupo de trabajo ha resuelto el resto de los óbices señalados por el TJUE en su dictamen 2/13, la Unión Europea se sienta más presionada para solucionar con urgencia esta última cuestión, relativa a la PESC, y los Estados miembros se vean motivados a adoptar decisiones ante la responsabilidad que en el momento actual recae únicamente sobre ellos.

## 4. CONCLUSIÓN

A mi juicio, existen razones para ser optimistas y confiar en que la adhesión de la Unión Europea al Convenio se va a producir más pronto que tarde.

Quizás las consecuencias de aquella falible posición del TJUE en 2014 no hayan sido tan desafortunadas. El TJUE ha conseguido que la Comisión Europea y el Consejo de Europa lleguen de nuevo a un acuerdo sobre la adhesión preservando las características específicas y la autonomía del Derecho comunitario. Los reproches realizados por la

[59] Hillion (2016: 65–66).

[60] Jacqué (2016: 37–38) propone añadir la siguiente frase al apartado segundo del art. 275 TFUE: «*and to monitor the compliance of these actions with the fundamental rights*».

mayoría de la doctrina al TJUE tras el dictamen 2/13 residían principalmente en la predicción de un fracaso o bloqueo de las negociaciones que finalmente no se ha producido[61].

El grupo de trabajo ha optado por modificar los Proyectos de instrumentos de adhesión para que se adapten a las exigencias del TJUE. Se puede concluir que muchas de las soluciones propuestas coinciden con las planteadas por la abogada general, la Sra. Kokott, y por la mayoría de la doctrina. Ya se han solucionado todos los óbices alegados por el TJUE en su dictamen 2/13, salvo uno: el relativo al control jurisdiccional exclusivo por el TEDH de aquellas materias de PESC excluidas del control del TJUE.

Lejos de los fatídicos auspicios sobre las relaciones entre el TJUE y el TEDH tras el dictamen 2/13, este no ha sentado ningún precedente negativo. El dictamen 2/13 no ha supuesto un empeoramiento del diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha seguido otorgando importancia a la CDFUE y a la jurisprudencia del TJUE. Respecto a la doctrina de la protección equivalente, el TEDH ha mantenido la presunción *Bosphorus* y ha seguido reconociendo el principio de confianza mutua. Tampoco el dictamen 2/13 ha provocado en términos generales una reacción negativa de los tribunales nacionales, que han continuado respetando el principio de confianza mutua y no han intentado desplazar al TJUE. Y, por último, tampoco el TJUE ha cambiado en su jurisprudencia su posición respecto del CEDH a partir del dictamen[62]. Se puede concluir que el dictamen 2/13 no ha afectado de forma negativa al diálogo establecido entre los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Estrasburgo; y las negociaciones han vuelto a llegar a una fase final.

Por último, considero que las reformas introducidas en la versión actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión, que resuelven las cuestiones contrapuestas por el TJUE en su dictamen 2/13, no perjudican a los objetivos originarios de la adhesión[63]. Según los actuales Proyectos de instrumentos de adhesión se ven reforzadas tanto la au-

---

[61] El tiempo ha demostrado que, como señaló Fernández Rozas (2014: 50), aunque se negase a admitirla, el TJUE no partía en su dictamen «de una imposibilidad metafísica de la adhesión propugnada».

[62] De hecho, según García Roca (2019: 34) cada vez son más frecuentes las invocaciones del CEDH por el TJUE. En la misma línea: Peers (2016); López Guerra (2017: 178 y ss.). También se puede apreciar una posición favorable del TJUE en SSTJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan* (asunto C237/15 PPU); de 5 de abril de 2016, *Pál Aranyosi c. Hungría* y *Robert Căldăraru c. Rumanía* (asuntos acumulados C–404/15 y C–659/15 PPU); de 1 de junio de 2016, *Niculaie Aurel Bob–Dogi* (asunto C–241/15); y de 16 de febrero de 2017, C. *K. y otros c. República de Eslovenia* (asunto C–578/16 PPU).

[63] No creo que tras la adhesión la protección de los derechos fundamentales vaya a estar peor garantizada que a través de la actual relación tripartita como, por ejemplo, señala Lock (2020), para quien el precio a pagar por la adhesión podría ser demasiado alto: el TEDH no podría controlar el respeto de los derechos fundamentales cuando se aplicara el principio de

tonomía del Derecho de la Unión como la protección de los derechos fundamentales en la Unión, a través del mecanismo del codemandado y a través de la participación del Tribunal de Justicia —más allá de la cuestión prejudicial— en el procedimiento de intervención previa[64]. El nuevo acuerdo al que ha llegado el grupo de trabajo permite, al mismo tiempo, garantizar la autonomía del ordenamiento comunitario y situar en el centro del sistema de protección al ciudadano, garantizando el estándar mínimo de protección del Convenio y el control en última instancia por el TEDH.

Lo que sí será necesario asumir es que tras la adhesión el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales seguirá requiriendo de un diálogo tripartito entre los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Estrasburgo, en el que los primeros deberán respetar la función supervisora ulterior del TEDH que, inevitablemente, conllevará una cierta labor interpretativa relacionada con el Derecho de la UE. El TJUE no debe ver en ello una amenaza sino una consecuencia lógica de la adhesión[65].

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, R. (2015), «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 26.

— (2017), «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotins v. Letonia)», *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 32.

Arzoz Santisteban, X. (2016), «Karlsruhe rechaza la doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)», *Revista Española de Derecho Europeo,* 58.

— (2022), *Transformaciones judiciales: Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Azpitarte Sánchez, M. (2013), «Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», *Revista Española de Derecho Europeo*, 48.

---

confianza mutua y los Estados miembros se dividirían en aquellos con exenciones de responsabilidad y aquellos sin ellas.

[64] Coincido con Azpitarte Sánchez (2013: 60 y ss.; 2015: 265 y ss.) en el efecto positivo que la adhesión de la Unión al CEDH puede tener para la integridad del sistema comunitario.

[65] De Witte (2016: 14) también ha criticado el empeño del TJUE en evitar cualquier actividad interpretativa del Derecho comunitario por el TEDH.

— (2015), «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*, 104.

Bachoué Pedrouzo, G. (2015), «Avis 2/13 de la CJUE: l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après?», en el blog *Réseau Universitaire Européen: Droit de l'Espace de Liberté, Sécurité & Justice*, 31 de enero de 2015.

Bossuyt, M. (2016), «The Principle of "Mutual Trust" in Opinion 2/13», en Imamović, Š.; Claes, M. y De Witte, B. (eds.), *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law, Working Paper, 3.

Bribosia, E. (2016), «Fundamental rights and mutual trust in the European Union – the story of a clash foretold?», en Imamović, Š.; Claes, M. y De Witte, B. (eds.), *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law, Working Paper, 3.

Callewaert, J. (2014), «Protocol 16 and the Autonomy of EU law: who is threatening whom?», en el blog *European Law Blog*, 3 de octubre de 2014.

Claes, M. (2016), «Accession or no accession? A national perspective», en Imamović, Š.; Claes, M. y De Witte, B. (eds.), *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law, Working Paper, 3.

Cortés Marín, J. M. (2018), *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Reus.

De Witte, B. (2014), «Beyond the accession agreement: five Items for the European Union's human rights agenda», en Kosta, V.; Skoutaris, N. y Tzevelekos, V. P. (eds.), *The EU accession to the ECHR*, Hart Publishing, Modern Studies in European Law.

— (2016), «The Court's view on the autonomy and specific characteristics of EU law», en Imamović, Š.; Claes, M. y De Witte, B. (eds.), *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law, Working Paper, 3.

Douglas–Scott, S. (2015), «Opinion 2/13 and the "elephant in the room": A response to Daniel Halberstam», en el blog *Verfassungsblog on matters constitutional,* 13 de marzo de 2015.

Eeckhout, P. (2015), «Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?», *Fordham International Law Journal*, 38 (4).

Fernández Rozas, J. C. (2014), «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», *Tribuna - La Ley Unión Europea*, 23.

Gaja, G. (2013), «The "Co–Respondent Mechanisms" According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR», *ESIL Reflections*, 2 (1), 9 de enero de 2013.

García Roca, J. (2019), *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Cizur Menor, Thomson Reuters–Civitas.

González Vega, J.A. (2015), «La "teoría del big bang" o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo (Comentarios al Dictamen 2/2013, del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos)», *La Ley Unión Europea*, 25.

Gragl, P. (2015), «The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR», en Benedek, W.; Benoit–Rohmer, F.; Karl, W. y Nowak, M. (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Vienna, Neuer Wissenschaftlicher Verlag.

Halberstam, D. (2015), «"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,* 16 (1).

Hillion, C. (2016), «Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy», *European Papers*, 1 (1).

Imamović, Š. (2016), «The Relationship between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights after Opinion 2/13», en Imamović, Š.; Claes, M. y De Witte, B. (eds.), *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law, Working Paper, 3.

Jacqué, J.P. (2014), «L'AVIS 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?», en el blog *European Area of Freedom Security & Security - FREE Group Members*, 26 de diciembre de 2014.

— (2016), «What next after Opinion 2/13 of the Court of Justice on the accession of the EU to the ECHR?», *Study for the AFCO Committee, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament.*

Johansen, S.O. (2014), «Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU–ECHR accession agreement», en el blog *PluriCourts,* The Faculty of Law, University of Oslo, 28 de mayo de 2014.

Kuijer, M. (2016), «Is accession still possible? Is it still desirable?», en Imamović, Š.; Claes, M. y De Witte, B. (eds.), *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law, Working Paper, 3.

— (2015), «Reaction to Leonard Besselink's ACELG Blog», en el blog *BlogActiv*, UvA–DARE (Digital Academic Repository), University of Amsterdam, 6 de enero de 2015.

Labayle, H. (2014), «La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH», en el blog *Réseau Universitaire Européen: Droit de l'Espace de Liberté, Sécurité & Justice*, 22 de diciembre de 2014.

Lazowski, A. y Wessel, R.A. (2015), «When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR», *German Law Journal,* 16 (1).

Llopis Nadal, P. (2015), «La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: Un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 29.

Lock, T. (2009), «The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts»*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals,* 8.

— (2010), «EU Accession to the ECHR, Implications for Judicial Review in Strasbourg», *European Law Review,* 35.
— (2020), «The future of EU human rights law: Is accession to the ECHR still desirable?», *Journal of International and Comparative Law,* 13 de junio de 2020.
López Guerra, L. (2017), «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y "*le mouvement nécessaire des choses*"», *Teoría y Realidad Constitucional*, 39.
— (2018), «La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42.
Martínez Rompeltien, S. (2022), «El TEDH: de instrumento facilitador del proceso integrador europeo a fiscalizador de la propia Unión Europea», *Revista de Estudios Europeos*, 79.
Martín y Pérez de Nanclares, J. (2014), «Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 48.
— (2015), «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*, 52.
Meijers Committee, standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law (2016), *Note on Mutual trust and Opinion 2/13 on accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.* CM1604, 17 de marzo de 2016.
Odermatt, J. (2015), «A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the Eu's Accession to the European Convention on Human Rights», *Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working Paper, 150.
Parlamento Europeo (2023), *Informe sobre las relaciones institucionales entre la Unión y el Consejo de Europa [2022/2137(INI)]*, Comisión de Asuntos Constitucionales, Ponente: Loránt Vincze, 9 de marzo de 2023.
Peers, S. (2014), «The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection», en el blog *EU Law Analysis: Expert insight into EU law developments*, 18 de diciembre de 2014.
— (2015), «The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare», en *German Law Journal*, 16 (1).
— (2016), «Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?», en el blog *EU Law Analysis: Expert insight into EU law developments*, 12 de noviembre de 2016.
Reitemeyer, S. y Pirker, B. (2015a), «Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR - One step ahead and two steps back», en el blog *European Law Blog,* 31 de marzo de 2015.
— (2015b), «Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, diciembre de 2015.
Tomás Mallén, B. (2022), «La efectividad del Protocolo núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España», *Estudios de Deusto*, 70 (1).
Uría Gavilán, E. (2018), *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, Bosh.
VV. AA. (2015), «A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)», *European Constitutional Law Review*, 11 (1).